



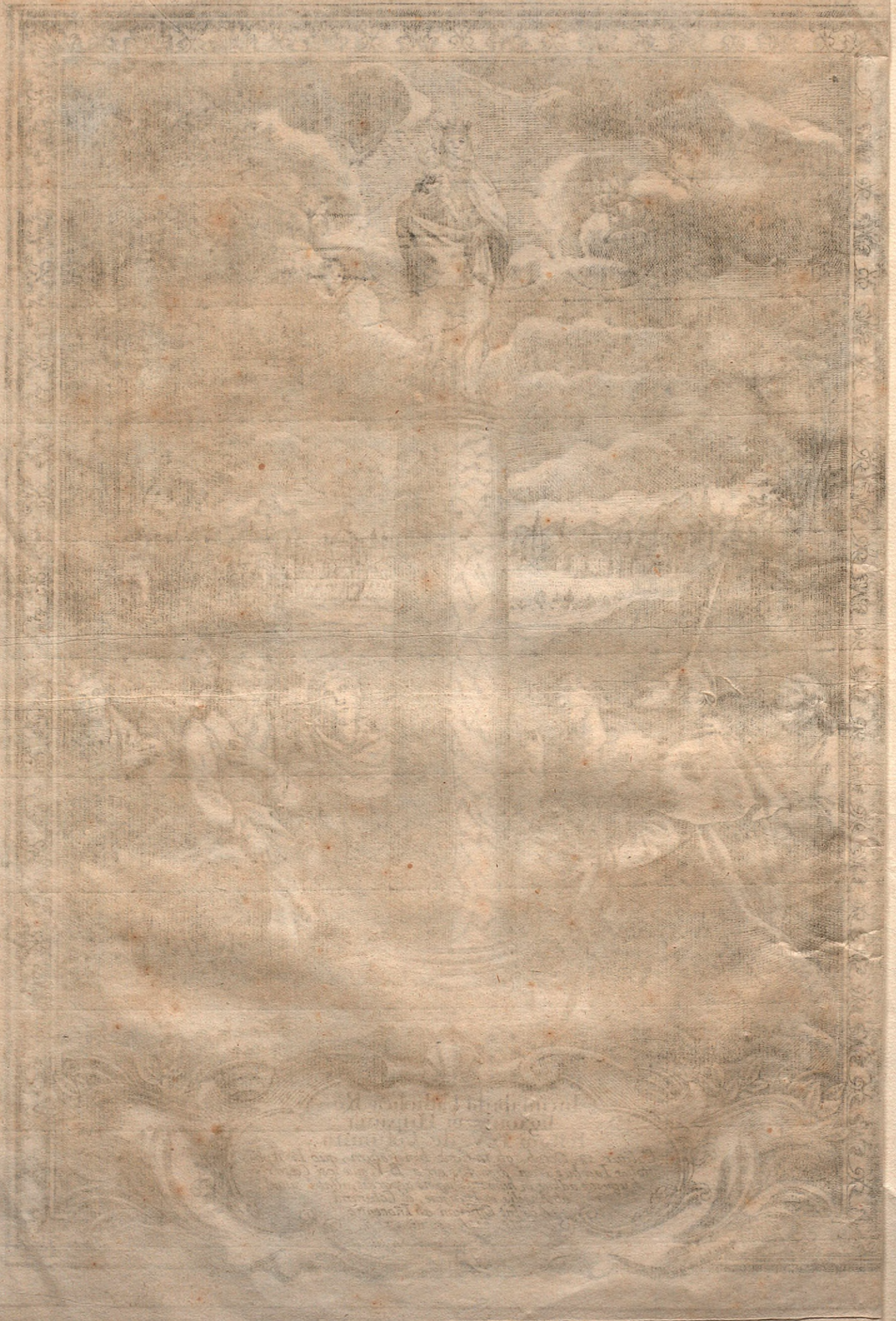
Caj. 7 $\frac{1}{2}$ - 1719 AW



Incunabula Catholica Re-
ligionis in Hispania.
Festum B.V. de Columna.

Colitur 12. Octob. ob. insigne beneficium, quo B. Apo-
stolus Iacobus N. q. dignatus est a B. V. qua ipsi Cesar-
Augustae adhuc in humanis agens apparuit, allata simul
ab Angelis, et Imagine, et Columna.
Accessit Officium ab Innocentio
XIII. 11 Augusti 1723.

Berolinus



JESVS , MARIA , JOSEPH.

POR

EL EXCELENTISSIMO SEÑOR

CONDE DE ARANDA,
MARQUÉS DE TORRES, &c.

EN EL PLEYTO

DE APREHENSION DEL CONDADO DE CASTEL-
florid , y Varonías de Antillon, y la Almolda,

EN EL ARTICULO DE PROPIEDAD,
y Grado de Revista.

SOBRE

LA SUCCESSION DE DICHO ESTADO, Y BIENES.



N este Pleyto se han exhibido por las Partes varios instrumentos, en virtud de los que pretenden la succession , disputandose en ellos el establecimiento de Vinculo , y su calidad : Y para proceder con el discretivo methodo , que aclare la verdad de los hechos , y manifieste el legitimo derecho con que el Conde de Aranda litiga ; se dividirá este Escrito en diversos §§ , fundando en ellos su justicia , con recopilacion succinta de lo que en razon de ella se ha expuesto en la otras Instancias , y de lo aumentado en esta de Propiedad , y grado de Revista.

§. I.

QUE EN LA REAL DONACION DE LOS
Lugares de la Almolda, y Castelflorid, no se halla
constituido Fideicomisso perpetuo,
y absoluto.

2 **L** Os Marqueses de Cañizar, y de Coscojuela, pretenden, que en dicha Real Donacion se estableció Fideicomisso absoluto, y perpetuo à favor de los hijos, y descendientes del Donatario, por hallarse llamados en la Clausula: *Memorial Ajust. Supuesto 1. fol. 8. alli: Damos, è otorgamos plenament, dius las condicions, retencions, de juso escritas, à vos dito Emberenguer, et à los fillos, è descendientes de vos, legitimos, masclos, por recta linea, assin masculina, como femenina; et que ende podades en aquel, ò aquellos de los sobreditos, que querredes, ordenar, et disponer por donacion, testament, ultima voluntat, ò en otra manera.*

3 La dificultad depende en averiguar, si los hijos, y descendientes comprehendidos en la Donacion, succeden *per vulgarem*, de forma, que aceptando uno de los llamados, queden excluidos los demás; ò si *per fideicommissum*, *et ordine successivo*, sin que por la aceptacion de los primeros, se consideren excluidos los demás contemplados.

4 Que sea vulgar, y no fideicomissaria la substitucion, aunque aya llamamiento colectivo, *Torre de Majorat. part. 2. quest. 19. num. 24. § 27.* porque siendo directas las palabras de la disposicion, surtiendo efecto como tales, es compatible concurrir todos los llamados à la succession, resistiendo la induccion de fideicomisso, *Barbos. Appellat. 70. num. 3*: en la Donacion se hallan las palabras directas: *Damos, è otorgamos, &c.*; y así sin embargo de intervenir la *de descendientes* colectiva de muchos, debe juzgarse por la substitucion vulgar, y con libertad los bienes, *D. Selsè decis. 363. in motiv. Procef. Ioannis Gascon, fol. 46. vers. Non solum igitur, & vers. Secus autem, Gracian. discept. forens. cap. 285. n. 1. Ramona cons. 100. num.*

num. 48. Luca de fideicom. disc. 91. num. 4. Ciriaco. controu. forens. 522. num. 95. ibi: *Tales descendentes, dicuntur vocati per vulgarem; ita, quod uno semel admissio, extinguatur fideicommissum, nec ceteri dicuntur substituti.*

5 En terminos de fideicomisso, dexado à la familia (cuyo nombre extiende su comprehensio mas que la palabra descendientes, por ser colectivo de muchas personas, y grados, así de descendientes de el Testador, como transversales, lineas contentivas, y efectivas, agnados, y cognados) dispone la Ley, no deberse admitir todos los de la familia, si solo, los que al tiempo de la muerte de el Testador, se hallaren en primer grado, no disponiendo este especialmente passará el Legado *ad ultiores gradus*; no bastando para inducir fideicomisso, averse explicado con palabras tan comprehensivas, si que es necesaria, y precisa la expresion de el tracto successivo, y perpetuidad, Leg. omnia 32. §. in fideicomisso, ff. de legat. 2. Simon de Pretis de interpret. ultim. volunt. lib. 3. interpret. 3. dub. 1. solut. 11. num. 16. Seraphin. decis. 1438. num. 4. Raphael Cuman. in exposit. d. text. Barbof. Appellat. 94. D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 5. num. 27. usque ad 31. Menoch. lib. 4. presumpt. 71. n. 27. & 28.

6 Mas comprehensiva es la palabra Heres, que las de Familia, y Descendentes; pues estas solo incluyen à los Parientes, y aquellas se extienden à los estraños, Barbof. Appellat. 113. num. 5; y hecha la Donacion à Titio, y sus Herederos, aceptando Titio, expira el llamamiento, y quedan los bienes libres, Peregr. de fideicom. art. 32. num. 30. ibi: *Constat autem, donata Titio, & ejus Heredibus, non ad heredes sanguinis restringi: effectus autem hujus conclusionis est, quod capiente Titio, poterit ipse liberè disponere de rebus illis, prout potest donatarius, cui pro se, & Heredibus suis res donatur.*

7 Siendo, pues, las palabras Familia, Heres, mas comprehensivas, y de mayor extension, que la palabra Descendentes; no siendo suficientes aquellas, para inducir por si fideicomisso reparatorio, perpetuo, gradual, y successivo, y solo si para una substitucion vulgar, y llamamiento activo, terminante

en el primer grado : no puede dudarse , que el llamamiento colectivo por la palabra *Descendientes* , es ineficaz para constituir fideicomiso , *Leg. 1. de legat. 1. gloss. in Leg. si quis servo, Cod. de furtis* , Suelves *Semicent. 2. cons. 48. num. 15. Leg. in suis in fine de liber. & posthum. Molin. verb. Forus, fol. 156.*

8 Así en terminos de drecho, como en el concepto de los versados en los negocios forenses (teniendo presente la disputa , y controversia de Cumano , y Paulo de Castro , por hallarse calificada en los Tribunales, la Sentencia de Cumano, que defiende no inducir fideicomiso restitutorio la palabra colectiva *Descendientes*) siente no deverse ventilar esta question, el Cardenal de Luca *de fideicom. disc. 91. num. 4.* Hallase decidido así ex Ludovis. *decis. 207.* ; en el Senado de Mantua, Surdo *decis. 346. num. 22:* en el de Napoles, Vivio *decis. 214:* en Cathaluña, Peguera *decis. 101. in fine* , Ramon. *cons. 100. num. 48:* en Valencia, D. Reg. Leo. *decis. 60. à num. 28. lib. 1* , y con otros muchos Gracian. *discept. forens. cap. 285. num. 1.* Ciriac. *controu. 522. num. 95* : y en este Reyno, D. Casanate *cons. 49. num. 1.* y en el *cons. 57.* en los motivos que transcribe fol. 872. *vers. Quia licet.*

9 El señor Selsè en la *decis. 362.* refiere otra decision , en favor de la succession *per vulgarem* , siendo el asunto de el Pleyto , el Ducado de Yxar ; con que queda dicho , la similitud, y proporcion de esta Causa , con la que disputamos , atendiendo à la Nobleza de los Contendores , y honorifico de los bienes ; sin mas diferencia , que la de ser mas poderosas las Clausulas de el exemplar citado , para inducir fideicomiso perpetuo, restitutorio ; y sin embargo se decidió contra la pretension de el Marqués de Torres, Ascendiente de mi Principal , y se manifiesta lo terminante de dicha Decision, teniendo presentes las *decis. 363. usque ad 367.* de dicho Autor, en que latamente se controvierte la question propuesta.

10 Aunque de lo expuesto resulta , que la palabra colectiva *Descendientes* , es insuficiente à constituir fideicomiso restitutorio ; seria bastante , si à ella se juntassen circunstancias , y congeturas , que con claridad persuadiesen el fideicomiso gradual,

y descendivo de uno en otro, cumulandolas todas, D. Molina de Hispan. Primog. lib. 1. cap. 3. § D D. citati, y así se enuncia en los exemplares referidos: en cuya inteligencia deben examinarse las que por las otras Partes se arguyen de la letra de la Donacion, y satisfacerse las dudas que se objetan.

11 La primera funda, en las palabras *per recta linea*, en esta forma; la linea es nombre colectivo de muchas Personas, que derivan, y proceden de un origen, y tronco, que contiene diversos grados, pues no puede darse linea sin ellos, ni grados de descendencia, ò ascendencia, que no compongan, y formen linea: Luego la succession, que ha de gobernarse por linea, debe seguir, de grado en grado, de uno en otro, en lo que consiste la substitution fideicomissaria.

12 Mas, como la palabra *Linea* es equivoca con la, *Descendientes*, sin extenderse à mas su comprehension, Fusar. de subst. quest. 385. num. 12; quedando antecedentemente probado, no ser suficiente la palabra *Descendientes*, para inducir fideicomisso; parece, que aunque se aumente à la disposicion la palabra *Linea*, no siendo mas eficaz, procede la misma regla.

13 En terminos de estàr llamados los hijos, y nietos, y los hijos de estos *per rectam lineam* descendientes, con prohibicion de agerar, no se dudò pudiesse aver fideicomisso, ex Croto conf. 65. in prin. lib. 4; y en caso de estàr llamados hijos, y descendientes masculos, *per rectam lineam*, ponderadas otras Clausulas, no hizo reparo en esta defendiendo el fideicomisso, Honded. conf. 78; y se decidiò por la substitution vulgar: consistiendo la razon, en que la Clausula *per rectam lineam*, no induce substitution reciproca, fideicomissaria, y solo se entienden llamados, *active per vulgarem*, los comprehendidos en ella, quando en la disposicion no se aumentan palabras con tracto successivo, Urceol. consult. 81. num. 13. ibi:

14 *Verum dato, & non concesso quod dictus D. Leonardus Actor, uti descendens ex linea Leonardi Mariæ, tamquam in conditione positus per illud ablativum, & deficiente linea masculina dicti Leonardi Mariæ, diceretur vocatus: hoc tamen, sem-*

per intelligeretur per vulgarem, tantum, non autem per reciprocam fideicommissariam, ut in puncto scribit Redenafch. cons. 60. num. 11. & 12. Vbi reddit rationem; quia haec verba sunt nuda, non associata cum verbis tractum temporis importantibus, nec additur ratione agnationis conservanda, & proinde intelligenda veniunt, quod si filij Leonardi Marie non potuissent, eo quia decessissent ante obitum ejusdem Leonardi Marie patris, voluissent succedere, quod succedant ejus nepotes; & si nec isti existerent, vel si existerent, vel non possent succedere, quod succedant pro nepotes, & sic usque ad lineam finitam, mediante substitutione vulgari tantum, sed postquam filij masculi fuerint admisi, quod reliqui sequentes maneant exclusi. Luca de linea legali art. 20. ex num. 40.

15 Que la Clausula per rectam lineam explique, que la colectiva descendientes varones, comprehende los de entrambas lineas, con la calidad de la succession vulgar; se funda en estar adjectiva à la palabra Descendientes, por lo que no puede extender el llamamiento, Add. ad Molin. lib. 1. cap. 5. num. 33. ibi: Nec verba precedentia generalia fideicommissum extendunt (quantumcumque perpetua sint) ultra eos casus, & personas, quas Testator nominaverit, & expresserit, vel intellexerit, sed ipsis accedunt, limitantur, & subjacent, absque ulla spe, & adminiculo extensionis. L. Pater filium 36. §. Fundum, ff. de legat. 3. Philip. Decius cons. 218. num. 13. & 16. cum alijs.

16 En confirmacion, y no en oposito de las razones expuestas, hablan los AA. sobre la Clausula per rectam lineam, è igualmente la Ley 2. tit. 15. partit. 2, por presuponer la fundacion de el Mayorazgo, ò Fideicomisso; y en este caso establecen, y declaran el orden de succeder los descendientes por linea drecha, sin que por disponer por recta linea la succession, se entienda fundado Mayorazgo, ò Fideicomisso relictorio.

17 La segunda congetura nace de juntarse à la palabra Descendientes, otras que expliquen tiempo futuro, y denoren perpetuidad, Fusar. de fideicom. quest. 382. num. 56. & quest. 479. num. 14. Suelves Semicent. 1. cons. 43. n. 62; y hallandose en la Donacion la voz Perpetualmente, parece constitutiva de fideicomisso

7

misso reciproco, con perpetuidad, y exclusiva de el llamamiento vulgar.

