



Ne scribam vanum, duc Pia Virgo manum.

P O R
DON ANTONIO DEL CORRO Y
 Sierra, vezino de la Villa de San Vicente
 de la Barquera, num. 30.

C O N
D. PEDRO VELARDE CALDERON,
 vezino, y Regidor de la Ciudad de
 Oviedo, num. 32.

Y C O N
DOña MARIA ANTONIA
 Velarde de la Sota, num. 28.

S O B R E
LA SUCCESSION EN PROPIEDAD DEL
Mayorazgo fundado por Rodrigo Fernandez Velarde,
num. 3. y sus Agregados.

A PRE-



RETENDE Don Antonio del Corro se reforme la sentencia de vista en este pleyto dada, en que se absolvió à Don Pedro Velarde de la demanda puesta por dicho Don Antonio, y que se le declare por legitimo suc-

cessor en propiedad de dicho Mayorazgo, y sus Agregados, y se condene à Don Pedro à la restitucion de sus bienes, con frutos desde la intrusion hasta la restitucion.

2 Aunque à este pleyto ha dado motivo la incompatibilidad, que ay entre el Mayorazgo litigioso, y el fundado por Fernan Sanchez Calderon, num. 1. estimada por Carta Executoria de esta Chancilleria en el pleyto litigado entre Don Pedro Velarde Calderon, num. 23. y Don Juan Velarde Calderon, num. 22. su hermano mayor, por aver en virtud de dichas sentencias, y de la opcion concedida à Doña Cathalina Velarde Calderon, numer. 26. eligido esta el Mayorazgo de Fernan Sanchez Calderon, en cuya possession està su linea, y dexado à las lineas segundas el Mayorazgo de Velarde, omitimos proponer las clausulas de dicho Mayorazgo de Calderon, menos la correspondiente à la incompatibilidad, siendo preciso poner algunas del Mayorazgo de Velarde, de las quales ha de resultar el derecho de Don Antonio, y satisfacion à los fundamentos contrarios: es pues la clausula de incompatibilidad del Mayorazgo de Calderon la siguiente.

3 *E mando, que assi vos el dicho Francisco Calderon, numer. 2. como todas las otras personas llamadas, y comprendidas en esta mi disposicion, seades, è sean tenidos de traer mis Armas, y Apellido de Calderon, sin otra mezcla, ni añadimiento de Armas, ni Apellido alguno; lo qual si assi no hizieredes, ò hizieren, y tomaren otras Armas, è Apellido en todo, ò en parte, que por el mismo caso ayan perdido los dichos bienes, è succeda en ellos el siguiente en grado, aquel que segun esta mi disposicion fuere llamado, è huviere de haber, y heredar dichos bienes.*

En

4 En el Mayorazgo de Velarde fundado en cabeza de Juan Velarde, num. 5. se dize *succeda en ellos Pedro Velarde su hijo mayor, num. 9. y despues su hijo mayor varon si le tuviere; y en defecto de que Pedro Velarde no dexa hijo legitimo de su cuerpo, mando lleve los bienes Antonio Velarde, numer. 10. su hermano; y despues de sus dias su hijo mayor varon legitimo; y assi successivamente de varon en varon, de mayor en mayor, segun la orden de la primogenitura; y despues de la prohibicion de enagenacion, se pone la clausula de incompatibilidad siguiente.*

5 Otro si con condicion, que el varon, ò hembra, que en los dichos bienes succediere, y el marido, que con la dicha hembra se casare, tome el Apellido principal, y el primera del linage de Velarde, è su nombre, è traiga sus Armas à la mano derecha; è si la tal persona, que en los dichos bienes succediere, ò el marido, que con la dicha hembra casare, y succediere en los dichos bienes, assi no lo hiziere, y cumpliere, que por el mismo fecho pierda los dichos bienes el varon, ò hembra llamado à ello, como si lo huviera enagenado, y vengán al siguiente en grado, como si èl fuesse muerto, y passado de esta presente vida.

6 Prosiguen los Fundadores diziendo, que si algun poseedor muriere dexando hijo, è nieto del hijo mayor, que el nieto varon, ò viznieto varon descendiente de varones, se prefiera en los bienes; que si fuere nieta, hija de hijo mayor, y descendiente de hembra, que herede los bienes el hijo mayor, que quedare por el tal poseedor, y no la nieta; y si todos fueren descendientes de hembra, que sea como se contiene en los varones, que siempre el nieto, ò nieta descendiente de la hija mayor, se prefiera à la hija.

7 Que si Juan, num. 5. Pedro, y Antonio, num. 9. y 10. muriessen sin hijos descendientes legitimos, que sean varones, que los bienes tornen à Rodrigo Velarde su hijo segundo, num. 6. y à sus descendientes varones; y si de este no quedare hijo, nieto, ni descendiente varon, succeda Maria Fernandez Velarde, num. 11. su nieta, y sus descendientes, pre-

firien-

firiendo el varon à la hembra; y en la misma forma llama à Cathalina, Juliana, y Lucia, num. 12. y 13. sus nietas. Y prosigue diziendo, que acabada la descendencia de Juan Velarde, è no aviendo de el hijos, ni descendientes legitimos varones, ni hembras, succeda en ellos Rodrigo Velarde, numer. 6. su hijo, y sus descendientes legitimos, con las dichas condiciones, prefiriendo siempre los varones à las hembras, aunque como dicho es las hembras sean de mas dias, que los varones. Excluye Clerigos, y Frayles, sin que por lo tocante à este Mayorazgo aya otra clausula notable.

8 Vàn las partes conformes, que Don Pedro Velarde, num. 9. succediò en el Mayorazgo de Velarde, y Doña Cathalina Calderon, numer. 8. su muger en el de Calderon, y que premuriò à esta dicho Don Pedro, por cuya muerte succediò Don Juan, num. 14. en el Mayorazgo de Velarde; y que Doña Cathalina muriò en el año de 1608. dexando por sus hijos à Don Juan, num. 14. Don Diego, num. 15. y Doña Antonia, num. 16. en cuyo tiempo no ay duda estava nacido Don Antonio Velarde del Corro, numer. 21. quien se baptizò en el año de 1598.

9 De los autos no consta con certeza si en el año de 1608. en que hubo el concurso de ambos Mayorazgos, Don Juan Velarde, num. 14. tenia hijos, pues no consta quando se casò; y aunque se presentò vna fee de baptismo, que suena de Don Joseph, numer. 19. es de 5. de Abril de 1611. la qual se halla no solo redarguida, y no comprobada, pero consta no aver original del tal assiento; y aunque se presentò otra fee de baptismo de 20. de Junio de 1605. que se dize es de Don Diego, numer. 18. y que dizen muriò en el año de 1672. tiene la repugnancia de no aver intervenido ningun Diego Velarde en la particion, que se hizo en el año de 1627. entre Don Pedro, y Don Juan sus hijos, numer. 17. y 20.

10 Con cuyos presupuestos se fundarà el derecho de Don Antonio del Corro, num. 30. para la inclusion del Mayorazgo litigioso, calificando, que en el año de 1608. en
que

que sucedió el concurso de ambos Mayorazgos, optado el Mayorazgo de Calderon por la linea primogenita, sucedió en el Mayorazgo de Velarde dimitido Doña Antonia Velarde, num. 16. ó Don Antonio Velarde su hijo, num. 21. que ocupavan la linea primogenita, con exclusion de otro qualquiera, lo que se fundará en dos Articulos. En el primero se probará la inclusion de Don Antonio, num. 30. Y en el segundo se responderá à la incapacidad, que se opone à su linea.

ARTICULO PRIMERO.

FUNDASE LA INCLUSION DE DON Antonio, y su linea, y exclusion de la de Don Juan, numer. 14.

Siendo cierto, como lo es, que la succession del Mayorazgo es individua, y que en la succession de vno està su substancia, *Leg. Meruius 66. §. eum, de legat. 2.* Roxas de *Incompatibil. 1. part. cap. 7. num. 39.* Giurb. de *Feud. § 2. gloss. 4. num. 119.* D. Molin. *lib. 1. cap. 3. num. 6.* tambien lo es, que probada la inclusion de Don Antonio del Corro, y su linea, se sigue necessariamente la exclusion de los demás; pues en incompatibles, la possession de vno induce necessariamente exclusion de otro. *Leg. Ait Prator 7. §. sed quod Papinianus, ff. de minor. capit. Nonne de Presumpt. cap. Qualis 25. dist. D. Vela tom. 2. dissert. 49. num. 2.* Roxas de *Incompatib. 5. part. cap. 1. numer. 3. § 17.* Pegas de *Maioratib. tom. 2. cap. 8. numer. 8.* Giurb. de *Feud. §. 2. gloss. 10. num. 22.* D. Valençuel. *consil. 5. num. 19.*

Y assi probada la inclusion de la linea segundogenita, necessariamente se induce exclusion de la primera, por ser imposible la inclusion simultanea del primogenito, y segundogenito, *Leg. Si ut certo, §. si duobus, ff. commodat.* Roxas *dict. cap. 1. num. 17. § 19.* Pegas *dict. cap. 8. num. 13.* los quales, y otros que citan, van conformes en la incompat-

sibilidad de dos lineas; y assi para obtener en la demanda de propiedad intentada, *sufficit* à Don Antonio del Corro incluirse, pues à su inclusion, y de su linea, siguiese necesariamente la exclusion de todos los demás contendores.

13 Y aunque regularmente en los Mayorazgos funda de Derecho la linea primogenita, por ser conforme su succession à los Mayorazgos de Castilla, *Leg. 2. tit. 15. partit. 2. Leg. 40. Taur. D. Molin. lib. 1. cap. 3. num. 7. D. Castell. lib. 5. cap. 160. num. 1. Et lib. 3. cap. 4. num. 13. Roxas de Incompatibilit. 1. part. cap. 8. numer. 22. Pegas de Maioratib. tom. 2. cap. 10 num. 45. tamen fallit* aviendo exclusion del primogenito tacita, ò expressa, *tunc enim à Maioratus regulis reciditur*, siendo lo mismo la formal exclusion, que aquella que se induce de las palabras de la disposicion. *Leg. Licet 74. de legat. 1. Leg. Cum proponebatur, de legat. 2. Leg. Libertas, §. fin. de manumis. testament. Leg. 1. Cod. de condit. insert. D. Molin. lib. 3. cap. 4. num. 39. Casanat. consil. 15 num. 50. Leg. 40. Taur. Rosa consult. 69. à num. 28. D. Castell. lib. 2. cap. 4. numer. 53.*

14 Y especialmente en exclusion de primogenito, y su linea, y admision de la segunda, *quod ex coniecturis dispositionis elici potest* suponen los Auctores, Mieres de Maioratib. 2. part. quest. 4. illat. 8. num. 334. D. Molin. lib. 1. cap. 6. num. 7. Et lib. 3. cap. 2. num. 28. vbi Maldonad. D. Valenzuel. consil. 69. num. 11. D. Castell. tom. 6. cap. 180. num. 14. Roxas de Incompatib. 1. part. cap. 8. num. 33. vbi Aguil. locè num. 10. cuya exclusion, que se induce de congeturas, obra los mismos efectos en la disposicion de Derecho, que si la exclusion fuera expressa. *Pegas de Maioratib. tom. 2. capit. 8. numer. 25.*

15 Conviene unas, y otras partes, que el Mayorazgo litigioso no es debido al primogenito, pues sino fuera assi, ninguno pudiera incluirse, pues ninguno de los tres ocupa la primogenitura absoluta de Don Pedro Velarde, num. 9. siendo todos segundogenitos, con mas, ò menos immediacion; y la primogenitura absoluta està ocupada por Doña

Cathalina Velarde, numer. 26. que goza el Mayorazgo de Calderon; y justamente convienen los contendores en la exclusion del primogenito, que està estimada por Carta Executoria, pues aviendo concurrido los Mayorazgos de Velarde, y Calderon por muerte de Don Pedro Velarde, numer. 9. y Doña Cathalina Calderon, numer. 8. en Don Juan Velarde, num. 14. y teniendo vno condicion de Armas solas, y sin mixtura, y otro condicion de Armas en primer lugar, no pudo Don Juan ocupar ambos.

16 Porque estas condiciones, que se deben observar, *Leg. Ex hoc iure, §. fin. de donat. Leg. Facta, §. si verò, ff. ad Trebell. D. Molin. lib. 2. cap. 14. à numer. 1. D. Castell. tom. 6. cap. 136. à num. 1. utpotè* puestas para el lustre, y conservacion de la familia, no pueden cumplirse por vno; y assi aquel à quien ambos Mayorazgos se defieren, sucederà en el vno, y en el otro sucederà aquel, que segun las clausulas, y voluntad presumpta del Fundador, ocupasse el primer lugar en la succession. *D. Molin. dict. lib. 2. cap. 14. numer. 26. D. Castell. dict. cap. 136. num. 77. Et cap. 160. numer. 7. Et cap. 180. num. 18. Barbof. vot. 7. num. 31. Roxas 1. part. cap. 2. à num. 42. vbi Aguila num. 23. §. 28. Pat. Molin. de Iustit. §. iur. tractat. 2. disput. 61 §. num. 8.*

17 Convienen assimismo los contendores, y convinieron quando se viò este pleyto, aunque en la instancia de visita se propuso lo contrario por razon de dudar, que el derecho de la succession à este Mayorazgo se ha de reconocer al tiempo, que ambos Mayorazgos concurren en Don Juan Velarde, num. 14. sin que sea de consideracion, que el referido gozò ambos Mayorazgos mientras viviò, y lo mismo su hijo Don Pedro, num. 17. y que la demanda de la incompatibilidad no se puso hasta el año de 1641. por Don Pedro Velarde, numer. 23. à su hermano mayor num. 22. y que la eleccion del Mayorazgo de Calderon no se hizo hasta despues de la sentencia de revista por Doña Cathalina Velarde, num. 26.

