



S. BONAVENTURA.

Peda

**EN EL PLEYTO
 DE APREHENSION DE
 PEDRO LVIS LA BORDA,
 DEL ESTADO, Y CASA DE ARANDA, Y SVS
 agregados, en la instancia de revista en la
 lite pendiente.
 POR EL MARQVES DE TORRES.**



EN la instancia de vista de este Pleyto, se han procurado fundar los derechos del Marqués de Torres, para la Succession de este Estado, y Casa, que se litiga; y por quanto en la vista se hallava litigante D. Francisco Ramon de la letra. Y. hijo unico de D. Antonia, num. 84. nacido concluso ya el pleyto, y puesto en poder del Relator, y por hallarse Repuesto en los derechos, y instancias de su difunta Madre, se le recibió su proposicion con dominio, sin perjuizio de la Viudedad de Doña Juana Rocafull su Abuela, Muger del difunto Don Dionisio, num. 73. y aviendose passado el pleyto al grado de revista, y hallandose concluso, y puesto en poder del Relator, aver muerto dicho Don Francisco Ramon en la pupilar edad; y à petition del Marqués de Torres averse declarado por V.S.I. en 11. de Octubre del año mas cerca passado 1721. por notoria su muerte, y por extinta, y fenecida su instancia, y por razon de este Auto, no ser necessario el hazer merito, ni impugnar dicha pretension, reduciré este Alegato à tres puntos: En el primero, procuraré demonstrar, que aunque ay tantas Escrituras exhibidas por las partes en este pleyto, solo la de la Vnion deve ser la unica atendida, y por la que se deve regular la Succession del Condado, y Casa de Aranda, y sus agregados. En el segundo, que segun dicha Escritura de Vnion, solo deve ser recibida la proposicion del Marqués de Torres, como unico comprehendido en ella entre los que litigã, y que no le puede preferir el Marqués de Aguilar. Y en el tercero, que aun caso, que se quiera gobernar por qualquier otra Escritura, deve ser declarado Successor el Marqués de Torres, por tener llamamiento en cada una de ellas.

PVNTO

PUNTO PRIMERO

*QUE LA SVCCESION DEL ESTADO
y Casa de Aranda, se deve regular por lo dispuesto
en la Escritura llamada de Vnion.*

2 **V**Arias razones se pueden asignar para el con-
vencimiento de averse de gobernar la Succes-
sion de este Estado, por la Escritura de la
Vnion. Sea la primera, que esta Escritura ha sido la unica
atendida desde su otorgamiento, porque aviendo muerto
el Conde Miguel, num. 18. otorgante, se hizo Aprehen-
sion de estos mismos bienes, por Doña Juana de Toledo, Mu-
ger de D. Hernando, num. 26. en la qual se halla exhibida
dicha Escritura, y en dicho pleyto fue declarado Succesor
D. Juan, num. 38. en cuyos derechos, por muerte de este fue
repuesto D. Luis, num. 49. y por muerte de este D. Anto-
nio, num. 61.

3 Sin que obste que en dicho pleyto D. Juana de Toledo
solo exhibió la Capitulation matrimonial de D. Hernando,
num. 210. y la de D. Miguel, num. 18. con D. Barbara de
Monsalve, su segunda Muger, por cuyo motivo, aunque
en él se declaró Succesor D. Juan, num. 38. solo fue por
dichas Capituciones, y no por la Escritura de Vnion.
Porque se responde, que el Conde D. Miguel, num. 18. en
la Capitulation matrimonial de D. Hernando, num. 26. se
reservò facultad para añadir nuevos llamamientos, para en
caso de morir dicho D. Hernando sin hijos Varones, ò sus
hijos Varones muriessen sin descendientes por recta linea
masculina, y aviendo usado de dicha reserva en la referida
Escritura de Vnion, esta vi relationis, & reservationis, se
deve entender por una con dicha Capitulation, *L. Assé-
toto 77. de hered. instit. L. Si ita scripsero, ff. de condit. &
demonstrat. L. ait Prator, §. 1. ff. de re jud. Surdo decis. 291.
à n. 17. Sesse decis. 115. n. 14. & decis. 252. à n. 9. Molin.
de ritu nupt. lib. 3. q. 24. n. 295.*

So-

4 Sobre esto mismo se halla declaracion en dicho pleyto, en la Reposicion pedida, y ganada por D. Pedro Pablo, num. 62. como se explica en los motivos de dicha Sentencia, que por ser estos declaracion de la intencion del juez, son parte de la misma, Suelv. *semic. 2. cons. 33. num. 15. y 22.* Dize se pues en los motivos, que se hallan presentados en los Autos: *His sic præhabitis liquido apparet, instantias hujus processus per D. Ioannem adquisitas fuisse nomine Maioratus tanquam illius primum successorem, siquidem, ut dictum manet, cum scriptura illius obtenta fuerunt, in qua ex vi relationis, & reservationis, omnes vocationes in dicta scriptura unionis contentè scriptè, & expressè censentur; id siquidem natura relationis operatur coniungere quippè relatam scripturam illius quæ tenorem, cum referente juxta voluntatem pacis centium. ibi:* Lo qual quieren las dichas partes sea avido, como si aqui fuesse inserto, y continuado: *Si pars sunt unionis, vincula, & substitutiones prædictorum Capitulum matrimonialium, prout necessario sectendum est, fate-ri quoque debemus, quæ sitas fuisse huiusmodi instantias per D. Ioannem, non solum ad favorem suorum descendendum masculorum, sed etiam ad illorum quorum vocationes scriptæ extant in præfato unionis instrumento in processu exhibito, ac fide factò, in vim conjunctionis, ac unionis vocationum, ex quo forsam tale nomen dicta scriptura assumpsit, & ad præsens retinet;* y en fuerça de esta Escritura de Vnion obtuvo reposicion en dicho pleyto de D. Juana de Toledo D. Pedro Pablo, num. 62. el año 1656. y por la Real Chancilleria que huvo en este Reyno, por la misma Escritura logró D. Juana de Rocafull en el año 1709. la reposicion jure vi-duitatis acreditando los drechos de D. Dionisio num. 73. su Marido, que la tenia pidida.

5 De esta observancia tan continua se infieren dos cosas, la primera, que dicha Escritura deve ser la unica atendida en esta instancia, por ser juicio mere possessorio, en el qual se atiende solo al ultimo estado, Card. de Luca de feun-

A

dispost discurs. 103. in decis. Sicilie art. 1. n. 33. ibi: Cum quibus concurrat, quod sumus in terminis iudicii possessorii summarissimi, in quo ultimus status vocationis feudi seu maioratus attenditur: Et huic nature, seu statui, in quo res ipsa ultimo fuit reperta, omnino standum est, maxime in iudicio possessorio: quoniam in eo semper attenditur ultimus actus preterite introductionis. Surdo cons. 338. n. 11. Deciano cons. 24 num. 23. vol. 2.

6. La segunda, que aviendo duda, si en las Escrituras anteriores ay Vinculo, o no, por hallarse concebidos los llamamientos, baxo la condicion si sine liberis deceserit, la observancia en contrario ha declarado no averlo, por presumirse ser tal la intencion del disponente, qual se halla declarado por la observancia subseguida, Ramona cons. 61. n. 16. ibi: Et eadem met observantia (casu quo constaret dictum testamentum effectum fuisse sortitum) quod expresse negatur, declarat in eo testamento non fuisse factum vinculum, seu fideicommissum perpetuum, cum nunquam iudicatum, neque habitum fuerit pro tali, nam talis presumitur ab initio fuisse mens disponentis, qualem subsequuta observantia declaravit.

7. Lo qual se haze mas patente, atendiendo que Don Lope, num. 11. hijo de D. Pedro, num. 6. dispuso de los mismos bienes, como si fueran libres, y D. Lope num. 15. dispuso de ellos en D. Miguel, num. 18. y este dispuso en los contemplados en dicha Escritura de Vnion, que es la que se ha observado hasta aqui, cõ lo qual se manifesta, que en las Escrituras antecedentes no avia Vinculo, no siendo creible, que cada uno de estos huviera hecho disposicion particular de los mismos bienes, como si fueran libres, comprehendiendo tenerlos como Vinculados, Ramona dict. cons. 61. n. 15. ibi: Porro observantia subsequuta in tam longissimo ducentorum annorum curriculo, in quo de dicto testamento nõ constat habitam fuisse nunquam mentionem declarat dicti testamenti caducitatem, & destructionem ex aliis for-

6

5

fortioribus dispositionibus factam fuisse. Nam si inspicimus omnes dispositiones factas per omnes descendentes dicti testatoris à dicto Gaspare, qui successit post mortem ejusdem testatoris, & dicti Geraldii, qui post dictum Gasparum successit usque ad presentem diem, non inuenimus habitam fuisse rationem de dicto testamento, imò constat omnes suas peculiare dispositiones fecisse, ac si dicta bona fuissent libera, & nullo Vinculo subjecta; quod factum fuisse non est credendum, saltem à primis dicti testatoris successoribus, si dicta dispositio testamentaria effectum fuisset sortita; constat enim, quod si aliquid dubium ex aliqua scriptura resultat, nulla magis modo declaratur, quam ab observantia subsecuta. Torre de Maioratu part. 1. cap. 39. §. 4. n. 42. *in dicta Escriitura de la V. n. 108.* Esta observancia es declarativa del instrumento que deve gobernar la Sucesion, y por su recomendacion deve ser muy atendida, Paz de Tenuta tract. 2. cap. 57. num. 162. y 163. D. Molina de Hisp. primog. lib. 2. cap. 6. n. 58. y como dize Ramona dict. conf. 61. n. 15. *in fin.* Et initia ex observatione longa clarificantur; & usu inviolabili confirmata destruere, est difficilissimum: imò evertere mundum. Casanate conf. 10. n. 208. & conf. 45. à n. 144. Mascardo de statut. interpret. conclus. 2. à n. 140. tanto mas atendienda, que por la observancia en contrario se quita la fee al instrumento, aunque sea autentico, como con muchos Autores, y decisiones expressamente lo dize Pareja de instrum. edit. tit. 1. resol. 3. §. 3. n. 146. *sup. x. s. 1. n. 108.* Y si se dixere, que esta observancia no puede perjudicar à los contemplados en las Escrituras antecedentes, se responde, que para tener lugar esta replica era preciso constasse con evidencia, que en tales Escrituras huviessse Vinculo perpetuo, de manera, que no quedasse la menor duda, porque aviendola deve regularse por Vinculo moderno claro, Card. de Luca de fideicom. disc. 198. n. 11. *ibi.* Idoeque exceptio antiquioris fideicommissi turbidi, non est apta impedire immisionem agenti ex moderno fideicommissio claro,

neque eum facit legitimum contradictorem, y lo mismo asien-
ta in disc. 180. n. 9. Argelo de legit. contradict. q. 10. art. 22.
n. 280. Dunocet decis. 910. Rota part. 11. recent. decis. 196.
Por lo qual siendo claro, y cierto el Vinculo, y Mayorazgo
de la Vnion, y dudoso el de las otras Escrituras anteriores,
se deve seguir aquel, y desestimarfe este.

10 Y aunque en la Capitulacion matrimonial de Don
Lope, num. 15. aya Vinculo, y Mayorazgo; sin embargo
en el estado presente se deve regular la Succession por la
Escritura de la Vnion; por quanto el Mayorazgo de dicha
Carta matrimonial, es de pura rigurosa natural Agnacion,
como de su lectura resulta; y el Conde D. Miguel, num. 18.
en dicha Escritura de la Vnion, solo dió la providencia, que
avia de aver para en el caso de faltar los rigurosos agnados;
pues de la misma Escritura resulta avian de suceder con
antelacion todos los Varones por recta linea masculina des-
cendientes de D. Lope, num. 15. de quien se podian dar
solamente descendientes Varones agnados de la Casa de
Vrrea, por aver faltado yá entonces D. Pedro, num. 23. her-
mano de dicho D. Lope, num. 15. D. Pedro, num. 12. sin
aver dexado descendientes algunos, y averse afeminado la
linea de D. Ximeno, num. 3. Y esta providencia, por ser de-
clarativa, le es licito darla à qualquier Successor de bienes
de Mayorazgo, D. Molina de Hisp. primog. lib. 1. cap. 8. n. 23,
ibi: *Prima quod possit maioratus possessor eam conditionem
antiquo maioratus apponere, ex qua nihil novum inducatur;
sed solum tacita antiqui maioratus dispositio expressè declara-
tur: Prout si in maioratibus ubi fœmina propter masculos ex-
cluditur declaretur quod masculis deficientibus fœmina ad-
mittenda sit, vel quid aliud simile disponatur, ex quo sequen-
tibus successoribus præjudicium aliquod non fiat.*

11 Otra razon se puede assignar, y es, que el Conde
D. Miguel, en dicha Escritura de Vnion dispone expresa-
mente de los bienes que se litigan, y en la misma Escritura
dispone tambien de otros bienes que tenia libres, como se
narra

7

narra en ella , y es comunmente admitido entre los Auto-
res, que el poseedor del Mayorazgo, que agrega bienes su-
yos propios libres al Mayorazgo que posee , puede poner
qualesquiere condiciones, y gravámenes, que le parecieren,
las quales deverà cumplir, y observar el Successor, en espe-
cial si no son contrarias , y repugnantes à las del antiguo
Mayorazgo, son formales el Señor Molina *de Hisp. primog.*
lib. 1. cap. 8. n. 35. Roxas *de incompat. part. 1. cap. 7. n. 29.*

12 Y en el caso de poseer el Successor, así los bienes
del antiguo Mayorazgo, como los agregados por el posee-
dor in termedio, sin disputa deve observar las condiciones,
y gravámenes puestas por este , por razon del quasi con-
tracto, que resulta de la admisión de los bienes agregados
al antiguo Mayorazgo, *L. adulta 16. Cod. de heredit.*
actio. L. more 8. ff. de acquir. hered. §. heres instit. de oblig.
que ex quasi contract. nascuntur. Rota ad Card. de Luca *de*
fideicom. decis. 87. sub n. 12. ibi: Eo ipso quod Marius accep-
tavit, dicitur contraxisse cum testatore, & alis vocatis ad
fideicommissum. Mansi *tom. 7. consult. 624. n. 2.* Guillelm.
Benedict. *in cap. Regnutius, verb. Si absque liberis, el 2.*
n. 155. Balduc. *in novis. decis. tit. delegat. decis. 20.* Pegas *de*
Maioratu tom. 1. cap. 3. n. 147.

13 Es cierto, y resulta del pleyto de D. Juana de To-
ledo, que en virtud de las Escrituras, ò Mayorazgos otor-
gados por el Conde D. Miguel, num. 18. entre los quales
se halla el de la Vnion, fue declarado Successor jure maiō-
ratus D. Juan, num. 38. y en dicho pleyto por muerte de
este fue repuesto D. Luis, num. 49. y por muerte de este, en
el mismo pleyto pidieron reponerse los Tutores del Conde
D. Antonio, num. 61. quien hecho mayor de edad, y estan-
do yà casado compareció en dicho pleyto en 16. de Febre-
ro de 1617. y alegando ser mayor de edad, y capaz de ad-
ministrar sus bienes , pidió se le diessen los aprehensos , y
obtuvo, concediendosele como lo pedia, como consta de la
pieza quinta de D. Juana de Toledo; con cuyo hecho apro-

C

bò

bò expressamente dicho Conde D. Antonio, num. 61. las Escrituras exhibidas en dicho pleyto, otorgadas por el Conde D. Miguel, su ascendiente, quasi contrayendo con todos los en ellas llamados, siendo lo mismo, que si las huviera otorgado, Salgado *in laberynt. part. 2. cap. 16. n. 87.* ibi: *Atque ideò quando filius consensit Vinculi gravamini inposito per Patrem, post hujus mortem, atque etiam simul postquam adhirvit hereditatem gravamini consentiens, verè censetur maioratum facere, cum jam de suo patrimonio filius ipse disponere intelligatur, & postquam jam jus habuit perfectum, & radicatum in bonis legitime prout sepiùs diximus.* Son formales Noguero. *Alleg. 19. n. 72. Sesse decis. 15. n. 8. Castillo lib. 3. controu. cap. 10. n. 40. Mazeraten. var. resol. lib. 2. resol. 49. à n. 28. Palma nepos. tom. 3. alleg. 235. n. 89. Telsauro q. forens. lib. 3. q. 32. Card. de Luca de fideicom. disc. 134. à n. 15. Angel. Rodulf. Alleg. 150. n. 20. Balduc. in novis. decis. tit. delegat. decis. 19. y 20. Molina lib. 2. cap. 3. n. 36. Peregrin. de fideicom. art. 36. n. 88. Hodierna ad Surdum decis. 322. n. 45. Merlino controu. cent. 2. cap. 43. n. 35.*

14. De lo dicho se infiere, que siendo el Mayorazgo fundado en la Carta matrimonial de D. Lope, num. 15. de rigurosa natural agnacion, ha de ser subsistente la Escritura de la Vnion: yà porque en esta el Conde D. Miguel, n. 18. solo dà la providencia, y rumbo, que ha de tomar la Succession para en falta de los agnados rigurosos, lo qual es licito, y permitido à los poseedores de los Mayorazgos, por no causarles perjuizio à los contemplados en los anteriores Vinculos, y yà porque el dicho Conde D. Miguel agregò bienes propios suyos libres à los contenidos en dicha Carta matrimonial de D. Lope, num. 15. disponiendo de unos, y otros en primer lugar, en los comprendidos en dicha Capitulacion, y para en falta de ellos, en los que llama en dicha Escritura de Vnion, cuyos gravámenes, y substituciones en nada repugnan entre si, antes bien son compatibles; y yà, porque el Conde D. Antonio, num. 61. ulti-

ultimo agnado, y como tal el ultimo contemplado en dicha Capitulacion, se mantuvo, y poseyò mientras viviò todos los bienes aprehensos, y esto mediante la reposicion pidida en el pleyto de D. Juana de Toledo, yà mediante sus Tu- tores, y yà por si mismo, por cuyo fecho aprobò lo dis- puesto por dicho Conde D. Miguel, y quasi contraxo assi con este, como con todos los llamados, y comprehendidos en dicha Escritura de Vnion, privandose, como se privò en fuerça de esta aprobacion de la libertad, que como ultimo agnado podia pretender de disponer de los bienes compre- hendidos, y mandados à D. Lope, num. 15. en dicha su Ca- pitulacion matrimonial, D. Reg. Sesse *decis.* 15. n.8. y assi no deve hazerse merito del testamento de dicho Conde D. Antonio, num. 61. como hecho à non habente potestatem disponendi; à mas que dicho testamento se halla declarado in solemne en juizio contradictorio.

15 En los papeles que se dieron por el Marquès de Ariza, en la instancia de vista de este pleyto al folio 30. à num. 85. se quiere persuadir no deverse hazer merito de las Reposiciones en dicho pleyto de D. Juana de Toledo, ni por ellas se puede entender aprobado el Vinculo de la Vnion, y renunciado el drecho que podian tener à los bie- nes, por las Escrituras anteriores, por no tener ciencia in- dividual, assi de lo contenido en dicha Escritura de Vnion, como de las otras Escrituras anteriores.

16 A esto se responde, que aviendo pidido reponerse el Conde D. Antonio, num. 61. en dicho pleyto de D. Jua- na de Toledo, deviò tener presente la Escritura, porque eran Comissarios de Corte D. Juan, num. 38. y D. Luis, num. 49. que era la Capitulacion matrimonial de D. Her- nando, n. 26. y como parte de esta, la citada Escritura de Vnion, presentada tambien en dicho pleyto, y assi no pudo alegar ignorancia de lo contenido en esta, como ni tampo- co puede relevarle la ignorancia que pretende de los Vin- culos anteriores, por la razon que trae la Rota ad Card. de

Lu-

Lucá de fideicom. decis. 87. n. 13. ibi: *Nec attenditur scientia vel ignorantia, quia scivit, vel scire debuit conditionem & qualitatem bonorum. Hodiern. controu. forens. cap. 15. n. 40. & 55.*

17 A que se aumenta, que los gravámenes, y substituciones los puso el Conde D. Miguel, por causa final de su disposición, y esto en contrato, gratificando al mismo tiempo, con los bienes propios que tenia en primer lugar, à los llamados en las Escrituras anteriores, no queriendoles perjudicar en cosa alguna; y en segundo lugar à los que contempla en dicha Escritura de Vnion, que no lo estaban en las antecedentes, por lo qual no pudo el Conde D. Antonio, aceptando el lucro que percibia por dicha Escritura de la Vnion, reponiendose, como se repuso en fuerza de ella en los bienes repeler, y desestimar los gravámenes contenidos en dicha Escritura, siendo como eran causa final de la misma; y así aceptandola, como la aceptò en virtud de la reposición, fue cum omnibus suis qualitatibus, & gravaminibus. Hodiern. controu. forens. cap. 15. à n. 55. ibi: *Donatarium teneri ad onus quamvis illud annexum ignorasset, talis enim ignorantia crassa, & supina existimatur, que nullo modo excusabilis creditur, cum paria sint, quod quis sciverit, vel scire debuerit, L. quod te in fine, ff. si cert. pet. L. si duo, ff. de acquir. hered. cum non possit dici probabiliter ignorare, qui non investigavit, cum teneatur, & hoc tam respectu conditionis hominis, cum quo contrahit, quam rerum, secundum veriore opinionem. Item, & secundo responderetur, quod non per hoc, quod donatio fuerat simpliciter acceptata, ergo ad illud non tenetur, quoniam onus erat insertum, & positum pro causa finali dicta donationis, quia favorem donantis recipiebat, & onus atque gravamen donatariorum continebat: effectus enim acceptationis hoc operatur, scilicet, approbationem actus, cum omnibus suis qualitatibus. L. cum ab uno in princ. ff. de leg. 2.: Et acceptans civilitatem, censetur acceptare omnia onera annexa; non enim licet unam partem agnoscere, & aliam reprobare.*

II

bare. *L. cum queritur, ff. de administ. tut.* :: Et is cui queritur jus ex contractu, tenetur illum acceptare, cum omnibus suis qualitatibus; Et pro se contractum agnoscens, debet quoque contra se agnoscere; Et non potest quis ratificare factum, Et non ratificare ejus qualitatem, quia idem, Et unus contractus non potest dividi, sed cum causa suisque viciis acceptare, Et non potest quis contractum acceptare, nisi id faciat cum omnibus suis qualitatibus, Et conditionibus, Et hoc, quamvis acceptatio sit limitata, Et facta quoad aliqua tantum; alias si contrarium diceretur, sequeretur, quod contractus individuus pro parte acceptaretur, Et pro parte non, quod jura vetant, etiam in Ecclesia, Et minore, ut late ostendit Rota apud Ludovis. decis. 467. n. 5.

18 Y lo susodicho se haze mayor lugar, atendiendo la acceptacion hecha por el mismo Conde D. Antonio n. 61. que hecho mayor de edad, y casado ya, sin embargo de aver pidido sus Tutores la reposicion en el pleyto de D. Juana de Toledo, compareció en el mismo pleyto, pidiendo se le entregassen los bienes, como se le entregaron, y se puso en la posesion de todos ellos, manteniendose en ella mientras vivió; y así aviendo percibido lucro por dicha acceptacion, por los bienes agregados por el Conde Don Miguel, num. 18. la disposicion de este deve entenderse aprobada, siendo cierto, que por ella no se seguia perjuizio à ninguno de los contemplados en las Escrituras antecedentes, por aver faltado ya todos, y solo era el unico perjuizio considerable la libertad de disponer en dicho Conde D. Antonio, ultimo agnado, de la qual se perjudicó con dicha acceptacion, Card. de Luca de fideicom. disc. 139. n. 2. ibi: *Cogitatum ergo fuit aliud non subesse remedium, nisi illud novam faciendi donationem, seu dispositionem, de quibusdam aliis ipsius donatoris bonis liberis alicujus notabilis quantitate sub ea lege, ut novae substitutiones, Et onera, Et etiam bona praecedenter donata complecti deberent; Et quando donatorii fuissent instatu, quod hanc secundam dispositionem acceptare potuissent.*

D vel

12

vel expresse, vel etiam tacite per actus facti, tunc res procedebat de plano, cum concedatur honoranti ad proportionem honoris gravare honoratum, etiam in bonis propriis, si ve sibi jure proprio competentibus; atque honoratus talem dispositionem acceptando, ita novo gravamini subjaceat. Y en el num. 5. dize el mismo de Luca, que en el caso de aver parado los bienes antecedentemente donados, en poder de Pupilo, ò Infante, en fuerça de los Vinculos contenidos en la donacion, agregandoseles otros bienes à los donados, muriendo el Pupilo en la pupilar edad, unos, y otros bienes deveràn ir unidos à los llamados en la segunda donacion, no quedando persona habil para suceder de los comprendidos en la primera donacion, por redundar el perjuizio de los bienes primero donados, en los Successores abintestado, *quod non reputatur in jure considerabile in ordine ad Pupulum, cujus nihil interest an eo in pupilari etate moriente bona ad unum, vel alterum pertineant, e converso autem interest, ita sine aliquo ipsius facti adulti novo onere, vel gravamine tale augmentum obtinere.*

19. Cuyo dictamen parece siguiò el Conde D. Miguel, num. 18. pues viendo expuesta la Succession de su Casa, por hallarse unico agnado habil para suceder, segun las Escrituras antecedentes D. Juan, num. 38. y este Pupilo, à fin de perpetuar la Succession de su Casa en sus descendientes, agregó à los bienes que posseda dicho Conde D. Miguel, con Vinculo, y por lo mismo avian de pervenir en dicho D. Juan, num. 38. su nieto, otros muchos bienes, añadiendo otras substituciones, ò por mejor dezir, explicando la voluntad de sus ascendientes, de quienes avian de suceder en falta de los rigurosos agnados, como lo podia hazer, ex de Luca *d. disc. 139. n. 7.* dando en primer lugar llamamiento en unos, y otros bienes à los rigurosos agnados, que podia aver descendientes de D. Lope, num. 15. y en segundo declarando los que avian de suceder en falta de dichos agnados, disponiendo que todos aprobassen, y loassen dicho

Ma-

Mayorazgo de Vnion, y que se entendiesse aprobado solo con el fecho de suceder en unos, y otros bienes, como en la realidad lo aprobaron los agnados entonces existentes; y muerto dicho Conde D. Miguel, los Tutores de D. Juan, num. 38. con la Aprehenfion que se hizo por D. Juana de Toledo, como Tutora de su hijo, en fuerza de la Capitula- cion matrimonial de D. Hernando, num. 26. su Marido, y Padre respectiue, de la qual es parte dicha Escritura de Vnion; y el mismo D. Juan, num. 28. la aprobò aviendose mantenido en la posesion de los mismos bienes, mediante la Comission de Corte à su favor declarada en dicho pleyto; D. Luis, num. 49. tambien la aprobò por la reposicion que pidió en dicho pleyto; y D. Antonio, num. 61. ultimo agnado la loò, y ratificò, por la reposicion pidida por sus Tutores, y tambien por aver comparecido en dicho pleyto, pidiendo se le diessen los bienes, en atencion à ser habil à administrarlos por si mismo.