18 En la misma Clausula se lee la genuina respuesta, alli: *En virtud, è causa de aquesta Donacion, damos, concedemos, è otorgamos por nos, è por los nuestros, à vos dito Emberenguer, è à los vuestros de suso ditos, perpetualmente, todos, è cada unos dreitos, &c* de la que se manifiesta dirigida la palabra perpetualmente, no à la succession, si à declarar la perpetuidad de la Donacion en Don Berenguer, y sus descendientes; sacandola de la esphera de Personal, y dandola la transcendencia à sus sucesores, contra el frequente estilo de semejantes concessiones; Garcia Hispan. nobil. gl. 1. §. 1. n. 9. §. 24. ibi: *Id enim operatur verbum illud, por siempre, ò para siempre, ò perpetualmente, ut scilicet extendat immunitatem, que alias peribat cum vita concedentis, ad vitam successorum; si vero verbum por siempre, apponatur ad immunitatem, que de sui natura erat duratura mortuo concedente, tunc operabitur, respectu illius, cui conceditur, perpetuitatem; ut ei, & posteris ejus, videatur concessa*: Y como la mas segura interpretacion es la de las Clausulas antecedentes, por explicar en ellas el Donante su animo, y voluntad, D. Casanat. conf. 47. num. 61. Fontan. decis. 525. num. 23: la explican relativa à la perpetuidad de la Donacion; y no à la succession las palabras: *Con thenor de la present carta nuestra, perpetualmente, à todos tiempos firme, è valedera, por pura, perfecta, è irrevocable donacion.*

19 La significacion de la palabra *in perpetuum*, es, que en ningun caso, tiempo, ni con pretexto alguno, buelva el Legado al Legante, ni sus Herederos, D. Solorz. de Indiar. Gubernat. tom. 2. lib. 3. cap. 12. num. 10., y en nuestro caso con superior razon denota la palabra *in perpetuum* la irrevocabilidad de la Donacion, por remuneratoria de los servicios de Don Berenguer, Jul. Capon. discept. forens. 239. num. 14; en cuyos terminos, se viñte de la naturaleza de contrato, è insolurundacion, que gratifica los precedentes servicios, Cardin. de Luca de feud. disc. 4. num. 9. Antun. de Donat. lib. 1. prelud. 1. num. 42. y no se entiende movido el Principe por afeccion à los descendien-

dientes, y familia de el Donatario, *Aven. ad Leg. 40. Tauri, gloss. 2. num. 71. Nogurol. Alleg. 37. num. 20. § 21.*

20 Si la palabra *perpetualmente* se refiriera à la successiõ, obligando al Donatario à la restitucion de los bienes, mas que remuneratoria, se consideraria gravosa, D. Calanat. *in motiv. post. cit. conf. 57. fol. 874. col. 2. ibi: Et tunc verba illa, primero succedan, quoad primum gradum directæ, si obliquarentur quoad alios, non solum mutarent naturam suam quoad alias Personas, sed etiam quoad illum primum gradum D. Martini, cujus respectu directæ fuerunt. Cui quidem per illa verba, non tam videretur, tunc Comes Alphonsus dedisse, quàm datum ademisce, § uno, ac eodem verbo honoraretur filius D. Martinus, § simul fideicommisso gravaretur, quæ uti inter se, nimis repugnantia, § à verosimili Comitis mente aliena, admittenda non sunt.*

21 Procediendo pues, quando el Padre es Donatario, en quien concurre igual afeccion à los hijos, y descendientes: con superior razon prepondera en la merced remuneratoria de el Principe por los Personales servicios, en cuyo caso es favor la libertad de los bienes, y dexando los vinculados, se atiende mas al de los descendientes, que no fueron causa de la remuneracion, que al beneficio de el Donatario, Acrehedor de ella

22 La tercera congetura, para fundar fideicomisso, se arguye, de estàr en la Donacion gravados los descendientes de Don Berenguer, infiriendo, por necessario antecedente, ser llamados à la successiõ, *L. Ab. eo, Cod. de fideicom. cum vulg.* El primer gravamen consiste, en ser tenido D. Berenguer recibir al Rey, y sus Successores, en los Castillos, y Lugares donados, siendo requerido: el segundo, en observar D. Berenguer, y los suyos, los Fueros de Aragon, Privilegios, usos, y Ordinaciones de Monedas: el tercero, en asistir Don Berenguer à Cortes, y Parlamentos, que el Principe convocare.

23 No pueden decirse gravámenes impuestos los referidos à los hijos, y descendientes de el Donatario; pues el primero, y ultimo se dirige à Don Berenguer, è impuesto à cierta Persona, no se extiende à otras, *L. Quæ conditio 39. ff. de condit.*

¶ *demonstrat. L. Legatum 24. ff. de Adim. Legat.* García de Nobilit. in init. num. 14. Marin. resol. 126. num. 11: el segundo, que comprehende la expresion, vos, et los vuestros, no puede ceñirse à los hijos, y descendientes, antes incluye los Herederos, y successores extraños, Fusar. de fideicom. quest. 338. Barbof. Appel. 257.

24 Controviertese, si el gravamen impuesto à los descendientes, induce su llamamiento, y siguen la negativa Jul. Clar. §. Testam. quest. 78. vers. Sed quid. Intrigl. de substit. 3. part. quest. 26. num. 75. D. Selsè decis. 65. num. 26. refiriendo averle decidido en la Corte, y Audiencia contra el llamamiento, que se pretendia en la Causa Beltrandi Desvals: y aun siguiendo la opinion afirmativa, en nuestro caso no procede, por limitarse, quando los puestos en condicion, se gravan con calidad de Herederos, ò Successores, Socin. Sen. cons. 116. num. 4. lib. 3. Rustic. tract. quando filij positi, lib. 4. cap. 4. num. 1. Intrigl. ubi supr. num. 99, sin poder dudarse dirigido à los Herederos, y Successores, asì por violentarse de lo contrario la letra, como porque en la duda se supone impuesto à los Herederos el gravamen, Torre de Majorat. part. 2. quest. 33. num. 38. fol. 115; mayormente, quando el gravamen puede observarse por los extraños, como en materia de Feudos sienten Bald. in tit. de Pace Constantie, §. Libellarie, num. 3. in L. Liberti Liberteque, num. 32. vers. Item nota Cod. de oper. liberto. Alex. cons. 136. num. 3. lib. 1. Peregr. cons. 5. num. 7. cons. 9. num. 25. lib. 1. cons. 22. num. 3. lib. 2.

25 La quarta congetura, que se deduce à favor de el fideicomisso, funda, en la Clausula Retenemos en cara, &c. Memor. Sup. 1. fol. 13, en la que previniendo la muerte de Don Berenguer, y todos sus descendientes varones, se establece la reintegracion de los bienes en la Corona; infiriendose deber los bienes successivamente por via de fideicomisso perpetuo, permanecer en los descendientes de Don Berenguer, considerandose entre ellos una substitucion reciproca, fideicomissaria; à cuyo argumento satisface Torre de Majorat. part. 1. cap. 37. num. 336. ibi: *Et tunc, ex gravamine presunto, non potest in-*

ferri ad vocationem : ubi postquam firmavit , ex gravamine restitutionis totius Hereditatis , ultimo ex descendantibus injuncto , inferri ad vocationem successivam favore omnium de eadem descendencia ; tamen inter alia requisita , hoc unum supponit , quod ultimus sit nominatim gravatus ; nam , si impersonaliter dictum fuerit , post mortem ultimi succedat Titius , substituo Titium , non desumitur vocatio ; Et sic cum dubitetur de tali gravamine , non potest desumi presumptio vocationis ab hac presumptione gravaminis , non enim specialitates in materia sunt multiplicande ; ut ponderat Mol. de Hispan. Primog. lib. 3. cap. 5. num. 61. vers. Illud autem , Luca de Lin. leg. art. 20. num. 40. Nogueroi. Alleg. 37. num. 33.

26 El señor Casanate conf. 45. num. 192. ibi : Pro solutione premito , ex substitutione post mortem plurium facta , solum censeretur reciprocam substitutionem inter eos induci , quando concurrant illa tria requisita . Quod substitutio fiat in tota Hereditate . Quod illi sint expresse vocati . Quod fiat ab ultimo morienti , ita quod ultimus expresse gravetur ; y cita muchos AA. : en nuestro caso no se verifica el ultimo requisito ; con que cessa la induccion de el fideicomiso.

27 Puestos los hijos , y descendientes varones , en condicion , no induce entre ellos reciproco , passivo llamamiento , antes se consideran activè , Et absque onere fideicommissi llamados , Paris conf. 39. num. 7. vol. 3. Ramona conf. 100. num. 60. ibi : Sed quorsum his immoramur ; demus provero in proposito , liberos in conditione positos , censeretur vocatos , prout desiderat adversarius ; sed non ex hoc , voti compos evaderet , cum ex eo , non resultaret fideicommissum perpetuum inter dictos liberos masculos D. Joannis Donatarij , Et Domne Gondizalbe , ejus uxoris ; eo siquidem casu , ipsi censerentur vocati activè , Et non passivè . Codex Fabrian. lib. 6. tit. 20. defn. 23. ibi : Simile est , quod Magisteris nostris placet , liberis liberorum usque in infinitum in conditione positis , nullam inter eos induci , ex eo solo , reciprocam substitutionem , quamvis relictum fuisset fideicommissum ab ultimo decedenti , Et in tota hereditate , nisi proponas factam substitutionem de liberis , in liberos . Magon. decis. florent. 71. in fine . ibi :

Qui,

Qui, si aliquo casu hic dici possint vocati fore, esset activè, non passivè, cum in isto casu deficiat ternarius numerus, videlicet; quod ultimo morienti; quod in tota, & quod expressè vocati; sine quibus nos inducitur reciprocum fideicommissum.

28 Es terminantissimo (por comprehender todas las circunstancias de nuestra disputa) Menoch. conf. 85. num. 44. ibi: *Francisca duorum filiorum mater convenit, utATRIX, cum Republica Florentina, ut filiorum suorum Castra, & bona sub protectione ipsius Reipublice, reciperentur: hoc adjecto pacto; quod si ipsi masculi, & eorum descendentes decessissent, sine filiis masculis, Respublica Florentina Castra illa consequeretur; cum alter filiorum decessisset relicta femina, alter vero relictis masculis, respondit Alciatus: Rempublicam Florentinam non posse consequi Castra, cum casus conventionis non evenierit, quia scilicet ambo illi fratres non decesserant sine masculis, sed eorum unus tantum, alter vero reliquit faminam. Respondit etiam Alciatus, faminam illam non excludi a masculo, quia, licet Respublica sit vocata in defectum masculorum, non tamen ipsi masculi censentur invicem, & reciprocè inter se vocati, casu quo alter eorum decessat sine filiis masculis; & ideò (ait Alciatus) existentia illius masculi, duo operatur: Primò operatur, ne Respublica admittatur ad successionem Castrorum pro parte illius, qui decessit sine masculis, sed relicta filia: Secundò operatur, ut ipsa filia, donec is masculus erit superstes, femina succedat, & admittatur pro parte, quæ Patris sui fuit. Quibus rationibus suam hanc tueatur sententiam Alciatus, est videre, apud eum. Illud solum nunc dicam, hanc tanti Doctoris decisionem, esse in claris terminis nostris, cum ibi agatur de simili vocatione descendantium masculorum in contractibus facta. Quo circa maximè consideranda erit.*

29 De menos consideracion es el Argumento, para inducir Mayorazgo, ser la Donacion Real, y de bienes de la Corona; pues aunque en la L. 11. t. 7. lib. 5. Recopil. se mandò observar la Clausula de el Testamento de el Señor Rey D. Enrique II. y por el Auto 138. de el Consejo, part. 2. de los Acordados, fol. 158. se estableció su inteligencia, terminando las disputas, y controversias, que sobre ella se avian excitado; con la preven-

cion, de que por la muerte de el ultimo Possehedor sin hijos, se instaurasse la Corona en el Dominio, y Posseesion de los bienes donados: solo puede considerarse universal dicha Ley en las Mercedes Enriqueñas, sin extenderse à las de otros Principes, ni à las Donaciones Reales de la Corona de Aragon: Y que en Castilla de la Donacion Real, no se induce Mayorazgo, D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 11. num. 27; à excepcion de el caso, en que à los bienes se une la Dignidad de Duque, Conde, ò Marqués.

30 Sin embargo de quedar desvanecidas con lo expuesto, las congeturas, de que se arguye la constitucion de fideicomisso reciproco en la Donacion; de la misma nace la demonstracion, y evidencia de no averle. *Memor. Ajust. fol. 8. y 11. alli: Equende podades en aquel, ò aquellos de los sobreditos, que querrades, ordenar, et disponer, por Donacion, Testament, ultima voluntat, ò en otra manera :: Constituentes à vos dito Emberenguer, en las ditas cosas, Senior, & Posseyedor, assin como en cosa vuestra propia, à fazer de aquella todas vuestras voluntades:* No puede dudarse, en fuerza de estas Clausulas, la facultad en Don Berenguer, de dividir los bienes, en aquel, ò aquellos de sus hijos, y descendientes varones, que le pareciere; y siendo contraria esta libertad, à la naturaleza de el fideicomisso perpetuo, resulta indubitadamente, no averle en dicha Donacion, Tiraque. de Primog. quest. 52. num. 1. Mieres de Majorat. 1. part. quest. 26. à num. 77. D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 11. num. 1. ubi Add. Paz. de Tenut. cap. 85. num. 93. Avendaño in L. 40. Taur. gloss. 1. num. 30. D. Casanate in motiv. post. cons. 57. vers. *Quod hac vocatio*, Ramona cons. 61. num. 41. ibi: *Et primò contraria sit conjectura, quod in omnibus substitutionibus, factis suis filiis masculis, voluit; quod bona sua pervenirent ad filios filiorum suorum, quem, vel quos, ipsi filij heredem, vel heredes habuerint, ex testamento, vel ab intestato; permittendo, quod hereditas possit dividi, & sic noluit illam de primogenijs ad primogenium, ut pretendit pars adversa pervenire; quod non fit, quando est factum fideicommissum perpetuum.* Siendo la facultad de dividir los bienes, tan poderosa, que aun supuesto el fideicomisso en las Clausulas antecedentes constituido, quedaria revocado, Surdo cons. 10. num. 37. & cons. 11. num. 3. & 6. En

31 En tanto es segura esta opinion ; que aun, reservada al heredero facultad para agerar entre los descendientes, tiene libertad, y excluye el fideicomiso absoluto, y reciproco, Ramona conf. 61. num. 47. in fine, ibi: Prohibendo filiis, & nepotibus solum institutis, & substitutis, quod non possent alienare, nisi inter descendentes; est certum, quod est data facultas, & concessa licentia alienandi, nec aliud dici potest, nisi mentem, & verba Testatoris subverti velimus; prout à DD. in hisce terminis proprijs tradiditur, & dictum est; ergo nullum factum fuit fideicommissum simplex, & absolutum, & primogenium, ut pretenditur. Torre de Majorat. part. 2. quest. 43. num. 11. Ramona conf. 67. num. 9. & seq. Card. de Luca de fideicom. disc. 109. num. 9.

32 D. Sessè decis. 404. à num. 83. ibi: Tum etiam ex eo, quod in Sententia Arbitrali, dum Arbitri adjudicant, unicuique ex compromittentibus censuaria, cuilibet contingentia, dicunt (Que los tengan por suyos, y como suyos propios, para hacer de ellos à sus propias voluntades:) Ista enim verba, proculdubio, de sui natura important, ut vinculum, si quod in dictis bonis appositum fuisset, sublatum videatur, quoniam subsistente aliquo vinculo, non poterat verificari: qui enim habet bona alicui vinculo, vel substitutioni subjecta, non potest de eis liberè disponere, si vè in tali vinculo, vel substitutione apponatur expressa prohibitio alienandi, si vè alienationis expressa prohibitio non fuerit.

33 De lo dicho resulta, que por la Donacion Real, no se estableció fideicomiso, si que Don Berenguer tuvo libertad para disponer, no solo en hijo, ò hijos suyos, si tambien para hacer como en cosa propia, y à todas sus propias voluntades de los bienes donados, siendo inadaptables tan geminadas expresiones de libertad con el fideicomiso, y reciproca substitution à favor de sus descendientes, que por los Marqueses de Cañizar, y Coscojuela se pretende.

§. II.

QUE QUANDO EN LA DONACION REAL SE considerasse fideicomisso restitutorio, primogenial, de los Lugares de la Almolda, y Castelflorid, debe por ella succeder el Conde de Aranda.

34 **Q**uando (sin embargo de las expuestas razones, con que se ha persuadido, no aver en la Donacion Real, fideicomisso restitutorio) se entiediesse averle primogenial, à favor de los descendientes masculos de D. Berenguer, Donatario; parece mejor el drecho de el Conde de Aranda, que el de sus Contendores los Marqueses de Cañizar, y Coscojuela; Y para su demostracion se supone, que por muerte de Don Juan, *num. 6.* sin hijos varones, succediò su hermano Don Pedro, *num. 5*; y por la de este sin succession, Don Juan, *num. 11.* que le sobreviviò (como consta *Memor. Ajust. fol. 127.*) y excluyò la linea de Don Berenguer, *num. 3.* de quien deriba su inclusion el Marqués de Cañizar; y de Don Juan, *num. 11.* se continuò hasta Don Juan Phelipe, *num. 30.* por cuya vacante hizo transito la succession à Don Juan Carlos, *num. 23.* y por muerte de este sin succession, à Don Martin, *num. 40.* que le sobreviviò (como parece de el *Arbol*, y *Memor. Ajust. fol. 157.*)

35 Y aunque, por el Marqués de Coscojuela se intenta fundar, que por muerte de Don Juan Carlos, se extinguiò la linea actual, y efectiva, y passò la succession à D. Juan, *num. 33.* no tiene fundamento esta pretension, atendido, que la deficiencia de calidad en la linea primogenita, porque hizo transito la succession à la de Don Juan Carlos, no inhabilitò à Don Martin, *num. 40.* ni con absoluta exclusion de ella, habilitò à la que formò Don Juan Diego, *num. 24.*

36 Excitase entre los A A. la *Question*; si quando, por faltar la calidad en la linea primogenita, hace transito la succession à otra, verificandose igual defecto en esta, debe instaurarse la primogenita, ò continuar en la contentiva de el ultimo Possedor: y que deva excluir el que logra la calidad en la primogenita, al de la contentiva, lo afirma D. Molin. de *Primog. lib. 1.*

cap.6. num.22. & lib.3. cap.5. num.22. Add. ad dict. cap.6: y aun, en terminos de concurrir la hija de el ultimo Possehedor, con la de la linea primogenita excluida, deba preferirla esta, Pegas de Majorat. cap.10. num.771. & seqq. ; y al 782. dice: *In favorem huius resolutionis, adsunt quam plurime decisiones totius Europe; de Mantua testatur Peregrin. cons.17. lib.1. Bursat cons.80. vol.1.; de Camar. Imper. Mart. de succ. leg. part.1. q.13. art.9.; de Lusitan. Regno Gama decis.27.; de Pavia, Peregrin. decis.7. num.1.; de Milano, Raudens. de Analog. cap.40. n.4; de Sicilia, Milanens. decis.7. Rot. Rom. tripliciter. Cesar Graf. decis.179. & in novis. divers. 247. in posth. Farinac. 122; de Padua, Cavalan. decis.1. lib.4.; de Napoles, Franchis d. c. 13; de Monferrato, Surd. decis.27.; de Burdeus, Boer. decis.24; de Borgoña, Casaneo cons.29.; de Vicaria de Napoles, Vivio decis. 541. lib.4.; de Piemonte, Thesaur. decis.63.; de Cathaluña, Fontan. de pact. claus.4. gloss.25. num.17. y al num.783. ex quibus convincuntur, Roxas, Mieres, tenentes contrarium; sunt enim fundamenta nostre resolutionis induvitabilia.*