18 Y con justa razon, porque *statim* que ambos Ma-

yo-

yorazgos concurrieron, defirió la Ley la succession del vno al primogenito, y el otro al que segun la disposicion, y voluntad del Fundador debe succeder, obrando la Ley *in instanti*, Leg. 45. Taur. sin que la succession para este efecto se mida por el que se halla en la possession del Mayorazgo, sino por aquel, que debió succeder, *licet nunquam possessionem apprehendisset*, siendo *aliud in possessione esse Maioratus*, ac ser possedor del mismo Mayorazgo. Leg. Siquis 10. §. idem Pomponius, de acquirend. possess. Roxas de Incompatib. 4. part. cap. 1. à num. 80. Matienç. in Leg. 5. tit. 7. lib. 5. Recopilat. gloss. 3. numer. 2. D. Solorçan. de Iur. Indiar. tom 2. lib. 2. cap. 16. num. 102. Antun. de Donat. tom. 1. part. 2. capit. 3. num 59.

19 Sin que sea de momento, que compitiendo al primogenito la oposicion de vno de los Mayorazgos incompatibles, yà por disposicion de Ley, ò por disposicion de hombre, segun la opinion mas comun, de qua D. Solorçan. de Iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 18. num. 16. D. Larrea decis. 52. num. 14. Roxas de Incompatib. 7. part. cap. 4. numer. 45. vbi Aguila à num. 28. D. Olea in Additionib. tit. 3. quest. 4. numer. 7. que està aprobada por la Executoria expedida, no pudo la Ley transferir la possession de ninguno de los dos Mayorazgos, hasta que se hizo la opcion por Doña Cathalina Velarde, num. 26.

20 Pues la Ley, aunque no defirió Mayorazgo especial *absolutè*, le defirió *sub conditione non optionis*, defiriendo aquel Mayorazgo, que por el primogenito no fuese optado, y hecha la opcion, el Mayorazgo dimitido *retro ab initio intelligitur non datus* à aquel en quien currió, porque como su dacion fue condicional, y resoluble, luego que se verificò la condicion de la resolubilidad, *intelligitur ab initio* aver passado à la linea siguiente, à la manera, que en el legado, cuya delacion es resoluble, *statim* que se repudia, *retro intelligitur non datum*. Leg. Si tibi homo 86. §. cum servus, de legat. 1. Leg. 38. §. si legatum, ff. eod.

Op-

5

21 Optimè cõprehende todo lo referido Aguila ad Roxas 8. part. cap. 7. num. 19. & 20. cuyos dos numeros son notables para el referido assumpto, ibi: *In primis suppono translationem ex Leg. 45. Taur. & delationem Maioratus utriusque esse resolubilem, & momentaneam, nam eo ipso, quod primogenitus unum Maioratum eligit, & alium omittit, idem causatur, ac si nunquam, & retro ab initio omissus non fuisset delatus, nec acquisitus, exemplo legati, cuius rei dominium licet à morte testatoris transferatur in legatarium, & tamen si repudiatur, perinde habetur, ac si nunquam fuisset legatarij, & imo idem ac si non fuisset legatario legata res, id ergo quod repudiatio efficit voluntaria in legato, operatur necessaria electio in Maioratus, & cum ex Lege Fieri debeat, quando deferuntur pro facta habetur, ad hoc ut primogenitus non possit in utroque Maioratu lineam constituere utpote Lege Prohibente, delatio enim utriusque Maioratus est conditionalis, & resolutiva, ideòque existente conditione solvitur, & solum manet secundogenito attenda persona patris, à quo immediatè defertur.*

22 Sin que à lo referido se pueda oponer, que assi para la opcion del Mayorazgo, como para que el successor ob non delationem nominis no succeda en el Mayorazgo, se requiere interpelacion, D. Paz de Tenuit. cap. 34. numer. 44. D. Molin. lib. 2. cap. 14. num. 14. D. Castell. lib. 5. cap. 115. numer. 19. Roxas de Incompatib. 8. part. cap. 6. num. 10. sin que hasta tanto estè constituído en mora, Leg. Cum quidam, de legat. 2. Aguila ad Roxas dict. cap. 6. num. 5. y que assi hasta la interpelacion, que se causò del pleyto sobre la incompatibilidad, ni hubo mora, ni se causò vacante.

23 *Quia respondetur*, el que la interpelacion se requiere en vno, y otro caso, para constituir en mora al successor, ò de elegir, ò de cumplir el gravamen del testador, por cuya mora, que causa la interpelacion, pierde aquel derecho que tenia, no siendo justo se prive de este derecho, no aviendo hecho aliquid porque merezca ser privado; D. Castillo lib. 6. cap. 115. num. 22. Roxas dict. 8. part. cap. 6. numer. 11.

Casanat. *consil. 9. num. 25.* y aun no basta la interpelacion, fino que se requiere compilacion de processo, y sentencia declaratoria, Castill. *dict. cap. 115. num. 21.* porque pudo el successor tener algun motivo, que le excusasse de incurrir en la pena de privacion, en que el contempto del precepto le incluyò.

24 Pero en los Mayorazgos incompatibles *ab homine* por incompatibilidad de condiciones, no vaca vno de los Mayorazgos, porque el successor no quiere cumplir sus condiciones, ni por pena de el no cumplimiento, para incurrir, cuya pena se necessita la interpelacion, fino porque los mismos Mayorazgos tienen entre si condiciones repugnantes, que les impide concurrir en vn poseedor; y assi como ociosa la interpelacion para el cumplimiento, no vaca el Mayorazgo por la pena, que incurte el interpelado, fino por la repugnancia, que tienen en el concurso; y assi *statim* que el poseedor de vno de los Mayorazgos incompatibles succede en el otro, transfiere la Ley vno de ellos, ò el primero no aviendo eleccion, ò el dimitiendo, aviendola, en aquel, que segun las clausulas, y presumpta voluntad del Fundador tuviesse el primer lugar en la succession.

25 Roxas *dict. cap. 6. num. 7.* diò la diferencia en estas materias, para que en ellas no procediesse la *Authentica Hoc amplius*, *Cod. de Fideicommiss.* diziendo: *Quod filius maior in quo duo talia primogenia concurrunt non tenetur adimplere onus sibi iniunctum, sed tantum utrumque non potest simul retinere.* Y en el *num. 8.* dize, que se requiere la interpelacion para el incurso de la pena, porque puede interpelado cumplir el gravamen, lo que cessa en aquello, que interpelado no se puede cumplir.

26 Y assi D. Paz de *Tenut. cap. 34. num. 42.* dà la distincion entre la vacante, que se constituye por la contravencion pura, y en aquella, que se induce por la assequacion de Mayorazgo incompatible, con el que se posee; para que en el primer caso tenga lugar la *Authentica Hoc amplius*, no en el segundo, en el qual *statim* se puede introducir el juyzio

de

de tenuta, sin que momento temporis per Legem puedan los dos Mayorazgos incompatibles estar juntos, por la regla de que los contradictorios *simul stare non possunt*. Leg. *Si is qui discenta*, §. *unum de reb. dub.* Leg. *Illud de acquirend. hereditat.* Leg. 6. §. 2. de *heredib. instit.* Roxas de *Incompatib.* 1. part. cap. 1. num. 10. Et 3. part. cap. 5. numer. 39. Sanch. in *Decalog.* tom. 2. lib. 7. cap. 15. num. 31.

27 Supuesto lo referido, y que la vacante de este Mayorazgo legalmente se causò luego, que Don Juan començò à ser poseedor del Mayorazgo de Calderon, declarando la eleccion aver vacado este Mayorazgo, y no el de Velarde, cuya declaracion no dà nuevo derecho, *sed solum id quod est detegit*, Leg. 7. §. *adeo*, de *acquirend. rer. domin.* Leg. *Heredes palam* 21. §. 1. de *Testament.* D. Salgad. de *Retent.* Bullar. 2. part. cap. 2. à num. 14. Rosa *consult.* 69. numer. 98. D. Larrea *decis.* 32. num. 30. D. Olea in *Addition.* tit. 1. *quest.* 6. numer. 2. y que Don Juan no pudo retener ambos Mayorazgos, por no aver diferencia, en que los Mayorazgos incompatibles *unico tempore deferantur*, ò que vno sobrevenga à otro, *ex his qua adversus Gam. latè expendunt* Roxas *dict.* 3. part. cap. 5. à num. 35. vbi *Aguila* à num. 20.

28 Resta el tema principal de este Artículo, de que de tal suerte se resolviò el llamamiento de Don Juan, num. 11, que en el Mayorazgo dimitido sucediò Don Diego su hermano, ò Doña Antonia, ò su hijo Don Antonio, numer. 15, 16. y 21. sin que pudiesse suceder ningun descendiente de Don Juan, num. 14. y la question se concibe en el caso, que al tiempo del concurso de ambos Mayorazgos, Don Juan, num. 14. tuviese hijos, pues no los teniendo frustra se disputa si en el Mayorazgo dimitido succede el hijo, ò el patrùo; pues todos los Auctores convienen, que el no nacido, ni concebido *tempore delationis*, no succede en el Mayorazgo dimitido, ni puede avocar la possession, que legalmente transfiriò la Ley en la siguiente linea. D. Castill. tom. 6. *Controvers.* cap. 178. num. 13. bene D. Olea in *Addition.* titul. 3. *quest.* 4. num. 8.

29 Sin que esto se ofenda, con que vacando el Mayorazgo por contravencion, los hijos del contraveniente nacidos posteriormente antes de la sentencia declaratoria, segun algunos, y *etiam* despues de ella, segun otros, pueden avocar el Mayorazgo, sin embargo de la delacion de la Ley; Roxas de *Incompatib.* 1. part. cap. 6. num. 54. Et 5. part. capit. 2. Pegas Forens. tom. 1. cap. 4. num. 94. pues en la vacante por incompatibilidad procede lo contrario. Da la razon Olea dict. quest. 4. in Addition. dict. num. 8. *Quia in contraventione intervenit factum patris, quod filio nocere non debet, in casu tamen incompatibilitatis nullum factum patris intercessit, sed dumtaxat nuda institutoris Maioratus dispositio, & voluntas, iuxta quam, quando Maioratus transit propter incompatibilitatem de linea primogeniti ad aliam lineam, usque quo, & linea sequentes extincta sint, non retrocedit ad lineam primogeniti, nec ad eius descendentes, quemadmodum accidit in Maioratus secunda genitura.*

30 En este pues caso, que Don Juan tuviese hijos al tiempo de la delacion, sobre lo qual *infra* dixeremos, es la question concebida, y de tal suerte quedò Don Juan, numer. 14. excluso, que esta exclusion fue lineal à todos sus descendientes, admitiendose las lineas segundas inmediatas capaces en el Mayorazgo dimitido, con exclusion de todos los de la linea primogenita; la razon es, porque el llamamiento de Don Juan al Mayorazgo de Velarde *ex sui natura* tiene implicita condicion *si alius Maioratus incompatibilis* no se le defiriese, cuya condicion como negativa, requiere perseverancia, & *unico actu non perficitur*; Leg. *Si à te, ff. si servit. vindicet.* Leg. *Hoc genus 106. de Condition.* & *demonstrat.* D. Paz de Tenut. cap. 34. num. 35. quien responde à la Ley *fin. ff. unde liber.* D. Molin. lib. 1. cap. 6. num. 18. D. Castell. lib. 5. cap. 89. numer. 6. Cyriac. *controvers.* 50. numer. 35.

31 En cuyas condiciones negativas, que requieren perseverancia, quandoque deficiant, retro defecta esse videntur, como si la linea à que se pusieron, nunca tuviera aptitud

tud de succeder; *Leg. Qui concubinam* 29. §. *uxori de legat.*
 3. *Peregrin. de Fideicommiss. artic. 11. num. 121.* Aguila ad
 Roxas 3. *part. cap. 5. num. 24.* Costa *lib. 2. Select. cap. 18.* por
 lo qual deferido el Mayorazgo incompatible, se resolvió el
 llamamiento, y admisión al primero, como si el Mayoraz-
 go no se huviesse deferido, no aviendo distincion para esta
 resolucion, en que los Mayorazgos se defieran juntos, ò que
 vno venga despues del otro, pues la resolucion *aque* tiene
 lugar en vno, y otro caso, *vt supponunt* en semejante hy-
 pothesi. D. Larrea *decif. 51.* Roxas 3. *part. cap. 5. a numer. 35.*
 Torre de *Maioratib. 1. part. cap. 33. §. 6.*

32 Y resuelto el llamamiento de Don Juan, cabeza, y
 principio de linea, quedan exclufos todos los de ella descen-
 dientes *gradu enim rupto, & infirmato amplius hereditas*
obtineri non potest. *Leg. Cui fundus* 56. *de Condition. & de-*
monstrat. Leg. Denique 34. *de iniust. rupt. Leg. 3. §. fin. de*
liber. & posthum. D. Castell. *lib. 3. cap. 15. num. 76. Et tom. 6.*
cap. 178. num. 18. D. Larrea *decif. 51. num. 18.* Torre de *Ma-*
ioratib. dict. cap. 33. num. 85. Mieres de *Maioratib. 2. part.*
quest. 2. num. 8. Molin. *lib. 3. cap. 5. numer. 41.* Robles de *Re-*
present. lib. 2. cap. 6. num. 4.