20 No se deve hazer merito del testamento de D. Pedro, num. 6. de que se vale el Marquès de Ariza, para regular la Succesion de este Estado; yà porque antes de su otorgamiento tenia hecha el Testador donacion de todos sus bienes, pura perfecta, è irrevocable inter vivos à Don Lope, num. 11. insinuada, y acceptada por el Notario, y yà en la Carta dotal con Doña Teresa, num. 7. à favor de los hijos Varones, que fueren procreados de dicho matrimonio, y à perjuizio de los donatarios no pudo el Testador hazer, ni aumentar Vinculos, ni gravamenes; y yà tambien, porque en dicho testamento haziendo mencion de las referidas donaciones, las loa, aprueba, ratifica, y confirma, queriendo tengan plena eficacia, y valor, con cuya explicacion se haze patente, nada quiso executar en perjuizio de dichas donaciones, ni de los donatarios; y siendo regla, que todos los actos humanos dependen del poder, y de la voluntad, deve tenerse por insubsistente dicho Testamento, y Vinculos, que en èl se pretenden, ex defectu potestatis, & voluntatis. Sin

14

21 Sin que dichos pretensos Vinculos puedan entenderse eficaces, ni confirmados por la Concordia hecha, y otorgada sobre el Lugar de Mores por D. Lope, num. 11. y D. Pedro, num. 12. donatarios; yá porque las Concordias son de estrecha interpretacion, sin que admitan extension à otras cosas, que à aquellas sobre que se otorgan, *Viceolo de transact. q. 81. n. 5.* Ciriaco *contro. 484. n. 9.* y yá porque por dicha Concordia solo podia pretenderse una tacita confirmacion de todo el testamento; y siendo la confirmacion acto accessorio, y no per se subsistente, *Salgado in labyrinth. part. 1. cap. 13. n. 15. & de retentione, 2. part. cap. 17. n. 30. vers. Sicut etiam.* Larrea *allegat. 73. n. 4.* de manera, que la confirmacion no puede hazer extender el acto confirmado *ultra suam naturam qualitatem, & capacitatem*, y admite las mismas interpretaciones, è impugnaciones, que el acto confirmado, Larrea *ubi nuper n. 5.* Roca *Select. juris, tom. 1. cap. 185. n. 4.* Se infiere, que no pudiendo substir el Testamento, y Vinculos, que en èl se pretenden, *ex defectu potestatis, & voluntatis* en el Testador, tampoco se deven considerar validos, y eficaces, por medio de la confirmacion que se pretende por la Concordia.

22 Y yá porque como resulta del Memorial en el pleyto de Melchor Oxea, se hà opuesto varias excepciones contra el referido testamento, yá el hallarse borradas muchas lineas en el Instrumento exhibido por el Marquès de Ariza, en parte sustancial del mismo, que siendo vicio visible, constituye en la obligacion de probar la verdad de su contenido al que lo presenta, Ciriaco *contro. 410. n. 4.* Y yá el no aver explicado el Notario Comissario, que sacò en publica forma el Testamento, la autoridad con que era Notario, el rogado, ni el Lugar de su habitacion, circunstancias que quitan del todo la fee à dicha Escritura, quando solo la variacion de una letra contra el estilo de las Escrituras, y los que las firman, y escriben induce vehemente sospecha de falsa, Larrea *allegat. 96. n. 27.* y de otro modo

ni

que

quedarían indefensos de la impugnación de la Escritura los interesados; pues no podrían saber à que Lugar avían de acudir à buscar la matriz del Instrumento, para ver si conformava con la Nota el contenido de la extracta, *L. contractus de fide instrum.* Feliciano Solis *de Censibus lib. 3. cap. 1. n. 3.* Sesse *decis. 172. n. 6.* Y el extracto no haze probanza legitima, sino se halla en la matriz correspondiente, *Observ. noto de consuetudine 21. & Observ. item si quis dixerit 23. de fide instrumentorum.* En especial quando no se halla el extracto sacado por el Notario rogado, sino por el Comisario, Molino *verbo Instrumentum, vers. Instrumentum extractum fol. 185. col. 2.*

23 Sin que pueda dezirse subsistente dicho Testamento, por hallarse registrado en el Tribunal de la Corte del Justicia Mayor de este Reyno; porque esta solemnidad judicial no priva à la parte interessada el drecho de oponer los mismos defectos, contra el transumpto con que podia impugnar el Original, Sesse *decis. 201. n. 40.* y quando el defecto es visible, y embaraza la lectura de la Escritura, de manera, que no puede comprehenderse la intencion, y voluntad de los otorgantes, es inegable se prohibe la extracción del Instrumento, por negarle la fee en qualquier juicio, Monter *decis. 44. n. 48.* y con especialidad en juicio fumarissimo, qual es el presente, Argelo *de legit. contradict. q. 2. art. 1. n. 44.* Salgado *de Reg. protect. part. 2. cap. 13. n. 28.* Carleval *de jud. tit. 2. disp. 6. n. 13.* Y assi siendo Vinculo claro el de la Vnion, y el del Testamento de D. Pedro, num. 6. à lo fumo dudoso, deve repelerse este, admitiendo el de la Vnion, y la proposicion del que se incluye por este, Molina *lib. 3. cap. 4. n. 32.* Mieres *de Maiorat. part. 2. q. 6. n. 97.* Valenzuela *conf. 97. n. 216.* Castillo *lib. 5. cap. 130. n. 2.* & *cap. 139. n. 1. cap. 180. n. 16.* Card. de Luca *de fideicom. disc. 198. n. 11. & disc. 180. n. 9.* Argelo *de legit. contradict. q. 10. art. 22. n. 280.* Rota *part. 1. recent. decis. 196.* Dunoceto *decis. 910.*

E

No

24 Menos se deve hazer merito del Testamento de D. Lope, num. 11. de q̄ se vale el Duque de Gandia, yà porque despues de otorgado dicho Testamento, se otorgò la Carta matrimonial de D. Lope, num. 15. en la qual le mandò D. Lope, num. 11. todos los bienes de que avia dispuesto en dicho Testamento, con cuya manda se apartò de dicha disposicion. Y aunque en dicha Carta dotal se reservò facultad para declarar en quien avian de pervenir los bienes en falta de D. Pedro, num. 23. sin posteridad masculina, por recta linea masculina descendiente, esta reserva no es bastante para la subsistencia del Testamento. Lo primero, porque en dicha Carta matrimonial se dize: *Ayan de pervenir en Don Pedro de Vrrrea, con los Vinculos, condiciones, & substituciones, que por dicho Señor D. Lope, Padre suyo, seràn puestas en su ultimo Testamento, ò qualquiere otra disposicion entre vivos*, por lo que dicha reserva solo es comprehensiva de tiempo futuro, y de las disposiciones que Don Lope, num. 11. hiziesse, y otorgasse, despues que se pactò dicha Capitulation matrimonial de D. Lope, num. 15. y assi como el tiempo preterito no es comprehensivo del tiempo futuro, Roxas *de incompat. part. 2. cap. 2. n. 5. ubi ejus Add. Aguila n. 9. Olea tit. 3. q. 10. n. 23.* tampoco el tiempo futuro es comprehensivo del preterito, ni presente, Roxas *ubi sup. n. 39. ibique Aguila n. 44. Ciriaco contrav. 469. n. 4.* Lo que tiene lugar, no solamente en disposicion de ultima voluntad, si tambien en contracto, Antonelo *de tempore legali lib. 1. cap. 7. à n. 1.* y assi estando yà otorgado el Testamento de D. Lope, num. 11. al tiempo que se pactò la Carta dotal de D. Lope, num. 15. la reserva que en esta se halla, siendo connotativa de tiempo futuro, no puede comprehender los llamientos de dicho Testamento, como de tiempo preterito, por hallarse yà otorgado: Porque aviendose celebrado el Matrimonio, con intervencion de parientes, como consta de la misma Carta dotal, assi los contrayentes, como los intervinientes consintierò que la reserva solo fuesse respecto

de

de los llamamientos, que despues hizieffe, y no de los que tenia hechos el mismo D. Lope, num. 11. *Ne contrahentes deciperentur ad tradita à Postio decis. 206. n. 41.*

25 Esto se corrobora atendida la disposicion de la *L. 3 rit. 7. lib. 5. recop.* por la qual se ve, que si el Rey concede à un particular facultad para fundar Mayorazgo de sus bienes, esta licencia no es comprehensiva, ni confirma el Mayorazgo yà instituido, sino en el caso, que en la misma licencia, ò facultad Real se expresse, es formal Roxas *de incompatib. d. part. 2. dict. cap. 2. n. 40.* Y hallandose assi dispuesto en una gracia Real, que por ser Privilegio devia prorogarse, mucho mejor deve proceder en este caso, de manera, que para la subsistencia del Testamento, en fuerza de la reserva de dicha Carta dotal, era preciso que D. Lope, num. 11. huviera declarado al tiempo de su muerte queria subsistiesse dicho Testamento, y que fuesse en fuerza de la reserva de dicha Carta dotal.

26 A que se aumenta, yà que los llamamientos de la Carta dotal en los descendientes de D. Lope, num. 15. son perfectos, y determinados hasta la clausula, en que llama para en su defecto à D. Pedro, num. 23. y en esta la voluntad de D. Lope, num. 11. otorgante, se halla modificada respecto los Vinculos, que acordaria en la Escritura de Testamento, ò Codecilo, que despues otorgare, en cuyo caso es necesario, que el que haze la reserva à su favor la explique, pues de otra suerte ha de tenerse por subsistente la voluntad, y explicacion antecedente, sin hazer merito de la reserva, es puntual Torre *post tract. de pact. fut. succes. decis. 61. num. 8.* Postio *post tract. de manrent. decis. 206. n. 30.*

27 Y yà que la facultad reservada solo fue segun el contenido de la clausula de dicha Carta dotal, para declarar con que Vinculos, substituciones, y condiciones avian de pervenir, y avia de tener los bienes D. Pedro, num. 23. por cuyo motivo era preciso que dicho D. Pedro huviera sobrevivido à Don Lope, num. 15. y à toda su posteridad

mas.

18

masculina, por recta linea masculinadas descendientes, para que de esta suerte pudiera tener cabimiento qualquier disposicion que hiziere D. Lope, num. 11. en virtud de la reserva: *Esse enim debet cui detur, deinde sic queri an datum consistat, ut non antea juris ratio, quam persona querenda sit,* que dize el texto in *l. quidam referunt* 14. ff. de jure codicil. Valencia *Illustr. lur. lib. 3. tract. 3. cap. 4. n. 11.* y aviendo premuerto D. Pedro, num. 23. nominatim substituido à D. Lope, num. 15. y sus descendientes Varones agnados, no deven tener lugar las substituciones testamentarias, aunque se quieran declarativas de los gravámenes, y condiciones, con que avia de suceder D. Pedro, num. 23.

28 Y para la exclusion del Duque de Gandia, que pretende la Succession por dicho Testamento, se aumentan dos razones, la primera, que caducando la substitucion *ob defectum conditionis,* caducan tambien todas las siguientes; pues la regla, que caducando el primer grado se admite el substituto, solo tiene lugar, quando el primer grado caduca per mortem instituti, vel substituti; pero no quando ob defectum conditionis, es formal Fufario *de substit. q. 479. n. 79.* segun la voluntad de los contrayentes en la Carta dotal, para que tuviesen lugar los llamados en fuerza de la reserva, era preciso que D. Pedro, num. 23. huviera sucedido; y no aviendo, llegado este caso por su premoriencia, han de cessar las substituciones siguientes, por la razon que trae Beroyo *vol. 2. cons. 98. n. 7. ibi: Quod destructo, & cessante medio, per quod necessario ad finem, seu effectum pervenitur, cessat finis, & effectus.*

29 La segunda, que la reserva hecha para cierto caso, y de ciertas cosas, no se extiende à otras, y haze regla para los casos no reservados, Torre de *Maïorat. 3. part. decis. 26. n. 13. ibi: Vel ab exceptione, seu reservatione, que facta in certo casu, & de certis juribus facit regulam pro remissione aliorum jurium, & casuum.* Luego diziendo el pacto de dicha Carta dotal vengán en D. Pedro, con los Vinculos que

Jam

fe-

seràn pueſtos, &c. era neceſſario que dicho D. Pedro hu-
 viera ſucedido, pues para en dicho caſo eran las providen-
 cias condiciones, y ſubſtituciones, que podia dar D. Lope,
 num. 11. en fuerça de dicha reſerva, y no para el caſo de
 faltar D. Lope, num. 15. ſin poſteridad maſculina, que para
 en eſte caſo yà la tenia dada en dicha Carta dotal, y por
 conſiguiente eſte caſo no puede eſtar comprehendido en la
 reſerva, y deve quedar en la diſpocion de drecho, ad tradi-
 ta à Poſtio *decis. 206. n. 36. verſ. Quinto, ibi: Illa tamen non*
videbatur trahenda ad caſum qui evenit, nempè ad caſum
præmorientie Adriani ſine deſcendentibus, cum in eo ſimplici-
ter, & abſolutè dictum fuerit, ut bona donata integrè ad Iu-
liam redirent, ſed tantum ad ſecundum caſum, nempè quando
ipſa donatrix præmoreretur, quo caſu appoſuit prohibitionem de
non alienando: Vnde quemadmodum non fuit factus locus
prohibitioni de non alienando, quia caſus iſte non evenit, ita
neque etiam locus exceptioni dictæ prohibitionis ad dictæ.

30 Para la ſubſiſtencia de dicho Teſtamento era pre-
 ciſo ſe huieſſe otorgado en fuerça de la reſerva de dicha
 Carta dotal, y que con relacion à eſta ſe huieſſen hecho
 los llamamientos, y ſubſtituciones, que en èl ſe hallan; y
 ſiendo la reſerva para tiempo futuro, ibi: *Seràn pueſtos*, no
 puede comprehendereſe el tiempo preterito, por la incom-
 patibilidad que en dichos tiempos ſe halla, ex dictis ſupra.

31 Sin que obſte ſe puede verificar la relacion, atendi-
 do dicho Teſtamento, por quanto la diſpocion teſtamen-
 taria eſtà ſuſpenſa, y ſin efecto, haſta que muere el Teſta-
 dor; y por conſiguiente, aunque en el orden natural del
 otorgamiento ſea anterior el Teſtamento, que la Carta do-
 tal, pero no en efecto, y valor de la diſpocion; y aſi dicho
 Teſtamento en el efecto es poſterior à la Capitulacion, y la
 reſerva, que en eſta ſe halla deve ſer comprehenſiva de los
 llamamientos del Teſtamento, como poſteriores en el efec-
 to, y ſu ſubſiſtencia à dicha Carta dotal.

32 Para la ſatiſfaccion, es de ſuponer la regla cierta,
 F que

que por la agenacion voluntaria de lo que se dispuso en el Testamento, se comprehende apartar el Testador de lo dispuesto en el mismo, en quanto à lo que posteriormente agena, *L. rem legatam, L. legatam, S. pater, ff. de adimendis legatis.* Card. de Luca *de legat. disc. 48. n. 4.* Cancér *var. resol. part. 3. cap. 20. à n. 259.* Mostazo *de causis piis, lib. 1. cap. 13. n. 41.* Rota *in reggien. honor. 23. Ianuarii 1647. coram Corrado, S. final. communiter instituisse in S. si rem 12. instituta delegat.* Y assi aviendo hecho donacion en la Carta dotal à D. Lope, num. 15. de los mismos bienes, que el mismo D. Lope, num. 11. avia dispuesto en su Testamento, se apartò por razon de dicha donacion de la disposicion testamentaria; y para que subsistiera el Testamento por razon de la reserva, era preciso interviniese nuevo consentimiento, y diverso acto, sin que baste el explicado en Escritura anterior, Aguila *ad Roxas part. 2. cap. 2. n. 40.* Pegas *ad Ord. Portuy. tom. 7. ad regim. Sacr. Palat. cap. 31. num. 3.*

33 A que se aumenta, que siempre, y quando es precisa la existencia de acto, preambulo para el, valor de una Escritura, es necesario que conste verè vel præsumtivè la prioridad del Instrumento, ò Escritura preambula, para el valor, y eficacia de la segunda, es formal el Señor Olea *tit. 8. q. 3. à n. 15.* Luego supuesta la Escritura de Capitulacion, en que irrevocabiliter se adquirieron los bienes à D. Lope, num. 15. y sus descendientes, en la qual se halla la reserva à favor de D. Lope, num. 11. donante, para declarar, ò añadir los Vinculos que le parecieren, para que los llamamientos, que se quieren distintos, ò aumentados por dicho D. Lope, num. 11. en fuerça de dicha reserva, es preciso que fueran posteriores à esta, como Escritura preambula; y assi siendo el Testamento anterior à dicha Capitulacion, no se puede dezir averse hecho en fuerça de la reserva, lo que era preciso para su valor, y eficacia.

34 De que resulta, que ni el Testamento de D. Pedro,
n. 6.

n.6. el de D. Lope, n. 11. pueden invalidar dicha Escritura de Vnion, y aunque esta en sí se pudiera considerar insubstistente, como hecha por poseedor intermedio, deve tenerse por valida, y eficaz, como aprobada, y ratificada expressamente por el Conde D. Antonio, ultimo agnado, mediante las Resposiciones referidas; y à porque siendo ultimo agnado avian de recaer los bienes en su persona con plena libertad, como ultimo de los contemplados en dicha Capitulacion matrimonial de su ascendiente D. Lope, n. 15. de cuya libertad se privò, y la renunciò mediante la acceptacion del Vinculo de la Vnion; y yà, porque el unico perjuizio en el caso concreto, solo podia ser à los successores abintestado de dicho Conde D. Antonio, por aver muerto sin Testamento, ni otra disposicion, porque aunque hizo Testamento, se halla declarado in solemne en juicio contradictorio, y por lo tanto es lo mismo que sino lo huviera hecho, *ex l. intestatus, ff. de verb. sign. cum vulgatis*. Por cuyos motivos se convence ser dicha Escritura de Vnion la unica que se deve atender, para admitir con domonio la proposicion de los bienes que se litigan.

PUNTO SEGUNDO

QUE EL MARQUES DE TORRES ES EL unico litigante, que tiene llamamiento en la Escritura de Vnion, y que no le pueden preferir el Marqués de Aguilar, ni el Conde de Berbedel.

35 **S**Vpuesta la regla, que qualquier que pretende la Succession de unos bienes de Mayorazgo, es preciso haga constar de su llamamiento en la Escritura de Fundacion, *L. cum ita legatur 12. §. in fideicommissis, ff. de leg. 2.* y asì mismo aver llegado el caso de su llamamiento, *L. si ita quis 21. ff. de vulg. & pupil.* aviendo evaquado todas las lineas de los descendientes Varo-

nes

22

nes del Conde D. Miguel, num. 18. y de los descendientes Varones de D. Lope, D. Manuel, y D. Miguel, num. 27. que eran las predilectas en dicho Vinculo, demonstrando, que el Marquès de Torres (aunque no descienda del mismo Conde D. Miguel, ni de D. Lope, D. Manuel, y D. Miguel, num. 27. hijos de D. Pedro, num. 19.) se halla llamado en dicha Escritura, se convencerà dever ser declarado Successor de los bienes que se litigan.

36 Para lo qual es preciso tener presente la Clausula, que se halla copiada al Memorial ajustado folio 123. in fine, ibi: *De suerte, que mientras descendientes Varones se hallaren de nos, y del dicho D. Pedro de Vrrrea, nuestro hermano legitimo, y de legitimos matrimonio procreados, ayan de suceder en el dicho Mayorazgo, Casa, y Estado nuestro, por el orden, y de la forma, y manera arriba dicha, el qual aya de ser Conde de Aranda, Vizconde de Viota, Señor del Vizcondado de Rueda, de la Baronía de Alcalaten, &c.*

37 De esta Clausula tan expresiva de la voluntad del Fundador, se forma este silogismo: Quiere el Conde D. Miguel, que mientras se hallare Varon descendiente suyo, ò de su hermano D. Pedro, num. 19. legitimo, y de legitimo matrimonio procreado, este aya de suceder en el dicho Estado, Casa, y Mayorazgo, y aya de ser Conde de Aranda, Vizconde de Viota, y Señor del Vizcondado de Rueda, que son los aprehensos: El Marquès de Torres es descendiente Varon de D. Pedro, num. 19. hermano del Fundador: luego el Marquès de Torres, segun la voluntad del Conde D. Miguel, ha de suceder en el Mayorazgo, Casa, y Estado de Aranda, y ha de ser Conde de Aranda, Vinconde de Viota, y Señor del Vizcondado de Rueda; y por consiguiente tiene expreso, y literal llamamiento en la Escritura de Vnion.

38 En el impresso dado en la instancia de vista por el Marquès de Aguilar à folio 56. num. 135. se pretende desvanecer este silogismo, con dos consideraciones, la primera que

que en esta clausula copiada no està comprehédido el Marqués de Torres, ni fue de la voluntad del Conde D. Miguel Vinculante, comprehenderlo, por quãto al tiempo del otorgamiento de la Escritura de Vnion D. Catalina, num. 28. hija de D. Pedro, num. 19. estava yã casada, y nacido Don Juan, num. 40. su hijo, y sin embargo no se halla, que en clausula alguna de dicha Escritura llame à dicha D. Catalina, ni menos à D. Juan, ni sus descendientes, deviendo se presumir quiso excluir esta linea de la Succession, por equivaler la omision à exclusion expressa, en especial en este Reyno, por el Estatuto de estar à la Carta.

39 La segunda, que en la misma clausula inmediato à las palabras *aya de suceder en dicho Mayorazgo, Casa, y Estado nuestro*, prosigue, *por el orden, y de la forma, y manera arriba dicha*; cuyas palabras, como restrictivas de su naturaleza, limitan, y ciñen la comprehension de la clausula, à aquellos en quienes avia dado orden, forma, y manera para suceder, entre los quales no se hallan los descendientes de dicha D. Catalina, num. 18. ni de D. Juan, n. 40. por lo qual dicha clausula copiada, solo deve reputarse por mera recopilacion de los antecedentemente llamados, sin extension à otros.

40 Aunque podia dezir con el Jurisconsulto Paulo *in l. ille aut ille 25. S. cum in verbis, ff. de leg. 3. ibi: Cum in verbis nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis questio.* Por cuyo motivo Mantica *de tacit. & ambiguis lib. 2. tit. 5. n. 10.* dize: *Nam in re perspicua que ex verbis constat argumentis, & conjecturis opus non est, nec debet id quod verbis exprimitur disputationibus controversi; nam infirmitas est intellectus omitttere certitudinem verborum, & sequi conjecturis:* Pues siendo tan universal la referida Clausula de suerte que, y tan expresiva de la voluntad del Fundador, de que mientras se hallaren descendientes suyos, ù de su hermano D. Pedro, num. 19. ayan de suceder en dicho Mayorazgo, y ayan de ser Condes de Aranda, quererla ceñir, y

G

estre.

estrechar por las congeturas ponderadas, es poner cuestion en la voluntad tan clara, como explican sus palabras, violentando, y aun destruyendo el Instrumento, à quien por ley especial en este Reyno se deve estar, como dize el Señor Regente Sesse *decis. 412. n. 13. ibi: Velle restringere, & limitare amplitudinem, & capacitatem eorum verborum, est directè destruere Cartam, & eam offendere.*

41 Siendo cierto, que para la retriccion, las congeturas no solo han de ser capitales, ò graves, sino necessarias, *nedum nimia utimur circa hujusmodi sensus subtilitate iudicia testantium defraudentur*, que dize el texto in *l. si quis heredem 7. Cod. de instit. & substit.* Sesse *decis. 412. n. 11.* y por esso en caso de interpretacion de las palabras se deve seguir la extensiva, repeliendo la restrictiva, por conservarse en aquella la Carta, y voluntad del que dispone en ella explicada, Casanate *cons. 10. n. 43.* Sesse *dicta decis. 412. à n. 13.*

42 Sin embargo atendido el contexto de la Escritura de Union, consta expressamente, el que el Conde D. Miguel quiso sucedieran todos sus descendientes Varones, y los de su hermano D. Pedro, num. 19. siendo legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, sin exclusion de alguno de ellos, como se ve atendido el proemio de dicha Escritura, el qual como expressivo de la causa final de la disposicion, sirve para interpretarla, extenderla, ò limitarla, *ex l. finali, ff. de hered. instit.* Molina *de primog. lib. 1. cap. 5. à num. 4.* Maldonado *ad Molinam in dicto cap. 5. n. 4.* Tesouro *q. forens. q. 1. à n. 1.* y por esso el Señor Molina *dicto lib. 1. d. cap. 5. n. 4.* dize: *Quando proemium est generale, quamvis postea subjiciantur verba specialia, tamen virtute proemii generalis, resultat etiam generalis dispositio.* Fusario *de substit. q. 384. n. 3.* D. Olea *tit. 2. q. 4. à n. 11.*

43 En el proemio ya expressa el Conde D. Miguel, el motivo que le movió para el otorgamiento de dicha Escritura, que fue: *A fin que la dicha nuestra Casa, Estado, y Mayorazgo, quede perpetuamente unido en Varones legitimos des-*

descendientes por recta linea masculina de nos, y en su defecto en los de nuestros hermanos, hijos legitimos, y naturales de D. Lope Ximenez de Yrrea, y Doña Catalina de Yxar, nuestros Señores, y Padres, y aquellos faltando en Varones legitimos, y naturales de las hijas de D. Hernando, y nuestras respectivas, de la forma, y manera siguiente, à saberes.