37 Sobre la misma questión, y teniendo presente el pronunciamiento à favor de el Señor Rey Don Fernando, de la Corona de Aragon, siendo uno de los electores Don Berenguer, num. 1. Luc. de Lin. Legal. art. 11. num. 10. ibi: *Verum ego acquiescere nequeo huic opinioni filia ultimi possessoris favorabili; quia exclusio foeminarum non est perpetua, sed temporalis, unde reintegrari debet ad lineam non destitutam, sed suspensam.* D. Fernando de Aguil. ad Roxas de incompat. part. 3. cap. 4. n. 17. confirma esta opinion, contraponiendo la declaracion de el Reyno de Navarra, al exemplar de la Corona de Aragon; y manifestando, que esta consistió, y tuvo por motivo la renuncia de la Infanta Doña Violante, para excluir à su hijo Don Luis; y al num.18. ibi: *Ad Authoris exemplum nota, Violante exclusionem substituisse, maximè ex renuntiatione ab ea facta de successione Regni, dum nuptui traderetur Ludovico Duci de Anjou, Francie Regie Stirpis: quorum renuntiationum vis approbata diu est in Nuptialibus pactis Regie Hispanie Stirpis, nubant extero.* Resultando de lo dicho, que la exclusion es respectiva, y condicio-

cional, no absoluta; y que tiene lugar la admision, cessando el embarazo; y se funda, en que el varon succede *jure proprio, non transmissionis, nec representationis*. Suelves *Semic. 2. cons. 33. num. 19.* Mantica de *conject. lib. 8. tit. 18.* D. Selsè *decis. 308.* § 310 Card. de Luc. de *fideicom. disc. 24. num. 5.*

38 Quando la Authoridad de la propuesta Sentencia, no vencièsse à Roxas de *Incompatib.* que en la *part. 3. cap. 4. ex num. 21.* sienta la contraria, queriendo, que en tanto que en la linea efectiva, y contentiva aya persona capáz, ha de excluir precisamente la linea primogenita postergada, negandola la reintegracion; no de aqui se sigue, que Don Juan, *num. 33.* deba, ni pueda excluir à Don Martin, *num. 40;* pues en el seguro supuesto, de aver quedado la linea, que formò Don Carlos, *num. 23.* sin persona que la continuasse efectivamente; es preciso examinar, quienes sean de su linea contentiva, recurriendo à las que produjo efectivas Don Juan, *num. 17,* demostrandose, que no es menos Don Martin, de la linea contentiva de Don Carlos, que Don Juan, por provenir àquel de Don Juan Christoval, y este de Don Diego; y no influir contra Don Martin la postergacion de linea, en otro perjuicio, que el de la dilacion, y tiempo, sin lesion en la substancia, Brun. de *stat. exclud. fam. § cognat. linea, art. 10. num. 23.* § *art. 1. num. 93. ibi: Quia filia impeditur succedere, non ex eo, quod jus suum sit diminutum in substantia, sed sit tempore propter extrinsecam personam masculin.*

39 Mayormente quando los Add. ad D. Molin. *lib. 3. cap. 5. num. 78,* aunque confirman la exclusion de la linea primogenita, denegandola la reversion à succeder, ciñen su opinion en caso de durar la linea efectiva poseyente; y solo la extienden à la hermana de el ultimo Posehedor, *tamquam de linea contentiva fratris,* dandola igual drecho, que à la hija, para el juicio posesitorio; si bien la reprueba absolutamente D. Castill. *lib. 5. cap. 91. num. 71.*

40 El unico argumento, que puede considerarse de peso, para excluir la inistauracion de la linea primogenita, en que se halla el Conde de Aranda, es la declaracion en favor de el
Infan.

Infante Don Fernando, de la Corona de Aragon, en la que fue uno de los nueve Jueces Don Berenguer, *num. 1* : y sin embargo, de que siempre, que en las Causas segundas se halla justa, para deviar de atribuir à milagro, ò prodigio el suceso, debe tenerse por efecto natural, y no misterioso; en esta eleccion, no puede dudarse de el Superior Divino influxo: persuadelo, el que detenidos los Jueces por treinta meses en discordia, sin poderse conciliar à un dictamen, para la eleccion; San Vicente Ferrer; otro de ellos, segun Don Martin de Viciania en las *Chronicas de el Reyno de Valencia lib. 3. fol. 66. colum. 3.* les dixo, alli: *Mirra, no cureis mas deteneros en acordar la sentencia, que la justicia da el drecho al Infante Don Fernando de Castilla; y esto, è no otra cosa se harà, porque de lo alto procede, è no de la tierra.*

41 Zurita *lib. 11. cap. 87. fol. 70. col. 3.* de los *Anales de Aragon*; reflexionando, aver sido el primer voto en dicho pronunciamiento, el de San Vicente Ferrer, en causa de tantas dificultades de Instituciones, y Substituciones, que devian gobernarse por la disposicion de el Drecho, hallandose presentes el Arzobispo de Tarragona, Obispo de Huesca, y Don Berenguer de Bardaxi, dice: *Y pareció verdaderamente, que lo ordinala assi nuestro Señor, para mas declarar, que en aquel juicio intervenia, mas que razon, y ley, y costumbre de las gentes: y no se fundaba, solamente, en letras, y sabiduria humana.*

42 El Maestro Gabalda en la *Vida de el Apostol Valenciano San Vicente Ferrer cap. 25. fol. 205*; refiere, aver dado su voto San Vicente, el primero, de comun acuerdo, no obstante ser el octavo de los vocales, y aver en ellos un Arzobispo, y un Obispo, grandes Letrados; y traduciendo de Latin, en Castellano, el dictamen, dice assi: *Yo Fr. Vicente Ferrer, de la Orden de los Frayles Predicadores, y Maestro en Santa Theologia, uno de los antedichos Deputados, digo, segun el saber, y poder mio, que al Inclito, y Magnifico Don Fernando, Infante de Castilla, Nieto de Don Pedro, Rey de feliz recordacion, Padre de el Rey Don Martin, de gloriosa memoria, ultimamente difunto, mas cercano varon de legitimo matrimonio, y allegado à entrambos en grado de consaguinidad del dicho Rey Don Martin: los sobre-*

dichos Parlamentos, Subditos, y Vassallos de la Corona de Aragon, están obligados à prestarle el omenage de la fidelidad, y deven tenerle por verdadero Rey, y Señor suyo, de justicia, segun Dios, y mi conciencia. Y sin dár razon alguna de sus dictámenes, se conformaron los demás Depurados con el de S. Vicente, pronunciando la Sentencia en favor de el Infante D. Fernando; Idem Viciana *cit. loc. col. 4.*: el mismo Zurita, *lib. 11. cap. 88. fol. 72.* refiere; que San Vicente, deseando templar las queexas, y sentimientos de los que disentian de la eleccion, dixo en un Sermon, que predicò al siguiente dia: *Que à donde se trataba de el drecho de la succession, no avia para que se tratasse de la calidad de Personas; y al fin: y le recibiesse como venido de el Cielo.*

43 Con lo referido se manifiesta, que con especial, y divino influxo, se elevò al Trono al Infante Don Fernando, verificandose *illud Psalmi: Per me Reges regnant*, y el ningun merito, que debe hacerse de el fragmento de Roxas *part. 3. cap. 4. num. 35*; pues atendido el motivo de San Vicente Ferrer, se diò la succession al Infante Don Fernando, como pariente mas proximo de los Reyes Don Pedro, y Don Martin, gobernandola por intestado, y no por las reglas de Mayorazgo: porque regulandola por esta regla, devia excluirse al Infante, por los demás Contendores; si se consideraba regular, por succeder, por muerte de el Rey Don Juan, su hija Doña Violante, y averse continuado en el Infante Don Luis; si de masculinidad, competia el drecho, al Rey de Castilla Don Juan, como descendiente de la linea primogenita, que formò el Rey Don Henrique, hijo mayor de la Reyna Doña Leonor, hermana de el Rey Don Martin; y siendo de agnacion, devia succeder el Conde de Urgèl, à causa de ser una misma la razon, porque excluyò el Rey Don Martin à la Infanta Doña Violante, ex Roxas *cit. p. 3. cap. 4. num. 32*: en cuyo supuesto, teniendo esta calidad el Conde de Urgèl, se manifiesta, que su exclusion fundò en lo que refiere el Maestro Gabalda *dict. cap. 25. fol. 211.* sobre la increpacion hecha por el Conde de Urgèl à San Vicente, tratandole de Hipocrita, y averle quitado el Reyno, por sus particulares intereses, contra

toda justicia, respondió el Santo: *Vos Conde sois el mal hombre, que tal dia matasteis à vuestro propio hermano, y no avia Dios de permitir, que un hombre, de tan mala conciencia, reynasse en Aragon.*

44 Infiriendose necessariamente de lo dicho, que quando en la Donacion Real huviesse Mayorazgo en favor de los varones, con exclusion absoluta de las hembras; por la vacante de Don Juan Carlos, n. 23, succedió Don Martin Abarca, n. 40, y continuò hasta el Conde de Aranda, n. 62., *vel ex capite reintegrationis* de su linea primogenita, ò como comprehendido en la contentiva de el ultimo Possehedor, y que excluyò à D. Juan, n. 33. y su linea, y la que formò Don Berenguer, n. 3.

§. III.

QUE POR EL VINCULO, ESTABLECIDO EN el Testamento de Don Berenguer, num. 1., deve declararse la succession de todos los bienes aprehensos, à favor de el Conde de Aranda.

45 **E**N el §. primero se ha fundado, no aver Mayorazgo en la Real Donacion, si que los bienes contenidos en ella, los posseyò Don Berenguer de Bardaxi, *num. 1.* con libertad; y aunque en el §. segundo, se ha demostrado la inclusion de el Conde de Aranda, y dever succeder en los bienes donados, aun quando se considere Vinculo en dicha Donacion: en este se manifestarà, averse deferido la succession al Conde en fuerza de el Vinculo establecido por Don Berenguer en quanto usò de la libertad, con que los gozaba, sugetandolos à fideicomisso; pues, aunque en las antecedentes instancias se impugnò su constitucion, aviendose declarado en la de vista à favor de el Marqués de Cañizar, no puede dexar de presuponerse, aver tenido por cierto en èl su establecimiento; y en esta inteligencia se ha deducido nueva pretension por dicho Testamento, por resultarle de èl al Conde otro titulo.

46 Supuesto, pues, en dicho Testamento formado Vinculo, ò Mayorazgo perpetuo; parece deverse considerar en sus pri-

primeras vocaciones de verdadera, pura agnacion ; y de masculinidad en las segundas , en respectò à los contemplados en ellas: Y teniendo presente, quan dificultoso es acertar en la resolucìon, siguiendo in abstracto la disputa con generales reglas, sin concretarla à las circunstancias de la disposicion, ex Luca de fideicom. disc. 24. num. 6. ; y que ser, ò no agnaticio el llamamiento, se persuade de las congeturas, que resultan de la letra de el instrumento, en que expresse su voluntad el Vinculante, D. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 5. n. 25. Et ibi Add. D. Latreya decis. Grandi. tom. 2. decis. 53. n. 9. ; por hallarse con dificultad en los Mayoraesgos de España, expresa la palabra agnacion, Roca consult. 69. n. 54. ibi: *Id quod praesertim in Majoratibus Hispaniae locum habet, in quibus cum raro exprimaturs hac ratio, immò de agnatione mentio fieri non soleat: recurrendum est ad conjecturas, Et contextum ipsius dispositionis, ut cognoscatur, an agnatio contemplata sit, necne;* se hace preciso examinar la eficacia de las que se deducen de dicho Testamento.

47 El ser Don Berenguer de tan Ilustre Familia, es argumento, y congetura estimable, para entenderse en su disposicion, aperecido el orden de suceder, por las reglas de rigurosa agnacion sus descendientes, L. Ex factis, §. Si quis rogatus, ff. ad Trebel. Mantica de conject. lib. 6. tit. 15. n. 1. Et seqq. Grabet. conf. 297. n. 2. Et 3. D. Casanat. conf. 53. n. 6. : igualmente lo es la calidad de los bienes, L. Si in emptione 36. de minor. Mantica dict. lib. 6. tit. 12. n. 8. Menoch. conf. 117. n. 19. Et presumpt. 68. n. 14. lib. 4. D. Valenz. conf. 40. n. 22. ; mayormente siendo muy preciosos, Gutierrez lib. 3. pract. q. 17. n. 274. Ramona conf. 17. n. 28. D. Casanat. conf. 47. n. 20. ; y tambien, que ayan de suceder los varones de grado en grado, siendo de legitimo matrimonio, con exclusion de Religiosos, y Sacerdotes, Roca disp. jur. tom. 1. cap. 19. n. 8. Roca consult. 69. n. 84. Ramona conf. 15. n. 17. Et 18. D. Casanat. conf. 16. n. 38. cuyo complexo de circunstancias concurre en nuestro caso.

48 Es mas poderosa, para inducir la agnacion, la congetura de que el Testador, siempre que nombra à sus hijos, assi en lo dispositivo, como en lo condicional, repite la palabra
mas-

masculos, que fue en mas de diez y seis partes; cuya geminacion, en los llamamientos, demuestra la contemplacion de los agnados, D Molin. de Primog. lib. 3. cap. 5. n. 29. ibi: His autem non obstantibus, prima opinio verior est: Quamvis enim is, qui facit aliquam vocationem, seu fideicommissum temporale inter masculos, possit alijs rationibus ad id efficiendum induci; is tamen, qui aliqua bona masculis perpetuo jure majoratus posidenda reliquit, verisimiliter non potuit, alia ratione, quam conservationis agnationis, moveri; cum respectu eorum, qui in posterum nascituri sunt, non possit particularis alia ratio respectu unius, quam alterius assignari; & comprobatur. num. 53. ejus Add. lib. 3. cap. 5. ex n. 25. usque ad 30. Barbof. Appel. 141. n. 1. Quod vocatio masculorum non fit alia ratione, nisi pro conservandis bonis in agnatione; y al num. 2. sienta, que por el llamamiento de los varones, se excluyen, no solo las hembras, si tambien sus descendientes varones, cumulado en comprobacion muchos AA.

49 Venturino cons. 26. n. 18. ibi: Existimo etiam, in casu nostro, consideratam esse agnationem, quia Testator instituit prius totam suam descendantiam masculinam, per plures, ac multiplicatos gradus; tunc enim censetur contemplata agnatio. Cita varios AA. Ramona cons. 15. n. 13. ibi: Primo, quia semper masculos vocat testator, instituendo, ponendo in conditione, & substituendo; quod, non alio respectu censetur fecisse, nisi ratione agnationis conservande, Ciriaco controu. 301. n. 16. Lancelot. cons. 17. n. 19. Torre de Majorat. part. 3. decis 24. n. 55.

50 Sin que sea de encuentro, no hallarse la expresion masculos de masculos, que suponen precisa los AA. que contradicen la agnacion, fundados, en que a quererla constituir el Testador, la huviera expresado; porque satisface a esta objecion D. Vela tom. 2. disert. 49. n. 88. alli: Nec obstat argumenti confirmatio, vim suam inde muniens, quod cum Fundator noster, simpliciter tantum, usus fuerit masculorum vocabulo, nec adjecerit ex masculo, prout facere facile potuisset, censetur de quibuscumque masculis, etiam ex feminis sensisse: Quia respondemus facile, quod ita demum hujusmodi argumentatio concluderet, si masculorum vox, aequè proprie, in usu juris, masculis ex feminis, ac masculis

lis ex masculis, adaptaretur; tunc enim esset, quod imputaretur institutori, qui mentem suam de quibus scilicet sentiret, clarè non expressit; ex reg. d. L. un. §. Vbi autem, in fin. C. de caduc. Toll. cum simil. Caterum masculorum vox in iure, ad masculos agnatos, sive per virilem sexum sibi attinentes, potissimum, sive magis propriè, refertur, ut sæpè diximus; & idè ad eandem significationem, censerì debet institutor dispositionem suam referre voluisse; nec est, quid sibi imputetur, quod huiusmodi strictam significationem non expresserit, quia in dubio, juris dispositioni se conformare videtur, ut pluribus probabi, & exornabi, disert. 29. num. 29.

51 Hacese mas lugar con la reflexion de hallarse excluidas las hembras sin intercalacion alguna de ellas, en los llamamientos de los masculos; en cuyo caso es terminante Fular. de subst. q. 499. n. 15. ibi: *Septimus est casus, quando Testator vocavit masculos, excludendo maximè fœminas, & hoc casu, presumitur factum, ut bona in agnatione conserventur: id maximè verum esse, quando Testator plures gradus substitutionum fecit; citando muchos AA. en su confirmacion, Fontan. decis. 93. n. 4. ibi: Quod ista ratio, quæ voluit, quod bona conservarentur in agnatione, habeatur pro expressa, cum alia assignari non valet, D. Castell. controuv. lib. 2. cap. 4. n. 89. Nec est necessarium, quod ratio huiusmodi, conservandi bona in Familia, sit expressa, tantum enim operatur tacita, quantum expressa: Y en conformidad de esta opinion se decidid en la Rota, Durand. decis. 126. n. 31. Muta decis. 65. n. 12; en Mantua Giurb. decis. 32. n. 14; en Cataluña Ramona cons. 15. Peguer. decis. 100; en Valencia Leon decis. 1. n. 104. lib. 3. decis. 173. n. 37. & decis. 175. n. 49; en Napoles Capic. decis. 191. n. 2; en este Reyno D. Selsè decis. 254.*

52 Pone termino à la disputa Leon tom. 2. in respons. post decis. 173. n. 49. refiriendo la decision del Consejo Supremo de la Corona de Aragon, ibi: *Licet appellatione descendantium masculorum, ex vi, & proprietate verborum comprehendantur masculi ex fœminis: tamen in dispositione, seu institutione facta per masculum, & ubi institutus est masculus, & substitutus etiam masculus, & sic fuerunt vocati, & substituti, & positi in condi-*

23

tionem tantum descendentes masculi, intelligi debent solum vocari masculi, per lineam masculinam descendentes, ex tam recepta juris DD. censura, ut ab ea, tamquam vera, & indubitata, non esse recedendum testentur; nam cum in presenti dispositione habita fuerit ratio conservanda agnationis, masculi ex masculis censentur tantum vocari, non vero masculi ex feminis, qui cognati sunt.

53 Y los AA. que quieren persuadir la sencilla masculinidad, del llamamiento de masculos, repugnando de él la constitucion de la agnacion, hablan en terminos, que fundò el Mayorazgo muger; tuvo principio en hembra; en cognados; ò se mezclaron en los llamamientos; ò fue la disposicion de algun extraño; ò la naturaleza de la sugeta materia se ajusta, mas que à la agnacion, à la sencilla masculinidad, Barbof. *Appellat.* 141. n.3. Fufar. *dict.* q.499. Prato *discept. forens. cap.* 4. n.47. & 48. D. Larrea *decis.* 53. n.9.

54 Nueva congetura de apetecerse la agnacion, es, el llamamiento prelativo de los agnados de lineas inferiores, à los cognados de las anteriores, preposterando el orden de grados, y lineas, D. Larrea *dict. decis.* 53. num.16 Rosa *consult.* 69. n.161: y esta se vè verificada en el Testamento de D. Berenguer, que en falta de los hijos masculos de Don Juan, num.2, llama à los de Don Berenguer, num.3, con la misma calidad; y en falta de ellos hace otras substitutions agnaticias, posponiendo à los descendientes de las hijas de Don Juan, num.2.