33 Pues el exclufos no haze linea, ni principio de ella,
 y los descendientes del exclufos no comprehendidos en linea
 fuccessible, no pueden succeder, siendo absurdo, que el pri-
 mogenito exclufos *alijs succedendi capacitatem prestat.* *Leg.*
Cum pater, §. libertis, de legat. 2. D. Larrea *dict. decif. 51.*
num. 24. D. Molin. *lib. 3. cap. 4. num. 14.* Torre *dict. cap. 33.*
num. 86. Castell. *dict. cap. 178. num. 15.*

34 Y si en el Mayorazgo incompatible succediera el
 hijo del poseedor, siguierafe el inconveniente, de que re-
 putandose el padre, y el hijo por vna misma persona, *Leg.*
11. de Liber. & posthum. viniéran à concurrir los Mayoraz-
 gos en vna misma persona, teniendo el hijo la esperança pro-
 xima de succeder en el Mayorazgo del padre, y teniendose
 por fuccessor el que tiene esta esperança invariable: *vt con-*
siderant in proposito Aguila 3. *part. cap. 5. numer. 25.* Torre

dict. cap. 33. num. 102. Carol. Anton. de Luc. *de Plur. homin. legal. cap. 21. num. 2.* D. Larrea *decis. 52. num. 4.* D. Solorçan. *de Iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 19. num. 53.*

35 Siendo ansimismo absurdo, que los Mayorazgos sean saltuarios, y sus successiones variables, è inconstantes, lo que sucediera si el hijo del successor fuera admitido al Mayorazgo dimitido; pues *statim* que este hijo entrara en el Mayorazgo del padre, el que poseia passava à su primogenito, *Et sic in infinitum*, gozando ansimismo el padre ambos Mayorazgos, y sus emolumentos, vno *ex se*, y otro *ex persona filij*, contra la sentencia de la *Ley final*, §. *vbi*, *Cod. de bon. qua lib. Leg. Cum alij*, *Cod. de curat. furios.* D. Larrea *decis. 51. num. 21.* Roxas 4. *part. cap. 1. num. 58.* Torre *dict. cap. 33. num. 111.* *Et sequentibus.* Luca de Linea *legal. artic. 9. numer. 39.*

36 Sin que obste à lo referido, que la incapacidad del padre no obsta al hijo, quando viene por derecho propio, independiente del padre, cuyo vicio personal no le obsta, ni tiene lugar la regla de la *Ley Si viva matre*, *Cod. de bonis matern.* y assi exclusas las hembras, succeden los varones de ellas; D. Larrea *decis. 34. numer. 58.* D. Castill. *lib. 3. cap. 15. num. 45.* *Et tom. 6. cap. 129.* Torre *dict. cap. 33. numer. 122.* *Et 2. part. quest. 4. num. 16.* como tampoco, que viniendo à la succession cada vno por su derecho propio, el hecho del padre no puede perjudicar à los hijos. D. Gonçal. *in cap. Licet, de Vot. num. 2.* D. Molin. *lib. 1. cap. 9. numer. 4.* plene Torre *dict. capit. 33. à numer. 124.* D. Castill. *lib. 3. capit. 15. numer. 70.*

37 Pues lo referido procede, quando la exclusion del padre es meramente personal por algun vicio de la persona, no influyente en los descendientes, ò quando el hijo por su hecho, y voluntad propria se hizo inhabil de succeder, *tunc enim* el hecho, ò la inhabilidad no trasciende la persona, *veluti insurdo*, *Et mutuo* en hembra en Mayorazgo de masculinidad, y en contravencion culposa. *Leg. 31. de Inoffic. testament. Leg. Cancellaverat, de his qua in testamento delent.*

D.

D. Gregor. in Leg. 2. tit. 16. partit. 2. vers. Si dextare, D. Solorçan. dict. cap. 19. num. 35. D. Larrea dict. decis. 34. numer. 58. Pegas Forens. cap. 4. num. 57. D. Olea in Addition. tit. 3. quest. 4. num. 7. & 8.

38 No empero, quando la exclusion del padre es lineal, y no es por hecho voluntario suyo, y cuya exclusion impide el principio de la linea, *tunc enim patre excluso se entienden excluidos todos los de él descendientes.* D. Larrea decis. 51. num. 26. D. Castell. tom. 6. cap. 178. num. 11. & 14. Torre dict. cap. 33. num. 128. Robles lib. 2. cap. 6. numer. 41. D. Molin. lib. 2. cap. 14. num. 20. Luca de Lin. legal. artic. 9. num. 34. *Tunc enim patris exclusio influit in totam lineam.*

39 Sin que sea de momento estén llamados los hijos del excluido, no lo estando específicamente para el caso de la incompatibilidad, pues su llamamiento se entiende para el caso, que el padre suceda, ò que el padre por su hecho propio no quiera cumplir las condiciones impuestas, no empero quando el llamamiento del padre se resuelve por la incompatibilidad de Ley, ò de hombre: optimè ex Bald. & alijs D. Larrea dict. decis. 51. num. 26. ibi: *Eriam si filij sint vocati, id referendum, ut patris pretextu admitantur, & ideo excluso patre, ipsi quoque excluduntur, unde cum pater primogenitus, qui possidebat Maioratum incompatibilem, incapax, & exclusus censeatur, eo ipso eius filij, & descendentes excludi debent.*

40 Por cuyos motivos es comun opinion de los Autores, que vacando el Mayorazgo por incompatibilidad de Ley, ò de hombre, no suceden en el Mayorazgo dimitido los hijos del primogenito, sino el hermano, y que *nisi aliter cautum sit* la incompatibilidad no solo es real à todos tiempos, y casos, sino lineal à todos los descendientes de aquel en quien sucedió el concurso: *decisum refert* D. Larrea decis. 51. num. 16. D. Castell. tom. 6. cap. 178. Robles de Representat. lib. 2. cap. 6. num. 4. D. Olea in Addition. tit. 3. quest. 4. num. 7. Roxas 3. part. cap. 5. num. 32. Aguila 8. part. cap. 7. num. 22. & seqq. Luca de Lin. legal. cap. 21. num. 2.

41 Siendo en este caso para los hijos del poseedor de peor condicion el padre con Mayorazgo incompatible, que si fuesse muerto; pues muerto *aperitur locus successioni* à los llamados *post eum*; pero con Mayorazgo incompatible *est impedimento* à los descendientes para incluirse, siendo absurdo *patre superstiti filios admitti*; *Leg. Si ex Patronis* 10. §. 1. *iuncta Leg. 11. de Bon. libert. Mieres de Maioratib. 2. part. quest. 6. num. 150.* Aguila ad Roxas *dict. 8. part. cap. 7. numer. 24.* por cuyas doctrinas parecia, que excluso Don Juan, num. 14. por la afeccion del Mayorazgo incompatible, y resuelto su llamamiento por su exclusion por el evento de la condicion contraria, *Leg. Si legatum, de adimend. legat. Leg. Aliquando, de Condition. Et demonstrat. D. Castillo tom. 6. cap. 180. num. 26.* quedava ansimismo resuelto el llamamiento de los hijos, exclusiva toda la linea primogenita, *Et locus aperiebatur* à la linea segunda, en que se halla Don Antonio del Corto.

42 Contra lo referido se dize en contrario, que la doctrina de Larrea, Castillo, y demàs citados, procede en terminos de la *Ley del Reyno 7. tit. 7. lib. 5. Recopilat.* y en disposicion de hombre en que ay llamamiento de hijo segundo, ò hermano segundo, en cuyo caso no es mucho, que la incompatibilidad sea lineal, y sea admitido el patruo contra el nepote; porque como *genitura non cadit inter patrem, Et filium, capit. Ioseph. de verb. signif.* al llamamiento del hermano segundo se sigue la negacion del hijo de aquel en quien sucediò el concurso; no empero quando al Mayorazgo dimitido està llamado el siguiente en grado, *tunc etiam succede* en el Mayorazgo el hijo mayor del primogenito, pues este es el que se sigue en el grado à su padre. *Leg. Si sequens, ff. ad Silanianum. Leg. 2. de Bonis libert. plura Roxas de Incompatibilitate, 4. part. cap. 1. à num. 7. Torre dict. cap. 33. à num. 74. Luca de Linea legali, artic. 9. numer. 34. Castell. tom. 6. cap. 178. numer. 18.* en cuyos terminos dizen Rox. *dict. cap. 1. num. 88. Torre dict. cap. 33. num. 135. Aguil. dict. cap. 1. num. 4.* que en el llamamiento de siguiente en

9

grado se comprehenden los hijos del primogenito, *plura refert pro nepote contra patruum. Castil. lib. 3. cap. 15. pertotum.*
43 *Secundo*, que aun en llamamiento de hijo segundo, no es lineal la incompatibilidad quando no es expresa, y solo se causa de la incompatibilidad de preceptos, como de delacion de nombre, y armas; pues como estos preceptos por mas que fueren *in vim conditionis*, siempre en Mayorazgos se entiendan puestos *in vim modi*, y no de verdadera condicion, como que se han de cumplir despues de la delacion de la succession, siendo lo contrario en la condicion, cuyo implemento suspende el efecto de la disposicion, *Leg. Mulier, §. hereditarium de conditionib institut. Leg. Quibus dieb. us, §. termilius, de condition. Et demonstrat. D. Castil. lib. 5. cap. 109. num. 9. D. Molin. lib. 2. cap. 12. à num. 9. Et cap. 14. numer. 12. Et seqq.*

44 Siguese que los Mayorazgos incompatibles por repugnancia de preceptos no lo son *quo ad concursum*, sino *quo ad retentionem*, y assi el successor en el Mayorazgo incompatible hizo linea successible para sus descendientes, lo que no fuera si la incompatibilidad fuera en el concurso; pues *tunc* la linea primogenita se halla no solo sin llamamiento, pero con exclusion, cuyo vicio *inficit totam lineam*. *D. Castil. lib. 3. cap. 15. à num. 24. Et tom. 6. cap. 178. num. 2. Et cap. 180. à num. 30. Aguil. 7. part. cap. 4. num. 30. Et 8. part. cap. 7. à num. 32.*

45 Lo que en nuestro caso parece mas cierto, pues el Fundador del Mayorazgo no solo llama al siguiente en grado, y equipara la contravencion à la delacion, sino que usa del termino privacion, de cuya naturaleza es suponer previa la adquisicion, pues ninguno se priva de lo que no tiene: *Leg. Eius 31. de Reb. creditis. Leg. 117. de Verbor. obligat. Leg. Remittit, de Iure iurando. Leg. Non potest de Reg. iuris. Surd. de Aliment. tit. 6. quest. 23. Barbos. axiom. 189. num. 2.* lo que no fuera si usara del verbo *excludere*, el qual erradica el derecho de succeder, *tanquam* si el excluido *non foret vo-*

*catus. Leg. 42. de Donation. caus. mort. Leg. 86. §. cum
servus de legat. 1. Aguil. dict. 8. part. capit. 7. numer. 35.*

46 Cuyas objeciones no obstan à lo que llevamos
propuesto, pues en la delacion del Mayorazgo incompatible
para la admision del patruo contra el nepote, no ay distin-
cion entre llamamiento de hijo segundo, ò siguiente en gra-
do, sino solamente si la razon, porque se excluye el succes-
sor de otro Mayorazgo *inficit totam lineam*, ò solamente
à la persona en quien la incompatibilidad se causò; pues sien-
do lo mismo *sequens in gradu, ac differens, seu distans*,
Leg. 1. §. 1. de vulg. Leg. 1. §. habet. usufr. quemadm. caus. el
hijo del excluso no puede estar comprehendido en el lla-
mamiento por entenderse estar en el mismo grado que su
padre, *Leg. 10. §. nunc de gradib. Rox. dict. 4. part. capit. 1.
num. 41.*

47 Mayormente, que el llamamiento de siguiente en
grado no es verificable, precisamente en aquel que esta en
el grado de naturaleza, sino en aquel que lo esta *secundum
voluntatem, & dispositionem testatoris tacitam, vel expres-
sam, Leg. 45. Tauri, ibi: En el siguiente en grado, que se-
gun la disposicion del Mayorazgo debiere succeder. Roxas
dict. cap. 1. à num. 51. Aguil. dict. cap. 1. num. 2.* y no hazien-
do linea el excluso en quien sucediò el concurso, no puede
de èl medirse el grado, pues este no se dà, ni se considera en
linea exclusa, *cap. 1. de Nat. successionis feud. D. Molin. lib.
3. cap. 4. num. 14. D. Larrea decis. 51. num. 23.*

48 Por lo qual en materia de incompatibilidad los Au-
thores no dan diferencia en el llamamiento de siguiente en
grado, y solo consideran para ser la incompatibilidad lineal,
si el motivo que ay para la incompatibilidad *inficit lineam,
vel tantam personam*, *Aguil. ad Rox. 4. part. cap. 1. num. 2.
& 3. asserit*, que si la incompatibilidad *afficit lineam, sub
vocatione sequentis in gradu*, no se comprehenden los hijos
del primogenito, pues *sequens in gradu non dicitur respec-
tu consanguinis precedentis, sed ordinis succedendi.*

Di-

49 Dixo lo mismo dict. cap. 1. numer. 10. dum semper attendatur la persona en quien succedio el concurso, Di Olea in Additionib. titul. 3. quest. 4. numer. 6. in medio: Afferit quod insubstitutione proximioris in gradu, aut sequentis in gradu comprehenditur filius exclusi, quando exclusio personalis tantum fuit, secus vero si linealis esset, & realis. D. Castell. tom. 6. capitul. 178. numer. 18. in medio: Afferit quod gradus non consideratur respectu exclusi, y que en tal llamamiento de siguiente en grado respiciendum est, voluntas presumpta testatoris an eadem militet ratio an sint legitima coniectura, para admitit el hijo del excluido, o excluirle, Torre dict. capit. 33. §. 6. & 7. en llamamiento de siguiente en grado, afferit num. 128. & 132. quod debet inspicere an el motivo de la exclusion del padre inficiat lineam, o solo la persona para que en el primer caso no se admita el hijo del primogenito, secus vero en el segundo.