44 En esta atencion de averse fundado el Mayorazgo, para perpetuar la Succession de el en los descendientes Varones del Fundador, y de su hermano D. Pedro, num. 19. es al parecer sin disputa, que atendido el fin de dicha fundacion, qualquier Varon descendiente por legitimo matrimonio del Conde D. Miguel, y de su hermano D. Pedro, tiene à su favor la voluntad del Vinculante, explicada asì en el proemio, como en dicha Clausula: *De suerte, que mientras final*, siendo cierto, que igualmente con los unos, y los otros se consigue el fin apetido de quedar dichos bienes perpetuamente en descendientes suyos, ù de sus hermanos, hijos de D. Lope, y D. Catalina de Yxar, num. 15.

45 Sin que obste, que el fin explicado en el proemio, solo fue de perpetuar la Succession el Conde D. Miguel, en descendientes suyos Varones por recta linea masculina, y en su defecto en los de sus hermanos, hijos legitimos de D. Lope, y D. Catalina de Yxar, num. 15. por cuya razon solo pueden tener à su favor el fin explicado por el Vinculante los Varones legitimos agnados rigurosos suyos, ù de sus hermanos, de cuya classe no es el Marquès de Torres.

46 Por quanto se responde, que los Varones descendientes por recta linea masculina, no fueron el fin unico del Vinculante, y en quienes unicamente era su voluntad perpetuar la Succession, sino tambien en todos los demàs Varones descendientes suyos, ò de sus hermanos, como lo persuaden las palabras, que se hallan al fin de dicho proemio, ibi: *Por el orden, y de la forma, y manera siguiente. A saber es, Graciano discept. forens. cap. 575. n. 28. ibi: Neque obstar, quod in prefatione non ad sint ista verba alternativa, cum dis-*

26

disponens loquutus fuerit per copulam destinando bona Matri & filiis, & descendentes; quia non fuerunt isti simpliciter nominati, sed cum illa dictione, ut infra, quae relationem habet ad inferius dicenda, & per consequens ostendunt destinantem intellexisse de filiis, & descendentes eo modo, & forma, prout inferius suam destinationem declaravit. Menoch. conf. 86. n. 9. y 71. Sabeli lit. D. §. 18. n. 35. Rota part. 13. recent. decis. 311. n. 5.

47 Y aviendo explicado el Conde D. Miguel (llamando diversos descendientes suyos, y de sus hermanos en dicha Escritura) en quienes se avia de perpetuar la Succession de su Casa, los quales no eran agnados rigurosos suyos, ni de sus hermanos, todos estos deven estar comprehendidos en la causa final que tuvo, para la formacion del Mayorazgo, en fuerza de la clausula relativa, puesta al fin del proemio, como prosigue el mismo Graciano *ubi nuper n. 29. ibi Vnde cum postea fuerit facta declaratio per alternativam non consideratur amplius prima illa destinatio, nam destinatio semel facta etiam tacite, nedum expresse potest revocari, l. cetera, §. fin. de leg. 3. maxime quia in casu nostro destinatio non fuit pura, sed collata in tempus declarationis inferius faciendae, adeo ut ex hoc debeat attendi quod in postea fuerit dispositum.* Y siendo asi, que por dicha Clausula final del proemio, en fuerza de su relacion, à lo que explicaria, todo lo comprehendido en dicha Escritura, deve estarlo en el proemio, y causa final que tuvo el Vinculante para otorgarla, se infiere con evidencia, que esta Clausula *de suerte, que mientras* final vi relationis, deve tenerse como puesta en el proemio, y por fin del Vinculante de perpetuar la Succession en los descendientes Varones suyos, y de los de su hermano D. Pedro, num. 19. ora fueran descendientes Varones por recta linea masculina, y asi agnados rigurosos, ora no lo fueran; por quanto el fin, y voluntad del Vinculante, que se descubre de la Escritura, es el de perpetuar la Succession en descendientes Varones suyos, y de su hermano

D.

D. Pedro, legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, descubriendose à un mismo tiempo fer su voluntad el que prefirieran los agnados, à los que no lo fueren; pero todos quiso sucediesen segun el orden, y forma que les dava.

48 Con lo dicho yà se descubre la poca fuerça de las dos replicas, que se hazen por el Marquès de Aguilar, contra el literal llamamiento del Marquès de Torres, pues aunque sea cierto, que en ninguna parte de dicha Escritura de Vnion se haga mencion de D. Catalina, num. 28. ni de Don Juan, num. 40. mediante los quales descende el Marquès de Torres de D. Pedro, num. 19. no puede tenerse por excluido de la Succession, ni por omitido, segun la intencion, y voluntad del Vinculante; pues la regla de *omissum pro omisso*, no tiene lugar, quando constat de mente, vel ratione per conjecturas; quia imò ratio qua dicitur, habetur pro expressa, que dize Tusco lit. O. conclus. 116. n. 64. Et quando subest eadem ratio prout in casu expresso, non habetur pro omisso, que dize el mismo Tusco ubi nuper n. 94. como tambien se limita dicha regla, quando id quod videtur omissum potest aliquo modo comprehendi sub verbis generalibus, & mente disponentis, que dize Mascardo de probat. vol. 3. conclus. 1136. n. 11. y 21.

49 Atendida dicha Escritura, se haze patente hallarse comprehendido el Marquès de Torres, asì en sus palabras, como en la mente, y voluntad del Vinculante, no siendo dudable fer, como es descendiente de D. Pedro, num. 19. En las palabras, por quanto en esta Clausula de suerte, que mientras, &c. segun lo literal, siendo como es indefinida, estàn comprehendidos todos los descendientes del Vinculante, y de su hermano D. Pedro, pues la indefinida equivale à la universal, Torre de Maiorat. part. 1. cap. 40. S. 1. n. 44. ibi: Idem esse vocare descendentem ex linea masculina testatoris, ac ex tota descendencia testatoris, nam linea & descendencia idem significant, & quamvis deficiat dictio universalis,

H

suf-

28

sufficit, quod loquutio sit indefinita, ut intrinsecus ad esse dicatur ob regulam, quod indefinita loquutio aequipoleat uniuersali loquutioni, & idem esse vocare descendentes suos, ac omnes descendentes suos, vocare lineam, vel totam lineam.
 Lo que es sin disputa, segun dicho Torre, en quanto à la comprehensio extensiva de los nacidos, y que naceràn de la linea, que se pone por cabeza, en especial constando ser la intencion del que dispone, el fundar Mayorazgo, Palma nepos. tom. 4. allegat. 393. n. 29. Rota coram Bichio decis. 320. n. 2. in fine.

50 Y unida esta Clausula de suerte, que mientras final, con el proemio de dicha Escritura, como se deve en fuerça de la relacion, que se halla en dicho proemio, se haze patente la comprehensio del Marquès de Torres, así en las palabras de dicha Clausula final, que como indefinida comprehende todos los nacidos, y que nacieren de D. Pedro, num. 19. como en la intencion, y voluntad de dicho Fundador, que fue, à fin que la dicha nuestra Casa, Estado, y Mayorazgo, quede perpetuamente unido en los Varones legitimos descendientes nuestros, y en su defecto en los de nuestros hermanos, hijos de D. Lope de V rrea, y D. Catalina de Y xar, nuestros Padres, siendo cierto, no verificarse menos el cõservarse los bienes en descendientes de D. Pedro, num. 19. por medio de los descendientes Varones de D. Catalina, n. 28. que por medio de los descendientes de D. Lope, D. Manuel, y D. Miguel, num. 27. siendo así, que unos, y otros son igualmente descendientes de D. Pedro, num. 19. Aguila à Roxas part. 1. cap. 6. n. 18. Torre de Maior. part. 1. cap. 39. §. 9. n. 20. Mieres de Maiorat. 2. part. 9. 12. n. 8. Roxas de incompatib. part. 1. cap. 6. §. 15. n. 223. Crespi observ. 22. num. 89.

51 Por cuyo motivo aviendo explicado àzia dicho Mayorazgo, para que se conservara unido en descendientes Varones suyos, y de sus hermanos; y que mientras se hallaren descendientes suyos, y de su hermano D. Pedro huvie-
 ran

ran de suceder, y ayan de ser Condes de Aranda, no se puede dezir omitido el Marquès de Torres, siendo, como es descendiente Varon de D. Pedro, num. 19. y verificarse en el Marquès de Torres la razon señalada por el Viculante, de quedar dicho Mayorazgo en Varones descendientes de hermano del Vinculante, Fufario *cons.* 54. n. 79. y 80. ibi: *Respondetur primo, quod hic casus non potest dici omissus stante eadem ratione: quod ubi eadem est ratio, & mens, dicitur idem casus: expressum enim illud dicitur, quod ex vi ipsius rationis continetur, l. nominis & rei, §. verbum, ff. de verb. signif. confirmatur nam & si diceremus ob identitatem rationis hanc esse conjecturatum voluntatem statuentium attenda, adhuc hic casus diceretur expressus: nam, & id dicitur expressum quod ex certis colligitur conjecturis.* Y esta regla se observa en este Reyno, no obstante el estatuto de estar à la Carta, segun el qual solo se excluye aquello, que es del todo fuera del Instrumento, pero no lo q se colige de la misma Carta, Casanate *cons.* 15. n. 10. y en el 51. dize, ibi: *Et hanc regulam, ut quod virtualiter inest, & ex expressis resultat pro expresso iudicetur observandum fore in terminis predicti statuti quod Cartæ standum sit docent.* Menoch. *cons.* 325. n. 27. & 29. Portol. §. Forus n. 54. Monter *decis.* 39. n. 54. y trae el exemplar de la Baronía de Cabañas.

52 Militando à favor del Marquès de Torres las razones sobredichas, para excluirlo, por no aver llamado individualmente à D. Catalina, num. 28. y sus descendientes Varones, aviendo explicado, que mientras se hallaren descendientes suyos, ù de su hermano D. Pedro, huvieran de suceder en dicho Estado, y ayan de ser Condes de Aranda, era precisa letra, y exclusion clara, segun Tusco *lit. O. conclus.* 116. n. 92. por quanto la omision de D. Catalina, y sus descendientes, mas se deve atribuir à olvido, que à exclusion: *Quia quando ex precedentibus & sequentibus constat de mente, omissum censetur per errorem, ut plus sit dictum quam scriptum, ideo illud omissum debet haberi pro expresso: & licet se-*

30

secundum verba sit casus omissus, sufficit tamen, quod ex mente non sit omissus; quia si cogitasset testator providisset ex mente eodem modo, quia mens praevalet verbis, que dicitur Tusco ubi nuper n. 102. y 103.

53 No es dificultoso el encontrar la razon de la omision de D. Catalina, num. 28. de D. Juan, num. 40. nacidos ya, y el porque dicha omision no puede servir de exclusion de toda su linea, aviendo explicado ayan de suceder en dicho Mayorazgo, y ayan de ser Condes de Aranda los descendientes Varones suyos, y de su hermano D. Pedro, mientras se halleren; y que lo formava à fin que quedasse perpetuamente en Varones descendientes suyos, y de sus hermanos, y es, que deseando sucedieran en primero lugar los descendientes del mismo Vinculante, y despues de estos los de sus tres Sobrinos D. Lope, D. Manuel, y D. Miguel, num. 27. (cuyos descendientes solo con dezir *hago Mayorazgo*, segun las reglas de este avian de preferir) no llamò ni à dicha D. Catalina, ni à su hijo D. Juan, con la comprehension que no avia de llegar el caso para suceder estos, siendo preciso se evaquassen las lineas de los descendientes del mismo Vinculante, y de los tres Sobrinos D. Lope, D. Manuel, y D. Miguel, num. 27. en cuyos terminos la omision, no sea como exclusion, *L. Mulier 22. in princ. ff. ad Senat. Const. Trebel. l. 3. Cod. de instit. & substit. Mascard. de probat. vol. 3. conclus. 1136. n. 16. ibi: Quinto eandem conclusionem velim limites, ut vera non sit, ubi testator unum casum expressit, verisimiliter existimans alium non esse eventurum, alioqui etiam illum expressisset, tunc enim non praesumitur hunc consulto omissione.*

54 Y por esso no contentandose D. Miguel, num. 18. con la explicacion proemial de ser su intencion, y voluntad quedasse dicho Mayorazgo, y Estado perpetuamente en Varones descendientes suyos, y de sus hermanos, aviendo tantos llamamientos en descendientes suyos, y en los de sus tres Sobrinos Varones, hijos de D. Pedro, num. 19.

pa-

para explicar mas su voluntad , de que mientras huviere Varones suyos, y de su hermano D. Pedro, huvieran de suceder, y ayan de ser Condes de Aranda, puso esta Clausula final, *de suerte, que mientras*, necessariamente comprehensiva de todos los Varones , que fueren descendientes de ambos ; y asì , aunque al Marquès de Torres no le diò por principio, y cabeza à D. Catalina, num. 28. su ascendiente; pero le señalò à D. Pedro, en cuya linea se contiene, *Aguila à Roxas part. 1. cap. 6. n. 18. ibi : Sub hac linea omnes descendentes continentur, & quamvis quilibet sibi, & suis diversam constituat lineam aliena alterius , tamen unusquisque cum suis descendibus sub linea recta comprehenditur. Torre de Maiorat. 1. part. cap. 39. §. 9. n. 20.*

55 A que se aumenta, que estas palabras *de suerte que*, que corresponden à *ita quod* , ò *ita tamen* , *vel ita ut* , *vel ita & taliter*, tiene tres efectos de declarar, *Barbosa claus. ita quod 75. à n. 1. Marta de claus. part. 1. claus. 64. num. 1. Card. de Luca de fideicom. disc. 234. n. 4. de limitatur. Barbosa cum plurib. dict. ita quod 182. à n. 1. & dict. ita tamen 183. à n. 1. & dict. ita ut 183. n. 3. Torre de Maior. 3. part. decis. 16. n. 35. y 36. y de aumentar , y extender la disposicion, Roca disp. select. cap. 10. n. 3. & cap. 142. n. 9. Gabriel lib. 1. conf. 118. n. 22. Reminald. Jun. conf. 464. n. 39. Ruin. lib. 3. conf. 92. n. 6. Giobagnon. lib. 1. conf. 75. à n. 67. & lib. 2. conf. 25. n. 20. Vrzeolo consult. forens. cap. 57. n. 7.*

56 Dichos tres efectos puede obrar la Clausula *de suerte, que mientras*, el de declarar la voluntad, è intencion del Fundador , y tambien de limitar, por quanto, segun la clausula inmediata antecedente, para en falta de los descendientes Varones de los tres Sobrinos del Vinculante D. Lope, D. Manuel, y D. Miguel, num. 27. aunque fueran por linea femenina , avian de suceder los que acordasse en su Testamento, ò otra ultima voluntad, y aviendo puesto inmediatamente dicha Clausula *de suerte, que mientras*, declaró su intencion, y voluntad el Fundador, de quando avian

I de

de entrar à succeder los que acordare en su Testamento, que era en falta de todos los descendientes Varones suyos, y de su hermano D. Pedro, pues mientras se hallaren quiso huvieran de succeder en dicho Mayorazgo, Casa, y Estado, y ayan de ser Condes de Aranda, &c. y al mismo passo limitò la Clausula antecedente, pues para la admision de los que acordare en el Testamento, no era bastante la deficiencia de los descendientes Varones, aunque por linea femenina de los tres Sobrinos del Conde D. Miguel, siendo preciso el que no se hallasse descendiente alguno Varon suyo, ni de su hermano D. Pedro. Palma nepos. tom. 4. allegat. 311. n. 9. ibi: *Tum quia ut supra Paulo proxime dixi illa clausula ita quod fuit apposita ad magis specificè declarandum, seu potius, ut nunc subdo, ad aliquo modo limitandum que supra dixerat: item cum prius simpliciter dixisset succedi debere secundum ordinem primogenitura, etiam à principio successionis videbatur admittendus nepos ad patris exclusionem: verum cum postea in dicta clausula dictum fuerit, quod succedat semper ille qui esset maior etate, videtur quodammodo patrum voluisse præferri nepoti.*

58. Es puntual Mansi tom. 3. consult. 204. n. 41. ibi: *Omnibus tamen omisis ambiguitatem sustulit idem testator, & se melius declaravit adiecta clausula, ita quod, &c. per spect. Officium una cum maiori natu ex ea linea masculina descendenti, que clausula vim habet consuetam declarandi mentem proferentis in precedentibus; unde si aliquam dubietatem præferrent prolata in precedenti verba, moderanda, & declaranda veniunt juxta intentum testatoris, eo modo, quo in sequenti protulit, & loquutus est. En cuya suposicion, y atendiendo el efecto de dicha Clausula de suerte, que mientras, puesta en Escritura, en que ay fundado Mayorazgo, parece claro aver quedado explicada la intencion, y voluntad del Fundador, y limitada la Clausula precedente, como lo dà à entender el Cardenal de Luca de fideicom. disc. 243. n. 4. ibi: *Ista ergo voluntas ex qua limitatio resultat videba-**

tur

33

tur clara, inspecto tenore dispositionis, obsequentia verba adiecta cum dictione, ita quod, quæ stat declarativè, vel demonstrativè juxta subjectam materiam: ideo quæ dicebam quod videbatur esse in casu vulgaris regula text. in l. ille aut ille, ff. de legat. 3. quod in claris & expressis non intrant quæstiones, & argumenta.

59 Dicha Clausula de suerte, que mientras, stat ampliativè, & aumentativè en respecto à los descendientes de D. Catalina, num. 28. pues segun la Clausula antecedente faltando los descendientes Varones, aunque por linea femeni- na de los tres Sobrinos del Còde D. Miguel, avian de tucce- der los que acordare en su Testamento; pero aviendo puef- to inmediatamente dicha Clausula, por la que declarò su voluntad, y limitò la antecedente, llamò en ella à todos, y qualquier Varon descendiente suyo, ù de su hermano D. Pe- dro, explicando que mientras se hallaren, huvieran de suc- ceder, y ayan de ser Condes de Aranda, conformandose en esto, con el fin que tuvo para el otorgamiento de dicha Es- critura de Vnion; es al parecer terminante el Obispo Roca disp. Select. tom. 1. cap. 10. n. 3. ibi: De primo fideicommissò instituto à Francisco Soto Seniore, non est aliquo jure hesitan- dum; siquidem testator post factam substitutionem Gregorio subdit per hæc ipsissima verba: ita quod bona ejusdem testato- ris remanere debeant in sua agnatione, & familia masculina tantum: Hoc est, quod proveniant de masculo in masculum proximiorum ordine successivo, fæminis perpetuo exclusis du- rante tamen linea masculina; ex quibus intelligi debet indu- ctum novum fideicommissum, propter dictionem illam, ita quod, quæ stat ampliativè, & aumentativè, l. Codicillis 34. ff. de usufruct. leg.

60 De que resulta, que aunque segun la Clausula, en que dispone el Fundador, que en caso de faltar descendien- te Varon de sus tres Sobrinos, de suerte que no sobrevivieffe alguno de ellos, aya de suceder el q̄ acordare en su Testa- méto, podia dudarse, si aviédose fundado el Mayorazgo en di-

dicha Escritura, à fin que los bienes se conservassen unidos en descendientes Varones del Fundador, y de sus hermanos, en la forma, y manera siguiente, avian de succeder los llamados en el Testamento, en falta de los descendientes Varones de dichos tres Sobrinos en concurso del Marquès de Torres, por no aver llamado individualmente à D. Catalina, num. 28. ni D. Juan, num. 40. sus ascendientes, ni aver encabezado llamamiento alguno en D. Pedro, n. 19. mas que la explicacion proemial, esta duda no tiene lugar, hallandose la Clausula de suerte, que mientras, por la qual, unida con la proemial, deven succeder todos, y qualquiere Varon descendiente del Vinculante, ù de su hermano D. Pedro, de manera, que los llamados en el Testamento han de succeder en falta de todos los Varones de ambas descēdencias, y al ultimo de ellos, ex l. Codicillis 34. ff. de usufructu legato.

61 Es terminante Parisio vol. 2. cons. 90. à n. 26. usque à 32. ibi: Præterea quod ipse Bertus Senior, voluerit inducere perpetuum fideicommissum, satis apertè probatur ex illis verbis ita quod, quæ ad præcedentia veniunt declarativè, ut dicitur de illis verbis ita tamen in l. venditor. S. si constat. ff. com. præd. & talis dictio ita quod venit ad augmentum, & non ad diminutionem ita quod debeat ampliare præcedentia: & certè non posset talis dictio inducere augmentum, & ampliacionem, nisi fideicommissum extenderetur ad omnes masculos de agnatione activè, & passivè. Prout etiam istud colligitur ex alia dictione semper; quæ idem importat, quod perpetuo: prout etiam illa dictio donec aliquis reperieratur (como en nuestra Clausula; Mientras se hallaren) apposita per testatorem, etiam istud inducit, cum faciat; & induceat conditionem, donec aliquis masculus reperieratur, ut traditur in l. si quis affirmaverit, ff. de dolo cum concord. :: ex quibus necessario concludendum est, quod testator ipsæ voluit inducere in bonis suis fideicommissum perpetuum ita quod, irent de masculis in masculos donec aliquis ipsorum reperiretur, per quæ inductum fuit fidei-

com-

35

commissum, gradatim, & successivè omnes masculi videntur esse gravati onere dicti fideicommissi, & proximiores ad illud vocati: nec prædictis habet obstare, quod Bertus Senior intellexit de masculis descendentibus à filio suo Benidictò; nam istud dicere errorem est :: minus etiam obstat si dicatur, quod masculi proximiores, & transversales dicti Benidicti, sunt vocati, casu quo dictus Benidictus non habuisset masculos, nam istud tollitur ex verbis sequentibus per ipsum testatorem appositis ibi: ita quod, quæ veniunt ad augendum præcedentia, & ex illis verbis, semper vadant, quæ important declinationem, & inclusionem temporis perpetui, & omnis casus, & etiam ex illis donec aliquis reperiatur, quæ conditionem important, & inducunt fideicommissum perpetuum, & gradatim, & quod omnes masculi censetur gravati, & alii vocati donec reperiantur.

62 Doctrina en la realidad decisiva del llamamiento del Marquès de Torres, y con que se responde à las objeciones contrarias; pues aunque no se halle individualmente llamada D. Catalina, num. 28. ni D. Juan, num. 40. y sus descendientes Varones, aviendo explicado ayan de succeder en este Mayorazo, y ayan de ser Condes de Aranda los descendientes Varones de D. Pedro, num. 19. mientras se hallaren, todos los descendientes Varones de este estàn comprehendidos activè, & passivè, y aunque para en falta de los Varones de D. Miguel, num. 27. explique el Fundador en la Clausula precedente, ayan de pervenir los bienes en los que acordare en su Testamento, no se deve entender omitido, ni excluido el Marquès de Torres, siendo, como es descendiente Varon de D. Pedro, num. 19. pues por la Clausula siguiente inmediata *de suerte, que mientras, &c.* que importa condicion, y fideicomisso perpetuo, con inclusion de todo caso, y tiempo, todos los que fueren descendientes de dicho D. Pedro, estàn llamados, y gravados, deviendo ser dicha Clausula, segun la naturaleza de las palabras *de suerte, que* aumentativa, y declarativa del caso, en

K

que

36

que han de suceder los llamados en el Testamento, que deve ser faltando todos los descendientes Varones del Fundador, y de su hermano D. Pedro, pues mientras se hallaren han de suceder en dicho Mayorazgo, y han de ser Condes de Aranda, segun lo literal de la Clausula.

63 Y no es de omitir la consideracion, que se ofrece con la inspeccion de dicha Escritura de Union; pues segun esta, como la intencion primera del Fundador, era el que succedieran en este Mayorazgo los agnados suyos, y de sus hermanos, aviendo dado llamamiento primero à sus descendientes Varones rigurosos agnados; y por aver muerto yà entonces D. Pedro, num. 19. llamó à los rigurosos agnados de D. Lope, D. Manuel, y D. Miguel, num. 27. hijos de dicho D. Pedro, sin aver encabezado en este el llamamiento por aver yà muerto, antes de passar à dar la providencia, y declarar quien avia de succeder en falta de los rigurosos agnados, sin embargo, avia llamado à los agnados, encabezando los llamamientos en D. Lope, D. Manuel, y D. Miguel, n. 27. y en el otro hermano del Fundador, si lo huviesse capaz de contraer matrimonio, puso una Clausula universal, diciendo: *De suerte, que siempre que se hallare Varon descendiente por recta linea masculina legitimo, y de legitimo matrimonio procreado de los hijos, y descendientes Varones del dicho Ilustre Señor D. Lope Ximenez de Vreca, quondam nuestro Señor, y Padre, aquel por el orden susodicho aya de succeder en dicho Mayorazgo.* Cuya Clausula sirve de explicar la intencion del Fundador, de ser su voluntad, que huviesse de succeder todos los descendientes Varones por recta linea masculina de D. Lope, num. 15. su Padre, sin que ninguno de ellos se entendiera excluido de la Succession.