55 Ultimamente, passa de congetura, à evidencia, aver apetecido Don Berenguer la agnacion, en los primeros llamamientos, que encabezò en sus hijos, con la substitution, que hizo à favor de los hijos varones de sus Nietas Doña Isabel, y Doña Beatriz (que no están en el Arbol) y de los de Doña Juana, num.7, hijas de Don Juan, num.2, imponiendoles el gravamen de nombre, y armas de Bardaxi; con prevencion, de que si llegasse el caso de succeder en este Mayorazgo los hijos de dichas sus tres Nietas, no se entendiesse comprehendido el Lugar de Lerux; por ser su voluntad, passasse este, à aquel, à quien perteneciesse los Lugares de Oliete, y Arcayne, &c.; que son los bienes de que
dis-

dispuso en otro Legado à favor de Don Berenguer, num. 3.

56 De este específico, cumulativo llamamiento, subsidiario en defecto de los hijos varones, se induce no estàn contemplados los descendientes, mediante hembra, en los primeros llamamientos, D. Castill. *controu. tom. 6. cap. 129. n. 9.* porque se seguiria el absurdo de estàn contemplados, y llamados en defecto de sì mismos, con repugnancia de la naturaleza; y haciendose principio *ab absurdo vitando*, ex Barbof. *locor. com. loc. 2. n. 1.* aunque se impropien las palabras, Valenz. *cons. 133. n. 39.* Gracian. *discept. forens. 834. n. 13.* Venturino *cons. 25. n. 59*; se ha de confesar, que por este discretivo llamamiento, despues de los antecedentes de hijos masculos, se constituyò en los primeros indubitada la agnacion, Torre de Majorat. *cap. 25. num. 280. pag. 157.* alli: *Hoc autem est, apud omnes in confesso, quod masculorum appellatione, non veniant masculi ex fœminis, quando discretivè de eisdem masculis ex fœminis fuit facta mentio.* D. Larrea *tom. 1. decis. 34. n. 50.* & *tom. 2. decis. 54. à n. 17.* Surd. *tom. 4. cons. 551. à n. 31.* & *cons. 573. à n. 33.*

57 Porque teniendo especial expresseo llamamiento en classe posterior, no pueden estimarse llamados en la antecedente general, Rosa *consult. 69. n. 155.* ibi: *Et enim, recepta est propositio; quod, ubi dispositio distinctos gradus continet, & distinctas, ac separatas vocationes; tunc, non potest is, qui in sequenti loco vocatus est, pretendere in antecedenti esse vocatum; licet antecedens dispositio, generalis esset, & apta illum comprehendere.* Surd. *tom. 3. cons. 349. n. 36.* Fular. *de substit. q. 650. n. 40.* D. Casanate *cons. 19. n. 1.* ibi: *Quoniam, quotiescumque, quis in aliqua Testamenti parte, specificè reperitur in aliquo speciali, & certo casu vocatus, non potest dici invitatus ex alia clausula ejusdem dispositionis generali, dubia, & incerta, vel ex qua vocatus ce nseri potuisset, si expressa, & specialis (ut dictum est) non adesset; y fer la naturaleza del especial discretivo llamamiento, arguir diversidad de el antecedente, D. Salgado de Reten. cap. 15. n. 43.* ibi: *Conducunt etiam, & benè, que de discretiva dispositione dicunt jura, & D. D. ut excludat, separet, & arguat diversitatem, & separationem, ita ut unum cum alio non confundatur.*

25

Pegas de Majorat. tom. 2. cap. 14. a n. 108. D. Molina de Primog. lib. 1. cap. 13. n. 17. Luca de Fideicom. tom. 10. disc. 56. n. 11.

58 Tiene mas recomendacion, y eficacia lo dicho, por hallarse en las segundas vocaciones impuesto el gravamen de nombre, y armas, con que no gravò à los Contemplados en las primeras; considerando ociosa esta prevencion en los Agnados, que avian de llevarle naturalmente, *L. Pronuntiatio, §. Familiae, ff. de verb. sign.*; y en la segunda, que comprehende los Cognados, le impuso, para conservar con este artificio la agnacion, que por el rigor natural no podia conservarse, Ramona *conf.* 15. n. 21. Guido Papa q. 251. & q. 407. Ripa in l. 1. n. 10. ff. de vulgar. Cælius Hugo *conf.* 20. n. 40. Mantica de conject. lib. 11. cap. 3. n. 6. Rusticis in tract. quando filij in condit. poss. lib. 2. cap. 6. D. Casanate *conf.* 20. n. 29. ibi: *Duodecima conjectura, nascitur ex eo; quod dum vocabit masculos agnatos, tam descendentes, quam transversales, nulliui in tot substitutionum lineis apposuit onus ferendi nomen, & arma: quia videbat hoc non esse necessarium, cum masculi ex masculis de sua agnatione descendentes, absque illo onere naturalem agnationem conservarent. Sed, ubicumque vocavit masculos descendentes ex feminis, semper, & ubique apposuit expressum gravamen ferendi nomen, & arma, ut qui naturaliter agnationem conservare non poterant, illam demum (mediante illo onere) saltem artificiose conservarent. Adeò semper agnationis conservationem exoptavit.*

59 Ninguna de las congeturas, que persuaden la agnacion, falta en el Testamento de Don Berenguer, *nam.* 1, para que se considere establecida en las primeras vocaciones; pues concurre lo Ilustre de la Familia; precioso de los bienes; succession de los hijos de legitimo matrimonio; exclusion de Clerigos, y Religiosos; geminada repericion de masculos; prepoteracion de lineas, y grados; y especifico, discreetivo llamamiento de los hijos varones de sus Nietas, con la imposicion del gravamen de nombre, y armas; de que se sigue, estàr fuera de la duda, ex Ciriaco *contr. forens.* 301. n. 44. & 45. ibi: *Respondetur, nos non versari in dubio, cum conjectura dicantur liquide probationes l. Imperator 70. alias 72. in princip. ff. de leg. 2. Et quando, fideicommissum est*

factum, favore agnationis, in dubio, pro eo est pronuntiandum.

60 Mayormente, quando, las congeturas expuestas, nacen de la misma Escritura, y su comprehension; en cuyo caso se han de considerar voluntad expresa, Rosa *consult.* 69. à n. 29. concretandose à la estrecha inteligencia, de aver de estàr à la Carta segun las disposiciones de nuestro Reyno, D. Valenz. *cons.* 113. n. 112. *Quia expressam dicitur, quod ex perpensis verbis, & mente disponentis colligitur:* y quando separadas no persuadiesen el animo à la agnacion, siendo perfectas en su genero, deven juntarse, Barbof. *axiom.* 209. D. Valenz. *cons.* 21. n. 58. & *cons.* 105. n. 39. Torre tom. 3. *decis.* 24. n. 36. *Quae quidem omnes conjecturae, hactenus sigillatim ponderatae, simul jungi debent, & ita junctae, iterum sunt ponderandae: non autem separatim, nec unaquaeque de per se est cribranda, & (quod factum facillimum est) criminanda, cum ad invicem fulciantur, & unaquaeque corroboret alteram; & licet aliqua de per se essent leviores, tamen junctae cum alijs, relevant, & sufragantur;* sin averse con tanta rigidez en su examen, que à la vista concluyan; pues serian en este caso demonstraciones, y no congeturas, Rosa *dict.* *cons.* 69. n. 159.

61 En meritos de lo dicho, se convence constituida la agnacion en los primeros llamamientos; y mas por ser D. Berenguer de Bardaxi, tan sabio, y consumado Letrado, como demuestra la misma Real Donacion, y refiere Zurita en sus *Anales lib.* 14. *cap.* 10. *ibi:* *Falleció en aquella Ciudad Don Berenguer de Bardaxi, Justicia de Aragon, tan excelente Varon, que ninguno de los famosos Letrados de sus tiempos, fue en el ingenio mas prudente, ni en el derecho de mayor pericia, y doctrina; y juntamente con esto, era de grande sabiduria, y consejo, y de tanta authoridad, que le estimaron, como à un singularissimo, y gravissimo Varon, à quien no se igualó ninguno en España, ni fuera de ella; cuyas circunstancias, y propia inteligencia, no le dió lugar à creer, pudiera dudarse de su concepto, ni hacerle el agravio de considerarle capáz de incurrir en el absurdo, que indispensablemente se sigue, negando la agnacion en los primeros llamamientos; por deverse confessar en tal caso, que en ellos, y siguientes, baxo una misma regla, invitaba à la succession de su*

Ma-

Mayorazgo, à los hijos, y descendientes de sus hijas, y nietas.

62 Siendo de especialissima nota, no aver comprehendido en estas segundas vocaciones los hijos de las hijas de Don Berenguer, *num. 3.* ni sus descendientes, para succeder por ellas en los bienes aprehensos; assi, como en los de el Mayorazgo, que de otros bienes formò en favor de dicho Don Berenguer, *num. 3.* y sus hijos; sin embargo de aver llamado para en falta de ellos à Don Juan, *num. 2.* y los suyos; y para en su defecto, y los de Don Jorge, *num. 4.* à los hijos de las hijas de dicho Don Berenguer, *num. 3.* absoluta, y acordadamente omite dár llamamiento à los hijos de las hijas de Don Juan, *num. 2.*, no obstante aver nacido estas, y tenerlas presentes para el segundo llamamiento, que hizo de sus hijos, en los bienes de el Mayorazgo de nuestra disputa.

63 En el supuesto, pues, de ser agnaticios los primeros llamamientos, y que à su perpetuidad no es contraria la limitacion, con que en lo literal se conciben las clausulas, con sola la expresion de los hijos, y nietos de el Testador, por comprehenderse en ellos todos los descendientes, *active, & passive* llamados, baxo la palabra hijos, Ramona *cons. 16. n. 2. ibi: Nim primò diximus, à Testatore id fideicommissum in eo Testamento conservandis in agnatione, familiaque sua, bonis, ordinatum; quæ de causa in primi gradus filijs extinguere nequit, sed necessario in omnium descenditium favorem, tam active, quam passive extenditur, quamquam de filijs tantum, testator locutus sit; presupposita enim agnationem conservandi ratione, filiorum appellatione, descendentes universi, active, & passive, continentur*: por muerte de Don Juan, *num. 6.* se defirió la successión à D. Pedro, *num. 5.*; y por la de este à Don Berenguer, *num. 3.* de quien se continuò hasta Don Joseph, *num. 38.* ultimo agnado de las lineas contempladas en esta classe.

64 Y fenecidos los llamamientos de agnacion, se hizo lugar el segundo, de los hijos de Doña Juana, *num. 7.*: y que en él, se halle continuado el Mayorazgo, es sin disputa; pues aunque el ingreso de los varones cognados, esté dependiente de la condicion de morir sin hijos todos los de Berenguer, *n. 1.* en quienes
en-

encabezò la agnacion ; si se advierte el llamamiento de Don Berenguer , *num. 3.* se hallarà estàr concretado en la misma forma , y con igual dependencia de morir sin hijos Don Juan , *num. 2 ;* y si en aquellos es perpetua la disposicion (sin embargo de aver tenido hijos Don Juan) por inducirse de la mente explicada de el Testador ; se ha de confesar lo mismo en los llamamientos de los hijos de las tres nietas , por concurrir uniformes las circunstancias.

65 No pueden considerarse condicionales las providencias de estos segundos llamamientos , de forma , que con aver tenido hijos Don Juan , *num. 2.* y Don Berenguer , *num. 3.* cessasse la successiõ de los contemplados en ellos , por terminar solo al orden , y modo de succeder , y no à su exclusion , D. Molina de *Primog. lib. 2. cap. 12. n. 12.* ibi : *Si de ipsis personis vocatis , aut substitutis agamus , dicendum erit , primum vocatum prope semper , simpliciter , atque purè vocari solitum esse , nisi aliquando ex speciali majoratus institutoris dispositione , sub aliqua conditione , etiam primus vocetur , quod rarò contingit . Sequentes , autem , successores , semper sub conditione vocantur ; vel uti primò moriente , vel absque liberis decedente , vel sub alijs similibus conditionibus . Quæ omnes verè , atque propriè conditiones sunt , cum vocationem in earum eventum suspendant , atque requiratur earum verificatio , priusquam substitutio , seu vocatio effectum obtineat , idque verissimum est .*

66 Porque el efecto de estas condiciones , y su verificacion , es suspender , no excluir , Ciriaco *contro. 521. num. 104.* *Ultimo dicitur , quod consilium Oldradi non procedit , quando conditio liberorum habet tractum successivum , & importat deficientiam liberorum quandocumque , sed tantum habet locum , quando conditio respicit tempus mortis , puta si decesserit sine filijs .* Y para fundar quien (segun estas segundas vocaciones) sea el verdadero successor ; se hace preciso el precedente examen de su calidad.

67 La duda puede fundarse , en si en este llamamiento se apeteziò la fingida , ò artificiosa agnacion , ò la masculinidad sencilla ; y que esta , y no aquella , es conforme à la mente de el Testador , y se colige de la misma fundacion , se demostrará en las siguientes reflexiones.

Conf-

68 Constituyese la agnacion artificiosa, quando (faltando la verdadera, y natural) con sola la interpolacion de una hembra, llamada esta, ò su hijo, son llamados sus descendientes con clausulas inductivas de agnacion, *ex Leg. 14. §. in his, Cod. de Legit. Heredib. ibi: Etiam unum gradum, pietatis intuitu, transferri, à jure cognationis, in legitimam volumus successione;* y quales sean suficientes, Roxas de *incomp. p. 1. cap. 6. n. 309. § 312. ibi: Ab hinc sum semper, & constanter, in sententia, quod nisi expressis verbis dictum sit, succedant de masculino in masculinum ex foemina, non datur, nec admitti unquam debet agnatio fictitia; v.g. nisi dicat institutor: Succedan en este Mayorazgo los hijos, y descendientes, de tal, ò de tales hembras, por via de agnacion, ò varonia; ò succedan los hijos, y descendientes varones, de tal, ò tales hembras, de varon en varon; y al n. 315. (refutando à Menochio, y otros) se afirma en su opinion; diciendo la recibida, y juzgado conforme à ella en los Tribuna- les de España, Pegas de *Majorat. cap. 14. à n. 3. Rola consult. 69. n. 55. Torre de Majorat. cap. 25. n. 121. Vela disert. 49. n. 45. Luca de Lin. Leg. art. 10. à n. 8.**

69 En nuestro caso, falta absolutamente toda congetura, de que pueda inferirse establecida en este segundo llamamiento la agnacion artificiosa; pues sola concurre la de llamarle los hijos masculos de las tres nietas, con la imposicion, y gravamen de nombre, y armas, que no son bastantes, à inducir- la, por lo dicho en el numero antecedente.

70 Y mas, porque aunque el gravamen de nombre, y armas, es artificioso medio, para conservar la memoria de la familia, *ex trad. à Pereyra in L. Si curatorem, Cod. de in integra restit. Nulla magis familiarum memoriam, decus, & splendorem, quam ipsius instituentis cognomine, & armorum delatione decorari, & illustrari, ac diutissime propagari;* no sufraga, para, por el, decirse apetecida la ficticia agnacion; pues pueden cumplirle, y desempeñarle igualmente las hembras, que sus descendientes varones, D. Molin. de *Primog. lib. 2. cap. 14. num. 9. ibi: Sed quamvis scribentes; quos superius retulimus, nominis, atque armorum conditiones, ad hac usque protrahere velint; eorum ta-*

men opinio in Hispania, numquam hucusque admissa fuit; immò ex Hispania consuetudine, gravamen hoc nominis, & armorum, aequè a feminis, & masculis adimpleri potest. & lib. 3. cap. 4. n. 6. & 7. Que omnia vera sunt: etiam si institutor majoratus, causa memoriam suam conservandi, eundem majoratum instituerit: memoria namque etiam per feminas conservatur.

71 Torre de Majorat. cap. 38. §. 3. n. 57. Iure igitur, merito talis conjectura, delationis nominis, & armorum, à nonnullis frivola reputatur, pro inducendo majoratu agnatio: & n. 58. Et licet non possit negari, quod etiam inter cognatos valeat succedi, prout succeditur in fideicomisso, & majoratu verè agnatio, scilicet per lineam masculinam, non interruptam per feminam, aut descendentes ab ea, ut ponderat Menoch. conf. 117. n. 21. Thesaur. decis. 270. n. 19. Larrea decis. Granat. 34. n. 19. Id tamen procedit, quando expressè Testator de eo caverit; nimirum, ut soli admittantur masculi ex masculis, per virilis sexus personas descendentes, ut declarat idem Larrea ubi supr. n. 19. Vel quando ultra conjecturam fundatam in delatione nominis, & armorum, alie adsunt graves, & convincentes, ut supra deduxi d. cap. 25. §. 11. n. 172. & seqq. Non verò indubio, quia tunc ex hoc precepto, non censetur prohibita successio faminarum, & ab eis descendentium, Castillo d. cap. 133. n. 14. 21. Altograd. d. conf. 66. n. 77. Et clarius, quod requiratur expressa voluntas institutoris ad fictam agnationem inducendam, in qua succedatur, ad modum verè, in diversa familia, probat Lara in Compend. Vite Hom. d. cap. 30. n. 116.

72 Ramona conf. 61. n. 26. prope medium, ibi: Et conditio sumendi nomen, & arma, levis reputatur conjectura, & ex illa rationem conservande agnationis, minimè elici (cita varios AA. y concluye) hanc conjecturam in Hispania, numquam fuisse admissam, neque unquam fuisse judicatum, ex ea induci rationem conservande agnationis.

73 Ni el aver querido el Fundador fuesen de agnacion los primeros llamamientos, influye para extender esta qualidad fictitiè, & artificiosè à los segundos; porque como odiosa, no aviendo expression clara, y literal, debe restringirse à las personas,

nas, grados, y lineas, à quienes se impuso, Roxas *de incompat. part. 4. cap. 2. n. 12.* D. Valenz. *cons. 97. n. 75.* D. Casanate *cons. 4. ex n. 147;* y para suponerse establecida la agnacion en los primeros, concurren, no solo congeturas, si evidencia, como se ha fundado.