50 Dixo lo mismo Rox. 7. part. cap. 6. a numer. 35. Et clarius 8. part. cap. 7. num. 14. & 16. en donde conuinando la Ley 45. de Toro, con la 7. tit. 7. lib. 5. dixo, que no ay distincion entre vno, y otro llamamiento, lo que facilièr dize resuelve, sin embargo de ayerto dexado en confuso. D. Castell. dict. cap. 178. A sol ob rem sol' nonoivno

51 Lo mismo dixo Aguil. dict. capitul. 7. numer. 5. quod vocatio secundogeniti non differt a sequentis in gradu in utriusque enim conceptu vocatur is qui immediate successorus est ultimo possessori, por lo qual Rox. 4. part. cap. 1. num. 88. intelligendus est per se ipsum 8. part. capit. 7. num. 16. quando la razon de la incompatibilidad, y no admision del padre, no milita en el hijo, pues ayiendo el mismo motivo, por el llamamiento del siguiente en grado, nullatenus tienen mejor derecho los hijos del primogenito, que si huviesse llamado el segundogenito.

52 Y assi toda la dificultad consiste en reconocer, si el motivo de la incompatibilidad es respectiva a la persona del poseedor, o transcendental a toda su linea, y atendida la se-

rie de la disposicion del Mayorazgo, que contróvertimos se hallará, que el motivo es lineal, y no personal; siendo cierto, que la causa de la incompatibilidad quando se pone en el proemio de la disposicion, es la mas atendible, y de mayor recomendacion, pues el proemio influye en toda la disposicion, como causa final de ella; *Leg. fin. de hered. instit. D. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 5. numer. 1. D. Castell. tom. 4. cap. 47. Et tom. 6. cap. 144. num. 46. D. Olea tit. 2. quest. 4. num. 11. D. Valenc. consil. 119. num. 98.*

53 Y en materia de incompatibilidad, lo dixo Rox. 7. part. capit. 6. numer. 53. y la que por proemial puso Rodrigo Fernandez Velarde, como influyente en toda su disposicion, es de que la incompatibilidad, que induxo por las condiciones subseqentes, fuesse no solo real, sino lineal; pues en la clausula primera dize, *que funda el Mayorazgo, para que sus successores perpetuamente tengan su renombre, y acrecienten su estado; lo qual ut dicemus denota ser la incompatibilidad lineal, Et inficere linea primogeniti*, admitiendo la del segundo, en quien sin inconveniente, y sin mixtura se conserve el renombre del Fundador, y se erija Casa principal, con cuyas rentas se mantenga el lustre, y decencia de aquella familia.

54 Convienen los mas de los Authores, que *quotiescumque* el Fundador tacita, ò expressamente prohibió el concurso de su Mayorazgo con otro, *ne primogenium, Et memoria institutoris commisceratur, Et confundatur cum alio, Et ne nomen, Et esplendor arma, Et insignia suprimantur* juntandose con familia agena, la incompatibilidad que se induce es lineal, *Et influit* en toda la linea del primogenito; pues *qualibet familia de per se magis fulget*, en el hijo segundo se mantiene en toda su virtud, sin sombra, perturbacion, ni confusion, lo que no puede ser con tanto esplendor en el hijo del successor, quien aunque viviendo el padre puede llevar el nombre del Mayorazgo diminuido, como esta proximo à succeder en el paterno, en que por su muerte ha de recaer, no puede conservar el nombre con aquel esplendor,

que

que el hermano del poseedor, en quien falta semejante esperança.

55 Rox. 1. part. cap. 8. num. 34. & 35. asserit, que vna de las causas finales de prohibir el concurso de los Mayorazgos es, porque el nombre, y la memoria no se disminuya, ni suprima, y que es la primera de la Ley 7. tit. 5. lib. 5. Recopil. y como tal haze que la exclusion del primogenito sea real, y lineal, para no admitirle, ni à su linea, antes bien al que comenzó ser segundo, y à sus descendientes; idem Rox. 3. part. cap. 5. num. 25. ad 32. inclusive, dixo lo mismo, y que no solo conviene à la causa publica la division de los Mayorazgos, *ne memoria Fundatorum obumbretur*, sino que prohibida por esta causa la division, es no solo real, sino lineal transcendental à todas las lineas, sin restringirse à las personas.

56 D. Olea in Addit. tit. 3. quest. 4. num. 6. asserit, que quando el instituidor prohibió el concurso, *ut eius memoria, & nomen apud posteros esset perpetuum, & ne arma, seu insignia familia sua confundarentur*, la incompatibilidad es lineal, y no personal, D. Larrea decis. 51. numer. 21. asserit, que siendo la incompatibilidad, *ne familia confundantur*, no se admiten los hijos del primogenito, sino el hermano; pues de otra suerte la succession *sepius* se embolviera de vn Mayorazgo con otro, no conservandose el nombre del Fundador puro, sin mezcla, y obumbracion.

57 D. Castell. tom. 6. dict. capit. 178. numer. 2. versic. *Quamvis*, dixo, que aunque dos, ò mas Mayorazgos se pueden dividir en los hijos del primogenito, y escusarse la confusion de la memoria, nombre, y armas de los instituidores, *tamen* por la razon dada en el exordio se entiendo preferido el hermano del poseedor à los hijos del successor, siendo la exclusion lineal, y no personal, si el testador no usò de palabras restrictivas.

58 Y aunque Rox. 7. part. cap. 6. num. 54. dixo, que el motivo de la incompatibilidad, *ne memoria institutoris nomen, & arma confunderentur, aut obumbrarentur*, solo la inducia personal, y no lineal, y consiguientemente que los

hijos del suecessor eran admitidos, y excluian al tio, este Au-
thor para esta opinion no trae fundamento alguno, y expres-
samente se contraria, y opone à lo que dixo 1. part. capit. 8.
num. 34. Et 35. Et 3. part. cap. 5. numer. 25. Et 32. y al co-
mun de los Authores Castellanos, por lo qual optimè dixo
D. Olea in Addit tit. 3. quest. 4. num. 6. que Rox. en este lu-
gar scilicèt, 7. part. cap. 6. num. 33. Et 4. part. cap. 1. num. 23.
nullo fundamento iuris nitetur.

59 Y assi segun los Authores citados, y lo que lle-
vamos ponderado para la exclusion de los hijos del pos-
sedor, *non est distinctio* entre llamamiento de hijo segun-
do, ò de siguiente en grado, sino an la causa, y motivo
de la prohibicion de el concurso *inficiat lineam*, ò sola-
mente la persona del possedor, y siendo la causa de la in-
compatibilidad en nuestro caso, *ne nomen, Et memoria inf-
titutoris obumbretur*, y esta segun los Authores referidos, li-
neal, y no personal, no fueron capaces de succeder en el Ma-
yorazgo dimitido los hijos del primogenito, y fue solo si-
guiente en grado *ex presumpta testatoris mente*, el hijo se-
gundo en quien el nombre, y lustre del Fundador se puede
conservar *in perpetuum*, sin que obste D. Castell. lib. 3. cap.
18. pues tom. 6. cap. 178. à num. 18. videtur retractarse de la
opinion que llevo dict. capit. 15.

60 Ni tampoco es atendible, Torre 2. part. quest. 4.
numer. 14. Et 3. part. decis. 26. numer. 5. pues se opone
à lo que resuelven todos los Authores Españoles, y este
mismo Author 1. part. capitul. 33. numer. 168. tratan-
do de el llamamiento de siguiente en grado, y haziendo-
se cargo de las doctrinas de Castell. y Rox. dixo, que la deci-
sion de la question, si la incompatibilidad era lineal, ò per-
sonal *non erat metienda* del llamamiento de siguiente en
grado, *sed ex alijs circumstantis facti*, y assi poco importa
que en nuestro caso *sit vocatus sequens in gradu*, si la cau-
sa de la incompatibilidad, *ne scilicèt nomen testatoris obum-
bretur, sed per se eluceat* influye, *vt diximus* en toda la li-
nea del possedor.

61 Aunque es comun de los Regnicolas, que la incompatibilidad inducida *ne nomen testatoris obumbretur*, es lineal, y no personal, alguno *ut diximus* dixo lo contrario, pero ninguno ha dicho, que la incompatibilidad que se induce, porque el Fundador quiso erigir nueva Casa, que se conservasse independiente de otra, y que à èl se le debiesse el aumento de su familia era personal, conviniendo todos en que tal motivo induce vna incompatibilidad lineal, excluyendo al poseedor del Mayorazgo, y toda su linea; *ex Leg. 7. tit. 7. lib. 5. Recopilat. Rox. 1. part. cap. 8. numer. 36. § 37. Et 3. part. cap. 5. num. 9. § 22. Et 7. part. cap. 6. num. 49. versic. Primus est. Torre 1. part. cap. 33. num. 140. Luc. de Linea legali, artic. 9. num. 38. Larrea decis. 51. num. 19. Castell. dict. cap. 178. à num. 2. cuya causa se halla en el proemio de nuestra disposicion; pues no solo Rodrigo Fernandez Velarde funda su Mayorazgo, para que su nombre, y memoria se conserve siempre ilesa, sino para hazer Casa, y Estado independiente, y separado en cabeza de su successor, para su acrecentamiento, y lustre, y de los dependientes de èl, *novam domum erigendo qua provisum voluit successoribus.**

62 Cuyo motivo de funda: nueva Casa para acomodar à los successores, aunque por ella se figa la exclusion de la linea primogenita, ni es odiosa, ni contiene especie de exheredacion; antes es favorable, extensible de caso à caso, y de persona à persona; pues mira à conservar la igualdad entre las lineas, y la primogenita *non potest conqueri*, pues se le dexa Mayorazgo, y mas pingue en la opcion que se le concediò: *ut tenent plura expedientes D. Larrea dict. de cis. 51. Rox. de Incompatibilit. 4. part. cap. 2. à num. 17. Castell. tom 6. cap. 181. num. 8. § consequenter* no obsta à lo ponderado el que en nuestro caso estè llamado el siguiente en grado.