64 Esta misma expresion, è inteligencia, que tiene esta Clausula *de suerte, que siempre,* como puesta antes de los llamamientos de las hijas, agnados artificiales, y demàs Varones cognados del Fundador, se deve atribuir à la Clausula *de suerte, que mientras,* como puesta antes de los llama-

mien-

mientos del Testamento, y assi de los que no eran descendientes de los hermanos Varones del Fundador, ni de las hijas de D.Hernando, num.26. y de las del mismo Vinculante, comprehendidos en el proemio de dicha Escritura; de manera, que por esta Clausula quiso dar à entender ser su firme intencion, y voluntad huvieran de succeder con antelacion à los que acordare en el Testamento, todos los descendientes Varones suyos, ù de su hermano D. Pedro, pues conformandose con el fin explicado en el proemio, quiso succedieran, y huvieran de ser Condes de Aranda mientras se hallaren, y à fin de que no se pudiesse entender excluido Varon alguno, puso por principio, y al mismo Vinculante, y à su hermano D. Pedro, como lo hizo en la Clausula *de suerte, que siempre* à D.Lope, num.15. su Padre, para que no quedasse excluido Varon riguroso agnado alguno; y assi el Marquès de Torres, como descendiente Varon de D.Pedro, no se puede considerar omitido, ni excluido sin hazer violencia à la voluntad del Fundador.

65 Y el dezir, que la comprehension de esta Clausula *de suerte, que mientras*, deve ciñirse, y limitarse à comprehender los descendientes Varones de los tres Sobrinos del Fundador, à mas de ser erroneo, que dize Pario en la doctrina copiada, se seguiria lo primero, que la voluntad del Fundador, no se avia de observar como la explica, pues al passo que en el premio declarò el motivo de fundar este Mayorazgo, que era para quedar perpetuamente unido en Varones descendientes suyos, y de sus hermanos, en cuya causa final sin disputa estàn comprehendidos todos los descendientes Varones del Vinculante, y sus hermanos, y conformandose con el proemio, aver explicado, que mientras se hallaren descendientes Varones suyos, ù de su hermano D.Pedro, ayan de succeder, y ayan de ser Condes de Aranda, querer limitar, y ceñir esta comprehension à los descendientes Varones de los tres Sobrinos, excluyendo à los demás que fueren descendientes de dicho D. Pedro, num.19.

te,

38

teniendo, como tienen à su favor la letra, y voluntad del Fundador, explicada en el proemio, y en dicha Clausula, es una manifiesta correccion, y violencia de la voluntad.

66 Lo segundo, se figuraria, que toda esta Clausula de suerte, que mientras, seria superflua, y no obraria efecto alguno, ni aun aquellos, que por su naturaleza tiene de declarar, limitar, y aumentar las Clausulas, y palabras precedentes, lo que no deve dezirse, como prosigue Parisio dict. vol. 2. d. cons. 90. n. 33. ibi: *Et indubitanter si istud non diceremus talia verba per testatorem apposita essent ludibrio, & frustratoria, & nihil operarentur, contra l. si quando de legat. 1. cap. si Papa de privileg. in 6. & l. si quoniam, Cod. de inoffic. testam. Præterea sequeretur, quod voluntas testatoris non posset sortiri effectum, dum voluit perpetuo, & semper bona sua ire de masculis in masculos, donec aliquis reperiat, quod esset contra omnia jura disponentia, ultimas voluntates debere observari pro lege, vulg. S. disponat autem de nupt. cum similib. & quia talis voluntas non posset aliter sortiri effectum, nisi fideicommissum gradatim dicatur injunctum, unde pro expresso debet haberi, cum sit necessarium antecedens ad exequendam voluntatem testatoris. Consonat Torre de Maior. 2. p. q. 23. n. 30. & 3. part. decis. 24. n. 14.*

67 Esta comprehension de todos los descendientes Varones de D. Pedro, que resulta de dicha Clausula de suerte, que mientras, no se puede entender limitada à los descendientes Varones de los tres Sobrinos, por las palabras por el orden, y de la forma, y manera arriba dicha, por quanto la naturaleza de estas palabras solo es el declarar el modo, forma, y orden de succeder los descendientes del mismo Fundador, y de su hermano D. Pedro, que deve ser el mismo que se halla explicado en las Clausulas antecedentes, pero sin destruir, ni alterar la comprehension sustancial de la misma Clausula, Graciano discept. forens. cap. 832. n. 4. y 5. ibi: *Etenim ista verba eodem modo, intelliguntur cum eadem moderatione qualitatis determinata, & limitata, prout erat*

erat precedens disputatio, non suis ac si dictum fuisset, ita demum, vel non aliàs, quam hoc certo modo: prout passim iste dictiones; ita sicut, similiter, eodem modo, sicut prout, secundum, & similes sunt continuativa forma, & equalitatis precedentis vocationis, inducendo modum, & dispositionem limitativam, & taxativam ad precedentia, cum omnimoda similitudine, & identitate. Barbosa dict. 182. n. 3. Azevedo in l. 1. tit. 1. lib. 6. recop. n. 50. Addent. ad Mol. lib. 3. cap. 5. n. 64. Fufario de subst. q. 143. n. final. Cenedo singul. 97. Rota apud Farinac. in post. tom. 1. decis. 603. n. 3. Peña part. 2. decis. 1615. n. 13. Parisio lib. 2. cons. 37. n. 58. Calanate cons. 4. à n. 143. Torre de Maiorat. part. 2. q. 1. n. 27. Card. de Luca de fideicom. disc. 28. n. 12.

68 Pues aunque dichas palabras sean relativas à las Clausulas antecedentes, solo deven referirse à los gravámenes, modo, y forma en ellas contenido; pero à las personas, como lo advierte Torre de Maiorat. part. 2. q. 23. n. 40. Nec repugnat, quod relatio licet universalis, & amplissima restringatur circa ordinem succedendi, conditiones & qualitates dispositionis dumtaxat, non vero circa personas. Por la razon que assienta Torre ubi nuper n. 2. Quia relatio fieri non debet, nisi ad ea, atque salva ratione rectis sermonis fieri potest. Y que solo deve hazerle à aquello à que se puede proporcionar, idem Torre n. 39.

69 Y en nuestro caso con superioridad de razon, porque en dicha Clausula de suerte que mientras, no se haze especifica mencion de las personas antecedenter llamadas, ni à estas se refiere dicha Clausula expresse, & especialiter, por lo qual, la relacion, y repeticion, que resulta por las palabras por el orden, y de la forma arriba dicha, no deve ser de las mismas personas comprehendidas en las Clausulas antecedentes, Torres ubi nuper n. 41. ibi: Eo quæ minus in nostro casu applicabilis relatio ad identitatem personarum: quia verba relativa supra adnotata non faciunt mentionem de personis in primo testamento vocatis, neque ad illas se referunt speciali-

ter, & expresse, proinde sunt intelligenda similitudinariae
Merlino decis. 432. n. 16. Casanate conf. 56. n. 115. conf. 56.
num. 22.

70 A que se aumenta, que siempre, y quando en un
Instrumento se ponen palabras, las quales separadamente
producen diversos efectos, la Clausula final no se refiere à
todas indiferenter, si solo à aquello, à lo qual segun la na-
turaaleza del acto se puede adaptar, Cabalcano part. 3. decis.
20. n. 66. ibi: *Et quando plura verba sunt posita in aliquo in-
strumento, & statuto, quæ possunt separatim diversos produce-
re effectus, clausula in fine posita non refertur ad omnia indiffe-
renter, sed solum ad ea, atque regulariter ex natura actus adap-
tari possunt.* Y siendo lo regular, que por la repeticion re-
sultante de las palabras, por el orden, forma, y modo arriba
dicho, solo se entienda repetido el gravamen, y condiciones
à esto solo se deve referir, y no à las personas compren-
didas en las Clausulas, à que se haze la relacion, siendo lo
mismo, que si el Fundador dixera, que entre las personas
comprehendidas en esta Clausula, se deve observar el mis-
mo orden, forma, y modo de succeder, sin extension, que
el que tenia dispuesto, y declarado en las Clausulas antece-
dentes, Castillo tom. 6. contr. cap. 181. n. 37. ibi: *Quod dictio
segun la orden, y forma supradicha declarat mentem testato-
ris, ut velit ordinem, & formam supradictam protinus obser-
uari omni prorsus extensione explosa.*

71 Y haziendo reflexion en dichas palabras, por el
orden, y de la forma, y manera arriba dicha, de ellas mismas
resulta ser la intencion del Fundador comprehender todos
los descendientes suyos Varones, y de su hermano D. Pedro,
que pudiesen hallarse habiles para succeder, aunque en las
Clausulas antecedentes no estuviessen comprehendidos, y
para que no pudiesen disponer libremente de los bienes, ni
succeder en ellos de distinta manera, que los compren-
didos en los antecedentes llamamientos, por la regla que
los gravamenes impuestos à ciertas personas, y lineas, no se

ex:

41

extienden à otras, l. *que conditio* 39. ff. de condit. & demost. ibi: *At qua conditio ad certas personas acomodata fuerit, eam referre debemus ad eum dumtaxat gradum, quo ea persone instituta fuerunt, l. legatum 24. de adimen. legat.* Garcia de nobilitat. in initio à n. 14. Marinis resol. 126. n. 11. Por dichas palabras, por el orden, y de forma, &c. los sugetò à los mismos gravámenes impuestos en los antecedentes llamamientos, y así por estas mismas palabras se haze patente hallarse comprehendidos en esta Clausula todos los Varones descendientes del Fundador, y de su hermano D. Pedro, sin diferencia, ni limitacion alguna, entre los quales quiso se observasse el mismo orden, dispuesto en las Clausulas antecedentes.

72 Es puntual Mansi tom. 3. consult. 203. sub n. 55. en donde explicando la Clausula, & ordine ac modis predictis, dize ibi: *Sed verius attentè tota dicta substitutionis dispositione revoluta firme putavimus fuisse ibi adiecta eo solum inveni, ut eam perpetuitatis conditione prout primam institutionem, qualificaret, & sic ad eam tantum referre voluisse clarum sit; Nam licet testator in prima antecedenti maioris natu institutione expressè ordinasset, quod maior natu descendens à linea masculina gaudere perpetuo possit; hanc tamen perpetuitatis qualitatem omisit in ipsa femina linea substitutione, cum solum modo dixerit; Et ea linea deficiente maior natu descendens à filia maiori ejusdem testatoris: Vnde metuens, ne sic relicta dicta vocatione maioris natu ex filia maiori facta in numero singulari, in uno etiam consumeretur fideicommissi vinculum, ideò statim, & immediatè subdit clausulam prefatam; & ordine ac modis predictis hoc (nempè successio maioris natu ex filia maiori) perpetuo servetur, ut sic etiam in secundo substitutionis gradu, prout in primo perpetuum succedendi ordinem sine dubitatione statueret, licet ex jam dictis ex juris dispositione posset interpretari.*

73 Y aunque se quiera estrechar, y limitar la comprehension de esta Clausula à las personas contenidas antecedente-

42

dentemente; que es todo el fundamento del Marquès de Aguilar, no se deve entender excluido el Marquès de Torres, por falta de llamamièto; siendo cierto se halla comprehendido en la Clausula proemial, en que explica el Vinculante fundava dicho Mayorazgo, para que quedasse perpetuamente unido en Varones descendientes suyos, y de sus hermanos, hijos de D. Lope, y D. Catalina, num. 15. cuyo proemio en fuerza de la relacion, que en este se halla, deve unirse, y enlazarse esta Clausula *de suerte, que mientras;* y no pudiendose dudar, que en la generalidad de descendientes Varones del mismo Fundador, y de sus hermanos, se comprehenden todos los que fueren descendientes del mismo Vinculante, y de sus hermanos, descendiendo el Marquès de Torres de hermano del Vinculante, tampoco se puede dudar estar comprehendido en la generalidad de descendientes Varones de hermano del Vinculante, en quienes explicò ser su intencion, y voluntad el que quedassen los bienes unidos, è incorporados, y succediesen ellos; y por consiguiente, aunque la repericion de dichas palabras *por el orden &c.* huviesse de ser omnimoda de personas, y gravámenes, no deve entenderse excluido el Marquès de Torres, por hallarse comprehendido en la Clausula proemial.

74 Y con esto, al parecer, queda desvanecido todo el argumento contrario, pues no se puede dezir, que aunque no llamara individualmente à D. Catalina, num. 28. ni à D. Juan, num. 40. ni à sus descendientes, à estos no les señalò orden, y forma para succeder, y que se deven entender excluidos, por no llamados, *non quasi adempta, sed quasi non data hereditas videatur, ex l. 1. §. 4. ff. de is que in testam. delentur;* porque siendo cierto, segun el Filosofo, *quod omne agens secundum rationē agat propter finem,* aviendo explicado el Fundador el fin de instituir el Mayorazgo, que era para conservar los bienes unidos, en descendientes Varones suyos, y de sus hermanos, no deve hazerse consideracion de

los

los medios de la disposicion, si solo del fin à que esta se dirige, como dize el Señor Molina *lib. 1. de Hisp. primog. cap. 5. n. 14. ibi : Consequens est , ut verba seu media ipsius dispositionis consideranda non sint ; sed finis ad quem dispositio ipsa dirigitur.*

75 Y atendida la disposicion, yà ay señalado orden para conseguir el fin apetecido por el Fundador , y para suceder los descendientes de D. Pedro, num. 19. que era en primer lugar los descendientes por medio de D. Lope , y D. Manuel, y D. Miguel, num. 27. yà por tener à su favor la prerogativa de linea, y yà por averles dado individual llamamiento, por el qual, segun reglas de Mayorazgo, devian tener antelacion, y despues de estos, por medio de los otros descendientes de dicho D. Pedro , y entre estos por dichas palabras *por el ordẽ, &c.* quiso succedieffe en primer lugar el primogenito, y sus descendientes; y en segundo el segundo-genito, & sic successivè , cuyo orden era el que avia explicado en la Escritura, en los descendientes de los hijos Varones de dicho D. Pedro; y assi aunque individualmente à los descendientes de D. Catalina, num. 28. y de D. Juan, n. 40. como tales descendientes no les huvieffe señalado orden para succeder , ni como tales descendientes se hallen llamados; pero tienen dicho orden de succeder, y se hallan llamados, como descendientes de Pedro, num. 19. y como à tales les diò los bienes en el proemio , y para excluirlos era necesaria letra clara, *quoniam hereditas semel data adimi facile non potest*, que dize el texto *in d. l. 1. d. S. 4. ff. de his que in testamento delentur.*

76 Pudiendo dezir, que el sentido gramatical , y juridico de esta Clausula *de suerte, que mientras*, explicado con las palabras *por el orden , y de la forma, y manera arriba dicha es*, que en primer lugar se admitan, y ayan de succeder los descendientes Varones de D. Lope, D. Manuel, y D. Miguel, num. 27. y en segundo qualquier otro descendiente Varon de D. Pedro, siguiendo lo que dize Torre *de Maior.*



44

2. part. q. 23. n. 43. ibi: *Sensus igitur est proprius, & germanus, quod Pasqual testator voluit, quod admitterentur ad fideicommissum per eum ordinatum, primo loco Bendinellus filius suus primogenitus, & successivè alii ejus filii in omnibus, & per omnia prout ordinavit Bendinellus ejus Pater.*

77 Pues aunque aviendo el Fundador instituido el Mayorazgo, llamando especialissimamente à D. Lope, D. Manuel, y D. Miguel, num. 27. y sus descendientes, sin hazer mencion de D. Catalina, num. 28. ni de D. Juan n. 40. ni de sus descendientes, estos se podrian dezir excluidos, *non quasi adempta, sed quasi non data hereditas videatur*, por la razon *que frater in linea fratris non comprehenditur*, esto no puede verificarse aviendo explicado el motivo en el proemio, porque otorgava dicha Escritura, que era para que quedassen los bienes unidos en descendientes Varones suyos, y de sus hermanos, y no pudiendose dudar ser los descendientes Varones de dicha D. Catalina, descendientes de hermano del Fundador, yà en el proemio se les diò llamamiento; y assi ha de tener lugar la razon del texto *in d. l. 1. d. §. 4. ff. de is que in testam. delentur*, ibi: *Quoniam hereditas semel data adimi facile non potest.* Y teniendo el Marquès de Torres, como descendiente de D. Pedro, n. 19. à su favor el proemio, y esta Clausula *de suerte, que mientras*, que deve unirse con dicho proemio, en fuerza de la relacion que en este se halla, para excluirlo era necessaria letra clara, y exclusion expresa, sin que baste el no aver llamado individualmente à Doña Catalina, num. 28. y sus descendientes.

78 Otra reflexion se puede hazer, y es, que dicha Clausula *de suerte, que mientras*, une, y quiere igualmente succedan en dicho Mayorazgo, Casa, y Estado, y ayan de ser Condes de Aranda, los descendientes suyos, y de su hermano D. Pedro, mientras se hallaren; y nadie, al parecer, podria dudar, que segun esta Clausula, deveria succeder qualquier Varon, que fuere descendiente del mismo Vinculante,

lante, aunque no estuviese comprehendido expresse, & especificè en las Clausulas antecedentes; pues no es creible, que desestimando su propia descendencia quisiese sucedieran los que acordasse en su Testamento, de manera, que para exclusion de los propios descendientes del Fundador, hallandose tan asistidos de la voluntad de este, explicada yà en el proemio, y yà en esta Clausula *de suerte, que mientras*, era menester letra clara de exclusion, sin que fueran bastantes las congeturas; y no hallandose menos asistidos de la voluntad del Fundador los descendientes de D. Pedro, *ex l. jam hoc jure, ff. de vulgari, Menochio de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 75. n. 2. Sesse decis. 362. n. 53. decis. 412. n. 56. Fontanela decis. 348. n. 6. Rusticis lib. 3. cap. 4.* deven suceder con antelacion todos, y qualquier descendiente de D. Pedro à los llamados en el Testamento.

79 Comprehendo se replicarà por el Marquès de Aguilar, que aun caso de entenderse llamado el Marquès de Torres, deve preferir, por quanto los llamados en el Testamento, son para en caso de faltar los descendientes Varones aunque por linea femenina de D. Miguel, num. 27. cuyos llamamientos, quiso el Fundador se huvieran, como si estuviesen insertos, y continuados en dicha Escritura de Vniõ; y asì segun el orden de la letra deven preferir los llamados en el Testamento, como substituidos al ultimo Varon descendiente de D. Miguel, num. 27. & vi relationis, puestos los llamamientos del Testamento antes de la Clausula *de suerte, que mientras*.

80 A que se responde, que como se lee en el Testamento, y Clausula proemial de este, los llamamientos que alli haze, son para el caso de faltar todas las personas llamadas, y nombradas, para la Succession de este Estado en la dicha Escritura de Vniõ, por cuyo motivo dichas substitutions testamentarias son condicionales, *L. quibus diebus, §. terminus minor, l. 43. l. 72. l. 112. ff. de condit. & demonstr. Surdo conf. 268. n. 8. Barbosa claus. 15.* y es regla asentada, que

que la disposicion condicional es de ningun efecto , està cumplida la condicion, *L. 8. ff. si quis omiffa causa testamenti, l. cedere diem 213. de verb. signific.* Y hallandole el Marquès de Torres llamado en la Escritura de Vnion , no han de hazerse lugar los llamados en el Testamento , aunque ayan faltado los descendientes Varones de D. Miguel, n. 27. pues segun la voluntad del Fundador , explicada en dicho Testamento los substituidos en este , *non videntur in hunc casum substituti, l. si ita quis 21. ff. de vulgari.* D. Molina *lib. 1. cap. 4. n. 5.* Casanate *conf. 4. n. 9.* Larrea *decif. 33. n. 33.* Valenzuela *conf. 97. n. 23.*

81 Y aunque los llamamientos del Testamento se devieran entender vi relationis insertos, y continuados en dicha Escritura de Vnion , y assi segun el orden de la letra se tuvieran por escritos antes de la Clausula *de suerte, que mientras* , no devian tener antelacion los llamados en el Testamento al Marquès de Torres , porque aviendo explicado, que mientras se hallaren descendientes Varones de D. Pedro num. 19. ayan de succeder, y ayan de ser Condes de Aranda ; y assi mismo aver explicado formava un Mayorazgo, para que quedasse unido en Varones descendientes suyos, y de sus hermanos, y à se comprehende la intencion del Fundador, de dar antelacion à los Varones descendientes suyos y de su hermano D. Pedro, à qualquier otro que no lo fuera, cuya causa final deve prevalecer, aunque fuera posterior à lo escrito, por ser primero en el orden de entendimiento, y voluntad ; cuya consideracion acompañada con el premio del Testamento , en que explica el Vinculante ser su voluntad, que para en caso de faltar todas las personas llamadas , y nombradas en la Escritura de Vnion , avian de succeder los que nombrare en el Testamento, para en cuyo caso usava de la reserva de dicha Escritura de Vnion, se haze patente, que los llamados en el Testamento, no son para el caso de faltar los descendientes Varones de D. Miguel, n. 27 aunque à continuacion de dicha Clausula de Vnion se hu-

huvieran de entender insertas vi relationis las vocaciones del Testamento, sino para en falta de todos los descendientes Varones de D. Pedro, num. 19. pues mientras se hallaren explicò en dicha Escritura de Vnion el Fundador, huvieran de suceder, y ayan de ser Condes de Aranda; y coligiendose así la intencion, y voluntad de que dichos Varones descendientes de D. Pedro, huvieran de preferir à los que acordare en el Testamento, aunque dicha voluntad se infiera, despues de lo escrito deve seguirse, Molina lib. 1. cap. 5. n. 15. ibi: *Causa nam que finalis, & si plerumque post dispositionem assignari soleat, semper est prima quo ad ordinem intellectus, & est prima in consideratione disponentis, & ultima inferi dispositi.*

82 De lo dicho resulta, que el Marquès de Torres, como descendiente Varon de D. Pedro, num. 19. se halla comprehendido, y llamado en la Escritura de Vnion, así atendida la voluntad del Conde D. Miguel, num. 18. explicada en el proemio de dicha Escritura, como en la referida Clausula de suerte, que mientras, &c. Pues aunque no se halle llamada individualmente Doña Catalina, num. 28. ni D. Juan, num. 40. y sus descendientes, estos no deven entenderse excluidos, si solo en el caso de la existencia de descendientes Varones del mismo Fundador, y de sus tres Sobrinos D. Lope, D. Manuel, y D. Miguel, num. 27. y para repeler de la Succession de este Estado à los descèdientes Varones de dicha Doña Catalina, num. 28. aviendo explicado formava dicho Vinculo, para conservar los bienes unidos en descendientes Varones suyos, y de sus hermanos, y que mientras se hallaren descendientes suyos, ò de su hermano D. Pedro, ayan de suceder, y ayan de ser Condes de Aranda, ciñendo, y limitando esta voluntad, y comprehension literal à los descendientes Varones de D. Lope, D. Manuel, y D. Miguel, num. 27. Sobrinos del Fundador, y hijos del dicho D. Pedro, num. 19. era precisa exclusion general, por

N

via

via de regla de los descendientes de dicha D. Catalina, n. 28 que tuviera origen de delito, ò odio contra estos (la que no es facil encontrar en toda la Escritura de Vnion) pues de otra suerte los descendientes Varones de dicha D. Catalina deven tenerse por comprehendidos en la voluntad del Fundador , explicada en el proemio , y en lo literal de la Cláusula de suerte, que mientras , siendo cierto , que los descendientes Varones de dicha D. Catalina , son igualmente descendientes Varones de D. Pedro, num. 19. que los descendientes Varones de D. Miguel, num. 27. Card. de Luca de fideicom. disc. 48. n. 4. y 5. ibi: *Neutrum autem in proposito applicari poterat, cum nulla delicti, vel odii ratio concurreret, neque dici potest ad esse exclusionem generalem, & pro regula, cum illa esset simplex rectè referibilis gratia masculorum, eisque stantibus :: Cum particularis exclusio in uno ordine seu gradu quoties ut supra insinuatam fuit, non est in odium seu pro regula omnino generali, non tolrat comprehensionem personæ exclusæ, sub alio vocabulo generali cessante causa, seu ratione particularis exclusionis.*

83. Y que ayán de tener antelacion los descendientes Varones de D. Catalina , como descendientes Varones de D. Pedro, y como tal el Marqués de Torres, à los nombrados, y llamados en el Testamento se haze patente, yà de la misma Cláusula de suerte , que mientras , en la qual explica ayán de succeder los descendientes Varones suyos, y de su hermano D. Pedro mientras se hallaren, y así perpetuamente, segun la naturaleza de la palabra *mientras* , que corresponde à las dicciones *dum* , *donec* , *quandiu* , ò *quando* , la qual es comprehensiva de tiempo perpetuo, Botillero de *success. abintest. Theorema 22. n. 17. Barbosa dict. 306. n. 1. 307. à n. 1.* Y yà del proemio del mismo Testamento, en que declara para el caso, en que hazia los llamamientos, que era para en el defaltar las personas nombradas, y llamadas en dicha Escritura de Vnion; por cuyo motivo la substitucion

cion

cion de los del Testamento deve tenerse por subsidiaria , y para en el caso de la deficiencia de descendientes Varones del Fundador, ù de su hermano D. Pedro, pues mientras los aya, quiere en la Escritura de Vnion ; ayan de succeder , y ayan de ser Condes de Aranda , cuyo caso no ha llegado por existir el Marquès de Torres descendiente Varon , sin disputa de D. Pedro, hermano del Vinculante, Card. de Luca de fideicom. disc. 48. n. 7. ibi : *Fortius autem, dum familia posita fuit in conditione cum verbis nimiam amplis, praesertim cum dictione totalmente, quae denotat omnimodam, ac totalem deficientiam, ex collectis per Barbos. dict. 406. cum aliis, quae circa dictionem seu verbum Affacto resolvendam in dictione omnino, seu in totum, ita enim constare dicebam de voluntate testatoris vocandi Ecclesiam, seu istos Religiosos in subsidium, postquam omnino defecerit suum cognomen de Antoninis, quod ita naturaliter ac de facto durare, & conservari dicitur durante istarum mulierum vita.* Y por configuiente hallandose no solo pueustos en condicion, sino llamados los descendientes Varones de D. Pedro, mientras se hallaren, existiendo el Marquès de Torres descendiente Varon de dicho D. Pedro, ha de succeder con antelacion à los llamados en el Testamento, segun la voluntad del Fundador, explicada en ambas Escrituras.