74 En estos segundos llamamientos, solo se invitan à la succession los masculos de las Nietas *simpliciter*, que es el constitutivo de la sencilla masculinidad, Roxas *de incompat. dict. lib. 1. cap. 6. §. 22. n. 318.* ibi: *Lineam simplicis masculinitatis, eam vocamus, que componitur ex masculis cujuscunque qualitatis, descendentibus ex feminis, vel non, quando non fuit clarè, ac explicitè habitatio agnationis:* Cita varios AA. exponiendo las razones, que pudieron mover à los instituyentes, para apetecer los successores masculos de masculos, y de hembras, excluyendo à estas, desde el *num. 319;* y al 325. condena la opinion inductiva de la agnacion artificiosa, por no lograse mas con ella, que por la sencilla masculinidad; pues tan cognado se considera el varon descendiente, mediante sola una hembra, que interpuestas muchas, por habilitarse sin diferencia con la calidad del sexo, Anton. Fabr. *de errorib. lib. 2. decad. 28. cap. 8. D. Castill. cap. 92. n. 15.* & tom. 6. *cap. 133. n. 2.* D. Larrea *decis. 34 n. 24.* Vela *disert. 49. n. 87.* D. Casanate *cons. 4. n. 205. in fin.* ibi: *Et quia vocando masculos descendentes ex feminis, non censetur considerata agnatio, sed solum personalis masculinitatis qualitas;* & *cons. 23. n. 4.* ibi: *Nam, quando, in aliqua parte substitutionis, vocantur femine, vel descendentes ex feminis; eo ipso constat, in substitutione descendentium masculorum, non fuisse consideratam agnationis conservandæ rationem, sed masculinitatis, & sexus tantum.* Pegas *de Majorat. tom. 2. cap. 12. n. 32.* & *cap. 15. n. 26.* Luca *de fideicom. tom. 10. disc. 24. n. 14.* Torre *de Majorat. p. 1. cap. 38. n. 411.*

75 De lo dicho se convence, que siendo los primeros llamamientos del Testamento de Don Berenguer, de rigurosa agnacion, y los segundos (en que están llamados los hijos de sus tres Nietas, Doña Isàbel, Doña Beatriz, y Doña Juana, *n. 7.*) de masculinidad sencilla; aviendo espirado aquellos, con la muerte de Don Joseph, *num. 38.* ultimo agnado, se hicieron lugar

estos, y por ellos devió succeder Don Martin Abarca, *num.* 40. (que le sobrevivió, como parece del Arbol, *num.* 38.) por ser descendiente masculino, de D. Juan, *num.* 11, hijo de Doña Juana, *num.* 7, especialmente llamado, para en el caso (que sucedió) de morir sin hijos Doña Isabél, y Doña Beatriz, hermanas de Doña Juana, *num.* 7; y que de dicho Don Martin, *num.* 40, se ha continuado la sucesion hasta el Conde de Aranda, *n.* 62. varon primogenito descendiente de Don Juan, *n.* 11. y unico que representa su linea.

76 Y quando se quisiera decir, que fenecidos los llamamientos agnaticios, debe succeder el Marqués de Cañizar, por los de sencilla masculinidad, por ser varon de la linea actual, y contentiva de Don Joseph, *num.* 38. ultimo agnado; satisfacen por el Conde de Aranda, à esta obgecion, Roxas de incompat. *part.* 3. *cap.* 4. *n.* 64. ibi: *Advertendum tandem, ut imponamus finem huic capiti; quod hoc limitari debet, si post agnatos in majoratu pure agnationis; vel masculos cognatos in majoratibus pure masculinitatis, specialiter vocata fuit aliqua femina, vel masculus ex femina, & eorum descendentes; quia tunc deficientibus agnatis, seu masculis, & alijs ex linea ultimi possessoris, ad specialiter nominatum ibit successio, & ad ejus descendentes, & non retrocedet ad eas, vel eos ex linea anteriori, seu primogeniti; quia specialiter prius nominati succedere debent, & post eos extinctos, tunc succedent ea, vel ij, qui fuerint ex linea superiori.*

77 D. Larrea *decis.* 64. *n.* 20. ibi: *Quibus, ita notatis, facile in contrarium aductis occurri potest, & quod illud (de quo supra n. 1.) lineam deberi continuari; responde: id verum esse, quando aliquid, contra, testator non disponit; quia ex illius voluntate successio regulanda est.* En comprobacion de lo dicho sunt vi-
dendi Pegas de Majorat. *tom.* 1. *cap.* 2. *n.* 121. D. Molin. de Primog. *lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 27. D. Castillo *lib.* 5. *controv.* *cap.* 91. *n.* 70. D. Mieres de Majorat. *part.* 4. *q.* 33. *n.* 4.

78 Añadese à lo referido, que la linea de Don Berenguer, *num.* 3. no està contemplada en los segundos llamamientos, como parece del mismo Testamento; y si aun siendo de mejor linea, y contemplada, se excluye de la sucesion al que
deri-

33

deriva de ella , en competencia de las personas que tienen à su favor expresa , y literal vocacion, *Pegas resol. forens. cap. 4. n. 122. ibi: Et meritò, quia in successione Majoratus primum locum obtinet vocatus ab Institutore, & præferentiam habet omnibus, quamvis proximioribus in gradu, majoribus in etate, & cum meliori linea, aut prerogativa, per quam succedere debuerat, si prædicta vocatio non adesset*: con superior razon se han de confessar excluidas la del Marquès de Cañizar , y Marquès de Barboles , en la nueva inclusion de Don Berenguer, *num. 3.* que ninguna tienen : y lo mismo procede con el Marquès de Coscojuela , Condesa de Contamina , y Marquès de Barboles , que aunque descendientes de Don Juan, *num. 11.* son de las lineas posteriores , que formaron Don Diego, *num. 24.* y Don Gonzalo, *num. 15.* à la del Conde de Aranda , que es de la primogenita, mediante Don Juan Christoval, *num. 22.*

§. IV.

QUE POR LA CAPITULACION MATRIMONIAL
de Don Juan, *num. 6.* y Mayorazgo establecido en ella,
debe succeder el Conde de Aranda.

79 **E**L tercer Instrumento , con que por algunos de los Contendores se entiende deberse gobernar la succession , es la Capitulacion Matrimonial de Don Juan de Bardaxi , y Doña Sirena de Moncayo , *num. 6.* y en ella funda su legitimo drecho el Conde de Aranda , y parece deberá declararse à su favor la succession en fuerza de sus llamamientos, *ex dicendis infra* : mas como por el Marquès de Cañizar se oponen contra dicha Escritura algunas excepciones, arguyendo de insolemne , y supuesta ; es forzoso satisfacerlas, antes de fundar la pretension.

80 Dirigíse formalísimamente el valor de dicha Escritura en el Proceso de Aprehenzion de este Estado , à instancia de Don Martin de Bardaxi ; y aunque por la Corte del Justicia Mayor de este Reyno , en la Sentencia que se pronunció, se declaró su nulidad, como parece de los Motivos, *Mem. Ajust.*

a fol. 114: en la Apelacion, por dos Sentencias conformes, se revocò la de la Corte, y declarò la legitimidad, y validad del Instrumento, *ut videre est*, *Memor. Ajust. fol. 59. 677.* y en especial sobre este assumpto fol. 71. y 85, en que se transcriben dichas Sentencias, y sus motivos; cuyo magisterio, y erudicion, hace ociosa qualquier reflexion, que en su apoyo quiera practicarse; por no poderse aumentar cosa alguna, à la solidez, con que estàn concebidos; mayormente, no aviendose aumentado excepcion nueva, à las que entonces se tuvieron presentes, y se desestimaron en aquellos Juzgados.

81 Y solo debe tenerse presente, como prueba extrinseca, que en el Testamento de Don Juan de Bardaxi, *num. 2*, su fecha en Letux à 11. de Julio de 1447, en el Legado, que hace à Don Pedro de Bardaxi, su hijo, *num. 5*, de diferentes Lugares, le grava en la succession con los vinculos, y substitutiones puestas en la Capitulacion Matrimonial de Don Juan, *num. 6.* calendandola, *Memor. Ajust. fol. 33. y 109.* y devriendose considerar el Testamento, referente de la Capitulacion, con perfecto sentido, y eficacia, aunque no constasse, ni apareciesse de aquella, como relato, *ex L. Affe toto de hered. inst. 6 communiter DD*; es suficiente la solemnidad de la Escritura referente, aunque carezca de ella el relato, *Surdo conf. 241. lib. 2. Graciano discept. forens. cap. 312. n. 46. D. Castillo lib. 2. cap. 26. n. 67. D. Molina de Primog. lib. 2. cap. 8. n. 11. ibi: Ex eisdem etiam probatur, non solum valere majoratus institutionem, in scriptura privata, cum partis subscriptione factam, sed etiam in schedula privata, manu Institutoris, vel alterius scripta, absque die, mense, nec anno, nec etiam ejus subscriptione, nec aliqua solemnitate: dum tamen Institutor illius primogenij, formam in alia scriptura authentica observari preceperit, ad ipsamque schedulam, dispositionem ipsam retulerit, constetque liquidò, eam schedulam esse illam, ad quam Institutor suam voluntatem, atque dispositionem direxit.* Y mas teniendo la corroboracion de hallarse loados ambos Instrumentos por Doña Beatriz de Pinòs, *num. 2*, y sus hijos Don Pedro, y Don Juan, *num. 5. y 6.* con expresion de los dias de sus otorgamientos,

y de los Escrivanos que los testificaron, segun resulta del *Memor. Ajust. fol. 169.*

82 No es de menos peso la antigüedad, y observancia de dicha Capitulacion Matrimonial, meritos bastantes para no dudar de su legitimidad, aun quando padeciera visibiles defectos; *D. Molina de Primog. lib. 3. cap. 13. n. 49. ibi: Nos autem in casu contingenti, vidimus à Supremo Castelle Consilio, prestitam bonorum Majoratus possessionem, ex quodam exemplo primogenij antiquissimo, quod penes ultimum Majoratus possessorem inventum fuit, & quod tamquam vera scriptura Majoratus fuit semper observatum, & cui etiam plura alia veritatis adminicula assiscebant:* Y aviendo estimado el Supremo Consejo un exemplar insolemne, por antiguo, y observado; teniendo la referida Escritura de Capitulacion la calidad de publica, y autentica, con la enunciativa, y loacion de los que la otorgaron, hallarse calendada, ser instrumento antiguo, averse observado, y tener en apoyo de su legitimidad los dos Juzgados, no parece puede dudarse de su subsistencia.

83 Uniformemente se reconoce por las Partes el establecimiento del Mayorazgo perpetuo en esta Escritura; è igualmente, que en sus primeras vocaciones, es de natural, y rigurosa agnacion, por estar contemplados los hijos, y descendientes de Don Juan, y Don Pedro, *num. 5. y 6. de uno en otro, masculos legitimos, por recta linea masculina:* para en defecto de los agnados, llamò el Fundador à los hijos masculos legitimos de las hijas de Don Juan, y à los descendientes de ellos, de mayor en mayor, en la forma, con las calidades, y modificaciones puestas en el primer llamamiento, imponiendoles el gravamen de nombre; y armas sin mixtura; y en falta de ellos, à los hijos de las hijas de Don Pedro, y descendientes de ellas por recta linea masculos legitimos, y con el mismo gravamen de nombre, y armas, con la pena de privacion, si contravinieren à su observancia los descendientes de ambas lineas; y ultimamente, en defecto de todos los contemplados en dichos llamamientos, substituye à las hijas de dicho Don Juan, y à los descendientes de ellas, y en falta de todos, à las hijas de Don Pedro

dro , y à los descendientes de ellas , sin repetir en estas ultimas substitutiones el gravamen de nombre , y armas , que se impuso à los contemplados en las segundas, *Memor. ajust. Supuest. 3. fol. 24. hasta el 32.*

84 Y aunque por los Contendores se contrarian las pretensiones , sobre la inteligencia de la calidad de dichos segundos llamamientos; queriendo unos, sean de sencilla masculinidad; y otros, que en ellos se halla constituida artificiosa , ò fingida agnacion : parece ser mas conforme este , que aquel dictamen; porque debiendose gobernar la linea de la artificiosa agnacion à la similitud de la verdadera , y pura , coligiendose su establecimiento , no por débiles , y leves presunciones , y congeturas, si por la declarada mente del Fundador , Roxas *de Incompat. part. 1. cap. 6. à n. 9. cit. sup. n. 68* : teniendo en el presente caso , los hijos , de las hijas , el llamamiento de *masculo in masculinum, per rectam lineam*, la imposicion del gravamen de nombre , y armas , y debetse regular sus llamamientos conforme à lo establecido en los primeros de agnacion (à diferencia de la vocacion de los hijos de las Nietas , contemplados en el Testamento de Don Berenguer , en que se impugnò esta calidad) corre sin disputa ser de artificiosa agnacion este llamamiento *ex ibi allegatis*, y lo confirman Peregrin. *de fideicom. art. 26. n. 4.* Fusar. *de substit. q. 327. n. 21.* D. Castillo *lib. 5. cap. 133. n. 12.* D. Larrea *tom. 1. decis. 34. num. 2.*

85 Si con nimia escrupulosidad, se quisiere hacer argumento contra la artificiosa agnacion , por no hallarse materialmente puesta en la vocacion de los hijos , y descendientes de las hijas de Don Juan, *num. 6.* la clausula *por recta linea masculina*, como se presupone en el *numero antecedente* ; se quietarà , y podrá quedar satisfecho , teniendo à la vista , que todas las clausulas que preceden à estas , y en que son llamados los hijos , y descendientes masculinos de Don Pedro , y Don Juan, *num. 5. y 6.* , se lee la expreffada clausula *por recta linea masculina* : que se debe tener por repetida , y como expreffa en el llamamiento de los hijos , y descendientes de las hijas de Don Juan, *num. 6.* por contener la clausula relativa: *E de la manera, è forma, è con las calidades,*

des, modificacion, è retencion de suso dichas, è que de la parte de suso, es ordenado en el dito Juan de Bardaxi, y descendientes de èl.

86 Y siendo innegable, que la relacion tiene por especialidad transferir, y revestir al referente de la naturaleza, qualidades, y condiciones de el relato, Capon. tom. 2. discept. 1 co. n. 7. D. Castillo lib. 4. controuv. cap. 43. Pareja de instrum. edit. tit. 2. resol. 6. n. 302. Et tit. 7. resol. 9. à n. 1. D. Larrea tom. 1. alleg. 14. à n. 9. D. Salgado de reten. part. 2. cap. 21. n. 5. Ramona conf. 65. n. 13. D. Carlev. de Iudic. tit. 1. disp. 2. n. 581. D. Casanate conf. 50. n. 28. è igualmente, que las substituciones, y llamamientos se estiman insertos en la clausula relativa, segun se concivieron en la relata, como si se huviera insertado su contexto, ex L. 1. §. 9. ff. de postuland. Menoch. lib. 2. conf. 106. n. 369. Surdo lib. 3. conf. 313. n. 40. Peregrin. de fideicom. art. 16. n. 1. Et art. 29. n. 15. Mieres de Majorat. part. 2. q. 5. n. 36. Et q. 6. n. 533. Torre de Majorat. part. 1. cap. 25. n. 259. D. Castillo lib. 3. controuv. cap. 15. n. 39. Add. à D. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 5. n. 36. Ramon. conf. 8. n. 5. Et conf. 34. n. 6: es configuiente, suponerse repetida en el llamamiento de los hijos, y descendientes de las hijas de D. Juan, n. 6. la expresion *por recta linea masculina*; y con superior motivo estando puesta en la substitucion de los hijos, y descendientes de las hijas de Don Pedro, siendo una misma la razon de ambos llamamientos.

87 Así la rigurosa, y natural agnacion, como la artificiosa, è fingida, han cessado totalmente, por no aver descendiente alguno varon de varon, por recta linea masculina de Don Juan, y Don Pedro de Bardaxi, ni de sus hijos, por aver muerto Don Juan, num. 6. sin hijos varones, con sola la sobrevivencia de Doña Francisquina, num. 10, y Don Pedro, num. 5. sin succession; à cuya causa se verificò la tercera substitucion de las hijas, y sus descendientes *simpliciter* de dicho Don Juan, y en ella un Mayorazgo regular, que habilitò, sin diferencia de sexos, el orden de succeder, y se hizo lugar la de Doña Francisquina, ex Hodiern. controuv. cap. 11. n. 36. Fusar. de substit. q. 499. n. 22. Molina de rit. nunt. lib. 3. q. 24. n. 153. D. Larrea tom. 2. decis. 54. n. 5. D. Molina de Primog. lib. 3. cap. 5. n. 50.

y sin poder degenerar, ni alterarse el llamamiento de que fue cabeza; en el progreso debió suceder el que ocupó la línea primogenita, según la naturaleza del Mayorazgo regular, D. Molina de Primog. lib. 3. cap. 6. n. 30. Luca de Fideicom. disc. 1. n. 14. Torre de Majorat. tom. 3. cap. 6. n. 11. § 19. D. Leo tom. 3. decis. 1. n. 70. D. Olea de cess. Jur. tit. 3. q. 4. n. 15: el Conde de Aranda logra esta calidad, según se demuestra en el Arbol: Luego es conseqüente, ser prelativo su derecho, en competencia de los demás Contendores, y que se le ha deferido, en fuerza de este llamamiento, la sucesión.

88 La razón consiste, en que desde Doña Francisquina, continuandose en la línea primogenita, y de substancia la sucesión, llegó a Don Juan Luis, y Don Juan Felipe, num. 29. y 30, por cuya muerte sin hijos, hizo tránsito a Doña Ana Fernandez de Heredia, num. 31, única hermana de los dichos, Add. ad Molinam de Primog. lib. 3. cap. 5. n. 72. vers. Ex qua: Quia licet soror non sit de linea effectiva, est saltem in linea contentiva, Et aliquo modo potest dici de linea Fratris. Roxas de Incomp. part. 3. cap. 4. n. 57. Fontanel. tom. 1. decis. 36. n. 13. Roca disput. Jur. tom. 1. cap. 3. n. 72.

89 Reconociendo por cierta la sentada proposición, y que por ella quedan excluidos de la sucesión la Condesa de Contamina, y Marqués de Barboles, recurren al asilo de hacer incompatible este Mayorazgo, con el del Condado de Fuentes, por tener aquel el gravamen de nombre, y armas sin mixtura; y este el de Fernandez de Heredia simpliciter; y que aviendose verificado la sucesión de ambos en Don Juan Gil, num. 14, primogenito de Doña Francisquina, debió elegir solo uno, Molina de Just. & Jure tom. 3. tract. 2. disp. 615. n. 5. D. Molina de Primog. lib. 2. cap. 14. n. 26. Rosa consult. 69. n. 142, y por aver poseído aquel el de Fuentes, se hizo lugar en Don Gonzalo, num. 15, su hermano, de quien descienden.