63 *Secunda dubitationi respondetur*, diziendo *ut supra diximus*, que no menos es el Mayorazgo incompatible, quando expressamente el instituidor lo precaviò, sino tambien quando las condiciones son tales que haze imposible el

51
concurso de ambos Mayorazgos; porque siendo *ut diximus* imposible *contradictoria coniungi*, *Leg. Titia 71. de Condit. & demonstrat.* D. Valenç. *conf. 83. num. 39.* D. Castell. *lib. 5. cap. 180. num. 18.* el Mayorazgo que tiene condicion de Armas solas, dize incompatibilidad formal con el Mayorazgo que tiene condicion de Armas en primer lugar. D. Larrea *decif. 51. num. 3.*

64 Tampoco se puede dudar, que como en Mayorazgos incompatibles *ex voluntate*, expresa ay incompatibilidad *quo ad titulum*, & *adquisitionem*, y la ay solamente *quo ad retentionem*, también en los Mayorazgos incompatibles *ex voluntate coniecturata* ay incompatibilidad *quo ad titulum*, & *adquisitionem*, como la ay solo *quo ad retentionem*; reconociòlo así D. Castell. *tom. 6. cap. 180. num. 27.* & *sequentib.* expresius Aguil. *ad Rox. 7. part. cap. 4. numer. 47. ibi: Alter casus est quando Maioratus est omnino ex sua natura incompatibilis, & ex conditione explicita non potest cum alio, siue simplici, siue cum qualitate incompatibilitatis coniungi, ut si habeat conditionem ferendi nomen, & arma sola sine aliorum mixtura, vel ne ullus successor qui aliam habebat ad illum admitatur, vel similes omnino exclusi, vel alia conditiones, qua acquisitionem utriusque Maioratus impediunt.*

65 Como ay Beneficios que entre sí son incompatibles *quo ad titulum*, y otros que lo son solo *quo ad retentionem*; D. Gonçal. *in cap. de Multa 28. de Præbendis, num. 9.* *Clement. Gratia de rescriptis, plura Aguil. & Rox. 7. part. cap. 4. à num. 37.* *Barbos. de Potestat. Episcop. allegat. 57. num. 103.* cuya diferencia es maxima, pues en los primeros no solo se impide la retencion, sino la adquisicion, ò por la aceptacion del segundo *ipso iure* vaca el primero; en los segundos, no se prohibe el concurso, sino solo la retencion, *dict. cap. de Multa, capit. Referente, capit. Præterea de Præbend. capit. Litteras de confess. præbend. capit. 1. de Excessib. Præl.* y así la question de nuestro caso no se ha de decidir por ser la incompatibilidad expresa, ò tacita, sino si la incompati-

tibilidad, que se deduce de la repugnancia de condiciones, impide solo la adquisicion, ò tambien la retencion.

66 Ni tampoco este assumpto, è inspeccion se impide, con que por la Carta Executoria se concediò la opcion à la linea primogenita, pues aunque en los Beneficios incompatibles *quo ad titulum* se prohibe la opcion, y en Mayorazgos incompatibles *quo ad acquisitionem* la negaron algunos, *tamen* como por la Ley 7. tit. 7. lib. 5. Recop. se concede la opcion, y en el Mayorazgo dimitido *ex lege* no se considera linea respecto del primogenito, es opinion mas probable en Castilla, que se concede la opcion en los Mayorazgos incompatibles *ex dispositione hominis*, *etiam* que la incompatibilidad sea *quo ad acquisitionem*. Add. ad Molin. lib. 3. cap. 2. num. 30. vers. *Ceterum*. D. Larrea decis. 52. à num. 14. Rox. de Incompatib. 7. part. cap. 4. à num. 42. D. Solorç. de Jure Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 18. num. 16. Torre de Maior. 1. part. cap. 33. à num. 59. Cardin. de Luca de Fideic. discurs. 13. num. 36.

67 Sin embargo de aver llevado la contraria D. Castell. lib. 5. capit. 179. D. Valenc. conf. 83. D. Paz de Tenu. cap. 34. à num. 25. en cuya opinion comun de los Adentes, y Roxas se concediò la opcion a la linea primogenita, y no porque se huviesse concebido, que la incompatibilidad era solo *quo ad retentionem*, y no *quo ad acquisitionem*.

68 Ni tampoco se enerva lo referido, con que el Mayorazgo de Velarde se difiriò en tiempo habil, y que assi por la opcion del segundo, no vaca el primero por el ascendiente de la linea de Don Antonio, y que para considerar quien es el siguiente en grado, se ha de reconocer por quien el Mayorazgo vaca, pues si vaca por aver Don Juan adquirido otro Mayorazgo incompatible *defertur* la succession al hijo, *secus* fuera si el Mayorazgo huviera vacado por Don Pedro su padre; vt considerat Aguil. ad Rox. 4. part. capit. 1. num. 10. vers. *Pater*.

69 Pues en el caso que la incompatibilidad de la controversia sea *quo ad titulum*, como dependiente de condiciò,

ut probabimus infra, importa poco, que *aliquo tempore* huvi-
viessse tenido D. Juan el Mayorazgo de Velarde, pues como
la delacion debaxo de condiciõ negativa, la que requiere per
severancia, y quando que *deficiat retro defecta videtur, dixi-*
mus num. 31. Luego que el Mayorazgo de Calderon entrò
irrevocabilitèr en D. Juan, y su linea primogenita, *retro in-*
telligitur, nunca aver succedido D. Juan en el Mayorazgo
de Velarde, y averse deferido por muerte de su padre al hi-
jo segundo, con exclusion del primogenito, y su linea; de la
manera, que, *ut diximus*, la eleccion no haze que el Mayo-
razgo no optado vaque por el eligente, como ni tampoco
en el legado, que la repudiacion de nuevo derecho al here-
dero, ni este adquiera *aliquid* del legatario, sino que se sub-
duce la persona del legatario, y del optante, como si tal le-
gado no se huviera dado, y no huviera la linea del eligente.

70 Suponen lo referido todos los que proponen la
question, quien succede en el Mayorazgo dimitido, quando
al que posee vno se le difiere otro incompatible, *Et coactus*
est unum eligere alterum dimittere, de qua Doctores supra
laudati; por lo qual *ex alijs circumstantis, Et iuris princi-*
pis se ha de reconocer si la incompatibilidad es *quo ad ad-*
quisitionem, ò *quo ad retentionem*, y es si la incompatibilidad
se causa de incompatible condicion, ò de modo incompati-
ble; pues si es de modo, como este supone *prævia adquisi-*
tione no se impide, sino solo la retencion; si empero es de
condicion la incompatibilidad es *quo ad acquisitionem*.

71 Assi distinguiò para nuestro assumpto D. Castell. *tom.*
6. cap. 180. à num. 23. poniendo varias diferencias para este
assumpto entre el modo, y la condicion con Mieres, Mo-
lina, Peregrino, y otros infinitos, de gravamen puesto *per*
viam modi intelligendus est Aguil. *ad Rox. 7. part. cap. 4.*
num. 30. y de delacion de Armas *per viam conditionis in-*
telligendus est, idem Aguil. *dict. cap. 4. numer. 47.* y que en
nuestro caso la incompatibilidad *ex delatione Armorum* se
causa por estar esta delacion *per viam conditionis* se califica
de la misma fundacion.

72 Lo que se comprueba, *primo*, de que en la clausula tercera correspondiente à la incompatibilidad, vsan los Fundadores del verbo condicion contrahido no à persona determinada, sino à qualquiera llamado, y al mismo acto de succeder, en que no precediendo la succession actual, sino el llamamiento qualificado con la condicion, se requiere el adimplemento de esta para la efectucion del llamamiento; en cuyo caso asì *ex vi verborum*, como *ex voluntate subintellecta*, se entiende puesto el adimplemento por condicion, y no por modo. *Leg. Mulier, §. hereditarium, de condit. institut. Leg. 3. §. si quis ita, de hered. instit. D. Molin. lib. 2. capit. 12. num. 16. Et cap. 14. num. 11. D. Castell. tom. 6. capit. 115. num. 17. Et lib. 4. cap. 55. num. 35. Cardin. de Luca de Fideic. discurs. 155. à num. 7. Et discurs. 156. à num. 6.*

73 Siendo cierto, que para investigar *an modalis, vel conditionalis sit dispositio attenditur testatoris voluntas*, quien puede hazer, que sonando en modo la disposicion sea condicional, y sonando en condicion sea modal, como se colige de lo que nota el Señor Molin. *lib. 2. cap. 12. à numer. 16. Et cap. 14. à num. 11. Luca dict. discurs. 156. à num. 10. Castell. dict. cap. 55. numer. 37. Mieres de Maiorat. 2. part. quest. 4. illat. 8. num. 17.* y resultando, que no solo el Fundador vsò de la palabra condicion, la qual *regularitèr* haze la disposicion condicional; Castell. *dict. cap. 55. numer. 25.* sino que transcendentalmente se puso la de Nombre, y Armas al mismo acto de la delacion, con prioridad de tiempo al cumplimiento de la condicion, à la delacion actual del dominio, y possession del Mayorazgo.

74 *Secundo comprobatur*, de que la condicion de Nombre, y Armas, y no succession de el, que no las llevasse, cotexada la clausula tercera, con la segunda, se puso no solo en el caso, que la no delacion de Armas fuesse *scientèr*, sino aun en caso que fuesse *ignorantèr*, segun, y como avia no llamado en la clausula segunda à el que enagenasse *etiam ignorantèr*; cuya aposicion de hecho es opuesto à la naturaleza del modo, y proprio de la verdadera condicion, pues la deficien-

cia

cia del modo sin culpa no priva del emolumento, pero la deficiencia casual de la condicion vicia la disposicion. *Leg. Quae sub conditione* 8. §. *quoties*, de *condition. institut.* *Leg. Si fundum*, §. *Iulianus*, de *legat.* 1. *Leg. Pater filium*, §. *tusculanum*, de *legat.* 3. D. *Castill. lib. 4. cap. 55. num. 50.* *Cardin. de Luc. de Fideic. discurs.* 154. *num. 8.* conducit D. *Molin. lib. 2. capit. 12. num. 42.*

75 *Ubi asserit*, que el modo imposible en los contratos no vicia la disposicion, porque no puede imputarse culpa en no aver cumplido el donatario, lo que aunque quisiera cumplir no pudiera, siendo lo contrario en la condicion imposible, lo qual vicia todo contrato, §. *si impossibilis inst. de inutil. stipulat.* *Leg. Impossibilis*, de *Verbor. obligat.* de suerte, que aviendo puesto el Fundador la condicion de Nombre, y Armas, assi al esciente, como al ignorante, no se entiende puesta *per viam modi*, sino como verdadera condicion.

76 Y como la posicion de Armas, y perseverancia en ellas, haze verificar la condicion à favor del llamado, *sic* su negacion, y no perseverancia, *sive culpa, sive casu*, haze delacion à la linea siguiente, y no llamado aquel en quien no se verificò, assi porque lo dado debaxo de condicion se entiende quitado debaxo de la contraria, *Leg. Si legatum*, de *Alim. leg.* *Leg. Aliquando*, de *Condition. & demonstr.* *Leg. penult. Quando dies* *Leg. ced.* *Leg. Si post mortem*, §. *fin.* de *legat.* 1. D. *Castill. tom. 5. cap. 180. num. 26.* *Mieres de Maior. ratib. 2. part. quest. 4. illation. 8. num. 5. & 26.* como porque no se cumpliendo la condicion del llamamiento, es lo mismo que si no huviera sido llamado, *Leg. Pecunia*, de *Reb. cred.* *Leg. Necesario*, de *Peric. & comod. rei vend.* *Peregrin. de Fideic. art. 11. num. 12.* *Mieres dict. illation. 8. num. 25. & 27.* y assi se entiende prohibido el concurso, y no solo la retencion, *videtur tenere in simili clausula.* D. *Lar. de Vit. hom. cap. 3. num. 40. ubi ponit clausulas.*

77 No siendo demomento, que el Fundador para el caso del no adimplemento diga, que priva al llamado de los

bienes. *Primò*, porque por esta formula no se induce precisamente que la delacion de Armas estè *per viam modi*, pues *verum est*, que aquel que no cumple la condicion, pierde aquel derecho que tuviera si huviera cumplido; y en semejante formula dixo Mieres *dict. illat. 8. num. 27. & 28.* que la formula era condicional, ibi: *Et paria sunt nihil fieri, & fieri sub conditione, qua non purificetur, quod maxime locum sibi vindicat, ubicumque gravamen, & conditio continet, quod si successores non servaverint conditiones cadant, & amittant omne ius.*

78 Siendo cierto, que los derechos condicionales son considerables, *dicuntur ad nos pertinere: Leg. Filiofamilias, ff. quibus ex causis in possess. ear. Leg. Verbum 18. de Verbor. significat. Leg. 13. tit. 5. part. 5. Giurb. ad Messanens. 1. part. cap. 1. gloss. 3. num. 57. latè Capic. Latr. decis. 34. numer. 34. plenissimè D. Olea de Cess. iur. tit. 3. quest. 10. à numer. 13. ubi, quod sunt in commercio donari vendi cedi, & in contractum deduci possunt. Ex Leg. Si iactum retis de act. empt. Leg. Spem, Cod. de donat. Gom. Variar. tom. 2. cap. 2. num. 7. Leot. de Usuris, quest. 26. numer. 23.*

79 Y dize se quem privari eo iure, para que no pueda el, que le tiene, *etiam* por el Principe ser privado de el; *Leg. In diem, §. non autem, ff. de aqu. plu. arc. Escob. de Purit. 1. part. quest. 7. num. 4. plura Torre de Maiorat. 1. part. cap. 32. à numer. 67. ubi latissimè, quod hoc ius conditionatum ex causa de praterito considerabile est*, para no poder ser quitado por el Principe de potestad ordinaria. *D. Olea dict. quest. 10. numer. 13. in medio.*

80 Y aunque no pudiera corresponder à este derecho, quem posse privari, y el llamamiento fuera nulo, *atamen bene dicebatur, quem privari de el, quatenus de facto pracesit*, como se dize del testamento, *nullo quod rumpitur licet nullum sit, Leg. Posthumo nato, Cod. de bonor. possess. contr. Tab.* y que se rescinde por la *bonorum* possession, *quatenus de facto pracesit*, y lo mismo en los contratos nulos, que por serlo *non eo minus* se dize rescindir se; *Leg. Si minor, §. si servus*

de evict. Gomez Variar. tom. 1. cap. 11. num. 5. vbi Aylf.
Y assi no por esso no se dirà nuestra disposicion condiciona-
da, porque el Fundador vsò de la palabra *pierda*, que presu-
pone adquisicion, ò porque este derecho condicionado,
maximi momenti est, ò porque dize se privado de èl, *qua-
tenus de facto processit*.