QUE ATENDIDO EL TESTAMENTO DEL Conde D. Miguel, deve preferir el Marquès de Torres.

84 Podia dudarse (como se dudò en el pleyto de D. Juana de Toledo, y Reposicion pidida por D. Pedro Pablo, num. 62.) si el Conde D. Miguel, num. 18. pudo hazer , y aumentar llamamientos en el Testamento , fundandose, en que en la Carta dotal de D. Hernando, num. 26. el mismo Conde D. Miguel mandò estos mismos bienes à dicho D. Hernando , y à sus descendientes Varones por recta linea
mas-

50

masculina, reservandose facultad de añadir nuevos llamamientos, en el caso de morir dicho D. Hernando sin hijos Varones, ò sus hijos, y descendientes Varones muriesen sin hijos, y descendientes Varones por recta linea masculina, de cuya facultad, usò en quanto al primer caso en la Carta dotal del mismo Conde D. Miguel, con D. Barbara de Monsalve, su segunda Muger, y en quanto à este caso la consumió, como se entendió en el pleyto de Reposicion de D. Pedro Pablo, num. 62.

85 En quanto al segundo, que es de faltar los hijos, y descendientes Varones por recta linea masculina de dicho D. Hernando, usò en la Escritura de Vnion; y así como en quanto al primer caso quedò consumida, y extinta la facultad reservada, por aver usado de ella en la Carta dotal de D. Barbara de Monsalve, como se entendió en la Reposicion de D. Pedro Pablo, num. 62. de la misma manera se deve entender extinta, y consumida, en quanto al segundo caso, con el otorgamiento de la Escritura de Vnion, Salgado de retent. Bull. part. 2. cap. 12. §. 10. sub n. 23. ibi: *Sicuti quando alicui competit, vel data fuit facultas declarandi, vel interpretandi, semel à se facta declaratione, vel interpretatione, expiravit potestas iterum declarandi, aut interpretandi, cum prima perpetuam consecuta fuerit firmitatem irrevocabilem.* Graciano discept. cap. 539. n. 6. Tesauro decis. 209. n. 2. y para no entenderse consumida con el primer acto, era preciso averse hecho la reserva con palabras demonstrativas, que hiziesen reiterable la disposicion, como son *en una, en dos, ò en mas vezes, y en tantas quantas bien visto me fuere;* de otro modo sin disputa, con la primera dilposicion se consume, y extingue la facultad reservada, ora estè concibida simpliciter, ora se halle explicada alternativè, Salgado in laberint. part. 1. cap. 17. à n. 67. Carleval. de jud. tit. 3. disp. 14. n. 4.

86 Sin que obste, que en la misma Escritura de Vnion se reservò facultad de acordar nuevos llamamientos, por-
que

que se satisface que las palabras reservativas no dãn , ni aumentan drecho, ni facultad alguna al reservante, y solamente sirven para preservar el que tiene, Menochio *conf. 2. n. 56.* ibi: *Nam notum est ita omnibus, ut nec id ignorent vix juris initiati reservationem illius esse natura, ut jus quod est, conseruet, non novum afferat.* Y asì aviendo contumido la facultad reservada en la Carta dotal de D. Hernando, n. 26. en la Capitulacion con D. Barbara de Monsalve, y en la Escritura de Vnion, nada puede obrar la reserva hecha en dicha Escritura de Vnion.

87 Y aunque pudiera obrar algo la reserva de la Escritura de Vnion, no usò bien de ella el Conde D. Miguel, pues devia aver explicado àzia los llamamientos del Testamento, en fuerça de la reserva de la Carta dotal de D. Hernando, con relacion expressa de dicha facultad, por ser el origen de donde dimanava el drecho de que queria usar, sin cuyo principio es nulo todo lo posteriormente dispuesto, y ordenado, como succede en el Mayorazgo fundado, con facultad Real, que si fuesse nula, lo serà tambien la fundacion del Mayorazgo, Aguila à Roxas *part. 2. cap. 2. n. 21.* y aunque el acto se presume hecho del modo mas util, y de mayor firmeza, esto tiene lugar quando depende de la libre voluntad del que dispone, pero no quando tiene ceñido el poder à causa cierta, y determinada, como en nuestro caso lo era la Carta dotal de dicho D. Hernando, Larrea *decis. 57. num. 4.*

88 Pero caso que se quiera subsistente el Testamento, deve declararse Successor el Marquès de Torres; yà porque los llamamientos del Testamento son condicionales, y para el caso de faltar todas las personas nombradas, y llamadas en la Escritura de Vnion; y es regla constante, y vulgar, que la disposicion condicional es de ningun efecto, hasta averse purificado la condicion; y asì existiendo el Marquès de Torres, que tiene vocacion en la Escritura de Vnion, no deve hazerle merito de los llamamientos testamentarios, por no aver llegado su caso.

O

Y

89 Y si se dixere, que los substituidos en el Testamento, segun la explicacion que se halla en la Escritura de Vnion, son para en el caso de faltar descendientes Varones de los tres Sobrinos del Fundador D. Lope, D. Manuel, y D. Miguel, num. 27. de suerte, que no sobreviviessse alguno de ellos, aviendose verificado este caso, se ha hecho lugar a los llamamientos del Testamento. Se responde, que segun lo condicional, y proemio del Testamento, solo deven succeder los en este contemplados, aviendo faltado todas las personas nombradas, y llamadas en la Escritura de Vnion; y teniendo el Marquès de Torres llamamiento en dicha Escritura, assi por la Clausula proemial en que explica el Vinculante, otorgava dicha Escritura, para conservar los bienes unidos en descendientes suyos, y de sus hermanos, la qual deve servir de norte para la explicacion de toda ella, Capicio Galeota *lib. 1. controu. 10. num. 39.* y tengo fundado, como tambien en la Clausula de suerte que mientras final, en la qual conformandose el Fundador con el fin expressado en el proemio, explica ayan de succeder los descendientes Varones de D. Pedro, num. 19. mientras se hallaren, se infiere, que a vista del llamamiento del Marquès de Torres en la Escritura de Vnion, no han de tener cabimiento los substituidos en el Testamento; y que segun el proemio del Testamento, los contemplados en este, son para en el caso de faltar, no solo los descendientes de los tres Sobrinos del Fundador, sino de todos los descendientes de D. Pedro, siendo preciso para su admision el que no se halle descendiente alguno in rerum natura de dicho D. Pedro, num. 19. pues mientras se hallare deve succeder en dicho Mayorazgo, y Casa, y deve ser Conde de Aranda, segun lo tiene explicado el Vinculante en la Escritura de Vnion.

90 Pero aun en el caso de concederse, que los llamados en el Testamento devan succeder en falta de descendientes Varones de D. Miguel, num. 27. no puede pretender antelacion el Marquès de Aguilar, y para esto es preciso tener

ner presente, que en las Clausulas primeras no están comprehendidos todos los descendientes de D. Pedro, n. 31. hijo de D. Catalina, num. 21. ni de D. Juan, num. 34. hijo de D. Beatriz, num. 22. sino solo los descendientes Varones por recta linea masculina, Torre de Maior. part. 1. cap. 25. §. 10. à n. 120. Cuya recta linea masculina se interrumpe con la interposicion de hembra, à la semejança que la linea blanca se interrumpe por medio de lo negro; y la linea de Margaritas con la interposicion de piedra de otra especie, Roxas de incompatib. part. 1. cap. 6. n. 340. Torre de Maior. part. 2. 9. 5. n. 14. Noguero. allegat. 23. n. 115. Pegas de Maior. tom. 2. cap. 9. n. 249. & cap. 13. n. 8. Castillo lib. 5. cap. 91. n. 80. & lib. 6. cap. 138. n. 18. y no siendo el Conde de Sastago descendiente Varon de D. Pedro, n. 31. por recta linea masculina, no puede pretender la Succession por el llamamiento de las primeras Clausulas del Testamento, y solo puede pretender succeder por la Clausula quarta de dicho Testamento, en la qual para en falta de los descendientes Varones por recta linea masculina de D. Juan, num. 34. llama al pariente Varon mas cercano descendiente de la Casa de Vrrea, aunque sea por linea femenina.

91 En esta Clausula tambien se halla comprehendido el Marquès de Torres, no pudiendose negar ser descendiente Varon por linea legitima de la Casa de Vrrea, y como tal deve preferir al Conde de Sastago; para lo qual me valgo de este dilema, ò la proximidad se quiere al gravado, ò al gravante? Si lo primero ora sea el gravado se quiera considerar D. Francisco Ramon de la letra, Y, D. Antonia, n. 84. ò D. Dionisio, num. 73. està mas proximo en grado el Marquès de Torres, que el de Aguilar, como resulta de sola la inspeccion del Arbol.

92 Si al gravante, por dezir à nos propinquo, quando no se considere mas proximo en grado, al menos està en igual grado con dicho Marquès de Aguilar, en cuyo caso teniendo el Marquès de Torres à su favor la prerogativa de linea,

se-

54

segun reglas de Mayorazgos , atenta la qual en falta de los de la linea actual, deven succeder los de la habitual , y esto aunque aquel que constituye dicha linea aya muerto antes de la fundacion del Mayorazgo , como latamente funda Roxas *part. 1. cap. 6. §. 13. à n. 153.* y yà tambien, porque faltando la linea efectiva, deve succeder el que se halla en la contentiva , de manera , que mientras en esta aya Persona habil para succeder, no deve hazer transito el Mayorazgo à otra linea, como funda Roxas *ubi supra n. 293.* hallandose el Marquès de Torres en la linea habitual, por descender de D. Pedro, num. 19. quien con su nacimiento adquiriò prerogativa transmisible en todos sus descendientes , con exclusion de todos los que no lo fueren, como dize Roxas *d. 1. part. d. cap. 16. d. §. 13. à n. 154.* y tambien se halla en la linea contentiva , que deve prevalecer en falta de la efectiva, segun Roxas *ubi supra n. 293.* Fontanela *decis. 36. n. 10.* Grivelo *decis. 109. n. 15.* y ser pariente del ultimo poseedor, y descendiente por la misma linea, por la qual el ultimo poseedor entrò à succeder, parece inegable, que segun reglas de Mayorazgo , atendida dicha Clausula quarta del Testamento, deve prevalecer el Marquès de Torres al Marquès de Aguilar.

93 Sin que obste lo que pondera en el impresso comunicado el Advogado del Marquès de Aguilar, que no aviendo llamado el Vinculante à D. Catalina, num. 28. esta linea no le puede dar al Marquès de Torres cercania de parentesco en el orden de succeder. Porque se responde lo primero, que la omision de Doña Catalina , no es de tal naturaleza quod inficiat omnem suam lineam , como tengo fundado arriba. Lo segundo , que aviendo explicado el Fundador en el proemio de la Escritura de Union , fundava dicho Mayorazgo , para que quedasse unido en descendientes Varones suyos , y en su defecto en los de sus hermanos, y que mientras descendientes Varones se hallasen suyos, y de su hermano D. Pedro , ayan de succeder, y
ayan

ayan de ser Condes de Aranda, como lo explica en la Clausula de suerte , que mientras de la Escritura de Vnion, à la linea de dicho D. Pedro le quiso dar, y diò aquella prerogativa , que como hijo segundogenito de D. Lope, num. 15. le competia respecto del terciogenito, y demàs posteriores; y siendo esta prerogativa transmisible en todos los descendientes, segun Roxas *de incompatib. lib. 1. cap. 6. §. 13. per tot.* pues la afección que explica el Fundador respecto à uno, se extiende à todos sus descendientes, Fontanel. *decis. 146. n. 10. Torre de Maioratu part. 3. decis. 5. n. 6.* no aviendo persona en la linea de D. Miguel, num. 27. descendiente del mismo D. Pedro, atendida la voluntad del Fundador, y prerogativa de la linea del mismo D. Pedro ha de suceder qualquier otro Varon descendiente de este qual es el Marquès de Torres; y asì D. Catalina, num. 28. aunque omitida, puede servir de medio para que sus descendientes Varones, como descendientes de D. Pedro, num. 19. estèn comprendidos asì en llamamiento de descendientes Varones de D. Pedro, como en el llamamiento del Varon à nos mas propinquo descendiente de la Casa de Vrrea , que se halla en la Clausula quarta del Testamento.

95 Lo tercero se responde , que el querer excluir al Marquès de Torres , como descendiente Varon de D. Pedro, mediante D. Catalina, num. 28. y como tal no estar comprendido, asì en la Escritura de Vnion, como en esta Clausula quarta del Testamento , es querer atribuir à la omision mas efecto , que el que por su naturaleza tiene, pues no se ha como exclusion, quando el que se quiere omitido se halla comprendido en la Clausula general , y llamado, atendida la voluntad, è intencion del Fundador ; y el Marquès de Torres, como descendiente Varon de D. Pedro, por legitimo matrimonio se halla llamado, atendida la voluntad del Fundador , comprendido en las Clausulas generales de los llamamientos; y al mismo passo seria in ver tir todo el orden , y reglas de los Mayorazgos , segun las

igual

P

qua-

56

quales faltando descendientes de la linea actual, deven succeder los de la habitual, y faltando la linea efectiva, deven succeder los de la contentiva, cuyas dos prerogativas tiene à su favor el Marquès de Torres, por cuyo motivo para la excluirlo no bastan congeturas, siendo necessarias evidencias, y exclusion clara, y manifiesta, la qual atendidas todas las Escrituras, no se encuentra, antes bien voluntad clara del Fundador, que atribuye drecho eficaz para succeder, como descendiente Varon de D. Pedro, n. 19. pues mientras se halle quiso succedieffe, y fuesse Conde de Aranda; y por consiguiente, aunque la Succession de este Condado se quiera regular por el Testamento, deve preferir el Marquès de Torres, como de mejor linea, al Marquès de Aguilar.

§.
QUE EL CONDE DE BERBEDEL CARECE
de drecho para succeder en los bienes aprehensos.

96. Hasta aqui se ha procurado fundar la inclusion, y llamamiento del Marquès de Torres à la Succession de este Estado, en el Vinculo de la Vnion, y que deve preferir à los substituidos en el Testamento; pero por quanto en las primeras Clausulas del Vinculo de la Vnion constituye Mayorazgo de rigurosa natural agnacion el Conde D. Miguel, num. 18. primero en sus descendientes, y en falta de estos, en los de sus hermanos; y aun en la Capitulacion matrimonial de D. Lope, num. 15. se puede entender el Vinculo constituido de pura rigurosa natural agnacion en los descendientes de dicho D. Lope, num. 15. y se halla litigante el Conde de Berbedel, num. 64. como descendiente agnado riguroso de D. Juan, num. 20. es preciso tratar de su exclusion, para que de esta suerte se haga lugar el llamamiento del Marquès de Torres.

97. Es preciso, segun dicha Carta matrimonial, y segun la Escritura de Vnion, que el que huviere de succeder sea
 legi-

legitimo, y de legitimo matrimonio procreado, cuyo requi-
 sito, como fundamento de su intencion, lo devia aver proe-
 bado el Conde de Berbedel, *ex l. ei qui, ff. de probat.* por la
 razon, que en caso de duda el hijo no se tiene por legitimo,
 Marienzo *in l. 9. tit. 8. lib. 5. recop.* Y porque siendo el ma-
 trimonio cosa de hecho, no se presume, sino se prueba,
 Mascardo *de probat. l. 1. conclus. 882. n. 2.* lo que se haze lu-
 gar pidiendo se le adjudiquen los bienes, pues aunque en
 caso de duda se deva presumir lo mas honesto, por evitar el
 delicto, pero esto se limita quando se sigue perjuizio à ter-
 cero, que viene con drecho claro, y cierto, en cuyo caso pa-
 ra repeler al que viene con este drecho, es preciso, que el
 otro que pide los bienes haga constar concluyentemente
 el ser legitimo, y assi que los pida con drecho claro, y cier-
 to, Castro Palao *de conscientia dubia disp. 3. punct. 5. n. 3.*
ibi: Existimo facili negotio supradictas sententias in concor-
diam redigi posse, ut scilicet prima opinio procedat casu quo fi-
lius sit reus & possessor, & non possideat contra juris presump-
tionem: Tunc enim actori incumbit onus probandi, & dum
non probat contrarium pro possidente standum est. Secunda ve-
ro opinio procedit si filius actor sit, & contendat hereditatem
habere; debet enim tunc legitimatam probare, quia est funda-
mentum sue intentionis. Alias iniquum esset alios à possessio-
ne, vel jure certo quod habent expelere. Non enim jus incer-
tum, & dubium, aliorum certum vincere debet. Lo mismo
afirma Azevedo in l. 9. tit. 8. lib. 5. recop. n. 14. pues adjudi-
 cando la herencia al que tiene drecho incierto, y dudoso, de-
 festimado al que lo tiene claro, à este se castigaria por bene-
 ficiar à aquel, lo que no deve practicarse, Castro Palao *ubi*
nuper num. 5.

28 Sin que al Conde de Berbedel se pueda sufragar la
 practica de este Reyno, que los matrimonios, y filiaçiones
 basta se aleguen sin ser necessaria prueba, y que en el pley-
 to de de D. Juana de Toledo, en 21. de Junio de 1681. y
 en este de Pedro Luis la Borda, en 28. de Octubre de 1695

el

el Conde de Berbedel alegò los matrimonios, y filiaciones por notorias, sin que se lo impugnaran, consta del Memorial al folio 164. y con esto su Advogado, en la Alegacion comunicada folio 87. n. 182. pondera, que aviendo decretado la Audiencia averse por notorias muertes, y filiaciones, no tiene el Conde necesidad de mayor prueba, teniendo à su favor la practica del Reyno, siendo como es noble.

99 Porque responde, que el fundamento porque matrimonios, y filiaciones de los Nobles en este Reyno, basta alegarlos sin ser necessaria prueba es, *quia facta nobilium personarum sunt omnibus nota*, que dize Miguel del Molino, *verbo Nobiles fol. 331. & verbo Mors*, ubi Portoles n. 4. y lo notorio no se necessita de prueba, pero como notorio solo sea aquello, que *nulla tergiversatione celari potest*, q̄ dize Gutierrez *pract. qq. lib. 3. q. 14. à n. 117. & q. 16. à n. 132.* Gonçalez *in cap. Consuluit 14. de appell.* Aviendo duda, y à dextera de ser notorio, y por configuiente dextera de estar comprehendido en la practica inconcusa de este Reyno, assi como siendo regla en drecho, que de lo notorio no se dà apelacion, dispone el Romano Pontifice *in cap. Consuluit 14. de appellationibus*, encargando, que lo dudoso no se tenga por notorio, aunque se alegue por tal, ibi: *Sed cum multa dicantur notoria que non sunt, prohibere debes, ne quod dubium est pro notorio videaris habere.* Y no se halla acquiescencia en las partes litigantes, respecto del matrimonio de Don Juan, num. 20. y de ser legitimo D. Lope, num. 29. antes bien siempre sea impugnado dicho matrimonio, y legitimidad, y con tan graves fundamentos, que quando no se considerassen bastantes, para que se tenga por cierto no averse contraido tal matrimonio, ni ser de legitimo matrimonio procreado dicho D. Lope, num. 29. à lo menos lo ponen en caso de duda, que es lo bastante, para que no se tenga el matrimonio, y filiacion legitima por notoria; y assi estar comprehendida en la practica, antes bien aviendose buuelto dudoso el matrimonio, y filiacion legitima de D. Juan, n. 20.

y D.Lope, num. 29. respectivamente; se està en el caso de que el Conde de Berbedel deve hazer concluyente prueba sobre esto, en especial pidiendo los bienes, y que se declare Succesor, y hallarnos en juicio de Aprehesion en lite pendiente, en el qual se deve admitir la proposicion de aquel *que mostrare mejor titol, segun el Fuero à vezes de Aprehens.* y nadie puede dudar es mejor titulo el claro, y cierto, que el dudoso, è incierto.

100 Varios motivos resultan de los Autos, por los quales se haze constar el no aver contraido matrimonio D. Juan, num. 20. ò al menos se haze dudable, y por consiguiente necessario, que D.Lope, num. 29. no fue legitimo; unos que lo convencen à priori, y otros que lo persuaden à posteriori; à priori por no designarsele cierta Madre al tal D. Lope, ni con quien huviera estado casado D. Juan, lo que era preciso segun Carranza *de partu cap. 20. q. 4. n. 33.* Garcia *de nobilit. gloss. 20. n. 24.* y se prueba *ex l. expurius 4. ff. unde cognati. L. 11. tit. 13. partit. 6.*

101 Y aunque el Conde de Berbedel alegue, que la Madre de D.Lope, num. 29. fue D. Maria de Vrrea, hija de D. Geronimo de Vrrea, Lugarteniente de la Corte del Señor Justicia de Aragon, se halla convencido, pues en la pieza 13. de Doña Juana de Toledo se halla presentado el Testamento de D. Leonor Ruiz de Calzena, Viuda de Micer Geronimo de Vrrea, en el qual en la legitima que dexa à sus hijos, y de dicho Micer Geronimo de Vrrea, no haze mencion de tal D. Maria, resulta *del Memorial ajustado folio 317. y 318.* que induce una presuncion vehemente de no aver tenido tal hija, pues à tenerla no se huviera expuesto à que se anulasse el Testamento, por falta de esta solemnidad intrinseca *ex vulgari textu in l. inter cetera 30. de liberis, & posthumis. Suelves conf. 28. n. 27.* Y quando se quiera dezir, que dicha D. Maria era yà muerta al tiempo que D. Leonor Ruiz de Calzena otorgò dicho Testamento, à mas que esto devia averlo justificado el Conde de Berbedel

Q

del

60

del, *ex Foro de hereditate tit. de pignor. Portol. §. mors n. 3.* viviendo como vivia en dicho tiempo, y resulta assi de los Autos D. Lope, num. 29. si este fuera su Nieto, como se pretende, tambien avia de averlo nombrado en la legitima, *ex l. posthumorum 13. eum vulgates, ff. de injusto rupto. Valencia Illustrium juris, lib. 3. tract. 3. cap. 4. à n. 1.* y no se halla en dicho Testamento hecha mencion del tal D. Lope.

102 Es cierto, que el Conde de Berbedel con testigos de oïda à querido convencer el matrimonio de D. Juan, y filiacion legitima de D. Lope; pero contra estos testigos se han opuesto tantas excepciones, y que han declarado por soborno, y por lo tanto son inhabiles, que por evitar prolixidad omito el expenderlas, remitiendome à lo que en esta parte se ha escrito en la primera instancia, y solo dirè aora no se deve hazer merito de las declaraciones de D. Braulio Villanueva, D. Christoval Hernandez, D. Francisco Fernandez Tremiño, y D. Thomas Larrea, que declaran, dicho Villanueva, y Christoval Hernandez aver visto la Capitulacion de D. Juan de Vrrea, y D. Fulana de Vrrea, atendiendo la inverosimilitud, que resulta de dichas declaraciones, por lo qual deven desestimarse, Valenzuela *conf. 105. à n. 33. conf. 113. à n. 58. conf. 121. à n. 117. conf. 163. à n. 121. conf. 169. à n. 123. Conf. 180. à n. 27.* y consiste dicha inverosimilitud, en dezir el mismo Villanueva avia avisado al Licencia Liarte, Agente de la Condesa D. Felipa, valedora del Conde en este pleyto, del hallazgo de dicho Protocolo, y Capitulacion, y ciertamente que no se puede presumir, ni creer, que solicitando assi el Licenciado Liarte, como la Condesa D. Felipa, el mejorar la pretension, y derecho del Conde de Berbedel à este Estado, huvieran desestimado la noticia de dicho Villanueva, y Compulsando el Protocolo, aver exhibido en el pleyto dicha Capitulacion, pues con su pretension se mejorava el derecho del Conde, assi como lo pretende aora, mediante la declaracion de dicho Villanueva, y Hernandez; y atendida esta inverosimilitud,

61

litud, se podria inferir, que si se ha perdido el Protocolo, se deve atribuir à fecho de D. Felipa, y del Conde de Berbedel, por manifestarse tal vez, no averse efectuado el matrimonio, ò que el D. Juan de Vrrea, de quien dize dicho Villanueva era la Capitulacion, no era D. Juan de Vrrea, num. 2.º. sino otro distinto, pues tiene justificado el Conde de Berbedel en estos Autos aver auido en aquellos tiempos dos D. Juanes, con el apellido de Vrrea, y ambos Nobles.