90 Este argumento queda desvanecido con la reflexion de hallarse solo impuesto el gravamen de nombre, y armas en la segunda clase de llamamientos de agnacion artificial, que no se verificó, por la no existencia de varon de hembra al tiem-

po de la muerte de Don Pedro, num. 5, y los gravámenes puestas en un llamamiento, solo tienen lugar, quando en fuerza de él se succede, ex Fusario *cons.* 97. n. 9. Ramona *cons.* 100. n. 150. Rosa *cons.* 42. n. 17. *Intelligitur gravamen reitento eodem themate, hoc est, succedente casu precedentis vocationis, ut non omnes descendentes sint gravati, sed illi demum, qui ex precedente substitutione succederent: Et in illo casu, in quo fuerunt vocati; y no en el de las hijas, y sus descendientes, en virtud de la que succedió Doña Francisquina; porque solo debe atenderse à las condiciones puestas en la clausula, en que son llamadas las hijas de Don Juan, y sus descendientes, D. Selsé *decis.* 50. d. n. 9. Fontanel. tom. 1. *decis.* 44. n. 8. Tristan tom. 3. *decis.* 98. n. 16. Cumque sit certum, in successioneibus, solum esse attendendas condiciones adjectas in illo gradu, ex quo deferitur successio: sequitur evidenter, in successione dictæ Catharina, tertio loco substituta, non esse attendendam conditionem, si sine liberis, posita in gradu caducato dicti Antonij.*

91 No hallandose, pues, expreso en nuestro caso el gravamen de nombre, y armas, no puede entenderse repetido, y menos con la pena de privacion, D. Molina de Primog. lib. 2. cap. 14. n. 30. Et 46. ibi: *Ex adverso autem obstare videtur, quod hoc armorum preceptum, onus contineat: ideoque in dubio, potius ejus omissionem, quam adjectionem presumendam esse. Semper enim dispositio, ita interpretanda est, ut persona honorata minus gravetur. Quod præsertim in his efficiendum est, in quibus ob non impletum testantis preceptum, privatio Majoratus induci potest, cum poena privationis nullo pacto sit inducenda, nisi ubi expresse a Legè, seu Majoratus Institutore apposta est.* Molin. de Jus. Et Jur. tom. 3. tract. 2. disput. 615. num. 8. ibi: *Dubium est, utrum, quando Majoratus Institutor non precepit, successorem in eo, quod nomen, Et arma primi Institutoris assumeret, sit ad id cogendus, possitque, ea de causa, privari Majoratu? Ad quod Molina respondet, non posse, ea de causa, privari Majoratu.*

92 Todo gravamen es de su naturaleza odioso, y debe restringirse, Torre de Majoratu, tom. 1. cap. 38. n. 101. Et

tom.

10m. 2. cap. 43. n. 128. *Quod omne onus est odiosum, & quantum maxime fieri potest, restringendum, & strictè interpretandum; y no se presume repetido, quando es penal, y se desvia de las reglas comunes, Roca disput. Jur. tom. 1. cap. 21. à n. 23. Vela tom. 2. disert. 49. n. 108. ibi: Quia qualitas illa, in priore expressa, ut notabilis, & in facto consistens, & à regulis Juris communis devians, speciali quoque in hac secunda, egebat expressione; y menos quando la clausula del llamamiento de nuestro caso es separada, perfecta de por sí, y sin dependencia, ni necesidad de suplirse por otra, D. Casanate conf. 50. n. 23. ibi: Quando substitutio facta, stat de per se, & est perfecta oratione determinata, non est quarendum de ejus declaratione, nec ex alijs quidquam suppleri potest. Roxas de Incomp. part. 4. cap. 2. n. 10. ibi: Quod si conditio, aut gravamen fuerit adjunctum persone, lineæ, seu gradui separato, in perfecta oratione diversa, tunc non censeatur repetita conditio, quoad aliam personam, lineam, vel gradum substitutorum in alia diversa oratione. Quam doctrinam amplectantur communiter DD. maxime Marian. Socin. conf. 128. n. 98. & 111. lib. 1. Paris conf. 38. lib. 2. Roland. à Valle conf. 38. à n. 56. usque ad finem. Vbi copiosè probat, quod qualitas, seu conditio apposita, non dicitur repetita in alio capitulo separato, claro, & non dubio, continente orationem perfectam, & diversas personas: cum solum considerari debeat in casibus provisis, non autem in alijs omisis.*

93 Si los Fundadores huvieran querido repetir el gravamen de nombre, y armas, quando en defecto de los Agnados verdaderos, y ficticios, llamaron à la hembra, y sus descendientes, lo huvieran explicado como en la antecedente clausula, *L. unica, §. Sin autem, C. de Caduc. Tolend. Urceolo tom. 2. consult. 57. n. 30. Fular. de substit. q. 450. à n. 3. Palma Nepos tom. 3. alleg. 222. n. 8. ibi: Quia si voluisset, illas apposuisse, quemadmodum apponere scrivit, quando transivit ad substitutionem fratrum Vascelli, in quibus ulterius testator masculinitatem, & onus deferendi nomen, & arma requisivit. D. Casanate conf. 6. n. 18. ibi: Nam si aliud sensisset, id expresseisset, prout in alijs partibus fecit; cum ei facile esset exprimere: y en no averlo hecho, debe entender-*

derse omitido de acuerdo, *L. Sub conditione 73. ff. de hered. instit. ibi: Sub conditione herede instituto, si substituamus: nisi eandem conditionem repetemus, purè eum heredem substituere intelligimur. L. Que conditio 39. ff. de condict. & demonstrat. ibi: Atque conditio ad certas personas accommodata fuerit, eam referre debemus ad eam dumtaxat gradum, quo hæc persone institute fuerunt; singularmente en los contratos, en donde lo omitido se ha por omitido, deviendo estår à la Carta en este Reyno, observ. 1. de aquo vulnerat. D. Selsè decis. 64. n. 69. & decis 254. n. 64; sin que pueda hallarse razon, porque impuso el Fundador en cierto grado el gravamen, y le omitiò en otro, dependiendo de su libre arbitrio, Palma tom. 1. alleg. 63. n. 29. ibi: Multa morient Testatores, que nos latent, quoniam varie sunt hominum voluntates, neque in colligendo defuncti voluntatem oportet divinare, sed illa ex verbis concipi debet. D. Molina de Primog. lib. 1. cap. 4. n. 7. ibi: Et quamvis constaret, quod plures alios instituere voluit, solum habentur pro institutis, illi, qui expressè instituti fuerunt: non autem alij, quos instituere volebat: quod ea ratione procedit, quod voluntas Testatoris, in mente retenta, considerata non sit.*

94 Sin embargo, de que quiera arguirse, ex id nititate rationis, el gravamen impuesto à ciertas, y expresadas personas, repetido en las que no se expresaron, y que por esta razon deven extenderse à la hija de Don Juan, y sus descendientes, aunque succedan por el tercer llamamiento, sin que esta diversidad influya diferencia, ex Roxas de Incompat. part. 4. cap. 2. n. 51. D. Larrea decis. 51. n. 17. D. Castillo lib. 5. controuv. cap. 181. n. 8.: de estas doctrinas, no se legitima el argumento, antes se comprueba lo arriba expuesto, de no deverse entender repetido; pues el señor Castillo al n. 5. dice así: Vnde, casus omissus à Testatore, Institutorevè Majoratus, habetur pro expresso, subsistente eadem ratione generali, & substitutio facta in uno casu, trahitur ad alium, quando ratio diversitatis reddi non potest: & n. 6. ibi: Et verè, ratio finalis, & generalis ostendit, quid dicendum, statuendumque sit, in alijs casibus, & respectu aliorum, qui alias succederent, quando casus ipsi ex eadem causa, & ratione dependent, nec differentie ratio reddi potest, idque tam in hominis, quam in legis dispositione.

95 Tanta es la diferencia en nuestro caso, como ser el segundo llamamiento qualificado, y el tercero regular; y propriissima la providencia de el gravamen, puesta en aquel, para suplir la artificial aperecida agnacion, por ser natural el gravamen al llamamiento, y al contrario, violenta en el regular, con que dice resistencia la pretendida repeticion; y solo pudiera hacerse lugar, si el gravamen se huviera impuesto à los hijos de las hijas de Don Juan, pretendiendolo repetido en los hijos de las de D. Pedro, que no siendo disimil el llamamiento, no podria señalarse razon de diferencia, como comprehendidos en una misma classe, y substitution; y sin embargo de militar en esta segunda classe la identidad de razon, no se contentò con referirse del uno, al otro llamamiento, si que formalmente repitiò el gravamen à los hijos de las hijas de Don Pedro, que tenia impuesto à los hijos de las hijas de Don Juan. El señor Larrea, y Roxas, hablan de una incompatibilidad Real, para el concurso de dos Mayorazgos en una linea; y admiten la repeticion, ò extension, por no ser en tal caso odiosa, ni exorbitante; cuya razon no es adaptable al nuestro, como antecedentemente se ha fundado; ni en terminos de identidad de razon, puede estimarse en este Reyno, ex tradd. à D. Casanat. *conf. 4. n. 150.*

96 Arguyendo *à paritate*, se dice en contrario: que en los terceros llamamientos, en que *simpliciter* està contemplada la hija, sus hijos, y descendientes, deveria suplirse la calidad de uno, en otro, para que en Doña Francisquina fuesse perpetuo el Mayorazgo, ò se seguiria aver tenido los bienes libres; y que admitida la repeticion de uno, en otro, en la tercera substitution igualmente se debe admitir la repeticion de el gravamen de una substitution à otra: A que se responde, que, aunque por si sola, es bastante la tercera substitution à inducir Mayorazgo, ex *Molin. de ritu nuptiar. lib. 2. q. 24. n. 70. Barbosa. vot. 72. n. 8. Pegas de Majorat. cap. 4. n. 84.* no se trata de ello; antes se presupone fundado en las antecedentes, en cuyo supuesto vãn invisceradas, como connaturales à la fundacion del Mayorazgo; siendo muy distinto suponerlas repetidas, como necesarias à la perpetuidad, que querer repetido un gravamen, que no influye para ella, es odio-

odioso, y violentísimo, *Tex. in §. Disponat, Authen. de Nupt. § in § 1. Authen. de hered. § falcid. Thulc. Lit. D. concl. 485. Roxas de incompat. p. 4. cap. 1. n. 4. D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 6. n. 38*: De que resulta, que el gravamen de nombre, y armas, impuesto en la segunda classe de llamamientos, no puede entenderse repetido en la tercera, en virtud de la que, sucedió Doña Francisquina, libre de él, y todos sus descendientes en el progreso.

97 Menos vigorosa es la consideracion, de que à no entenderse repetido el gravamen, se seguiria el absurdo, de que los mismos Don Juan Gil, y Don Gonzalo, *num. 14. y 15.* podrian suceder sin esta obligacion, estando sujetos à ella, con la pena de privacion, en la segunda classe de llamamientos: este argumento, lo seria, en el supuesto, de que unas mismas personas fuesen las contempladas en ambas classes, y substituciones; pero no es así: pues en la segunda, solo están contemplados baxo los nombres de hijos, y descendientes varones de las hijas de Don Juan, y Don Pedro, los artificiosos agnados, en la forma, y con las mismas calidades, que en el primer llamamiento se comprehendieron los hijos, y descendientes varones por recta linea masculina, sin otro aditamento, que el de llevar el nombre, y armas, sin mixtura, los que sucedieren por el segundo; y hallandose fundada la ficticia agnacion, solo podian suceder con intercalacion de una hembra, *Cardin. de Luc. de fideicom. disc. 241. n. 5. § disc. 28. n. 8. § dixi sup. num. 68.*

98 La tercera classe de llamamientos comprehende, no solo los descendientes de una hembra, si à las mismas hembras, sus hijos, y descendientes, sin diferencia de sexo; y así, aunque algunas de las personas contempladas en la segunda classe, tengan vocacion en la tercera, es distinto el llamamiento, que las incluye; y deviendo atender à la calidad de este, prescindiendo de las personas, que comprehende; de aqui nace, que aviendo verificado la classe de substitucion regular, expresada literalmente por el Fundador, por esta regla ayan de suceder, sin el gravamen de la segunda substitucion.

99 Excitase nueva obgecion, intentando persuadir, que
aun-

aunque succedió Doña Francisquina, por no aver verdaderos, ni artificiosos agnados, en la vacante, que causó la muerte de D. Pedro, *num. 5*, luego que nació Don Juan Gil, *num. 14*, se le deviò deferir la successiõ por varon; y hallandole incapaz, por la incompatibilidad del Mayorazgo de Fuentes, se deviò deferir à Don Gonzalo, *num. 15*; y que Doña Francisquina succediò revocablemente, hasta tanto, que huviesse varon, en quien empezasse la linea de agnacion artificiosa. Pero como la successiõ de los Mayorazgos, en qualquier vacante, no puede estàr pendiente, si que incontinenti passa, *ministerium legis*, al inmediato, *L. Omnia 32. §. In fideicom. ff. de legat. 2. L. 1. §. Proximum, ff. unde cognat. L. Cum pater 77. §. Hereditas, ff. de legat. 2. L. 1. §. Scindum in fine. L. Si Titius. L. Item Prator, ff. de suis, & legitim. L. Si quis, §. 1. ff. de injust. rup. L. 34. ff. de legat. prestand. L. Generaliter, §. Si homini, ff. de fideicom. libert.* en los Tribuna-
les de España, segun la practica, se halla desestimada dicha obge-
cion, D. Molina de Primog. lib. 3. cap. 10. & ibi Add. D. Solorza-
no de Iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 2. n. 32. Molina de Rit. Nup-
tiar. lib. 3. q. 29. n. 84. Paz de Tenuit. tom. 1. cap. 34. num. 27. D.
Larrea tom. 2. decis. 51. n. 32. ibi: *Cum successio Majoratus, non possit esse in pendentii, habilitas, tempore delate successiõis, consi- deratur, ut neque precedens, aut subsequens aptitudo, aliquid pro- desse possit, Roca disput. iur. tom. 1. cap. 42. n. 34.*

100 Apoya este concepto, el señor Olea de ces. jur. tit. 3. q. 4. n. 32. ibi: *Si facta cessione Majoratus, proximior, qui pos- tea natus fuit, excluderet eum, qui semel fuit admissus; eveniret, ut medio illo tempore dominium vacaret, & in pendentii esset, quod nature Majoratus repugnat, qui neque per momentum vacare potest, sed statim acta veloci legis possessorem querit, eum scilicet, qui tempore delate successiõis proximior invenitur: deviendo se en el, y en toda su linea continuar la successiõ, en tanto que aya personas capaces; sin que sea de consideracion, el que despues de deferida, sobrevenga circunstancia, ò qualidad, que à existir al tiempo de la vacante, huviera sido impedimento, para transfe- rirse. Idem cit. loc. sub n. 16. ibi: *Nec in consideratione habetur major proximitas, vel qualitas superveniens, ut excludat eos, qui**

se-

semel successerunt: siguiendose de lo dicho, que aviendo caducado el llamamiento de los hijos varones de las hijas de Don Juan, por no existir al tiempo de la vacante, quedò eternamente caduco, aunque despues naciesse varon de la hija, *ex traditis à Cardin. de Luca de fideicom. disc. 70. n. 7. Et latissimè à D. Casanate conf. 26. ex n. 16. usque ad 22. Menoch. tom. 4. conf. 315. n. 25. Surdo tom. 3. conf. 316. n. 17. Mieres de Majorat. tom. 1. part. 2. q. 6. n. 151. D. Castillo controuv. lib. 5. cap. 91. num. 28. D. Olea de ces. jur. tit. 3. q. 4. n. 19. ibi: Cui simile est, fœminam semel admissam, propter defectum masculorum, non excludi per masculos postea natos.*

101 El mismo Card. de Luca de fideicom. discurs. 11: propone la question: si en tanto, que aya esperanza de la existencia de varones, ha de ser admitida la hembra, y aun admitida, se ha de excluir, por la supernascencia de ellos, haciendose cargo, de que en este caso, avia de quedar pendiente la sucesion, aviendo esperanza, ò potencia de procrear varones la misma muger admitida? Y reconociendo irrisoria, y fabulosa la duda, en consideracion, de que si se admitiesse la revocabilidad, el llamamiento de las mugeres, solo tendria efecto subsistente, quando fuesen Monjas Professas, ò viejas incapaces de tener hijos, dice: *Verum fabule species videbatur, istam conclusionem ad hanc facti speciem applicare, quoniam, ita esset inhabilitare omnes fœminas habiles ad filiorum procreationem, atque solum admittenda venirent Moniales Professa, vel senes de filiorum procreatione desperare, quod esset maximum absurdum.*

102 Y es la razon, porque en los Mayorazgos, la capacidad, y concurso de qualidades, se ha de atender al tiempo de la vacante, D. Molina de Primog. lib. 3. cap. 10. à n. 10. Bell. conf. 72. n. 50. D. Olea de ces. jur. tit. 3. q. 4. à n. 4. D. Sessè tom. 3. dec. 254. n. 173; sin que las que sobrevinieren, sean de merito; pues la deficiencia de calidad al tiempo de la vacante, extingue el llamamiento anterior, sin esperanza de instaurarse, ni revivir, ex Fusar. de subst. q. 318. à n. 57. Et n. 63. ibi: *Septimo, quando quis est vocatus ad successionem, si semel successit, vocatio, Et substitutio extinguitur, si nullus alius extat tempore delate suc-*

cessionis, qui possit succedere, *L. cum in testam. in prin ff de hered. instit. Et in L. f. Mater, §. 1. de vulg. Et pupil. Et substitutio, si mel extincta, amplius non reviviscit, L. qui res, §. aream, ff. de solut. Sea tempore delati fideicommissi nati successerunt; ergo quoad postea natos, substitutio evanuit, Et est extincta.*

103 Corfuman, terminantemente, esta opinion de la irrevocabilidad, Mieres de Majorat. part. 2. q. 6. a n. 149. y el señor Molina de Primog. lib. 1. cap. 13. num. 36. ibi: *Hac autem limitatio sub intelligenda est: quando tempore delate successionis, nepos ex filio primogenito furioso natus invenitur: secus autem, si eo tempore natus non sit. Quāvis enim postea nascatur: secundogenitus, cui jam Majoratus successio delata, atque acquisita erat propter ejus existentiam non excludetur; siendo tan estimado el dictamen de este Autor, que se estableció por regla en el Consejo de Napoles en favor de la successio irrevocable, Franchis decis. 169. n. 25. ibi: Super quo dixit unus ex Dominis, quod licet valde laborasset in perquirendis rationibus, hinc inde, pro veritate indaganda, Et aliqua scripsisset; quod nihilominus, postea ei visum fuit nihil fecisse, quia reperit D. Ludovicum Molina lib. 3. cap. 10. de Hisp. Primog. Qui præceteris examinatus, Et videtur octo validissimis fundamentis huic opinioni adherere, quam Sacrum Consilium sequutum fuit in mense Novembris anni 1577; Et licet decrevissem hanc decisionem aliter non scribere, quia dictis per D. Lud. nihil addi potest, eam tamen scripsi, ut sciatur quid judicatum.*