81 *Ulterius* aunque la condicion referida se pudiera
considerar no suspender el llamamiento, y suponer previa la
adquisicion, *attamen* no puede negarse ser condicion pue-
ta à la resolucion del llamamiento, de cuya naturaleza es
maximè en las vltimas voluntades, el que *eveniente condi-
tione* se considera, como si nunca huviera sido llamado, *Leg.
Si legatum 10. de Adim. legat. vbi asseritur quod legatum
datum pure si adimatur sub conditione perinde est, ac si sub
contraria conditione datum est. Leg. Quibus diebus 40. §.
quidam Titio 2. de condition. Et demonstr. Leg. Aliquando
107. ff. eodem*, y aun en contratos procede lo mismo en los
pactos de la *Ley Commissaria*, *Et adiectionis in diem. Leg.
2. vbi Glossa de In diem adiectione. Leg. fin. de Leg. commiss. D.
Covarrub. Variar. cap. 13. num. 8.*

82 De que se deduce, que las doctrinas referidas de Mo-
lin. Castell. y otros, de que los preceptos en los Mayorazgos,
aunque suenen *in vim conditionis* se entienden modales,
procede quando no ay voluntad expresa, ò congeturada de
que fuesen verdaderas condiciones, *tunc enim* las reglas ce-
den à la voluntad, que es la que primero se debe atender,
yà sea expresa, yà sea tacita. *Leg. Mevia 51. de Manum.
testam. Leg. 1. Cod. de condit. institut. diximus ex Rosa, &
alijs, num. 3.*

83 De todo lo qual se manifiesta, que siendo la dela-
cion de Armas condicion meramente suspensiva, ò condi-
cion resolutive del llamamiento, *statim* que el Mayorazgo
de Calderon se defiriò à Don Juan Velarde, num. 14. *statim*
se considerò como si nunca huviera sido llamado al Mayo-
razgo de Velarde, y se defiriò à la linea segunda desde la
muerte de Pedro Velarde, num. 9. sin que Don Juan pudiese

se hazer cabeza de linea, para la inclusion de sus descendientes, *Leg. Titio ususfructus, de Condit. Et demonstr. D. Olea tit. 3. quest. 4. num. 20. Aguil. 8. part. cap. 7. num. 21. 22. Et 23.*

84 Y siendo aun mas favorable à la linea segunda de Don Juan esto que se deduce del no adimplemento de condiciones por la incompatibilidad que tienen los Mayorazgos, que sino aviendo esta perplexidad, Don Juan no quisiera cumplir las condiciones, pues en este caso no parece era justo, que el hecho voluntario del padre perjudicasse à su linea, lo que no procede en la incompatibilidad, en que el poseedor de su parte haze *quantum potest*, y su linea queda con el Mayorazgo principal: *vt ex Olea consideravimus supra num. 29.*

85 Pero aunque todo lo referido cessara, y no fuera la incompatibilidad tan real, y lineal, que por ella quedassen excluidos todos los hijos, y descendientes del primogenito, y se pudiesse considerar que Don Juan hizo linea en el Mayorazgo dimitido para sus descendientes, *ad hoc tamen* en este caso, y considerando la delacion de Armas por meramente modal, no avia satisfecho Don Pedro, num. 27. à su inclusion, y exclusion de la segunda que constituyeron Don Diego, num. 15. y Doña Antonia, num. 16. pues debiò calificarse en contrario, que al tiempo de la muerte de Doña Cathalina Calderon, num. 8. en que succediò el concurso, tenia Don Juan, numer. 14. dos hijos, sin bastar tener vno.

86 Pues segun la doctrina de Castell. *tom. 6. cap. 180. n. 30. vers. Aliud*, se inclina à dezir con Valençuela *consil. 83. tom. 1.* que reputandose el padre, y el hijo por vnico, *Et eadem persona*, cuyo hijo ha de succeder en el Mayorazgo, que el padre posee, y tratandose de perjuzio de tercero, no puede el hijo vnico *tempore delationis*, succeder en el Mayorazgo dimitido por el padre, y assi se necessita calificar aver avido dos hijos, cuyo segundo succediesse en el Mayorazgo dimitido, y fuesse practicable la opinion del Señor Solorçano *tom. 2. lib. 2. cap. 19. num 51.* en cuya doctrina, y en las de Castillo, y Valençuela referidas, se funda la linea de Don Joseph Velarde, numer. 19. para excluir la linea de Don Pe-

dro,

dro, num. 17. en caso de que la linea segunda de num. 15. y 16. sea preferida por los hijos de Don Juan, numer. 14.

87 *Diximus*, que se necessita probar esto por la linea de Don Pedro, num. 27. porque siendo como es fundamento de su intencion, no solo el ser hijos de num. 14. sino es *in rerum natura* al tiempo de la delacion es preciso calificarse por aquel que en ello se funda, *Leg. 1. Cod. quorum bonor. D. Larrea decis. 33. num. 33. quotes enim tempus certum* es causa de la inclusion necessita probarse la qualidad *tum temporis*, y con restriccion à el; *Leg. penul. §. docere, ff. ne quis eum. Loterio de Re beneficiaria, lib. 2. quest. 40. numer. 78. Noguier. allegat. 7. num. 18. Gom. Variar. tom. 3. capit. 9. num. 1. Covarrub. lib. 2. Variar. cap. 6. num. 2. vbi Faria numer. 10. qui asserit procedere tam in actore, quam in reo. Mantic. de Coniect. lib. 2. tit. 1. numer. 3. por el brocardico, de que non probat hinc ad esse quod abhinc contingit abesse. Leg. Nec natales, Cod. de probat.*

88 Mayormente, *quoties est in causa* otro que *tempore delata successione* tiene calificada su existencia, contra la qual no basta el aver prueba presumptiva requiriendose indubitada, *Leg. Ordinata 24. de Liberal. caus. Castell. tom. 6. cap. 124. num. 12. Pegas de Maiorat. tom. 2. cap. 9. num. 538.* lo qual procede aunque aquel que se funda en prueba presumptiva, se halle en la possession de los bienes, *nam* esta possession contra el que *aliàs* tiene probada su inclusion *in nihilo* perjudica. *Cardin. de Luc. de Iur. Patronat. discurs. 63. num. 69.*

89 Supuesto lo referido por los autos de este pleyto, parece convincente no estar calificado que en el año de 608. en que succediò el concurso, D. Juan, num. 14. tenia dos hijos, pues no consta quando naciò Don Pedro Velarde, num. 17. ni quando se casò Don Juan Velarde, num. 14. por no averse presentado partida de Baptismo, ni velaciones de Don Juan, num. 14. ni de Don Pedro, para por ellas reconocer el tiempo en que Don Pedro naciò, siendo el libro de Baptismo el instrumento mas proprio para probar el nacimiento,

y calidad. Trident. Sess. 24. de Reform. matr. cap. 1. D. Lara de Vita hominis, cap. 23. num. 2. § 6.

90 Y aunque se presentò la fee de Baptismo de Don Joseph, num. 19. con fecha de 5. de Abril de 1611. este instrumento no prueba; pues aviendose redarguido, y debiendo comprobarse por quien la presentò, segun la Ley 115. titul. 18. partit. 3. Gonçal. in regul. 8. gloss. 64. num. 6. Parexa de Instrument. edition. tit. 1. resolut. 3. §. 2. num. 33. maximè en materia tan grave, no se hizo, antes bien aviendose queriendo reconocer el libro de donde se sacò, no se halla, sucediendo lo que dizen los AA. de que *quotiescumque* se dize, que vn instrumento es autentico, y aquel contra quien se produce, pide se reconozca el protocolo, y se halla no le aver, ò està vicioso, *nullatenus* tal instrumento aprovecha, ni merece nombre de tal. Cap. *Quoniam contra*, de Probat. Parexa tit. 1. resolut. 3. §. 1. num. 41. *Qui asserit hoc procedere, tam Iure communi, quàm Regio.*

91 *Ulteriùs* siendo la fee de Baptismo de Don Joseph, de 9. de Abril de 1611. *nihil proficit* para probar la delacion del Mayorazgo incompatible al tiempo de la muerte de Doña Cathalina; pues aviendo sido esta en 3. de Septiembre de 1608. passaron casi tres años hasta el nacimiento de Don Joseph; y aun dando cabimiento aver sido nacido antes Don Pedro, num. 17. hecha la regulacion, *natiuitatis, & conceptionis* no prueba *concludentèr*, como se requiere, que en dicho dia 3. de Septiembre de 1608. dicho Don Pedro, numer. 17. estuvièsse nacido, ni concebido, para disputar el caso, si avia sugeto habil, en quien siendo la incompatibilidad meramente personal, pudiesse passar el Mayorazgo dimitido.

92 Y aunque se presentò en contrario vna fee de Baptismo, que se dize de Don Diego, num. 18. con fecha de 20. de Junio de 605. en que se baptizò por hijo de Don Juan Velarde, y Doña Elena del Corro, numer. 14. sacada del libro de baptizados de la Iglesia de Santillana, no consta del pleyto, como debe en vna materia tan ponderosa, que en este

tiempo estuviese ya nacido Don Pedro , num. 17. ni que este Don Diego sea el que se dize murió en el año de 1672. pues aunque se dize , que en este año murió vn Don Diego Velarde , no se dize que era este mismo , que se baptizó en el año de 1605.

93 Lo que se comprueba , de que en las quantas , y particiones , que parece se hizieron en el año de 1627. por muerte de Don Juan Velarde , num. 14. no se halla aver intervenido Don Diego Velarde , que tambien se supone su hijo , y si en aquel tiempo viviera , no dexara de aver intervenido en el inventario , y particion , y de su no asistencia se arguye *tunc temporis in rerum natura non extitisse* : vt decitlum refert Pegas de *Maioratib. tom. 2. cap. 9. numer. 629. in fin.* De suerte , que debiendo aver prueba concluyente de la linea intermedia , que pretende excluir la siguiente , quando esta *concludentèr* tiene probada su immediacion , no parece la ay para que aun siendo personal la incompatibilidad , pudiera ser exclusiva la linea segunda de Don Diego , y Doña Antonia , numer. 15. y 16. y mucho mas quando *vt supra probavimus* , la incompatibilidad es lineal , y en que està comprehendida toda la linea de Don Juan , num. 14. à quien se defirió el Mayorazgo incompatible.

ARTICULO SEGUNDO.

RESPONDESE A LA INCAPACIDAD, QUE
se opone à Don Antonio , num. 30.

94 **R**econociendose , que el Mayorazgo de Velarde dimitido no puede passar à los de la linea primogenita , y que ha de dar transito su cession à la linea segunda , que constituyeron Don Diego , num. 15. Doña Antonia , num. 16. y su hijo Don Antonio , num. 21. se dize en contrario , que esto solo tiene lugar , quando la linea segunda es capaz de succeder en el Mayorazgo dimitido ; porque si segun las clausulas de la funda-

cion, el que constituye la linea segunda no tiene llamamiento en la disposicion, aunque el Mayorazgo sea incompatible, no podrá excluir la linea segunda à la primogenita.

95 Por lo qual en el Mayorazgo de agnacion la hembra, que como tal no tiene llamamiento, no excluye al varon de la linea primogenita, aunque el Mayorazgo sea incompatible, D. Castell. *lib. 5. Controvers. cap. 166. numer. 6.* Roxas *de Incompatib. 1. part. cap. 8. num. 54.* vbi Aguila *numer. 33.* idem Roxas *8. part. cap. 7. num. 9.* que el ser el Mayorazgo de Velarde, que se controvierte, de agnacion rigurosa se califica, no solo de la delacion de Nombre, y Armas, que estimò por bastante en el Estado de Moya Mieres *de Maioratib. 2. part. quest. 4. illation. 3.* sino porque Rodrigo Fernandez Velarde en su clausula segunda, y quinta, en que hizo llamamiento de Pedro, num. 9. Antonio, num. 10. y Rodrigo, numer. 6. solo llamò los varones, poniendolos assi en lo dispositivo, como en lo condicional, de lo qual se entiende aver excluido las hembras, y querido formar Mayorazgo de agnacion à lo menos entre sus descendientes. *Leg. 1. Cod. ad Leg. Iuliam, de Adulter. Leg. 12. de Indic. ex Bartol. in Leg. Cum avus, de Condition. Et demonstrat. D. Castillo lib. 2. cap. 4. num. 79.* Rosa *consultat. 69. num. 86.* Et *sequentibus, Et 161. Vela dissertat. 49. num. 87.* D. Molin. *lib. 3. cap. 5. num. 95.*

96 Siendo mas claro, quando las hembras tienen llamamiento discreetivo, que haze no poder quedar comprehendidas en el llamamiento antecedente, aun *alias* apto para comprehender hembras. *Leg. Ex facto, §. item quero, de vulg. ar. Leg. Aequissimum, §. si prius, de bonor. possess. secund. Tabul. Leg. Cum ex filio, §. 1. de usufruct.* D. Larrea *decis. 54. num. 17.* Rosa *consultat. 69. num. 154.* Peregrin. *de Fideicommiss. artic. 25. num. 44.* Mieres *de Maioratib. 2. part. quest. 6. num. 65.*

97 Y assi estàdo exclusa la linea de Doña Antonia, num. 16. y Don Diego, num. 15. como Capiscòl de la Iglesia de Santillana, por la exclusion de los Clerigos contenida

en

81
en la clausula dezima, no puede Don Antonio, numer. 30. pretender derecho à la succession del Mayorazgo incompatible, por mas que la incompatibilidad fuesse lineal, antes bien succedieron legitimamente los hijos de Don Juan, numer. 14. en quien succediò el concurso de ambos Mayorazgos.