203 A lo dicho se aumenta lo primero, que se hallan opuestas tachas contra D. Braulio Villanueva, de aver testificado Escrituras, en tiempo en que no tenia facultad para ello, y por lo tanto averse declarado nulas en el juzgado del inferior de esta Ciudad; y yo aumento el hecho notorio, que ha pasado en esta Audiencia en el presente año, en que aviendose otorgado la Capitulacion matrimonial de D. Braulio Artazona, con hija de D. Christoval Hernandez, como la daria reglada D. Felipe Gracian y Serrano, faltando dicho Villanueva testificante, à la legalidad, y fee publica, aumentò circunstancias en el Protocolo, y mudò pliegos del Bastardelo, de manera, que atendida dicha mutacion, no podia surtir efecto la Capitulacion del modo que se otorgò, y enterado V.S.I de la verdad, declarò por Sentencia definitiva, avia de engrossarse la Capitulacion de dicho D. Braulio Artazona, del modo que la diò reglada D. Felipe Gracian, que es como se otorgò, multando, y apercibiendo à dicho D. Braulio Villanueva; vease aora à quien falta à la fee, y legalidad publica, que como Notario, y persona publica deve tener, que credito se le deve dar, declarando como testigo. Lo segundo se halla justificado en esta instancia, que D. Joseph Villanueva, hijo de D. Miguel Villanueva, y à cuyo cargo estavan las Notas, y Protocolos de dicho D. Miguel, al tiempo en que D. Braulio dize encontrò el Protocolo en donde estava la Capitulacion de D. Juan de Vrrea, y D. Fulana de Vrrea, que dicho D. Joseph no tuvo noticia de tal Protocolo, ni de tal Capitulacion, y si se hu-

62

hubiera ocultado mientras estuvo ausente en Tafalla dicho D. Braulio, ò despues que este se saliò de las Casas de dicho D. Miguel Villanueva, ciertamente parece avia de ser con noticia de dicho D. Joseph Villanueva, à cuyo cuydado estavan los Protocolos de su Padre; infiriendose de lo dicho el poco merito que deve hazerse de las declaraciones de dicho D. Braulio, de D. Christoval Hernandez, Tremiño, y Larrea.

104 Y no es de omitir, que aun en el caso de exhibirse la Capitulacion de D. Juan, no se infiria per neccesse la filiacion legitima de D. Lope, por no ser prueba las Capitulaciones del contracto del matrimonio, *ex text. in l. neque 13. Cod. de nupcis. L. donationes 31. ff. de donat. Ludovicus Velus cons. 224. n. 10. Basilio Ponze de matrim. lib. 11. cap. 2. §. 3. n. 18. Æneas Roberto rer. judic. lib. 2. cap. 17. vers. Nam quod tabulas nuptiales.* Y si la exhibita de la Capitulacion no probaria el matrimonio, mucho menos lo han de probar las dichas declaraciones de Braulio Villanueva, y Hernandez, teniendo como tienen contra si las inverosimilitudes, y sospechas, que se han ponderado.

105 La segunda razon es, que D. Juan, num. 20. mucho antes de la procreacion de D. Lope, num. 29. tenia Beneficios Eclesiasticos, que lo inhabilitavan al estado de Matrimonio; pues resulta de los Autos, q̄ la Santidad de Julio Segundo, en el año de 1508. concediò pensión, con calidad de Eclesiastica espiritual, sobre los frutos del Obispado de Girona, cuya pensión la mantuvo hasta el año 1535. en que transfirió, y cediò parte de dicha pensión; y es cierto, segun drecho, que la pensión Eclesiastica dexada titulo Clericali, vaca por el contracto de matrimonio, así como el Beneficio, son formales Sanchez de matrimonio lib. 7. disp. 44. Gigas de pensionibus q. 54. n. 4.

106 Resulta tambien de los Autos, que en el año 1522. obtuvo gracia por la Santidad de Adriano VI. del Abadiado de Nuestra Señora de Amer, en la Diocesi de Gi-

Girona; y tomó la posesion de dicho Abadiado en el año 1524. en la qual se mantuvo hasta el de 1536. que tomó la posesion del Abadiado de Monte-Aragon, Diocesi de Huesca, por gracia à su favor hecha por la Santidad de Paulo III. en el año 1535. que aunque dicha Abadia de Nuestra Señora de Amer la tenia en Encomienda, pero esta era perpetua, que es verdadero titulo Canonico, Barbosa *de potest. Episcopi alleg.* 59. n. 2. Y assi como se pierde el Beneficio, que uno obtiene in titulum por el contrato del matrimonio, de la misma fuerte se pierde el Beneficio, que se tiene en Encomienda perpetua, es formal *la Clementina ne in agro* 1. §. *Ceterum, vers. Qui autem de statu Monachorum.* Son formales Sanchez *de matrim. lib. 7. disp. 42. n. 4.* Rebuffo *in pract. benef. tit. de pacificis possessoribus n. 42.* *Et in regula de non talendo jus quæsitum gloss. 7. de comenda* 51. Pedro Gregorio *de benef. cap. 25. n. 17.*

107 Sin que le sufrague al Conde de Berbedel, lo que alega de presumirse tendria disposicion para retener dichos Beneficios, con el estado de matrimonio, pues la misma gracia de tenerlos en Encomienda, sirve de disposicion, ex Barbosa *de jure Ecclesiastico lib. 3. cap. 9. n. 24.* Garcia *de benef. 4. part. cap. 4. n. 29.* porque se responde, que la dispensacion es de estrecha naturaleza, y no se extiende à otro caso, que al expressado en dicha dispensa, es formal el *cap. 1. de filiis Presbyterorum in 6.* por cuyo motivo, aunque con la misma gracia de Encomienda perpetua se halle dispensado el Clerigo Secular, para obtener Beneficio regular, para el qual era inhabil, ex Tamburino *de jure Abbatum tom. 1. disp. 4. q. 2. n. 3.* no se entiende dispensado con la misma gracia, para retener el Beneficio en Encomienda perpetua, siendo casado, de manera, que para la retencion hallandose en estado incompatible, qual es el del matrimonio, era precisa dispensacion especial, à la semejança, que si el Papa dispensa, de que un menor de 25. años obtenga, y retenga Beneficio curado, no se entiende dispensado del orden anexo

al

64

al Beneficio, Rebuso *in praxi benef. tit. de pacificis possess.* n. 42. y siendo la dispensacion cosa de hecho, no se presume siendo necesaria prueba concluyente, la que no ha hecho el Conde.

no 108. Reconociendo los Advogados del Conde de Berbedel la fuerza de esta razon, dicen que D. Juan de Virea, Abad de Amer, no era D. Juan, num. 20. sino otro D. Juan de Virea, que hubo en aquellos tiempos. Pero este alegato se halla convencido en los mismos Autos, pues como se dice en el Memorial al folio 382. se halla presentada una Escritura autentica, en que se dice, que D. Juan de Virea, Abad de Monte-Aragon, redimio à favor de D. Juan de Moncayo, y D. Isabel Sanchez, un censal à su favor cargado, hallandose Abad de Nuestra Señora de Amer; y no negandose, como no se niega, por parte del Conde de Berbedel, q̄ D. Juan, num. 20. fue Abad de Monte-Aragon, resulta de esta Escritura, que el D. Juan de Virea, Abad de Monte-Aragon el año 1538. era el mismo D. Juan, que fue Abad de Nuestra Señora de Amer el año 1531. en que se otorgò dicho censal; y assi la gracia de Adriano VI. expedida el año 1522. de la Abadia de Amer, à favor de D. Juan de Virea, y la possession tomada en virtud de dicha gracia el año 1524. fue à favor de D. Juan, num. 20. y no de otro D. Juan de Virea.

no 109. De lo dicho resulta, que D. Juan, num. 20. tenia Beneficios, que lo inhabilitavan à casarse saltim reteniendo los, como los retuvo, y para persuadir la legitimidad de D. Lope, n. 29. era preciso que el Conde de Berbedel hiziesse constar clara, y abiertamente el que avia contraido matrimonio, del qual avia sido procreado dicho D. Lope, pues aviendo opuesto contra este la ilegitimidad, y hallarse en fomento de esta presunciones tan vehementes, que son juris, & de jure, han puesto en la obligacion del Conde de Berbedel el elidir las con prueba clara, y cierta, y no se puede dezir, que se ha consentido por los litigantes, que el matrimonio de dicho D. Juan se aya por notorio. Ay

110 Ay pruebas à posteriori de la ilegitimidad de la linea del Conde de Berbedel, sea la primera, la que resulta del mismo Vinculo de la Vnion, en el qual aviendo dado expreso literal, è individual llamamiento el Conde D. Miguel, num. 18. à D. Lope, D. Manuel, y D. Miguel, num. 27. hijos de D. Pedro, num. 19. en la Clausula lo dà llamamiento à otro hermano suyo, si entonces lo huviere, que no sea Religioso, ni en Sacros Ordenes constituido, tal que no pueda contraer matrimonio, y à sus hijos, y descendientes Varones, por recta linea masculina legitimos, &c. Cuya Clausula del llamamiento de su hermano, si entonces lo huviere, con el gravamé de que no sea Religioso, ni en Sacros Ordenes constituido, denota, que el D. Juan de Vrrea, hermano del Vinculante, poseia Dignidad Eclesiastica, que le obligava à ordenarse in Sacris, y por esso puso la condicion que no fuesse Religioso, ni en Sacros Ordenes constituido, porque ordenandose, aun en el caso de verificarse la condicion, no lo quiso llamar; y verificandose la condicion antes de ordenarse, no lo quiso excluir, antes lo llamó, y à sus descendientes que fuesen legitimos, y de legitimo matrimonio procreados; y assi de esta Clausula resulta, que D. Juan, n. 20 ni era casado al tiempo del otorgamiento de la Escritura, y que D. Lope, num. 29. nacido yà entonces, no era legitimo, porque à serlo lo huviera llamado por su nombre propio, por no exponerlo à que le opusieran el borron de la ilegitimidad, fundados en que D. Juan, num. 20. su Padre, avia tenido, y gozado, y tenia rentas Eclesiasticas, que canonicamente lo inhabilitavan al estado de matrimonio; y esto se corrobora con que D. Lope, num. 29. no lo hizo por sí, ni mediante sus Tutores, que yà los tenia, como resulta de los Autos, la Escritura de la Vnion, como lo hizieron Don Juan, num. 20. D. Lope, D. Manuel, y D. Miguel, num. 27. y no es creible, que D. Miguel Vinculante, tan sollicito en que dicha Escritura de la Vnion tuviesse efecto, omitiesse esta circunstancia, de que D. Lope, num. 29. la loasse, si

lo huviessse tenido por legitimo, y así por habil para suceder.

111 Los Advogados del Conde de esta misma Clausula, y Escritura de loacion inferen, que D. Juan, num. 20. no estava ordenado, y que pudo estar casado, y por consiguiente, que D. Lope, num. 29. es legitimo; pero aunque se les conceda, de que D. Juan, num. 20. al tiempo del otorgamiento de dicha Escritura no estava ordenado in Sacris, y que podia retener la Abadia de Monte-Aragon, como todas las demás que avia gozado en Encomienda perpetua; pues la pena de privaciõ, por no ordenarse del Orden anexo al Beneficio, de qua in cap. 1. de etate & qualitate, cap. cum incunãtis, S. inferiora de elect. cap. licet canon. de elect. in 6. Clementina ne in agro, S. ceterum de statu Monachorum, solo tienen lugar en el caso de aversele requerido, y amonestado al Beneficiado, à que se ordenasse, y no aviendo obedecido, aversele privado por sentencia, como enterminos de comendatario perpetuo se decidiò en la Rota in Tullen. Monast. 17. Mai. 1597. como lo refiere Farinac. post vol. 1. conf. decis. 112. per tot.

112 Pero de aqui no se puede inferir, que estuvo casado, y que tuvo successiõ legitima, porque para retener Beneficios, que requieren orden sacro, sin ordenarse es preciso que no tenga estado incompatible con el orden, qual es el del matrimonio, y que el Beneficiado, ò Comendatario perpetuo, que no tiene anexo orden sacro, deve tener animo, è intencion de ordenarse, pues de otra suerte peca, y està en la obligacion de restituir los frutos, como lo nota Sanchez de matrim. lib. 7. disp. 45. à n. 1. & à n. 13. con cuyo animo de ordenarse, aunque condicionado, nisi interim felitius ei contingat, ut mors fratris primogeniti, & sit ipse futurus hæres, podia retener, y gozar los Beneficios sin obligacion de restituir, como lo nota Sanchez ubi nuper n. 10. y yà se colige, que aviendo casado, no podia tener el animo de ordenarse, por el estado del matrimonio en que se halla.

hallava constituido; y mediando estas circunstancias en persona tan ilustre, como D. Juan, ni se puede creer, ni presumir, que huviesse contraido en su vida matrimonio, y para convencerlo era preciso, que lo hiziesse constar el Conde de Berbedel, de manera, que no quedasse la menor duda.

10113 Los Advogados del Conde, en los papeles comunicados intentan persuadir, que el matrimonio de D. Juan fue clandestino, disimulable, y aun permitido en aquel tiempo, por ser antes del Concilio de Trento, cuyo matrimonio se ignorava, y aun el mismo Conde Don Miguel, no tenia noticia de el. Pero como los matrimonios clandestinos estaban prohibidos aun antes del Concilio de Trento, por disposicion del Concilio General Lateranense sub Inocencio III. como se ve en el Capitulo *cum inhibitio 3. de clandestina desponsatione*, y aun por Fuero avia pena de muerte, contra aquellos que contraian matrimonios ocultos, sin presencia de parientes, y otras personas, que fuesen seis, o mas, como se dispone *in Foro 1. de raptu mulieru, & matrim. clandest. celebrado en el año 1428.* no se haze creible, que D. Iuan, num. 20. tan favorecido de los Sumos Pontifices, ya por comensal, o familiar de Clemente VII. como lo persuade el Conde de Berbedel, y ya por medio de las Abadias, y pensiones Eclesiasticas, que gozava; y ya tambien, por ser persona tan ilustre, y descendiente de Casatan favorecida por los Fueros, como es notorio huviera contraido matrimonio, que los Papas, y Concilios tenian impuesta pena de excomunion, ipso facto incurrenda, contra los contrayentes, y que los mismos Fueros lo aborrecian, imponiendo pena de muerte al que lo celebrara; por lo qual le era mas preciso al Conde de Berbedel el demostrarlo con prueba concluyente: *Nam matrimonium punibile contractum non presumitur, & sicuti partes ad actum prohibitum pervenisse non presumuntur, ita nec Iudex illum ut permissum approbare debet,* que dize Baldo *in l. 1. Cod. de is qui accusare n. 34.*

S

Y

114 Y aun se podría dezir, que D. Lope, num. 29. aunque fuese procreado de matrimonio clandestino, no se podia tener por capaz, ni su linea para suceder, por la razon, que los matrimonios clandestinos se presumen contraidos con impedimento, aun antes del Concilio de Trento, *ex l. 3. tit. 3. part. 4. Matienzo in l. 1. tit. 1. lib. 5. recop.* Y por esso los hijos procreados de semejantes matrimonios, se reputan ilegítimos, es expreso el texto *in cap. cum inhibitio 3. S. si quis vero de clandest. desponsat.* Rolando à Valle *vol. 3. conf. 93. n. 26. ibi: Quibus tamen non obstantibus sententia contraria in casu nostro veriore esse arbitror quod filii nati ex predictis Angela, & Silvestro non dicantur legitimi, neque legitime nati, quoniam ut efficiantur legitimi, & patri succedere possint, requiritur quod matrimonium non sit clandestinum, sed celebratum in faciem Ecclesie, videlicet, premissa denuntiatione publicè in Ecclesia, de qua loquitur text. in cap. cum inhibitio, & glossa 3. ubi inter alios modos clandestini matrimonii, dicit, quod dicitur clandestinum quando fit contra tenorem illius decretalis.*

115 Y por quanto semejantes hijos se han como ilegítimos, puede el Padre nulla causa, & in pune ex heredarlos, y preterirlos, *ex l. 1. tit. 1. lib. 5. recop. l. 49. Thauri,* cuya disposicion observò D. Juan, num. 20. pues en el Testamento que hizo, no se acordò de D. Lope, num. 29. ni aun en la legitima, antes bien lo preterio, desestimandolo como à extraño, y passò à instituir heredero universal à D. Lorenzo Fernandez de Heredia, Justicia de Aragon, sin condicion alguna, que es una de las cautelas, para que los ilegítimos puedan obtener los bienes paternos, sin el temor, que como à indignos se les quiten, que lo nota el Señor Covarrubias *in cap. 8. 2. part. S. 5. n. 11.* por cuyo motivo, y de no averle dado literal llamamiento D. Miguel Vinculante, al dicho D. Lope, puedo dezir lo mismo, que de otros hijos de una Doña Paula, dixo Menochio *conf. 199. n. 57. ibi: Prima ita, que est ratio, & causa, quia hoc matrimonium fuit*

contractum (*si modo verè fuit contractum, quod non concedimus*) clandestine, & *semper fuit occultatum*, atqui filii nati ex matrimonio clandestino, sunt illegitimi: ergo etiam illegitimi sunt ij filii D. Paula. Y siendo ilegítimo está excluido de la Succesion el Conde de Berbedel, como descendiente de raiz infecta

116 Segunda razon á posteriori se descubre del Testamento del Conde D. Antonio, num.61. presentado en los Autos, en el qual dize tener su Estado libre, por aver faltado todas las Personas llamadas en el Testamento de D. Pedro, num.67. Cuya assercion hecha por dicho D. Antonio, que avia conócido à D. Lope, num.29. por aver sido su Tutor, y Curador, como resulta de los Autos, y por lo tanto tendria noticia de su nacimiento, convence su ilegítimidad, à lo que se aumenta, que por entonces tenia en su Casa, y eran sus comensales los descendientes de dicho D. Lope, y que dicho D. Antonio estava casado con D. Felipa Clavero y Sesse, la qual sus primeras bodas las avia contraído con un descendiente del dicho D. Lope; y siendo así, que dicho D. Antonio amava mucho à D. Felipa, su Muger, como lo expresa en su Testamento, aumentandole la Viudedad à la universal, y que los alagos cariñosos de dicha su Muger, no fueron bastantes para que atendiese à la linea de Berbedel, nombrandola Successor en el Estado, se haze patente, que dicha linea era ilegítima de la Casa de Vrrca, y que como à tal la desestimò, y por lo tanto no deve admitirse la proposicion del Conde de Berbedel.

que dizeon à cargo de los dichos
comitios del dicho Civil, dexados perpetuamente à la fa-
lta, con los papeles de los testamentos, y otros papeles
en el nombre de D. Juan de S. J. y porque de los antiguos
y papeles, siempre ha sido que el intento de retirar por
posterioridad, manteniendo, y capiendo de su linage, y
que es à lo que se procura la fundacion de Mayorazgo.
1201. Dize tambien es que la vida, y estada del dicho
comitio depende de la voluntad, y intento del que lo haze

PUNTO

PVNTO TERCERO

QUE AVN CASO DE AVERSE DE gobernar la Succession de este Estado por qualquier otra Escritura (que por la de la Vnion) de las presentadas en estos Autos, deve recibirse la proposicion del Marquès de Torres, por tener llamamiento en todas, y cada una de ellas.

117 **P**OR quanto son tantas las Escrituras, que se hallan presentadas en estos Autos, como de los mismos resulta, à fin de proceder con claridad, y distincion, hablarè de cada una de ellas separadamente.

§.
QUE EN LA DONACION HECHA POR D. Pedro, num. 6. à D. Lope, num. 11. ay fundado Mayorazgo, y en èl se halla contemplado el Marquès de Torres.

118 Esta voz Mayorazgo, aunque es peculiar para España, como lo nota el Señor Molina *lib. 1. cap. 1. n. 3.* ha sido poco conocida en la antigüedad, D. Molina *de Hispan. primog. in prefat. à n. 14.* Y por esto entre los Antiguos, y mucho mas en este Reyno, es muy raro el que usò de esta palabra Mayorazgo: Valieronse de disposiciones confusas, que dieron à entender tracto successivo, como en los Fideicomissos del drecho Civil, dexados perpetuamente à la Familia, con los quales son semejantes, aunque aya diversidad en el nombre, Molina *d. cap. 1. n. 7.* porque de los antiguos, y presentes, siempre ha sido uno el intento de mirar por la posteridad, manutencion, y esplendor de su linage, y casa, que es à lo que se encamina la fundacion de Mayorazgo.

119 Bien notorio es, que la vida, y essencia del Fideicomisso depende de la voluntad, è intenció del que le haze,

mas

mas, que de las palabras, dize se expressamente in l. cum virum 16. l. voluntatis, Cod. de fideicom. l. cum questio 23. Cod. delegat. Molina lib. 1. cap. 11. n. 17. Torre de maiorat. 1. part. cap. 1. n. 78. Graciano discept. cap. 487. n. 20. En tanto que para inducirse Fideicomisso perpetuo, basta la mente tacita del que dispone, assi lo advierte Ciriaco controu. 96. n. 2. controu. 185. n. 36. controu. 301. à n. 10. & controu. 302. n. 5. Y para manifestar la voluntad, y declarar lo que se quiso hazer, es el principal asilo, y apoyo el proemio de la disposicion; y lo que en el se expresa es la causa final de ella, y todo lo que se contiene en la disposicion, son como puntos, y lineas, que miran al proemio, como à principio de donde nacen, y fin à que se encaminan, de manera, que el proemio viene à fer como alma de las palabras contenidas en la disposicion, y estas se explican, por lo que en el se contiene, Molina lib. 1. cap. 5. n. 1. Valenzuela conf. 119. à n. 69. Mieres de maiorat. 1. p. q. 4. n. 15. Fusario de substit. q. 384. n. 3. en tanto, que si en el proemio se pone alguna palabra, ò clausula general de perpetuidad, aunque despues se haga expresion de algunos llamamientos limitados à ciertas Personas, sin embargo la disposicion es perpetua, Castillo lib. 2. controu. cap. 22. à n. 97. & lib. 4. cap. 47. n. 20. Los Fideicomissos tambien se inducen por qualquier genero de palabras, l. etiam de modo, l. eo modo, ff. de legat. 1. l. 2. Cod. comm. delegat. l. fideicommissa, §. hac verba, ff. delegatis 3. Molina lib. 1. cap. 1. n. 10. Ciriaco controu. 96. n. 3. Mieres de maiorat. 2. part. q. 5. n. 1. & solo etiam nunc inducuntur, Graciano discept. cap. 659. n. 14. Castillo lib. 4. cap. 27. n. 32. y por esso se dize, que aun las palabras narrativas son bastantes para el Fideicomisso, l. cum proponatur 64. l. unum ex familia 67. §. 9. & 10. ff. delegat. 2. y aun por las palabras enunciativas puede resultar Fideicomisso, l. Panfilo 39. ff. delegat. 3. Casanate conf. 16. n. 20. Valenzuela conf. 107. n. 52. Mieres de maiorat. 2. part. q. 5. n. 92. Ciriaco controu. 96. n. 11. y 12. controu. 301. n. 12.

T La

121 La razon se haze patente, porque el Fideicomisso depende de la voluntad, y esta se colige quando ay concurso de algunas congeturas que la persuaden, Torre de Majoratu 1. part. cap. 8. n. 24. & 3. part. decis. 17. n. 55. Casanate conf. 20. n. 4. Castillo lib. 4. cap. 8. n. 7. Valenzuel. conf. 109. n. 58. y se juntan todas las congeturas, quando cada una de por si no es bastante para inducirlo por la regla de *singula qua non prosunt multa collecta jubant*. Molina lib. 1. cap. 5. à n. 14. cuya regla tiene lugar en las Provincias donde ay Estatuto de averse de estar à la Carta, addentes ad Molinam d. lib. 1. d. cap. 5. n. 41. y 42. Sesse decis. 65. à n. 28. Porque el Estatuto de estar à la Carta no priva de officio al entendimiento, ni manda se camine à ciegas, apagada la luz del discurso, ni quiere que el Fuero estè enteramente reñido con el juicio, y razon natural del hombre, Crespi obser. 1. n. 20. la prohibicion que nace de dicho Estatuto es no admitir cabilosas interpretaciones, y del todo estraña del sentido, y serie de la disposicion, Crespi ubi nuper n. 34. y 39. Peregrin. de fideicom. art. 11. n. 39. pero si de la misma disposicion se conoce fomento de la voluntad, y no se trae de fuera su inteligencia, y explicacion, sino del mismo centro del instrumento, deven admitirse, Crespi ubi nuper n. 67. Castillo lib. 4. cap. 8. n. 9. & cap. 18. n. 44. pues mandar estar à la Carta es à todo el contexto, y serie de la Escritura, l. Merua, ff. de manum. testam. l. 3. ff. de transact. l. nummis 75. ff. delagar. 3. Castillo lib. 7. cap. 14. n. 4.

122 Con estos supuestos, atendida la donacion, y su proemio, se infiere al parecer claramente Fideicomisso à favor de D. Lope, num. 11. y sus descendientes, dize pues: *Nos nobilis Petrus de Vrrera, D. Vicecomitatus de Rueda, &c. attendentes progenitores circa propagines claras filiorum, stimulante natura, cordialiter affici, desiderantes, ut vita longeba filii potiantur: Et quia individuum in Patre non potest perpetuo conservari in esse, nisi per spem stilitus conservetur, ut deficiente genitore genitus adveniat successivè per lineam*
des-

descendentem. Et propterea parentes maxime magnati, & generosi, temporalia bona filiis suis ex voto preparant, & committunt grandio modo, ita videlicet, ut ipsis deficientibus eorum filii, qui de maxima & clara generositate pullulant facunditer in humanis divitiis opulenter succedant, quibus mediantibus, & statum, & generositatem à primis cunabulis, insignis quæ rectè linealis pertinet valeant suportare.