104 Reconociendo, quan dificultosa sea la revocabilidad, por incurrir en el escollo, de dever estar pendiente la successio, se acogen à distinguir los Mayorazgos de Castilla, suponiendolos fundados con facultad Real, y sin ella los Fideicomissos de Aragon, queriendo influya en aquellos la disposicion de la Ley 45. de Toro, y destituidos à estos de disposicion legal, que por su ministerio transfiera inmediatamente la successio en el contemplado: pero esta diferencia ideada de Mayorazgos, no merece aprecio; porque en Castilla, igualmente que en Aragon,

se fundan con sola la voluntad del Instituyente, sin la Real facultad; lo que sucede otorgandola los Colaterales; ò los Padres en la legitima, de consentimiento de los hijos, ex D. Molina de Primog. lib. 2. cap. 3. per tot. & ibi Add.; ò del tercio, y quinto, ex Leg. 11. tit. 6. lib. 5. recopil.; y procede la disposicion de dicha Ley 45. de Toro igualmente en los Mayorazgos fundados sin facultad Real, que en los instituidos con ella, D. Covar. var. resol. lib. 3. cap. 5. n. 6. D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 1. n. 25. & lib. 3. cap. 13. n. 62. & ibi Add. Gutierrez pract. lib. 2. q. 86 & 87. per totam. La misma disposicion de la Ley 45. de Toro en Castilla, es en Aragon la del Fuero Cobdiciando de Apprehensionibus; pues en su virtud passa la possession al inmediato successor, ipso Foro, Suelves in Cent. cons. 37. per totum, & precipue n. 5. & Semisent. 2. cons. 33. n. 16. & 17. ibi: Et quia possessio Instituentis Majoratum, vel fideicommissum, Fori ministerio, in omnes vocatos transfertur. D. Selsè de Inhibit. cap. 6. §. 1. num. 23. & 24. & tom. 1. decis. 67. Portol. ad Molin. §. Apprehensio 1. n. 37. & seqq. y aun defienden mas poderosa, y eficaz la continuacion de la possession al inmediato, en fuerza de este Fuero, que de la Ley de Toro. Con que se excluye el pendulo, y pretendida suspension, D. Castill. lib. 5. controu. cap. 91. n. 50. ibi: Et ex ea causa, possessio non potest esse in pendenti, ubi datur continuatio.

lib. 105. Siempre que por la fundacion està prevenido, se succeda de uno en otro integramente, prefiriendo el primogenito, en Aragon, y en todas partes, sale de la esfera de fideicomisso sencillo la disposicion, y passa à la de Mayorazgo, por convenirle su definicion, D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 2. n. 22. ibi: Majoratum esse, jus succedendi in bonis, ea lege relictis, ut in familia integra perpetuò conserventur, proximoque cuique primogenito, ordine successivo deferantur; à diferencia del fideicomisso sencillo, en el que todos los de igual grado son admitidos, sin que el varón segundogenito excluya à la hembra primogenita, D. Molin. cit. loco n. 8: en este supuesto se ha de conferir, para constituir diferencia, solo adaptables à las disposicio-

ciones fideicomissarias de Aragon, las reglas del fideicomisso sencillo, y que por ellas han de succeder todos los que obtuvieren igual grado, sin distincion de sexos, ni exclusion de uno à otro, *quod abhorret aures*; ò que se ha de regular por las de fideicomisso primogenial, que en vez de distinguirse, es el llamado en Castilla Mayorazgo, por ser voces sinonimas, ex D. Molin. *ubi proxime n. 17. ibi: Ex quibus omnibus comprehendere potest, quantum ab horum Majoratum principijs, deviarit Celsus conf. 93. n. 4. Et conf. 117. n. 4; ubi proficitur, non posse fieri Majoratum, absque Regia licentia: :: adjiciensque, quod in Regnis Aragonie, Majoratus non practicantur; ex eo, quod absque Regia facultate fieri soleant*: siendo consiguiente, que à los Mayorazgos, ò fideicomissos de Aragon, se adaptan las reglas propias, y peculiares de Mayorazgo, y no las de sencillo fideicomisso, del que habla el Derecho comun, que no conociò el primogenial, D. Molin. *lib. 1. cap. 1. n. 8*: Ademàs, que en Aragon, por ser todas las substituciones directas, ex Molin. *verb. Apprehen. fol. 25. col. 2. Portol. verb. Heres, n. 67. D. Casanat. conf. 4. n. 288*. se transfiere la possession al inmediato successor, *ministerio legis*, sin la menor demora.

106 No es aplicable, contra la irrevocabilidad, que defendemos, el *conf. 125*. de Surdo, por ser su hipotesis del todo distante de nuestro caso; pues en aquel, fueron llamados los hijos, en su defecto la madre, y por su muerte unos parientes del Testador; de forma, que nacidos los hijos despues de introducida en la succession la madre, no tenian otro llamamiento para succeder, por lo que à los *num. 14. y 15.* infiere, que preferidos por el Testador los hijos à la madre, en oposicion de los parientes, debe creerse, quiso preferirlos, aunque naciesen despues: en nuestro caso, tienen los hijos de Doña Francisquina la entrada expedita à la succession, por el llamamiento regular, que los habilita, con las ventajas de indemnizados del gravamen de nombre, y armas, impuesto en la segunda substitucion; y así ningun perjuicio se les sigue de la irrevocabilidad.

107 Y aunque Torre de Majorat. *part. 1. cap. 25. §. 22.* inclina à la revocabilidad, queriendo se haga lugar en los Ma-

yorazgos de España, dando por arbitrio (para salvar la dispo-
 sicion de la Ley 45. *Tauri*, que excluye el pendulo de la poses-
 sion) que se admita al inmediato baxo la caucion *de restituendo*
bona cum fructibus, al que naciere con mejor derecho: en el mis-
 mo cap. §. 19. n. 210. (si la condicion, de que està pendiente el
 segundo llamamiento, es verificable en tiempo determinado)
 entiendo, deberse atender al instante momentaneo, à que vâ
 unida; à diferencia, de quando la condicion es successiva, è in-
 determinada, que en qualquier tiempo, que se purifique, obrarâ,
 sin embargo de lo sucedido en el intermedio; y al num. 215. li-
 mita, ibi: *Dummodo, non adsint in dispositione, dictiones relati-
 ve, & resolutiva, ad tempus precisum successionis, ut sunt dic-
 tiones tunc, & eo casu*; cuya explicacion, es confirmatoria de
 nuestra opinion, por concebirse, è ir unidos todos los llama-
 mientos al tiempo de la muerte del Posseedor, y al caso preciso,
 de no aver persona hàbil de las contempladas en las substitucio-
 nes, respectivamente al tiempo de la vacante: reiterando su dic-
 tamen en el §. 20. n. 218. hablando de las condiciones negati-
 vas; pues, no obstante ser el efecto de ellas excluir, en tanto que
 aya esperanza de poderse verificar, dice: *Idque procedit, quan-
 do hac conditio negativa, est indefinita, & indeterminata, nul-
 lam habens clausulam restrictivam ad obitum possessoris*; y en el
 §. 21. n. 242. ibi: *Et quod opinio Molina Theologi sit magis ve-
 ra, quando dispositio fuit concepta cum conditione negativa, non
 restricta ad tempus mortis.*

108 Tampoco hace à favor de la revocabilidad, con
 que en contrario se intenta persuadir succedió Doña Francisqui-
 na, lo expuesto por Roxas de *Incomp. part. 5. cap. 2*; así por-
 que, propende à la revocabilidad, quando el llamamiento se con-
 cibe baxo condicion negativa indefinida, en cuyo caso, siempre
 que se verificasse, tendria su efecto la condicion; como, quando
 constasse, que el Fundador apeteciò alguna qualidad; verifica-
 ble perpetuamente en el successor, que faltando, se diferiria re-
 vocablemente la succession, hasta tanto, que sobreviniesse en
 el excluido por su defecto, *ut videre est dict. cap. 2. à num. 75*:
 en cuyos terminos es comprobante de aver succedido irrevoca-

blemente Doña Francisquina, como unica persona hàbil, al tiempo de la vacante, por deberse verificar la aptitud al preciso evento de la muerte, segun la letra de la fundacion.

109 Los mismos argumentos, que con Surdo, Torre, y Roxas se proponen, para persuadir pendiente, ò revocable la succession, y podrán comprobarse con otros Autores, no desvanecen la proposicion sentada, de aver sucedido irrevocablemente Doña Francisquina; porque todos hablan precisamente, en terminos de ser el llamamiento de las hembras, subsidiario, è interino: de concebirse baxo condicion negativa, indeterminada: ò quando por essencia (segun la investidura de Feudos) ò por naturaleza de los Mayorazgos, en fuerza de expresa voluntad del Fundador, siempre, y en todo tiempo conservan la qualidad, sin que por la intercalacion de hembra, se altere el concepto de masculinidad, absolutamente apetecido, Torre de Majorat. part. 1. cap. 25. §. 21. n. 236. ibi:

110 *Ego ve, ò, bene perpensis DD. de materia loquentium auctoritatis, arbitror, etiam in terminis primogeniturae Hispaniae, esse distinguendum. Vel loquimur de primogenitura propria, ad quam, ad formam, & ibenorem L. Taur. admittantur femina post masculos, cum pralatione gradus dumtaxat, vel etiam cum conditione, quod femina sint exclusae, etiam per masculos remotiores; & tunc ego teneo, quod post ademptam possessionem à femina, ob masculorum deficientiam, non sit amplius reintegrationi locus, ad favorem masculi postea nati, nam re vera in primogenitura, habilitas attenditur de tempore mortis possessoris, nec manent in suspensio, nisi constet de contraria voluntate disponentis; & in his terminis mihi placet opinio à Mieres, Molina, Castillo, & aliorum supra allegatorum, tenentium, habilitatem supervenientem non esse attendendam, ad hoc, ut possessor privatus possit primogenitura, jam acquisita, attentis praecipue legibus illius Regni, dictantibus, primogenia illico acquiri successori, suam, absque ullo facto vocari, irrevocabiliter, ut plene, ultra supra relatos, fundat Paz de Tenut. cap. 35. n. 4. Nec refert, quod agatur de successiva dispositione, invitante, tam natos, quam nascituros, ob idque videantur vocari etiam illi, qui postea nasc-*

cerentur, habentes qualitatem à Testatore consideratam, quia ut bene observat idem Castillo d. cap. 91. n. 42. vers. Sic etiam, id operatur effectum in simplicibus Fideicommissis, & Majoratibus Italicis, non verò in Hispanicis, in quibus habilitas restringitur ad tempus mortis possessoris, nec alias habetur ratio de illis, qui alio tempore erunt habiles ad succedendum. Y al num. 238. ibi: Vel sermo est de primogenitura qualificata, in qua de mente Testatoris, appareat voluisse excludere successores, non habentes certam qualitatem, vel suspendere effectum, donec aliquis habilis nascatur, & tunc, si vè agatur de primogenitura Italiae, si vè Hispaniae, dispositio stabit in pendenti, donec nascatur habilis, nec ei obesse poterit, quod fuerit immissa persona in secundo gradu vocata, quia, hoc non obstante, tenebitur restituere possessionem, masculo postea nato, vel habenti qualitatem à Testatore desideratam; & ea est ratio, quia, ubi habemus certam, & expressam Testatoris voluntatem, eam proculdubio observare debemus.

111 : Tan expresa à nuestro intento es esta doctrina, que no dexa duda à la subsistencia de los fundamentos, con que se ha probado la succession irrevocablemente en Doña Francisquina, en virtud del tercer llamamiento regular, formado en la Capitulacion Matrimonial, por no contener el primero de agnacion verdadera, y el segundo de artificial, ò fingida, qualidad que influya à la succession revocable del tercero; antes si expresa literal, y cierta voluntad, que debe observarse; y de conseqüente, que se continuo baxo la misma regla, y vocacion regular, en Don Juan Gil, num. 14, y hasta el Conde de Aranda, num. 62; siendo una misma la razon, aun quando el segundo llamamiento se considerasse de masculinidad sencilla, para la irrevocabilidad de la succession de Doña Francisquina, por no aver al tiempo que se la desirio, persona capaz, que se la excluyesse.

112 La Sentencia Arbitral, pronunciada por Don Juan Fernandez de Heredia, y Doña Francisquina de Bardaxi, su muger, num. 10. y 11. Memor. ajust. sup. 12. fol. 53, en virtud de la que, y Mayorazgo, que suponen fundado en ella, pretenden la succession del Condado de Castelflorid, la Condesa de Contamina, y Marqués de Barboles; es un titulo sumamente desestima-

mable, assi por su nulidad, como por la falsa causa en que estri-
va, quando pudiera decirse válido.

113 Tiene contra si, como influxo de nulidad, averse
deferido la determinacion de las dudas, de que se hizo presupues-
to en el Compromis, à Doña Francisquina, en quien, por su se-
xo, concurrió legal prohibicion, para exercer el oficio de Arbi-
tratiz, *ex text. in L. Sancimus, C. de recept. Arbitr. ff. cum Prae-*
tor, §. 2. vers. Moribus, ff. de Judic. L. 1. de recep. qui arbitr. el
ser Compromitentes, entre otros, Don Juan, num. 17, D. Fran-
cisco, y Don Miguél, sus hermanos (que no están en el Arbol)
y Don Gonzalo, num. 15, todos menores de veinte años, que
por el defecto de edad, no pudieron comprometer, *L. si Pupil-*
lus, ff. de recep. qui Arbitr. Molina de Just. & Jur. tom. 4. tract.
5. disp. 40. n. 8: sin que se supla esta nulidad con suponerse la
licencia de Juez, para el otorgamiento del Compromis, no apa-
reciendo en él, justificados los motivos, *ex For. in tit. Ut minor*
25 annor. Ramir. de Lege Regia, §. 28. à n. 7. ibi: Lex nam-
que, dicendo, quod minor 20. annorum non possit obligari, nisi ta-
libus requisitis intervenientibus, aufert ab eo omnem potestatem,
tám de jure, quàm de facto; y aunque el Notario de fee de ella,
no exiviendose original, no debe ser creído, Suelves *cons. 76.*
n. 4. ibi: Et licet Notarius de eo asserat: non sufficit; Notario
enim non creditur, &c. y al num. 5. ibi: Quare, non creditur No-
tario asserenti, in Feudi alienatione assensum Regium intervenisse:
Nec eidem creditur, asserenti in Instrumento alienationis rei
Ecclesie, tractatum cum causa cognitione intervenisse: & punc-
tum, quod & si Notarius in Instrumento venditionis attestetur,
fuisse interpositum decretum à Judice, cum causa cognitione, ob
etatem minorem, non credatur illi.

114 Concorre tambien, la de ser bienes de Mayorazgo,
sobre cuya successión no puede comprometerse, ni transigirse,
D. Molin. de Primog. lib. 4. cap. 9. à n. 7. & ibi Add. Peregrin.
de Fideicom. art. 40. à n. 119. Morla in *empor. jur. tit. de tran-*
sact. q. 3. n. 4, procediendo lo mismo, quando siendo los bie-
nes quantiosos, es la duda, si están, ò no sujetos à Mayorazgo,
Valer. de *transact. tit. 4. q. 2. n. 5. Urceol. de transact. q. 50. n.*

47. D. Cañillo *lib. 8. controu. cap. 36. §. 2. n. 70.* Torre de Majorat. *tom. 3. decis. 45*, por correr à una el Compromis, y Transaccion en este assumpto, Gomez *in leg. 40. Tauri*, num. 86. Morla *ubi sup.* Urceol. *de Transact. q. 23. n. 16*, y mas en nuestro caso, pues por la Sentencia Arbitral se sacò la succession del Mayorazgo, à perjuicio del interese de los menores, de la linea primogenita, incurriendo en dos prohibiciones, de la Ley, y del Fundador, en cuyo concurso son enagenables los bienes, aun en los casos *simpliciter* permitidos, D. Cañillo *decis. 18. n. 16. ibi: Sed tanto magis predicta procedere debent, stante duplici prohibitione, legis, & hominis: legis, quia agitur de re stabili minoris: & hominis, stante prohibitione Testatoris; quo casu, stante duplici prohibitione, non potest fieri huiusmodi alienatio, etiam in casu à jure permissio, & n. 26: Nec isto casu, decretum Judicis, aliquid operatur, ex quo denegatur ei potestas, in hoc casu interponendi decretum.*

115 Y aunque cessasse el obstaculo de la calidad de las personas, nunca pudiera decirse válido el Compromisso, no siendo sobre causa dudosa, y pleyto pendiente, Surdo *decis. 185. à n. 9.* Urceol. *de Transact. q. 3. à n. 21. & q. 50. n. 1*; y en el presente, ni le avia, ni podia averle: no consta que le huviesse, por no ser bastante, que las Partes, y Arbitros expressassen lo contrario, Surdo *ubi sup. idem Urceol. cit. loc. & q. 61. à n. 2*; no podia aver Pleyto, por estàr Doña Francisquina poseyendo pacíficamente el Mayorazgo, y durante su possession, cessava el riesgo de excitar litigio los successores, Gomez *dicta Leg. 40. Taur.* Garcia de Nobil. *gloss. 14. n. 13.* Fontanel. *decis. 156. n. 20.* D. Molina *de Primog. lib. 3. cap. 14. à n. 17*; y menos, no concurriendo para la Sentencia Arbitral, la buena fee, que se requiere, sin colusion, ni otra economica providencia, ò conveniencia voluntaria, que son los terminos en que los AA. estrangeros la admiten legitima en sus Provincias, Luca *de Fideicom. disc. 170. n. 3. & in Fideicommissor. suma, n. 286. vers. Adhuc.*

116 No contiene el Compromis, y Sentencia Arbitral, alguna de las circunstancias, que pudiera validarle; antes, si se

ofrece à la vista, averse otorgado aquel voluntariamente, por dictamen, y contemplacion de los Padres Arbitradores; lo que se evidencia del Testamento de Don Juan, num. 11, otorgado tres años antes de la Arbitral, *Memor. ajust. fol. 146*, por el que parece aver legado à su hijo Don Gonzalo, num. 15. los bienes litigiosos, siguiendo la voluntad de Doña Francisquina, su mujer; y contemplando poco segura esta disposicion, se captò la voluntad de Don Juan Gil, num. 14, su primogenito, para el otorgamiento del Compromisso, con la esperada donacion, que despues practicò Doña Francisquina en el mismo dia que se pronunciò la Sentencia Arbitral, que fue en 23. de Abril de 1504, expresando en aquella, que por su amor avia renunciado dicho Don Juan Gil en su hermano D. Gonzalo ciertos grandes derechos, que tenia en la Baronia de Antillon, Lugares de aquella, y otros que poseia, *Memor. ajust. sup. 13. fol. 55*, haciendose lugar (sobre la ninguna proporcion de los bienes donados, à los que comprehendiò la renuncia) la civil sospecha de ser contracto entre Padres, è hijos, que califica la simulacion, ex D. Amaya in leg. 11. n. 50. Cod. de Jur. Fisc. y mas resultando otorgado el Compromis, dos dias antes del pronunciamiento de la Sentencia, cuya intermediacion manifiesta la premeditacion de aquella.