98 Esta oposicion deducida de la doctrina de Roxas, y Castillo, cuya theorica confessamos, y negamos su aplicacion, estava desvanecida solamente con las sentencias de vista, y revista del pleyto de la incompatibilidad, que se litigò entre Don Pedro Velarde, num. 23. y Doña Cathalina Velarde, num. 26. pues aviendosela concedido la opcion del Mayorazgo de Velarde, y de el de Calderon, se la supuso capáz de succeder en qualquiera de los dos, lo que no pudiera ser si vno de ellos fuera de agnacion, aviendo como avia agnados descendientes de Don Pedro, num. 9. pues estàndo como hembra exclusiva, mal se le permitiera optar el Mayorazgo, en que nunca pudiera succeder.

99 Y asì por esta sentencia obsta à Don Pedro Velarde, num. 27. y 32. excepcion de cosa juzgada, sobre que el Mayorazgo litigioso no es de agnacion en la linea de Don Pedro, num. 9. por obstarle la sentencia, que se diò contra su antecessor, *Leg. 44. de Re iudicat. Mieres de Maioratib. 4. part. quest. 14. à num. 1. D. Castell. tom. 6. cap. 157. à num. 1. D. Molin. cap. 8. numer. 2.* no solo quando se dà sobre los bienes, sino tambien sobre la qualidad de succeder, *an scilicet* el Mayorazgo es de agnacion, ò regular. *D. Castillo dict. cap. 157. num. 11. D. Molin. dict. cap. 8. num. 3. Giurba decis. 1. à num. 15. D. Covarrub. Practic. cap. 13. num. 6. non curata opinione, de qua D. Salced. in Theatr. honoris, gloss. 19. num. 11. Et seqq.*

100 No se necesitava *ut dicebamus* para la exclusion de esta oposicion, mas que lo decidido en las sentencias de vista, y revista de dicho pleyto de incompatibilidad; pero para que se reconozca el ningun fundamento de esta oposicion, segun las clausulas de la fundacion de Rodrigo Fernandez

Velarde, que es la regla por donde se ha de gobernar la sucesion, *Leg. 77. §. fidei, de legat. 2. Leg. Qui solvendo, de Hered. instit.* Roxas de *Incompatib. 1. part. cap. 8. numer. 31.* Rosa *consultat. 69. à numer. 28.* probaremos con la possible concision, que en el Mayorazgo de Velarde no tienen exclusion las hembras descendientes de Pedro, num. 9. y mucho menos los varones de ellas.

101 Y suponiendo como no se puede negar, que no ay exclusion expresa, y que para que ay exclusion por congeturas es necesario, que estas sean concluyentes, y que no puedan tener commodamente otro sentido, por ser su exclusion odiosa como deviante del ordinario modo de suceder en los Mayorazgos. *D. Castell. lib. 2. cap. 4. num. 65. Et lib. 4. cap. 56. num. 100. D. Vela dissertat. 49. num. 52. Roxas de Incompatib. 3. part. cap. 4. num. 13. Pegas de Maioratib. tom. 2. cap. 17. num. 63. Torre de Maioratib. 1. part. cap. 25. num. 27. D. Valençuel. consil. 97. num. 34. D. Molin. lib. 3. cap. 4. numer. 18.*

102 En nuestro caso no ay la menor congetura, ni para inducir agnacion, ni aun para excluir las hembras, lo que cumulativamente se necessita en contrario; pues aun ayendo exclusion de hembras, y no pudiendo suceder Doña Antonia, numer. 16. no siendo el Mayorazgo de agnacion, pudo suceder legalmente Don Antonio, num. 21. que como nacido en el año de 1597. siendo el Mayorazgo de masculinidad, succede con exclusion de su madre, y de los agnados. *D. Castell. lib. 3. cap. 15. num. 75. Et tom. 6. cap. 129. D. Valençuel. consil. 97. num. 126. D. Larrea decis. 34. numer. 11. Pegas de Maioratib. tom. 2. cap. 12. num. 4. Addent. ad Molin. lib. 3. cap. 5. num. 51. Suelv. tom. 2. consil. 5. Torre de Maioratib. 1. part. cap. 25. num. 266. Et cap. 38. num. 401.*

103 Aunque el llamamiento sea de hijo mayor varon, pues en esta formula en materia primogenial se comprehende el nieto, *iste enim appellatione filij venit. Leg. 2. tit. 15. partis. 2. Leg. 13. §. 14. tit. 7. lib. 5. Recopilat. Molin. lib. 1. cap. 5. num. 22. Et cap. 6. num. 28. Castell. lib. 4. cap. 66. num.*

26. Et lib. 5. cap. 92. num. 58. Et cap. 93. §. 1. num. 40. Et cap.
pit. 129. num. 38. §. 39. Pegas dict. cap. 12. num. 44. Suelv.
consil. 5. num. 65.

104 Y en terminos de Mayorazgo de segunda genitura,
ò incompatible por disposicion de Ley, ò hombre, plene
Roxas de Incompatib. 8. part. cap. 8. à num. 8. qui latè profese-
quitur, segun cuya doctrina se decidiò en esta Chancilleria
à favor de Don Pedro Ladròn de Guevara, varòn de hem-
bra, contra el Conde de Canillas su tio, sobre la succession
del Mayorazgo de Santibañez de Cañedo; porque aunque
la hembra estava exclufa, no lo estava el varon de ella, y
Don Pedro su hijo estava nacido quando se causò la incom-
patibilidad del Mayorazgo de Santibañez con el de Canillas.

105 No es congetura de agnacion en Castilla la dela-
cion de Nombre, y Armas, ni tampoco de exclusion de
hembras, por ser estas capaces de llevar el nombre, è insig-
nia de la familia, proposicion inconcusa en Castilla, y que
aun la han reconocido los Estrangeros. D. Molin. lib. 2. cap.
14. num. 5. D. Valençuel. consil. 97. num. 120. D. Larrea de-
cis. 31. num. 49. D. Castell. tom. 6. cap. 136. num. 75. Torre de
Maioratib. 1. part. cap. 25. num. 125. §. 126. Et cap. 38. nu-
mer. 41. Cardin. de Luc. de Fideicommiss. discurs. 34. num. 10.
Marinis lib. 2. Resolut. cap. 126. num. 12.

106 Y en terminos de Mayorazgos incompatibles por
delacion de Nombre, y Armas, Roxas 8. part. cap. 7. num. 8.
Aguila 1. part. cap. 8. num. 33. Castell. tom. 6. cap. 160. num.
6. Cevall. Commun. quest. 828. los quales imprueban, ò ex-
plican, lo que dixo Mieres cerca del Mayorazgo de Moya
dict. 2. part. quest. 4. illation. 3. num. 11. de que en aquel ca-
so avia congeturas de agnacion, como en la Varonia de Es-
pes, de qua Tiberius Decianus lib. 2. consil. 7. y assi, el que
el Mayorazgo sea incompatible por delacion de Nombre, y
Armas, nada conduce para la exclusion de las hembras, y
mucho menos para excluir los varones de ellas.

107 Tampoco es exclusivo de las hembras descendien-
tes de Pedro, numer. 9. por vltteriores llamamientos que el

Fundador en el llamamiento de Pedro huviesse llamado varones, pues como el varon de vna misma linea, y grado tiene prelación à la hembra, si esta no se halla expressamente exclufa, el llamamiento de varones no induce exclusion de hembras, sino solo la prelación de los varones *intra eundem gradum, & lineam*; pues la posición de los que tienen la primera causa de succeder *non stat gratia excludendi, sed demonstrandi*. D. Molin. *lib. 1. cap. 4. num. 33.* Castill. *lib. 2. cap. 22. num. 60.* Aguila ad Roxas *1. part. cap. 2. num. 27.*

108 Por lo qual, en los mismos terminos del llamamiento enixo de varones, dixo el Señor Molina *lib. 3. capit. 5. num. 35.* que por èl no se entendia excluir las hembras, sino hecho *propter maiorem frequentiam*; D. Valençuel. *consil. 97. num. 100.* dixo, que el llamamiento de varon, aunque fuesse de hijos, nietos, y descendientes varones, no se entendia para excluir las hembras, sino para denotar el orden regular de succeder en los Mayorazgos, aviendo continuacion de varones en la linea recta. *Et num. 75.* que la masculinidad està *demonstrativè, non dispositivè ad fœminarum exclusionem.* Addent. ad Molin. *dict. lib. 3. cap. 5. numer. 65.* *vers. Hinc*, dixeron, que no por estar llamado el hijo varon, nieto, y viznieto varon, se entienden las hembras exclusas, sino solo exprimir la qualidad, que regularmente *in esse debet*, quando el Mayorazgo và discurriendo por la linea recta de primogenitos varones.

109 Torre de Maioratis. *1. part. cap. 25. num. 46.* dixo con Baldo, que llamar, y substituir los varones primogenitos en la linea de succession, es poner el orden de prelación, no necesidad de exclusion; Marinis *lib. 2. cap. 126. num. 27.* dixo, que el llamamiento reperido de varones, no aviendo exclusion de hembras, no diziendose, que succeda el varon remoto, y este excluya la hembra, solo induce prelación *in eodem gradus.* Roxas de Incompatib. *3. part. cap. 5. num. 12.* dize, que en el *capit. 26.* de los Numeros *ex mente ac Lege Divina*, el llamamiento de los varones se interpretò de los

que

que estuviessen *in eadem linea, & gradu*, no empero para la exclusion de las hembras de mejor linea.

110 Es tan recibida esta proposicion, que aun en los terminos de la doctrina de Bartulo *in Leg. Cum avus, num. 4. de Condition. & demonstrat.* no faltaron Auctores, que dixeron, que aun puestos los varones en la parte condicional *adhuc* era admitida la hembra, por tener llamamiento legal en la misma *Ley Cum avus*, dandose medio entre el llamamiento de varones, y la exclusion de las hembras, que es el llamamiento de la Ley; y assi dizen no basta para la exclusion de ellas la aposicion de los varones en la parte condicional, si ademas de esto no ay exclusion de las hembras: *ut latè prosequitur Torre de Maioratib. 1. part. cap. 25. à num. 149.* Y aunque esta opinion *non transit sine contradictore*, convienen todos en que, para que por la aposicion de los varones en la parte condicional se entiendan las hembras exclusas, y se admita el substituto, es necesario, que expressamente en la condicion se pongan los varones, sin que baste estar subintelectos. *Torre dict. cap. 25. num. 153. vers. Intellege predicta.*

111 Y solo el llamamiento inculcado de varones puede obrar la exclusion de las hembras, quando el llamamiento està puesto por modo de regla, *semper, & in omni casu*, con clausulas de perpetuidad, sin llamamiento alguno de hembras, no empero quando el llamamiento de varones es gracia *frequentioris usus*. *D. Castill. lib. 2. cap. 4. numer. 72. D. Lara de Vita homin. cap. 30. num. 78. D. Molin. lib. 3. cap. 5. à num. 25. Torre dict. cap. 25. à num. 133.*

112 Siendo assimismo cierto, que de tal suerte es odiosa la exclusion de las hembras, que *nullatenus* se entiende repetida en clausula, ni periodo subiguiente, como no es necesaria para la conservacion del Mayorazgo. *Leg. 39. de Condition. & demonstrat. Pegas de Maioratib. tom. 2. capit. 17. num. 72. Roxas de Incompatib. 4. part. cap. 2. num. 12. Mieres de Maioratib. 2. part. quest. 6. num. 320. Torre dict. cap. 25.*

num

num. 250. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 56. Cardinal. de Luca de Fideicommiss. discurs. 43. num. 4. optimè Maldonad. ad Molin. lib. 1. cap. 6. numer. 18. Marinis dict. lib. 2. cap. 126. numer. 19.