123 En primer lugar acuerdase de la Nobleza de su Casa, de su dominacion, y Señorío, y conservacion de este en su descendencia, para mantener el esplendor; muy propio de los Nobles, como dize Zasio lib. 1. conf. 2. n. 13. ibi: *Vir nobilis & clarus fama, naturali impulsu, nihil magis desiderare censendus est, quam sua familia, & progeneri ei favorem, & propagare id, quod nobilibus vi ris velut perpetuum est.* Mantica de conject. lib. 5. tit. final à n. 1. Craveta conf. 295. n. 2. Simon de Pretis de interpr. ult. volunt. lib. 1. interpr. 2. dubio 2. Leon decis. 60. n. 15. Tiberio Deciano resp. 33. n. 83. siendo cierto conviene el tener Fortalezas, y Lugares, para la manutencion, y lustre de las Familias, cuyando mucho no salgan de estas, assi lo nota Mieres de maiorat. 1. part. q. 10. n. 69. y 70. ibi: *Maximè quia interest ad auctoritatem illorum qui in maioratibus succedunt, & ad eorum ornatum, ut habeant Domos egregias, & amplas, & fortalicia, cum quibus sint magis honorati, & possint custodire Regnum ab hostibus, & melius servire Principi: Quia castra antiqua, & notabilia suos nobilitant successores* Cap. 1. *quis dicatur Dux, vel Marchio: & nobiles, & in dignitate constituti anxii sunt, & solliciti ne principalis eorum domus à familia sua alienari.*

124 La calidad de los bienes es vehemente congetura de Fideicomisso, Fufario de substit. q. 384. n. 4. Casanate conf. 47. n. 20 Torre de maiorat. 1. p. cap. 9. à n. 190. Molin. lib. 1. cap. 11. n. 18. ubi Add. Valenzuel. conf. 40. n. 20. Castillo tom. 6. cap. 143. n. 44. Molino de ritu nupt. lib. 3. q. 10. n. 46. Lo qual procede, siendo los bienes dignos de con-

74

conservarse perpetuamente en la Familia, por lo quantioso, è illustre de ellos, y aver sido de los ascendientes del que dispone, por caer en ellos especial afeccion, Castillo d. tom. 6. d. cap. 143. n. 44. vers. Pro resolutione, ibi: *Tunc demum obtinere posse quando testator bona egregia, & illustria, & digna qua conseruentur perpetuo in familia reliquisset, aut ea, qua maiorum suorum fuissent, & in quibus affectio magna considerari deberet.* Y fiendo los bienes que se dexan la Casa solar, ù de donde tomò origen la familia (como en esta donacion se dexa el Lugar de Vrrea) lo dà por constante el mismo Castillo *ubi supra*, signiando à Caldas Pereyra.

125 Y atendida esta donacion, se haze mas patente, pues se dize: *Et quia individuum in Patre non potest perpetuo conseruari in esse, nisi per spem stilitus filiorum conseruetur ut deficiente genitore genitus adueniat successivè per lineam descendentem.* De las quales resulta el deseo de conservar unidos los bienes que donava en D. Lope, y sus descendientes successivè, lo que es inductivo de Fideicomisso, Mieres de maiorat. 2. part. 9. 5. n. 73. ibi: *Et animadverto in ista questione, quod si quis cabeat in aliqua escriptura, quod relinquit bona, ut in sua posteritate conseruentur, videtur facere fideicommissum reale, & perpetuum :: animadverto etiam quod nobiles præsumentur facere fideicommissum, & primogenituram.* Pues resulta, que lo individuo, esto es la unidad de los bienes que donava, no podia conservarse perpetuamente, nisi per spem stilitus filiorum, esto es destilandose de unos hijos en otros, de manera, que faltando el Padre àyan de llegar en los hijos perpetuo, que es verdaderamente induccion de Mayorazgo, Roxas de incompat. part. 1. cap. 7. n. 53. Flores de Mena lib. 1. q. 17. n. 38. vers. Si testator. Molina lib. 1. cap. 11. à n. 3. & n. 8. Fontanela decis. 34. n. 11. Castillo lib. 5. cap. 93. S. 4. n. 7. & S. 11. n. final. Ramona conf. 100. à n. 351. lo que se haze mas patente con las palabras *successivè per lineam descendentem*, que es poner el exemplo de lo ordenado, de como avian de venir, y quien avia

avia de adquirir dichos bienes, que era *deficiente genitore, genitus successivè per lineam descendantem*, que es el modo natural, y regular de succeder en los Mayorazgos, Molina lib. 1. cap. 3. n. 12. & lib. 3. cap. 9. ubi *Addentes*.

126 A lo qual se aumenta, lo que el mismo D. Pedro, num. 6. explica en su donacion, que los Padres de esclarecida sangre procuran acaudalar bienes de quantia, y valor, para que sus hijos puedan mantener la nobleza de sus antecessores, y cumplir con aquellas generosidades correspondientes à ellas, lo que es mas propio de su linea recta, lo qual no puede succeder, sino por medio de la union de los bienes, los quales dan opulencia, para conservar dicha grandeza; cuyo motivo fue la causa, y fin de hazer dicha donacion à su hijo D. Lope, num. 11. y por esso lo eligió, para que en él, y sus descendientes se conservassen los bienes indivisos, y para que no pereciessen passando à estraños, siguiédo lo dispuesto en Cortes Generales en el año 1307. *in Foro 1. de Testamentis nobilium. Sesse decis. 25. à n. 32.*

127 Sin que obste el que esta donacion està hecha à D. Lope, *filio nostro, & vestris, & quibus volueritis*, por la qual, al parecer, no quiso constituir un Fideicomisso descendivo, por repugnar à la naturaleza de este el poder dexar los bienes à quien quisiere. Porque se responde, que estas palabras no se pueden tomar à solas, porque era considerarlas como cuerpo sin alma, deven juntarse con el proemio, que es el que expressa la causa final de la disposicion, y del qual deve interpretarse todo lo en ella contenido; y tomandose dichas palabras juntas, con la explicacion proemial, yà se descubre la voluntad del donante de hazer la donacion à su hijo D. Lope, *& vestris, & quibus volueritis*, y que estos *deficiente genitore, genitus adveniat successivè per lineam descendantem*, para que los que fueren de esta recta linea, *valeant suportare statum, generositatem à primis cunabulis adquisitam*, que así lo explica el donador en dicho proemio; siendo cierto, que el sentido de las palabras,

V

y lo

y lo que se quiso dezir en ellas , se saca de la calidad de la Persona, y cosas de que se trata, Castillo *lib. 5. cap. 82. à n. 1.* & *cap. 87. per tot.*

128 De que resulta, que aviendo explicado el donante en el proemio de la donacion, que la otorgava, para que en D. Lope su hijo, y los suyos, se conservasse la Casa, y memoria de sus mayores *successivè per lineam descendentem*, el intento, y voluntad del donante, solo fue, q̄ los descendientes de D. Lope *successivè* huviesse de obtener los bienes donados, y assi las palabras, & *vestris*, & *quibus volueritis*, se devè limitar, y restringir à la razon del sentido del proemio, como de las palabras, & *quibus dederitis*, lo nota Aymon Craveta *cons. 774. n. 5. vers. 2. principaliter*, & *vers. Ex ratione*. Por la razon, que unas Clausulas de una fundacion se interpretan por otras, Mantica *de conject. lib. 5. tit. 1. à n. 20.* y la interpretacion, que resulta del proemio es la mejor, por explicarse en este la causa final de la disposicion, como queda dicho arriba, y en el proemio solo entendió el donador de los descendientes por linea recta de D. Lope, pues estos solo podian conservar la nobleza, y grandeza de sus mayores, y Casa, à lo qual conduce lo que advierte Fontanela *de pactis nuptialibus claus. 4. Glossa 9. p. 3. à n. 43.*

129 Y no deve hazerse merito de la otra Clausula, que se halla en la referida donacion, ibi: *Ad dandum, vendendum, obligandum, & ad faciendum, ad vestra libitum voluntatis*, porque se satisface, que estas palabras son compatibles con el Fideicomisso; pues por ellas el Fideicomisso puro, y restitutorio, à principio se haze condicional, y limitado, ò por mejor dezir se entiende revocado, subseguida la agenacion de los bienes. Pero no aviendose agenado por aquel que tenia la facultad, queda el Fideicomisso puro, como en si era al principio, Card. de Luca *de fideicom. disc. 57 n. 18.* ibi: *Ista sunt compatiblea, quoniam stant bene simul ad esse fideicomissum purum, ac restitutorium ad favorem totius generis, & tamen competere facultatem etiam liberè disponendi,*

di, & alienandi, multo magis istam gratificandi, qua conser-
 uat fideicommissum in genere. Ideoque fideicommissum purum
 favore omnium intelligitur quatenus in contrarium non dispo-
 natur, quod non negatur, sed admittitur. Es muy formal, y
 expresivo del intento Menochio, quien se haze cargo de
 esta objecion en el Consejo 1006. y en el num. 30. respon-
 de à ella de esta misma suerte, que por evitar prolixidad no
 lo transcribo. Son formales Ciriaco *contro. 324. n. 12.* Pa-
 rilio *lib. 2. cons. 25. n. 25.* Surdo *cons. 96. à n. 24.* Graciano
discept. forens. cap. 216. à n. 14. Fontanela *decis. 55. à n. 11.*
 y aun se podria dezir, que dicha Clausula, como puesta de
 estilo notariorum, y contraria à la intencion del donante,
 explicada en el proemio, nada deve obrar, assi lo advierte
 Fontanela *de pact. nupt. claus. 4. gloss. 9. part. 3. n. 37.* Sforcia
 Oddus. *cons. 94. n. 17.*

130 A lo dicho se aumenta, que dicha Clausula, como
 puesta en lo executivo de la disposicion, sin que mire à la
 sustancia de ella, no la extiende, ni por ella tuvo facultad
 el donatario de agerar los bienes extra suos descendentes,
 Sesse *decis. 24. n. 4. y 5.* tanto mas si se atiende a lo que in-
 mediatamente à dicha Clausula se sigue, ibi: *Salvis tamen*
conditionibus, & vinculis præ expressis, con cuyas palabras
 limitò la facultad de agerar à D. Lope, pues atendido el
 proemio, que es lo expresivo de la causa final de la disposi-
 cion, esta se hizo para conservacion del lustre, y grandeza
 de la Casa, y Familia del donante, y donatario, y para que
 los bienes donados *deficiente genitore, genitus adveniat suc-*
cessivè per lineam descendentem; & quibus mediantibus sta-
tum & generositatem à primis cunabulis insignis quæ rectè li-
nealis pertinet valeant suportare, lo qual quiso quedasse sal-
 vo, è ileso, no obstante la Clausula *ad dandum, vendendum,*
&c. y por consiguiente, no pudiendose dezir la donacion
 sencilla à D. Lope, con la facultad à este atribuida de age-
 nar, y vender, fino una donacion à D. Lope, y sus descen-
 dientes por recta linea, que es gravarle à Fideicomisso à di-
 cho

78

cho D. Lope, y que este huviesse de restituir los bienes à sus descendientes, por dicha Claufula utpote, puesta in executivis, no se le atribuyò facultad de agerar extra familiam, si solo un arbitrio regulado de elegir en Successor à un descendiente suyo, el que quisiere, y en este, y sus descendientes disponer ad libitum suæ voluntatis de los bienes donados, que era el modo usado, segun drecho en los Fideicomissos, *L. filius familias, §. cum Pater, ff. delegat. 1. l. unum ex familia in principio, l. cum Pater, §. à filia, ff. delegat. 2. l. Pater filium, §. quindecim, ff. delegat. 3.* Molina *lib. 2. cap. 4. n. 2.* cuya facultad de agerar los bienes en los de la familia, y descendencia, no daña, ni obsta al Fideicomisso, pues deviendo ser la eleccion en cierto genero de personas, entre estas se considera Fideicomisso, Torre *de maiorat. part. 1. cap. 9. n. 136.* Surdo *conf. 96. à n. 24.* Peregrino *de fideicom. art. 24. à n. 30.* por cuyos motivos, aunque en dicha donacion no aya expressa prohibicion de agerar, pero diziendose en ella; *quia individuum in Patre non potest perpetuo conservari in esse, nisi per spem stilitus filiorum, ut deficiente genitore, genitus adveniat successivè per lineam descendentem,* se infiere el deseo del donante, en que los bienes donados se conserven perpetuamente en la familia, lo que es bastante para inducirse la prohibicion de agerarlos extra familiam. Molina *lib. 1. cap. 5. n. 16. vers. Quod adeo.* Fontanella *decis. 36. n. 7.* Valenzuela *conf. 40. n. 22.* Castillo *lib. 4. cap. 9. n. 65.* y que donando dichos bienes, para que con ellos se conserve el lustre de la Familia con esta explicacion, y atendida la calidad de los bienes, tirò à impedir la division de ellos, aun entre los descendientes de D. Lope donatario, antes bien que todos juntos, y unidos huviesssen de pervenir en aquel que eligiesse dicho donatario, atendiendo à lo que nota Molino *de ritu nupt. lib. 3. q. 10. n. 41.* que es muy formal para el intento; y aviendo eligido D. Lope, num. 11. afsi en su Testamento, como en la Capitulacion matrimonial de D. Lope, num. 15. en successor de los
 bie-

bienes donados por su Padre D. Pedro, num. 6. al dicho D. Lope, num. 15. y sus descendientes, se haze patente, han de tener antelacion los descendientes de dicho D. Lope, n. 15. y que entre estos deve preferir aquel, que à su favor tuviesse la prerogativa de linea, y no pudiendose dudar la tiene el Marquès de Torres, como descendiente de D. Pedro, n. 19. hijo segundogenito Varon de dicho D. Lope, num. 15. deve succeder en los bienes, atendida dicha donacion.

§.

QUE ATENDIDO EL TESTAMENTO DE D. Pedro num. 6. (aun caso que por este se huviera de regular la Succession) deve recibirse la proposicion del Marquès de Torres.

131 En el Punto primero de este Alegato se ha procurado fundar no ser subsistente el Testamento de D. Pedro, num. 6. ni por este se deve regular la Succession; pero aun caso que las razones alli ponderadas, no fuesen bastantes para calificar la insubsistencia del dicho Testamento, y que en este huviesse Vinculos (omitiendo si son temporales, como concebidos baxo la condicion si sine liberis, de lo que tratè en el impresso comunicado) y que por dichos Vinculos se huviesse de regular la Succession, sin embargo deve preferir el Marquès de Torres al Marquès de Ariza, y demàs litigantes, y para su convencimiento me valgo de este dilema; ò los Vinculos de dicho Testamento son de rigurosa agnacion, ò no? Si lo primero, aviendo fenecido todos los agnados, y no serlo el Marquès de Ariza, podia dezir, que se han acabado los llamamientos, puestos en dicho Testamento, y que se deve regular por el Vinculo de la Vnion, como hecho por el Conde D. Miguel, num. 18. y aprobado por el Conde D. Antonio, num. 61. ultimo agnado, mediante la reposicion pidida por este, segun llevo fundado en la Primera parte de este Papel, siendo cierto, que aviendo pi-

X

dido

80

dido reponerse en el pleyto de D. Juana de Toledo, en los derechos, instancias, y acciones de D. Juana, num. 38. y de D. Luis, num. 49. continuò dicho D. Antonio la instancia de estos, deviendo ser la misma causa con que se introduxo dicho pleyto, Larrea *decis.* 35. n. 7. *in fine.*

132 O deve ser por medio del supletorio legal, pretendiendo hallarse inducido Mayorazgo por via de regla en dicho Testamento, cuyo supletorio deve hazerse lugar aviendo faltado los llamamientos expessos, y de esta suerte deve preferir el Marquès de Torres, descendiente de la linea recta de D. Lope, y de la linea contentiva de D. Antonio, num. 61. cuya linea deve succeder fenecida la efectiva, como funda Roxas *de incompar. part.* 1. cap. 6. §. 12. à n. 144. & §. 13. à n. 153. & §. 19. à n. 290. y 296. siendo constante, que en semejantes Mayorazgos el primer lugar obtiene la linea, y que aviendo persona capaz, para succeder en la linea en que se radicò el Mayorazgo por via de regla, no deve hazer transito à linea tranversal, qual es la de D. Ximeno, num. 3. respecto de D. Lope, num. 11. en quien se radicò el Mayorazgo.

133 Y no es de merito, lo que pondera el Advogado del Marquès de Ariza, que el Mayorazgo en dicho Testamento es de rigurosa agnacion en los descendientes de D. Lope, num. 11. y D. Pedro, num. 12. y regular, ò quando mas de sencilla Baronía en D. Ximeno, num. 3. Lo primero, porque la misma calidad deve tener el Mayorazgo en los descendientes de dicho D. Ximeno, que en los descendientes de dichos D. Lope, y D. Pedro, por quanto en el llamamiento de D. Ximeno, llama à sus hijos Varones *segun ditas*, con cuyas palabras repitiò todas las calidades de los antecedentes llamamientos, Castillo *tom.* 6. cap. 177. n. 18. Casanate *conf.* 47. n. 17. & *conf.* 53. n. 17. Rota in Mantisa *decis.* Card. de Luca *tom.* 10. *decis.* 6. n. 9. Molina *lib.* 3. cap. 5. n. 63. Carleval *de jud. tit.* 2. *disp.* 2. n. 4.

134 Lo que se haze patente, atendiendo que las prime-
ras

ras substituciones son el indice mas perfecto, para entender lo que quiso el Fundador en las ultimas, como expressamente lo nota Castillo *lib. 3. cap. 15. n. 31. y 32.* Gama *decis. 354. n. 4.* Palma Junior *tom. 3. allegat. 227.* Molina *lib. 3. cap. 5. n. 58.* Torre de maiorat. *part. 3. decis. 1. n. 55.* pues de lo contrario se figuria una grande inverosimilitud, no aviendo razon à que poder atribuir semejante desigualdad, como lo nota Capicio Galeota *lib. 1. controrv. 10. n. 39.*

135 Lo dicho se corrobora, atendiendo al mismo Testamento, pues segun èl el Testador tenia una hija, y no la llama, contentandose con la assignacion de dote, y seria cosa estraña, y aun contra la razon natural el persuadir llamamiento de los cognados de D. Ximeno, num. 3. menos amados del Testador, desestimando los descendientes de su hija, siendo de la misma calidad, como tambien à los descendientes cognados de D. Lope, y D. Pedro, que es lo que notò Tertuliano folio 1229. *ibi: Quis enim non diligens proximos, poterit diligere extraneos?* Casanate *conf. 15. n. 25.* y con esto se le podia dezir al Marquès de Ariza *substitutio de te non loquitur*, por la razon que trae el Señor Molina *lib. 3. cap. 5. n. 61. vers. Illud tamen*, diciendo, que por una voluntad congeturada no se pueden introducir dos especialidades.

136 Si lo segundo de no ser agnaticio el Mayorazgo fundado en dicho Testamento, se convence la exclusion del Marquès de Ariza, aviendo, como ay descendientes D. Lope, num. 11. que tienen la misma calidad de Varones cognados, lo qual se halla en el mismo Marquès de Ariza; y así le deven preferir, fuera de que hallandose justificado por los Condes de Peralada, en esta instancia de revista, que Doña Maria de Vreca, hija de D. Ximeno, num. 3. fue Religiosa del Real Monasterio de Sixena, no se alcanza de que otra D. Maria, hija de dicho D. Ximeno descienda dicho Marquès de Ariza, y como tal descendiente pueda pretender la Succession de estos bienes.

82

137 Y atendido dicho Testamento en los descendientes de D. Lope, num. 11. no se halla contemplada la agnacion en lo dispositivo del llamamiento; porque en consecuencia de aver hecho la donacion (de que arriba se ha hecho mencion) para en el caso de morir dicho D. Lope sin hijos Varones, y sin Testamento, aviendose reservado facultad de disponer, y declarar en este caso, quien avia de suceder, dispuso en dicho Testamento, que en caso de morir dicho D. Lope, sin fillos Varones, ni descendientes Varones, huviessen de pervenir en D. Pedro, num. 12. su hermano, y en sus fillos Varones de legitimo matrimonio procreados, de mayor en mayor, al primero siempre de dias, como tambien en el caso de morir dicho D. Pedro sin hijos Varones, declarò, y dispuso huvieran de pervenir los bienes que à este pertenecian, por la Carta dotal del mismo D. Pedro testador, con D. Teresa de Ysar, num. 7. à D. Lope, num. 11. y à sus hijos Varones de legitimo matrimonio procreados, de mayor en mayor, al primero siempre de dias.

138 En vista de dicha disposicion, se infiere, que en lo dispositivo de los llamamientos de los dèscendientes de D. Lope, se conformò con la donacion que le tenia hecha, en la qual, segun se ha dicho arriba en el Parrafo antecedente, estavan llamados todos los descendientes del donatario; y por configuiente en lo dispositivo del llamamiento del Testamento, tambien deven estar comprehendidos todos los descendientes del donatario, sin que entre estos se entienda contemplada la agnacion, assi como no lo està en la donacion; que de estos mismos bienes hizo el mismo testador, sin que obste, que para poder suceder D. Pedro, n. 12. y sus descendientes masculos, estàn puestos en condicion los hijos Varones de D. Lope por linea masculina, de manera, que faltando estos, los bienes aprehensos, segun dicho Testamento, avian de pervenir en D. Pedro, num. 12. y sus descendientes Varones; y assi los descendientes de D. Lope llamados, son descendientes Varones por linea masculina, y assi los agnados.

Ha-

139 Hazese cargo de este reparo el Señor Regente Sesse en la decision 412. n. 29. y en los num. 30. y 31. satisfice, ibi: *Hac enim non obstant quoniam hoc de inducenda reciproca substitutione inter aliquos procedit, quando illi tales reperiuntur expresse vocati sub tali qualitate, non autem si solum reperiuntur in conditione positi: hic autem masculi de linea masculina solum reperiuntur in conditione, quia in vocatione nulla fit mentio de linea masculina, ergo nullo modo potest induci reciproca inter non taliter honoratos.* Pues aunque pueda entenderse Mayorazgo agnaticio, aviendo congetura para ello, esto no tiene lugar, quando lo dispositivo del llamamiento es comprehensivo de varones, y hembras, en cuyo caso nada influye lo condicional de las Clausulas, o substitutiones siguientes, assi lo afirma el Señor Regente Sesse ubi nuper n. 33. ibi: *Ex is facile liquet, quod licet aliquando concurrentibus aliquibus conjecturis, necessariis tamen & urgentibus possit presumi ratio conservanda agnationis, ut sic appellatio masculorum intelligatur de masculis agnatis, tamen ultra quod verba conditionalia subsequencia, in quibus de masculis ex masculis habita sit mentio (ubi pars adversa totam suam vim constituit) non restringunt precedentem dispositionem certam & claram ubi solum masculi descendentes vocati sunt, quo minus masculi ex femina comprehendantur.*

140 Porque aunque se quiera dezir, que los mismos que se hallan comprehendidos en lo condicional de las substitutiones siguientes estan llamados en lo dispositivo de las Clausulas antecedentes, no por esso se puede entender contemplada la agnacion, por la congetura que resulta de lo condicional de las substitutiones, antes estas deven interpretarse, y entenderse, y comprehender solamente a aquellos, que lo estan en lo dispositivo del llamamiento antecedente, porque mas influye este en la condicion siguiente, que esta en lo disposito antecedente, assi lo afirma el Señor Regente Sesse ubi nuper n. 32. ibi: *Quia substitutio deficientibus filiis, facta censetur de eisdem filiis, qui in antecedenti re-*

periuntur vocati, & non è contra; dispositio enim influit magis in conditionem sequentem, & eam vincit potius quam è contrario. Menochio de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 177. n. 9.

141 Y siendo así, que en lo dispositivo del llamamiento de los descendientes de D. Lope, que es el contenido en la donacion à su favor, otorgada por Don Pedro, num. 6. evidentemente, segun el contexto del Testamento, no està contemplada la agnacion, tampoco lo deve estar en lo condicional de las substituciones, pudiendo dezir con el Señor Regente Sesse *ubi nuper d. num. 32. ibi: Unde cum in parte dispositiva solum vocentur descendentes masculi filiarum simpliciter sequens conditionalis de eisdem intelligenda est.* Pues el querer persuadir, que por lo condicional de descendientes Varones por linea masculina, se declare lo dispositivo antecedente, y que en este se entiendan solo comprehendidos los descendientes Varones por linea masculina, es querer que esta calidad se halle repetida en lo dispositivo del llamamiento antecedente, lo que no deve decirse, en especial siguiendose perjuizio à los descendientes por hembra, que se hallavan comprehendidos en la disposicion, como dize el Señor Regente Sesse n. 19. *vers. Et dicere, & n. 20. & n. 27.* lo que procede con mayor razon en este Reyno, por el Estatuto de estar à la Carta, por el qual se prohiben las congeturas, en especial aquellas que son restrictivas de las palabras dispositivas, D. Regens Sesse *d. decis. 412. n. 36.*

142 A que se aumenta, que lo condicional de los llamamientos de descendientes Varones por linea masculina, se puede verificar en el descendiente Varon (aunque no sea agnado) que tenga principio de Varon, pues aviendo repugnancia en lo dispositivo del llamamiento, para entenderse contemplada la agnacion, como la ay atendida la donacion, en este caso lo condicional de descendientes Varones por linea masculina, no diziendose *por recta linea masculina*, se toma largo modo, y comprehende à qualquier
Va-

85

Varon, que tiene su principio, y origen de Varon, assi lo asienta *Altogrado controu. 68. n. 33. Ondedeo vol. 1. conf. 4. n. 20. Fufario de substit. q. 346. n. 24. Pegas de maior. tom. 2. cap. 16. n. 10.* Luego siendo descendiente el Marquès de Torres de D. Lope, num. 11. està comprehendido en lo dispositivo del llamamiento del Testamento, que es el mismo que el de la donacion, y aun en lo condicional, por tener su principio, y origen de Varon.

QUE EL MARQUES DE ARIZA NO TIENE
derecho al Vizcondado de Viota.