117 La causa, y supuesto en que fundò el Compromis, fue la incompatibilidad de este Mayorazgo con el de Fuentes; y que sea falsa, queda demostrado antecedentemente, haciendose consecuencia la desestimacion de la Sentencia, aunque fuese contenciosa, Surdo tom. 2. conf. 268. n. 15. & 26. & conf. 298. n. 18. Graciano discept. forens. tom. 3. cap. 408. n. 2. D. Salgad. in Labyrinth. credit. part. 3. cap. 1. n. 88. D. Olca de Cef. Jur. tit. 8. q. 1. n. 5. Utteol. de Transact. q. 20. n. 33. D. Valenz. tom. 1. conf. 69. n. 88; y aun en el supuesto de la incompatibilidad, despues de aver sucedido Doña Francisquina, no pudo deferirse la succession à Don Gonzalo, porque seria personal la incompatibilidad, por dirigirse el gravamen, à que no se confundiesen la memoria, nombre, y armas de Bardaxi, con la mezcla de otras, ex Roxas de Incomp. part. 7. cap. 6. n. 54. ibi: Secus ta-
men

men erit, tam in dispositione hominis, quam legis, si ea causa, & ratio prohibitionis non moveat Institutorem, sed solummodo, ne ejus memoria, nomen, & arma confundantur, vel suprimantur, aut obumbrentur cum alio Majoratu; tunc enim prohibitio censeri debet personalis, & ejus ratio non militat in persona filiorum, nec in alijs, qui alium Majoratum in actu non possideant, cum nec sufficiat in habitu possidere. Luca de lin. finit. art. 9. & n. 29. Torre de Major. part. 1. cap. 38. §. 3. n. 60. Franch. decis. 169. n. 24. Fontanel. decis. 369.

118 Diríase lineal la incompatibilidad, ex Leg. 7. tit. 7. lib. 5. Recop. Roxas cit. loc. n. 53. & Luca n. 48, quando el Fundador prohibiese la union, y concurso de su Mayorazgo en la persona que otro posea, o quando explicasse el deseo de atender à la congrua sustentacion de otra familia, o à levantar, y formar otra casa; y estas reglas no tienen lugar en nuestra disputa, por ser la prohibicion sola, y derechamente respectiva à la mezcla de nombre, y armas, circunstancia, que convence ser personal, y no real, por no concretarse à los Mayorazgos, ni manifestar deseo de la sustentacion de otra familia, y formacion de nueva casa, Luca cit. loc. n. 38. Roxas ubi supra n. 51. Aguila ad Roxas. D. Solorz. de Jur. Indiar. lib. 2. cap. 19. D. Olea in adit. ad tit. 3. q. 4. n. 7. Y aun considerada, sin perjuicio de la verdad, lineal, la incompatibilidad, no se hace lugar la sucesion de Don Gonzalo en el Mayorazgo de Castelflorid; porque como Don Juan Gil, num. 14, tenia formadas sus lineas diversas, y aun contrarias unas de otras, en Don Juan, num. 17. Don Francisco, y Don Miguel (que no están en el Arbol) ex Luca de Fideicom. disc. 27. n. 8. ex Roxas cit. loc. n. 5, pudo verificarse la sucesion de Castelflorid en qualquier de ellos, y no passar à Don Gonzalo su Tio: infiriendose de lo dicho, que la Sentencia Arbitral, así por la colusion, y simulacion con que se pronunció, como por la falsa causa, è injusticia, que contiene, es notoriamente nula, y no puede producir efecto alguno valido.

119 No influye para validar la Arbitral, la Sentencia, pronunciada en el Pleyto de Don Martin de Bardaxi, num. 34, en que se declaró este Mayorazgo incompatible, con el fundado por

por Gabriel Sanchez, por hallarse en ambos el gravamen de nombre, y armas sin mixtura; yá porque en punto de Mayorazgos la Sentencia solo hace ley, con el legitimo contradictor, y contra los que por medio de él derivan su derecho, D. Molina de *Frimog. lib. 4. cap. 9. n. 11.* Molina de *Just. & Jur. tom. 3. tract. 2. disp. 647. n. 6.* Pinel. de *bon. matern. lib. 1. p. 3. n. 50.* D. Castill. *controv. lib. 5. cap. 157. n. 28.* Add. ad Molinam de *Frimog. lib. 4. cap. 9. n. 11*: yá porque para que sobre la Sentencia sus efectos, es precisa la concurrencia de identidad de personas, *verè vel interpretativè, ex tot. tit. ff. & Cod. de re judic.* y en nuestro caso no concurre, por no aver litigado, ni derivar su derecho de aquellos Contendores, el Conde de Aranda; por lo que no puede obstarle, D. Valenz. *tom. 1. cons. 69. n. 203. & 204. ibi: Ad presens deficiunt due idempnitates essentielles, ex requisitis à jure, una personarum, cum diversa sit persona dicti D. Inrissi ab illa D. Petri, ut est notissimum; hujus idempnitatis defectus, maxime consideratur ad excludendam rei judicate exceptionem.*

120 Falta tambien la identidad de causa, para que sobre la excepcion de aquel Juzgado, pues el Conde de Aranda pretende la succession de este Mayorazgo, en fuerza de la tercera classe de sus llamamientos, en que fueron contempladas las hembras, y sus descendientes; y en aquel Juicio solo se tuvo presente la vocacion de los hijos varones de las hijas, con el gravamen de nombre, y armas: en cuya inteligencia, aunque derivase su derecho de los Contendores en aquella causa, no le obstaría el Juzgado, por ser distinta la de su inclusion, *L. filius, ff. de bonis libert. L. Tutor. §. 1. ff. de excus. Tutor. Mier. de Major. tom. 2. p. 4. q. 14. n. 11.* D. Castill. *lib. 5. controv. cap. 157. n. 29. ibi: Sententia autem ipsa non noceret, quando is, qui denuò litigare vult, alio jure veniat ad litem.* Neguerol *Alleg. 25. n. 158*; y mal podia disputarse, interponerse pleno conocimiento, ni causarse Juzgado, no aviendose tenido presente esta tercera classe de llamamientos, Giurb. *decis. 61. n. 5.* Fontan. *tom. 2. decis. 378. n. 5.* Cancer. *tom. 2. variar. cap. 16. n. 82.* D. Salgad. in *Labyrinth. p. 3. cap. 1. n. 99.*

121 Aumentase à lo dicho, que aun la libertad faldò à los

Los Litigantes en aquel Pleyto, para fundar su derecho en esta tercera vocacion; porque siendo descendientes de Don Gonzalo, *num. 15*, su misma pretension hubiera servido de reconocimiento del mejor, y prelativo derecho de los descendientes de Don Juan Gil, *num. 14*, y merito para su repulsa, por deber confesar incompatibles los dos Mayorazgos, sentado el supuesto, de tener ambos el gravamen de nombre, y armas sin mixtura: haciendose evidencia no influir, como obstativo, al Conde de Aranda, aquel Juzgado, por no concurrir las tres identidades, *rei, persona, & causa*.

122 La prescripcion, con que la Condesa de Contamina, y Marqués de Barboles quieren abrigar, y suplir la infelicidad de la Sentencia Arbitral, resistiendo el arranque de la envejecida intrusa possession de su linea, padece iguales objeciones de insubsistencia, que aquella: no negaremos, que la prescripcion es un remedio introducido por el Derecho, para despertar dormidos, y agitar descuidados, ocurriendo à la quietud publica, *ne dominia rerum in incerto sint. L. 1. ff. de Usucap. L. ult. ff. pro Socio*: De aqui nace, que no corren sus providencias contra *impeditos agere*, como son los contemplados à la succession de los Mayorazgos, por no tener accion expedita, ni poderse increpar de morosos, hasta la verificacion de sus llamamientos, Fontanel. *de pact. tom. 1. claus. 4. glos. 7. n. 67. & decis. 82. n. 15. Peregr. de Fideicom. art. 41. n. 16*; sin que la omission del antecesor perjudique à los successores, que vienen *jure proprio, & non representationis*, Fontan. *d. decis. 82. n. 15. Torre de Majorat. tom. 1. cap. 7. n. 74. D. Larrea tom. 2. decis. 53. n. 34.*

123 Que ni la centenaria, ni inmemorial prescripcion, se hagan lugar en bienes sugetos à Mayorazgo, con gravissimos fundamentos, entre otros, lo defienden, y dan por constante Roca *disput. jur. tom. 1. cap. 7. Garcia de Nobilit. glos. 12. n. 80. Cancer p. 3. var. cap. 3. à n. 25. Fontan. d. decis. 82. & 152. n. 7. Torre de Majorat. tom. 3. decis. 16. à n. 71. Peregr. de Fideicom. ubi sup. D. Larrea d. decis. 53. à n. 23. Barbol. in rubr. Cod. de prescript. 30. vel 40. an. n. 92*; si bien no faltan

Proteedores de la contraria opinion, concediendo à la inmemorial, eficacia, para que por ella puedan prescribirse los bienes de Mayorazgo.

124 Pero en esta causa, parece estamos fuera de los terminos de la disputa; porque siendo el constitutivo de la inmemorial, que no conste de su principio, D. Covar. in regul. posses. §. 8. n. 4. D. Selsè tom. 4. decis. 394. n. 14, apareciendo en ella su origen (qual es la Sentencia Arbitral) dice repugnancia la inmemorial intentada, Murg. ad Constit. Apostol. Constit. 8. §. 4. Alexand. IV. §. 2. de immem. prescript. n. 20. ibi: *Quia, ad hoc, ut sit valida hæc prescriptio, non debet extare memoria contrarij, vel initij: ergo, si extat ea memoria, corruct. Hoc argumentum, meo videri, est in Darij, & est demonstratio mathematica; dicant, quod velint relati per Motinam: sin que sirva el arbitrio de recurrir à ficcion, ò presumpcion de otro titulo, por deber ceder à la verdad, Roca disput. jur. tom. 1. cap. 7. à n. 12.*

125 Y aunque permitieramos por ahora, que la prescripcion inmemorial obrasse, y furtiessse efecto contra el Mayorazgo, debe limitarse, dirigiendose la prescripcion à una, ò otra cosa particular, no quando à todo el Mayorazgo, porque la razon que pudiera estimarse, de dispensar el Principe la enagenacion de alguno de los bienes del Mayorazgo, quedando en possession de el el legitimo Possedor, no milita para alterar la total disposicion de los Fundadores, Barbosa. in rubr. de prescript. 30. vel 40. ann. n. 397. & seqq. Tamen, retenta persona vocata, ex causa qualibet justa, solet concedere, ut res particulares Majoratus alienentur; difficilius enim totius voluntatis destructio, quam rerum aliqua diminutio inducitur. Caneer variar. part. 3. cap. 3. n. 25. ibi: *Possessio immemorialis non habet vim tituli, quando per rerum naturam, & rei veritatem non potuit intervenire titulus, qui erat presumendus ex immemortali.* Garcia de Nobilitat. glos. 12. n. 80. ibi: *Certè nihil relevat immemorialis, etiam si sit mille annorum, quia ille titulus alienationis, qui est presumendus ex immemortali, numquam per rerum naturam, nec in rei veritate, utiliter potuit contingere, nec unquam*
tota

tota illa dispositio Testatoris, nec per Principem potuit mutari, ne destrui.

126 Los AA, que dñ a la inmemorial fuerza del mejor titulo, y eficacia contra los Mayorazgos, y Regalías, la limitan, quando consta de titulo vicioso, D. Covarr. in regul. posses. §. 8. n. 4. Peregrin. de Jurie Fisci, lib. 6. n. 25. Gracian. discept. Forens. tom. 3. cap. 441. n. 17. Mascard. de probat. vol. 3. conclus. 1369. n. 63. D. Salgad. de protect. Reg. part. 3. cap. 10. n. 285. Cancer part. 3. var. cap. 3. n. 126. ibi: *Quoties de initio, & primi tituli vitio, & injustitia apparet, eo casu, de titulo, ejusque viribus, exacta discussio, & investigatio est inveniunda, neque juvare possessionem immemoriam, si ve allegetur in vim prescriptionis, si ve in vim privilegij, & justit tituli, & ad ejus probationem.* Gonzal. ad regul. 8. Chancel. glos. 18. n. 48. ibi: *Non tamen omitto, quod si constaret de injusto, & invalido titulo, & infecto principio, tunc quidem non suffragaretur immemorialis, quamvis legitimè sit probata.* D. Leo tom. 2. in jur. resp. 2254. ibi: *Et cum adversarius, velit se juvare titulo vitioso venditionis Curie, quem produxit, etiam si possedisset per tempus immemoriam, non posset se juvare prescriptione immemoriali, que non procedit, quando producit titulus vitiosus.* Videndus Dom. Molina de Primog. lib. 2. cap. 6. n. 58. vers. Ceterum.

127 La presentacion del Titulo, y Fundacion del Mayorazgo, manifiesta la mala fee de los intrusos Posseedores, por la que se impossibilita la propuesta prescripcion, Rota apud Farinac. in novis. decis. 136. n. 12. Menoch. tom. 2. cons. 147. n. 40. Phaquin. controuv. lib. 8. cap. 33. Fontanel. de pact. tom. 1. claus. 4. glos. 13. part. 4. n. 48. Babel. in rub. de prescript. 30. vel 40. ann. n. 391. ibi: *Quando ostenditur instrumentum Majoratus, in quo, ad illius successionem certa persona sint vocata, & nihilominus alie diverse successionem Majoratus prescripisse adversus jure in predicto instrumento vacatos: nam, cum ex instrumento Majoratus, constet, hos mala fide possidere; nullo tempore, prescribent.* Mascard. de probat. vol. 1. concl. 225. n. 24. ibi: *Kbi quod in eternum impedit prescriptionem.*

Va-

128 Valiendose, pues, dichos Contendores de la fundacion del Mayorazgo, y Sentencia Arbitral, padeciendo esta los insanables defectos, que quedan expuestos, no puede aprovechar la posesion, que en seguida de ella ha adquirido su linea, Roca *disput. jur. tom. 1. cap. 7. n. 29.* D. Lco *cit. loc.* Cacer *ubi supra*: y funda la razon, en que incluyendose por estos titulos, se presume el defecto de otro, D. Castillo *controv. lib. 5. cap. 26. n. 55. vers. Non obstat*, Roca *disput. jur. tom. 1. cap. 7. n. 99*; y de consiguiente el desprecio de los exhibidos.

CONCLUSIO N.

129 En el §. I. de este Escrito se ha fundado, no aver en la Donacion Real constituido Fideicomisso perpetuo, y absoluto, si que los hijos, y descendientes de Don Berenguer, *num. 1*, succedieron, *per vulgarem, & non per fideicommissum*; y que tuvo este, libertad para disponer de los bienes donados, *como de cosa propia*, y a todas sus propias voluntades; de que nace, la precisa repugnancia, de tener solo facultad de elegir, entre sus hijos, como por el Marquès de Coscojuela se defiende.

130 En el §. II. se ha demostrado, que aun en, el supuesto de considerarse en la Real Donacion Fideicomisso restitutorio, primogenial, en favor de los descendientes masculos de Don Berenguer, Donatario, es mejor el derecho del Conde de Aranda, que el de sus Colitigantes, como se propone *num. 34. & 44.*

131 En el §. III. que debiendose gobernar la succession por el Vinculo establecido en el Testamento de Don Berenguer, *num. 1*, siendo sus primeras vocaciones de agnacion verdadera, y rigurosa, segun se persuade *ex num. 45. usque ad 63*; y las segundas de masculinidad sencilla, *ut videre est à num. 67. ad 75*: por la vacante, que causò Don Joseph de Bardaxi, *num. 38*, ultimo agnado, se desirid la succession à Don Martin, *num. 40*, como descendiente masculino de Don Juan, *num. 11*, hijo de Doña Juana, *num. 7*; y se continuò hasta el Conde de Aranda, *num. 60*, unico descendiente de la linea primogenita, y
pre-

predilecto, como parece à *num. 75. hasta el 78.*

132 En el §. IV. se persuade el valor, y legitimidad de la Carta Matrimonial de Don Juan, *num. 6.*, desde el *num. 80. al 82*; y que el Mayorazgo, establecido en ella, en las primeras vocaciones, es de verdadera rigurosa agnacion, *num. 83*; de agnacion artificiosa, ò ficticia las segundas, *ex num. 84. ad 86*; y que por aver espirado las primeras, y segundas, se defirió la successión à Doña Francisquina, en virtud de las terceras, por la substitution regular, y por la misma se continuó hasta el Conde de Aranda, *ex num. 87. al 88*: y que no son de encuentro la incompatibilidad opuesta, à *num. 89. usque ad num. 98*; la pretendida revocabilidad, è instauracion del segundo llamamiento, *ex num. 99. ad num. 111*; la Sentencia Arbitral, à *num. 112. ad 118*; la Sentencia del Pleyto de Don Martin de Bardaxi, *num. 34.*, *ex num. 119. al num. 121*; ni la prescripcion objetada, *ex d. num. usque ad finem.*

133 He solicitado, con la possible concision, exponer los fundamentos, que hacen à favor de la pretension del Conde de Aranda; sin que la precisa satisfaccion à los argumentos de los Contendores, me aya permitido ser menos molesto, por no dexarlos sin respuesta, ni omitir hacerme cargo de los varios titulos de que se valen, y multiplicidad de circunstancias, que concurren en ellos; y aunque no faltará que suplir, como en lo que mira al derecho, deba el Juez reparar los defectos del Abogado, *ex Leg. unic. Cod. Vt que defunt Advocatis*, Garcia de Nobilit. glos. 1. §. 1. n. 64. Pareja tit. 6. de edit, resol. 3. *num. 92*; tienen seguro el suplemento los mios, en la prudente alta comprehension de tan sabio Senado; y cierta en la misma, la calificación de su justicia el Conde de Aranda. S. S. S. Zaragoza, y Mayo 3. de 1743.

D. Joseph Antonio de la Figuera