143 El Marquès de Ariza pretende la Succession del Vizcondado de Viota por el Codécilo de D. Ximeno, n. 3. y su Advogado en el impresso comunicado, funda su pretension, en que aviendo faltado sin succession D. Ximeno, num. 9. y los agnados de D. Lope, num. 11. y D. Lope, n. 15. se ha hecho lugar el llamamiento de D. Leonor, y D. Maria de Vrrea, num. 8. hijas de dicho D. Ximeno, num. 9. Contra esta pretension se ha escrito por los demás litigantes; pero aviendose hecho prueba por los Condes de Peralada en este juicio de revista, que D. Maria, llamada en el Codécilo de D. Ximeno, num. 3. fue Religiosa del Real Monasterio de Sixena, y que como tal no dexò succession, ni descendencia, se infiere, que la D. Maria, num. 8. de quien deriva su inclusion el Marques de Ariza, no puede ser la D. Maria, hija D. Ximeno, num. 3. llamada assi en el Codécilo, como en el Testamento de este, y assi es ineficaz la pretension de dicho Marquès de Ariza al Vizcondado de Viota.

QUE

QVE AVN CASO DE AVERSE DE REGV-
lar la Succession por el Testamento de D. Lope, num. 11. deve
declararse successor el Marquès de Torres.

144. En el Primer punto de este Alegato se ha procurado fundar, no se devia hazer merito del Testamento de D. Lope, num. 11. ni por este se puede gobernar la succession de estos bienes, pero si las razones alli ponderadas no se considerassen suficientes para convencerlo, sin embargo atendido dicho Testamento deve preferir el Marquès de Torres à los demàs litigantes; porque siendo cierto, que los llamamientos de la Carta matrimonial de D. Lope, num. 15 son de pura, y rigurosa agnacion, en defecto de los agnados deven succeder aquellos que tuviessem mejor inclusion, segun las reglas de Mayorazgo, que son las que suple el derecho, à fin de perpetuar la Succession en la Familia, Molina lib. 1. cap. 6. n. 26. en cuyos terminos es indisputable el derecho del Marquès de Torres, como descendiente de D. Lope, num. 15. y de mejor linea, sin que obste, que en Aragon, segun el dicterio vulgar, no son conocidos los tacitos legales, por quanto se satisface, que en este Reyno no ay Fuero, ni observancia, que se oponga à ellos, y assi la succession en los Mayorazgos se deve gobernar por las leyes, y reglas, que enseñan los Autores Mayorazguistas, Suelv. *femicent. 2. conf. 5. n. 34.* y en Cataluña se observa lo mismo, Bedoya *in speculo ver. jurisp. lib. 2. disc. 9. n. 24.* y por esto en este Reyno, para las decisiones de las Causas de Mayorazgo se han tenido presentes los Autores de Castilla, ut videre est apud Sesse *decis. 26. n. 9. decis. 37. n. 7. decis. 67. per tot. decis. 254. à n. 68. decis. 285. 286. & 412. n. 11.* Suelves *d. conf. 5. per tot. precipuè n. 34. & 88.* lo qual se corrobora con lo prevenido por el Señor Rey D. Jayme en en el proemio de los Fueros, de que faltando disposicion foral, y observancia, para la decision de una causa se recurre à la

à la disposicion de drecho, razon, y equidad natural, y fundandose las reglas de Mayorazgo en esta, por tener su origen del drecho divino, y en la razon natural, en el drecho de Gentes, y Civil, como lo nota el Señor Molina *lib. 1. cap. 2. à n. 1.* se infiere, que en falta de la observancia, y Fuero, como no le ay para los Mayorazgos perpetuos, estos se deven gobernar, y decidir segun las reglas de Mayorazgo.

145 Fuera de que en este Reyno no se hallan excluidos todos los tacitos legales, antes bien se hallan admitidos aquellos, que son de la naturaleza del acto que se celebra, con cuya naturaleza se entiende conformarse las partes, aun en aquello que dexan de explicar, como lo nota el Señor Regente Monter *decis. 39. n. 60. 61. y 62.* y siendo de la naturaleza del Mayorazgo el ser perpetuo para toda la Familia, el que lo haze se entiende conformado con las reglas de dicho Mayorazgo, y su naturaleza, y que el llamamiento, que dà à ciertas Personas, no es para que las demás que son de la Familia queden excluidas, siendo para ello preciso letra, y voluntad expresa, y clara, ni que el ultimo de los literalmente llamados, tenga los bienes en libertad.

146 Pero caso que dicho Testamento de D. Lope, n. 11. se quisiera subsistente, y que las razones ponderadas no fuesen bastantes, para no considerarse valido, sin embargo atendido dicho Testamento tiene drecho claro à los bienes el Marqués de Torrès; por quanto aviendose de considerar subsistente, deve ser en fuerça de la reserva, puesta en dicha Carta dotal, y que de esta deve recibir su fuerça, y eficacia; y assi mismo que los llamamientos del Testamento, son en aumento de los de la Capitulacion, y por lo tanto de distinta calidad; y siendo los de la Capitulacion de pura rigurosa agnacion, no deven ser de la misma calidad los del Testamento, en especial quando las palabras dispositivas, y condicionales de dicho Testamento, no son necessario inductivas de la agnacion, como no lo son siendo cierto, solo explica

Z plica

plica en lo dispositivo succeda D.Lope, y sus descendientes Varones (sin dezir de uno en otro & gradatim) y en lo condicional solo se ponen los hijos Varonos de dicho D.Lope; cuyo llamamiento, y condicion, segun la opinion corriente es comprehensivo de Varones de hembra, Card. de *in suma ad tract. de fideicom. à n. 237. Capicio Latro decis. 128. n. 17. Carena resol. 17. n. 13. Castillo lib. 3. cap. 49. n. fin. Torre de maiorat. part. 1. cap. 23. §. 24. n. 269. part. 3. decis. 17. n. 91.* sin que el aver apetecido la agnacion en la Capitulacion matrimonial en los descendientes de D.Lope, num. 15. sirva de congetura, para que se entienda contemplada en el llamamiento de hijos Varones de dicho D.Lope, que se halla en el Testamento, por quanto afsi como la agnacion contemplada en una linea, en una misma Escritura, no se extiende à otra, en que no ay igual explicacion, *Alto grado controu. 18. n. 64. Surdo cons. 316. n. 16. Serafino decis. 1023. n. 9. Fusario cons. 2. n. 9. Giurba decis. 32. n. 18.* lo qual se funda, que el gravamen, y calidad impuesto, y apetecido à ciertas personas, no se extiende à otras, *ex l. que conditio 39. ff. de condit. et demonstrat. Marinis resol. 126. n. 11.* tampoco deve inferirse, que el aver apetecido la agnacion en los descendientes de D.Lope, en la Capitulacion matrimonial, la contemplo igualmente en el Testamento, siendo este distinta Escritura, y hechos dichos llamamientos en aumento de los de la Capitulacion.

147. Lo que se corrobora, atendiendo el diverso modo con que se explica en la Capitulacion, y en el Testamento, lo que manifiesta diversidad en la voluntad, *l. unica, §. is ita positus, Cod. de Cad. tol. Peregr. cons. 29. n. 1. Valenzuela cons. 97. n. 172. Casanate cons. 4. n. 160. Torre de maiorat. 1. part. cap. 37. n. 28. y 85. Card. de Luca de fideicom. disc. 25. n. 26.* de manera, que si la intencion del testador huviera sido el contemplar la agnacion en los descendientes de D. Lope, lo huviera expressado, como lo hizo en la Carta dotal, y de no averlo hecho se infiere, que no la apeteciò, es

puntual Castillo tom. 6. cap. 131. n. 15. Torre post tract. de pact. fut. succes. decis. 225. n. 10.

148 A lo dicho se aumentan dos razones, sea la primera, que en dicho Testamento dà llamamiento à Varones cognados, como son al segundogenito del Conde de Oliva, y D. Beatriz, num. 14. y al pariente mas cercano fillo, ò successor de las dichas nuestras fillas, y de los successores de ellas, cuyo llamamiento de Varones cognados de lineas menos predilectas, es demonstrativo, que en el llamamiento de Varones de las lineas mas predilectas, no se entiende contemplada la agnacion, como formalmente lo dize Altogrado controu. 68. n. 26. ibi: *Quinta coniectura resultat ex expressa vocatione masculorum ex fæminis dominorum Horacii Quincii, & Mucii, de qua sub numero 18. nam si testator voluit admittere masculos ex fæminis descendentes à personis minus dilectis, multo magis dicendum est, eum admittere voluisse descendentes masculos ex fæminis D. Pauli, hæredis instituti, & magis dilecti. L. publicis, §. ult. ff. de condit. & demonst. Menochio conf. 193. n. 28. Giabagnon. conf. 12. n. 15. vers. Confirmatur lib. 2. Cancer var. resol. part. 3. cap. 21. n. 95. Fusario de substit. q. 462. à n. 61. Merlino decis. 66. n. 8. Y se funda la razon, en que siempre que el Fundador en alguna parte de la Escritura de Mayorazgo llama à hembra, ò sus descendientes en el dicho Mayorazgo, no se entiende contemplada la agnacion, D. Molino lib. 3. cap. 5. n. 29. ubi Maldonado; pues de lo contrario se podria seguir el inconveniente, que aun aviendo descendientes de la linea primogenita, y en que se halla radicada la succession passasse el Mayorazgo à un remotissimo cognado, y aun à persona estraña de la familia (como podia succeder, si en dicho Testamento se hallasse contemplada la agnacion en los descendientes de D. Lope, num. 15.) lo que no deve dezirse, ni permitirse, sino en caso de aver letra clara, y manifesta, que no dexa la menor duda, como lo pondera Altogrado d. controu. 68. n. 28. Surdo decis. 84. n. 9. vers. Quod si fæmina.*

Pa.

149 Para entrar en la segunda razon, es de suponer, que al Duque de Gandia no se le puede declarar successor, como descendiente del segundogenito del Conde de Oliva, y D. Beatriz, num. 14. yà porque dicho llamamiento, atendida su lectura es personalissimo, y se extinguiò con su muerte, para lo qual es puntual Peregr. de fideicom. art. 22. n. 23. in fine. Guidon Papa decis. 465. Fusario de substit. q. 320. n. 22. Castillo lib. 5. cap. 93. §. 1. n. 51. y solo puede pretenderlo por la Clausula final, en que llama al pariente Varon mas cercano, que à la ora vivo serà, è se trovarà fillo, ò successor de las ditas nuestras fillas, ò de los fillos de aquellas legitimo.

150 Esto supuesto, sea la segunda razon, que manifieste no estar contemplada la agnacion en los antecedentes llamamientos, por quanto atendido el principio de dicha Clausula, se ponen en condicion todos los hijos Varones comprehendidos en los llamamientos antecedentes, de manera, que para el ingreso del pariente mas cercano fillo, ò successor de las hijas, es precisa la deficiencia de todos los antecedentes llamados; y siendo asì, que en el segundogenito Varon del Conde de Oliva, no podia estar contemplada la agnacion, tampoco en los primeros llamamientos: *Nam unitas dispositionis parem dispositionem operatur respectu personarum. L. jam hoc jure, ff. de vulgari. Sesse decis. 412. n. 56. & decis. 352. n. 53. Valenzuela conf. 111. n. 8. Fontanela decis. 348. n. 6. Menoch. de presumpt. lib. 4. presumpt. 75. n. 2.*

151 Y aun atendida dicha Clausula, deve preferir el Marquès de Torres à todos los litigantes, por quanto es regla cierta en los Mayorazgos, que *appellatione filiarum omnes fœminæ descendentes comprehenduntur*, asì como *appellatione filiorum nepotes, & ceteri descēdentes comprehenduntur*; y en este llamamiento de pariente mas cercano estàn comprehendidos todos los descendientes de las hijas, y nietas del Fundador, lo que se haze patere, atendido dicho llamamiento, en que llama al pariente de dichas nuestras fillas

en numero plural , que no hallandose expressada otra hija del testador en todo el Testamento, que D. Beatriz, num. 14 es argumento convincente de aver comprehendido en la palabra hijas , todas las hembras descendientes suyas ; en este genero de llamamiento deve preferir aquel que tiene à su favor la prerogativa de linea, como lo nata Fontanela en la *decision* 34. n.7. *decis.* 36. à n.12. *Rota in Mantisa apud de Luca tom. 10. de fideicom. decis.* 14. n. 5. *Torre de maiorat. part. 1. cap. 12. S. 4. n. 28. & 3. part. decis.* 14. n. 3. & *decis.* 28. n. 3. *Bichio decis.* 622. à n. 1. Y no pudiendose dudar, que el Marquès de Torres es descendiente de D. Lope, n. 11 y que tiene à su favor la prerogativa de linea , por ser descendiente de D. Lope, n. 15. primogenito de D. Lope, n. 11. ha de preferir atendida dicha Clausula al Duque de Gandia y demàs litigantes.

152 Lo dicho se haze mas patente , con la reflexion, que quando los Fundadores de Mayorazgo de calidad se reservan facultad para aumentar nuevos llamamientos, es para dar providencia en orden à quien ha de succeder, en falta de las personas de calidad ; en esta atencion ya se descubre el claro drecho del Marquès de Torres , por quanto el Mayorazgo fundado en la Carta dotal de D. Lope, num. 15. fue de rigurosa natural agnacion, y para en falta de los rigurosos agnados, se reservò la facultad para dar las providencias, y assi faltando los agnados de dicho D. Lope, num. 15. y D. Pedro, num. 23. deven succeder los otros descendientes de D. Lope, num. 15. que no tengan dicha calidad, sin permitirse la transliniacion à linea remota ; con exclusion de la linea en que se halla radicado el Mayorazgo ; pues si aun en el caso de averse radicado la succession en D. Pedro, num. 23. y aver faltado los descendientes de este, aviendolos en la linea de D. Lope, num. 15. y en la de D. Pedro, num. 12. de D. Ximeno, num. 3. llamados en el Testamento despues de D. Pedro, num. 23. podian pretender la succession los descendientes Varones cognados de D. Lope, n. 15.

Aa con

con antelacion à los de D. Pedro, num. 12. y de D. Ximeno, num. 23. segun Carlos Antonio de Luca *de linea legali tom. 1. art. 11. n. 18.* por quanto dicha linea no se ha como excluida, sino solamente se halla in suspenso mientras aya persona de la calidad aperecida por el Fundador, y faltando esta buelve à reintegrarse, sin que se pueda dezir retroceder la succession, por quanto en semejantes Mayorazgos solo se consideran dos lineas, una de agnados, que estos en qualquier linea de sustancia que se hallen constituyen una linea, y otra de cognados, y assi faltando la linea de agnados descendivè succede la de cognados, y entre estos deve preferir el que à su favor tiene la prerogativa de linea de sustancia, como todo lo advierte Carlos Antonio de Luca *ubi supra*: Mucho mejor deve proceder dicha opinion en nuestro caso, no aviendo salido la Succession de la linea de D. Lope, num. 15. por cuyo motivo faltando los agnados de esta linea contemplados en el primero lugar en la Carta dotal, han de succeder los cognados de la misma, como contemplados en el Testamento.

253. Pues seria cosa inverosimil, y contra la razon de equidad, y natural, huviera sido el animo intencion, y voluntad de D. Lope, num. 11. dar antelacion à los cognados de otras lineas menos predilectas, desestimando los de la linea predilecta de su hijo primogenito D. Lope, num. 15. Tanto mas atendiendo, que segun las palabras, y disposicion testamentaria, no se hallan excluidos, sino expressamente llamados; y en dicho Testamento usò de la facultad que tenia, por la donacion à su favor otorgada por D. Pedro, num. 6. de elegir entre sus hijos, y descendientes el que avia de succeder, y aviendo elegido à su hijo primogenito D. Lope, n. 15. y sus descendientes Varones, qualquier que fuere descendiente Varon, aunque por hembra de dicho D. Lope està comprehendido en el llamamiento, y tiene à su favor el de la donacion, y para excluirlo es necessario letra, manifesta, que no tenga la menor duda.

CON-

CONCLUSION.

254 **E**L Marquès de Torres, en la pretension de los bienes aprehensos, atendido el estado del pleyto, se halla asistido de las reglas mas principales, con que se deven decidir semejantes disputas. Pues aviendo faltado la descendencia de D. Pedro Pablo, n. 62. en la qual se radicò la Succession de este Estado, tiene à su favor el Marquès la predileccion de la linea, como descendiente de D. Pedro num. 19. quien no solo tenia la prerogativa para si, sino tambien para todos sus descendientes, Roxas *de incompat. part. 1. cap. 6. §. 13. per tot. præcipuè num. 154.* y asì mismo se halla en la linea contentiva de D. Dionisio, num. 73. la qual es de tal naturaleza, que deve prevalecer en falta de la linea efectiva, Roxas *de incompat. part. 1. cap. 6. n. 293.* Fontalena *decis. 36. n. 10.* Grivelo *decis. 105. n. 15.*

255 A mas de esto tiene à su favor la voluntad de D. Miguel, num. 18. explicada en la Escritura de Union, y en su Testamento, en aquella, asì en el proemio, que como expresivo de la causa final del otorgamiento de dicha Escritura, deve servir de norte para su inteligencia, Molina *de Hisp. primog. lib. 1. cap. 5. à n. 4.* ubi Addentes, pues en este explica otorgava dicha Escritura, à fin de que los bienes se conservassen unidos en descendientes suyos, y de sus hermanos; y el Marquès de Torres es descendiente legitimo de D. Pedro, n. 19. hermano del Fundador, y como tal tiene à su favor el fin de de dicha Escritura, y en este se llamò à la Succession, y como dize el Jurisconsulto *in l. 1. §. 4. ff. de his que in testamento delentur: hereditas semel data adimifacile non potest*, se infiere, que para excluirlo teniendo tan à su favor el proemio, y causa final, era precisa letra clara de exclusion, no siendo adpotable para esta la que quieren inferir de no aver llamado à Doña Catalina, num. 28. y à D. Juan, num. 40. sus ascendientes, con lo que dize el mismo

Ju-

94

Jurisconsulto *in d. l. 1. d. S. 4. ff. de his que in testamento delentur non quasi adempta, sed quasi non data hereditas videatur*; pues aviendo otorgado dicha Escritura en favor de todos sus descendientes, y de los sus hermanos, segun explica en el proemio, à todos en este les llamò à la Succession, y para que no pudieran succeder, era preciso que en el progreso de la Escritura se les huviesse quitado clara, y abiertamente, de manera, que por no aver llamado à todos los descendientes suyos, ò à alguno de ellos individualmente en dicha Escritura, aviendo llamado à aquel, ò aquellos, de quienes precisamente avian de ser descendientes, poniendolas por principio, y cabeza, no es adaptable el *quasi non data hereditas videatur*; pues se les diò, y llamò explicando formava el Vinculo, para que quedasse en Varones descendientes suyos, y de sus hermanos, de cuya descendencia legitima es el Marquès de Torres, y asì para excluirlo era preciso que lo huviesse explicado el Fundador con letra clara, por la razon que *hereditas semel data facile adimi non potest*, y atendida la Clausula final, en que explica el Fundador mientras descendientes Varones se hallaren suyos, y de su hermano D. Pedro, ayan de succeder, y ayan de ser Condes de Aranda, tiene menos duda, pues aquel llamamiento que en el proemio se diò à los Varones descendientes suyos, y de sus hermanos lo ratifica, y confirma en dicha Clausula, explicando que el Varon descendiente suyo, ò de su hermano D. Pedro que se hallare, y mientras se hallare, aya de succeder, y aya de ser Conde de Aranda.

156 En el Testamento del Conde D. Miguel, num. 18. tambien tiene su llamamiento por la misma Clausula, de que se pretende ayudar el Marquès de Aguilar; pues no siendo este descendiente Varon por recta linea masculina de D. Pedro, num. 31. no puede ayudarse de la Clausula primera de dicho Testamento, en que llama al dicho D. Pedro, y sus descendientes Varones por recta linea masculina, cuya linea recta masculina se interrumpiò en D. Maria, num.

num. 42. ò D. Catalina, hija de dicho D. Pedro, y D. Inès, num. 32. como lo nota Torre *de maiorat. part. 2. q. 5. n. 14.* Roxas *de incompat. part. 1. cap. 6. n. 34.*

157 En la Clausula quarta del Testamento de la que puede ayudarse el Marquès de Aguilar, en el llamamiento *del Varon à nos propinquo descendiente de la Casa de Virea, aunque sea por linea femenina* están comprehendidos todos los Varones, que fueren descendientes de dicha Casa de Virea, y como tal el Marquès de Torres; y siendo regla en los Mayoraygos, que en primer lugar se atiende à la linea, y que en falta de la efectiva, y en que se radicò el Mayorazgo tienen el primer lugar la habitual, y contentiva; cuyas dos prerogativas de linea tiene el Marquès de Torres à su favor, como descendiente de D. Pedro, num. 19. se haze patente, deve preferir en la Succession al Marquès de Aguilar, como descendiente de linea, que no tiene igual prerogativa, atendidas las reglas de Mayorazgo.

158 Tiene llamamiento el Marquès de Torres en la donacion hecha por D. Pedro, num. 6. à su hijo D. Lope, num. 11. por que en ella apeteciò el donante la conservacion de los bienes aprehensos en su familia, mediante Fideicomisso perpetuo descendivo en favor de la descendencia de dicho D. Lope, de quien no se disputa ser descendiente legitimo el Marquès de Torres, y de linea predilecta, segun reglas de Mayorazgo, como descendiente de D. Pedro, n. 19.

159 Si se atiende al Testamento de D. Pedro, num. 6. tambien se halla llamado el Marquès de Torres; y à atendiendo à lo dispositivo de los llamamientos, que solo son de descendientes Varones, en los quales segun la opinion comunmente recibida están comprehendidos los Varones de hembra; y hallandose con la calidad de Varon el Marquès de Torres, descendiente de D. Lope, num. 11. por medio de D. Pedro, num. 19. se halla llamado en dicho Testamento, y tiene à su favor la predileccion de linea.

160 Atendido el Testamento de D. Lope, num. 11.

amg

Bb

tam-

tambien deve succeder, por quanto D. Lope en dicho Testamento (aun caso de considerarse subsistente , y con Vinculo perpetuo) conformandose con la obligacion que tenia por la donacion de dexar sus bienes à sus descendientes, à quienes quisiere, instituyò en heredero à su hijo D. Lope, n. 15. y sus descendientes Varones, en cuyo llamamiento se halla comprehendido el Marquès de Torres, como descendiente Varon de dicho D. Lope, num. 15.

161 Y tambien se halla comprehendido en la Clausula final de dicho Testamento, en que llama al pariente Varon mas cercano fillo, ò successor de nuestras fillas, ò de los descendientes de ellas; pues en los Mayorazgos en la palabra hijas se comprehenden las nietas, y demás hembras descendientes, así como en la palabra hijos se comprehenden los nietos, visnietos, y demás descendientes; y siendo sin disputa el Marquès de Torres descendiente de dicho Don Lope Testador, aunque por hembra deve hallarse comprehendido en dicho llamamiento, y teniendo à su favor la prerogativa de línea, deve preferir à todos los litigantes.

162 Atendida la Carta matrimonial de D. Lope, n. 15, con Doña Catalina de Yzar, tambien deve succeder; pues hallandose en ella fundado Mayorazgo, por via de regla, aunque los rigurosos agnados descendientes de D. Lope, num. 15, atendida su lectura, y llamamientos devan preferir, pero fenecidos estos deven succeder los otros descendientes de dicho D. Lope, y entre estos preferirá el que tuviere à su favor la prerogativa de línea; pues siendo el Mayorazgo de su naturaleza perpetuo, en falta de los que tienen literal llamamiento en la Escritura de fundacion, succeden por via del supletorio legal, aquellos que segun reglas del Mayorazgo tienen vocacion; cuyo supletorio en este Reyno no se halla excluido por el Estatuto de juzgar à la Carta, por quanto aquellos tacitos que son de la naturaleza del acto, que se celebra, y otorga, no se hallan excluidos en este Reyno por dicho Estatuto, segun el Señor Re-
gente

gente Monter *decis. 39. à n. 60.* y no es dudable segun reglas de Mayorazgo, y su naturaleza de ser perpetuo, que tiene lugar el supletorio legal, en falta de los literalmente llamados en la Escritura de fundacion.

163 Infiriendose de lo dicho, que por qualquier de los titulos presentados en este pleyto, pertenece la Succession de este Condado de Aranda, y sus agregados al Marquès de Torres, por ser cierto, que no probando, como no pueden probar su exclusion cõ evidencia los opuestos en Proceso, dexan precisa la calificacion de su drecho, por bastar qualquier duda probable, para no sacar la possession del Mayorazgo de las lineas habitual, y contentiva, que segun reglas deven preferir à qualesquiere otras en defecto de la efectiva actual, con cuyas prerogativas se halla el Marquès de Torres.

Señor Ilustrissimo este es un asunto muy grande, y por lo mismo se deve juzgar con grande animo, como lo advirtió Seneca *lib. 10. epist. 72. ibi: Magno animo de rebus magnis judicandum est; alioqui videtur illarum vitium esse quod nostrum est.* Y con el experimentado acierto, que siempre se ha administrado la justicia en el Tribunal de V. S. I. no necesito mas, que repetir lo que Amato *in resp. juris pro Dom. Reg. Philippo IV. con gran confianza en el numero final dixo: Cum apud Supremos Iustitiæ eminentia persulgentes Iudices disceptatio hæc proposita sit, rem solo digito attigisse sat est,* para conseguir el Marquès de Torres la Sentencia favorable, que espera, y yo por remate de mi excusacion las palabras de Zasio, en la Oracion funebre que dixo, y estampò en la muerte de la Emperatriz D. Blanca Maria, Muger del Emperador Maximiliano: *Rogo atque obsecro (clarissimi atque illustrissimi viri) hoc quodcumque sit oriantuncula equi, & boni fatiatis, & si quid incultum, impolitum ve dixerim, exiguitati meæ acceptum feratis.* Salvo, &c. Zaragoza, y Julio à 9. de 1722.

D. Joseph Azara.