113 Aplicadas las doctrinas referidas à nuestra controversia, se hallan llamados los varones no *per modum regula*, sino *gratia frequentioris usus*, *demonstrativè* denotando el orden regular de suceder, como se reconoce de la clausula segunda, en que es llamado Pedro, numer. 9. que era hijo mayor de Juan, numer. 2. y despues su hijo mayor varon; y despues, que vaya successivamente de varon en varon, de mayor en mayor, segun el orden de la primogenitura, explicando la linea recta de primogenitos, y lo que *frequentèr* succede de suceder el hijo varon al padre varon; cuya expresion como insita *ex natura rei nihil operatur*, no siendo nuevo, que los testadores expliquen supervacaneamente muchas cosas, que *tacitè insunt, ut ad assumptum*, & *in nostris terminis plura tradit D. Valençuel. dict. consil. 97. à num. 75. & à num. 95.*

114 Ni los varones de Pedro, num. 9. estàn puestos en la parte condicional para la substitucion de Antonio, num. 10. sino solamente los hijos, clausula segunda, ibi: *En defecto, que el dicho Pedro Velar de nuestro nieto, num. 9. no dexè hijo legitimo de su cuerpo, lleve los bienes Antonio Velarde, num. 10.* y estando solo en la condicion los hijos, sin qualidad de varonia, se incluyen en ella no solamente los varones, sino las hembras; y assi *verum est*, que *appellatione filij venit filia. Leg. Si ita, de Testament. tutel. Leg. Si ita scriptum, de legat. 2. Torre de Maioratib. 1. part. cap. 25. numer. 41. Fusar. de Substitut. quest. 311. num. 5. D. Molin. lib. 3. capit. 4. num. 4. D. Castell. lib. 5. cap. 141. Cardinal. de Luca de Fideicommiss. discurs. 38. num. 2. Arias de Mes. Variar. lib. 3. cap. 5. numer. 6. Mieres de Maioratib. 2. part. quest. 6. numer. 45.*

115 Ni obsta à lo referido, que el verbo comun puesto en la condicion, quando precediò qualificado en la dispo-

ficion, no comprende mas que aquellos, que en la disposicion se contienen; y assi estando en lo dispositivo el hijo varon de Pedro, num. 9. y en la condicion subsiguiente el verbo comun, *scilicet* hijo, este solo comprende el varon, y no la hembra. *Leg. 3. de Fund. instruct. Leg. 29. §. etiam, de liber. & posthum.* Addent. ad Molin. *lib. 3. capit. 3. num. 41.* Torre de *Maioratib. 1. part. cap. 37. num. 53.* Luca de *Fideicommiss. discurs. 71. num. 11.* Tondut. *Civil. tom. 2. cap. 112. num. 14.* Fusar. *consil. 9. num. 19.*

116 Pues à este dubio se responde, *primo*, que lo referido tiene lugar, quando se trata de vna misma oracion, y periodo; y quando se reconoce, que el testador no quiso hazer mas ampla la parte condicional, que la dispositiva, ni en la condicion se puso qualidad verificable en vno, y otro sexo, *secus verò è converso quando enim* el verbo comun con qualidad verificable en ambos sexos, se pone en distinta oracion, *tunc* no se restringe por lo dispositivo; plura Torre *dict. cap. 37. num. 39. 40. & à num. 48. vbi de casu.* Altograd. *controv. 94. & alijs*; lo que es adaptable à nuestra controversia, en que la mencion de hijo se pone en oracion diversa, y con la qualidad connotativa *de legitimo de su cuerpo*, lo que no estava con esta expresion en la parte dispositiva; y siendo dicho verbo verificable en la hembra, esta *intelligitur esse in dispositione*, segun la regla comun de los Mayorazgos: de qua Molin. *lib. 1. cap. 6. numer. 2.* Castill. *lib. 4. cap. 9. num. 73.*

117 *Secundo, & concludentèr*, porque la replica procede, quando precediendo vn verbo restringible en lo dispositivo, se subsigue vno comun en lo condicional, que se puede entender en vno, y otro sexo; y tambien *ex materia subiecta* solamente en el restricto, *veluti* quando en lo dispositivo estàn varones, y en lo condicional hijos, no embargo quando en lo condicional està vno, y otro sexo expreso; *tunc enim* el puesto en la condicion, ò en el gravamen, distinto del puesto en la disposicion, aunque en materia regular no sucediera; porque ni la condicion, ni el gravamen dà

llamamiento; *Leg. Hereditas 65. de Hered. instit. Leg. 8. Siquis omis. caus. tamen* por la perpetuidad de los Mayorazgos de la condicion, ò del gravamen se induce tener llamamiento. Gomez tom. 1. cap. 5. num. 24. Pegas de *Maioratib. tom. 1. cap. 5. à num. 571. D. Castell. lib. 5. cap. 89. numer. 27. Peregrin. de Fideicommiss. artic. 12. numer. 7. Rosa consultat. 40. numer. 18. Torre de Maioratib. 1. part. capit. 37. à num. 323. & 330.*

118 La razon es, porque poniendose en la condicion las hembras, este verbo nunca puede comprehender, ni restringirse à varones; y assi dixo Pompon. *in Leg. 45. de leg. 2.* que *foemenino vocabulo non possunt masculi contineri*; Roxas de *Incompatib. 1. part. cap. 6. numer. 353.* y assi puesta en la condicion la hembra, y el varon expressamente, cessa la question propuesta, lo que es adaptable à nuestro caso; pues aunque el Fundador en la clausula segunda puso el verbo comun en la condicion, y en la clausula quinta puso en la condicion los varones, para dar llamamiento à Rodrigo, num. 6. y despues de Rodrigo, y sus varones llamò las hijas de Juan, num. 5.

119 Reconociendo, que su disposicion podia dar motivo à alguna duda, passò en la clausula octava à poner en la condicion previa al llamamiento de Rodrigo, los varones, y hembras descendientes de Juan, num. 5. queriendo que todos los varones, y hembras de Juan, num. 5. succediesen antes que Rodrigo, y diziendo assimismo en la linea de este, se succediese por el orden regular; *scilicet*, que aunque los varones se avian de preferir à las hembras, avia de ser solamente *intra eandem lineam, & gradum*, ibi: *Presfiriendo siempre los varones à las hembras, aunque las hembras sean de mas dias, que los varones.* Et ibi: *E no aviendo de el hijos, ni descendientes legitimos varones, ni hembras.*

120 De lo qual se deduce no solo la expresion de lo equivoco de la clausula segunda, y que su llamamiento de varones no era exclusivo de hembras de mejor linea, y grado, sino que corrigiò lo dispuesto en la clausula quinta, en que

que avia dado prelación à Rodrigo respecto de las hijas de Juan, num. 5. reduciendo el Mayorazgo à successión regular; pues aunque no se presume corrección maximè *in continenti*, Leg. 88. de Condition. Et demonstrat. aviendola tan clara en las clausulas quinta, y octava, como la voluntad de los testadores es de ambulatoria *vsque ad ultimum vite spiritum*, Leg. 22. de legat. 3. siempre prevalece la voluntad novissima, ya en vna, y à en diversa escriptura. Leg. Siquis, §. fin. de vulg. Leg. 1. §. penultim. si Tabula testamenti, Leg. 2. de Iure codicil. D. Castell. lib. 4. cap. 22. num. 76. Et capit. 29. num. 20. Mantic. de Coniectur. lib. 12. tit. 1. numer. 23. idem Castell. lib. 4. cap. 37. à num. 20. ubi latè.

121 Ni es de momento, que las hembras estèn llamadas despues de los varones, pues esto no haze, que el llamamiento sea discretivo, para no comprehender en el llamamiento antecedente las hijas de Pedro, numer. 9. pues en el llamamiento posterior de hembras, estàn *nominatim* expresas las hijas de Juan, num. 5. no las nietas hijas de Pedro, lo que era preciso, para que por el llamamiento discretivo estuviesen exclusas del llamamiento regular antecedente, y es en los terminos que se entiendo Castell. lib. 5. cap. 92. num. 4. & alij apud Pegastom. 2. de Maioratib. cap. 17. num. 67. D. Lara de Vita homin. cap. 30. num. 96. lo que no es adaptable quando estàn llamadas hembras intermedias de los varones, *nemo enim unquam dubitavit*, que en formula tal està hecho vn Mayorazgo regular. Castell. lib. 5. cap. 92. num. 16. Lara dict. cap. 30. num. 96. vers. *Aut vocavit aliquos*.

122 Lo que no es verificable en nuestro pleyto, pues el Fundador segun su expresión, en la clausula octava llama à Juan, num. 5. y à Pedro, y Antonio, num. 9. y 10. sus hijos varones, y despues à Maria, Cathalina, y Lucia, numer. 11. 12. y 13. sus nietas, y en su falta à Rodrigo, num. 6. su hijo, y sus descendientes varones, y hembras, llamando à vnos, y à otros, segun, y como se succediera segun las Leyes de los Mayorazgos de Castilla, si el Fundador no huviera dicho cosa alguna.

123 Y así los varones como las hembras de Juan prefieren à los varones de Rodrigo, & eodem modo las hembras de Pedro, num. 9. prefieren à los varones de Antonio; porque como Juan hizo linea vniversal para sus descendientes varones, y hembras, para que aviendo alguno de ella no pueda entrar ninguno de la linea de Rodrigo; sic en la linea subalterna que constituyò Pedro respecto de Antonio, no puede admitirse ninguno de los de esta, hasta estàr extinguidos todos los varones, y hembras de aquella, y así en las demás lineas subsiguientes, Rosa *consultat.* 69. num. 192. plura Aguila ad Roxas 1. *part. cap. 6. à num. 212.* que profigue, y explica la derivacion, y formacion de las lineas.

124 Ni à lo referido obsta lo que se dize en la clausula quarta, que el nieto varon descendiente de varones prefiera à la hembra; pues en esta clausula previno el Fundador el derecho de la representacion de la *Ley 40. de Toro*, aumentada por la 14. *tit. 7. lib. 5. Recopilat.* para que el varon, ò hembra de la linea primogenita, prefiriese siempre, & *in infinitum* à los descendientes de las lineas segundas; y así dize, que el nieto, ò viznieto del hijo mayor varon, prefiera siempre; y si huviere nieta, hija de hijo mayor, y descendiente de hembra, prefiera el hijo mayor, porque la tal nieta, aunque hija de varon, siendo descendiente de hembra no pudo constituir mejor linea, aunque su ascendiente hembra fuesse mayor en edad, que el varon menor; pues en los Mayorazgos la hembra por mayor en edad que sea, siempre constituye linea segunda. D. Molin. *lib. 3. cap. 4. numer. 13. 14.* & 38. Fasar. *de Substitut. quest. 357. num. 13.* Roxas de *Incompatib. 1. part. cap. 8. num. 53.*

125 Lo que en dicha clausula se expresa en su fin, y se dize, que si todos fuesen descendientes de hembra, sea como se ha dicho en los varones, de manera, que siempre el nieto, ò nieta de la hija mayor se prefiera à la hija menor; de que se evidencia, que en esta clausula solo el Fundador usò del beneficio, y derecho de la representacion, fin que tra-

tasse de agnacion, ni de masculinidad, ni por esta clausula se induce congetura alguna, de que el Fundador excluyò las hembras proximas, por los varones remotos.

126 De todo lo qual se convence, que el Mayorazgo que se controvierte no solo no es exclusivo de varones de hembras, para lo qual no ay la mas minima congetura, de las que proponen los Auctores; pero ni tampoco es este Mayorazgo exclusivo de hembras, *suo loco, & gradu*, ni contiene succession irregular, sino solamente en la incompatibilidad lineal, que disputamos *artic. 1.* y exclusion de Clerigos, y Religiosos, segun la clausula dezima; y assi subduciendo Don Diego, num. 15. como Capiscòl de Santillana, si al tiempo de la muerte de Doña Cathalina, numer. 8. estava in Sacris constituto, fue Doña Antonia, num. 16. capaz de suceder en dicho Mayorazgo dimitido, y *absque dubio* Don Antonio su hijo, num. 21. que tenia yà onze años de edad quando murió Doña Cathalina, num. 8. su abuela.

127 Y en caso que al tiempo de la delacion del Mayorazgo Don Diego, numer. 15. se hallasse capaz por no estar Ordenado de Orden Sacro, por cuya razon la Ley le defiriò el Mayorazgo dimitido, luego que se constituyò en este Orden, ò murió, el Mayorazgo passò à Doña Antonia, y su linea, sin retroceder à la de Don Juan, num. 14. assi porque en los Mayorazgos de propria, ò impropria segunda genitura, el Mayorazgo que vaca por muerte del hijo segundo, no se defiere al primogenito, y su linea, antes bien passa al terciogenito, que començò à ser segundo con la muerte de su hermano. Roxas *de Incompatib. 1. part. cap. 8. à num. 16. Et 8. part. cap. 7. à num. 2. & 5.* Addent. ad Molin. *lib. 1. cap. 5. num. 20.* Torre *de Maioratib. 1. part. cap. 33. num. 48. & 50.*

128 Como porque la succession de los Mayorazgos es *ad instar fluminis quod fluit, & non refluit procedit deorsum, & non sursum*, y assi *semel scisa, & exclusa linea primogeniti*, no se reintegra con la deficiencia de la segunda linea, sino que passa la succession al canal inmediato, ò linea si-

guien-

guiente, como con la celebre decision de San Vicente Ferrer sobre el Reyno de Aragon, es ya sentir inconcuso, aprobado por los Auctores, y Tribunales de Castilla, de quo Roxas *de Incompatib. 3. part. quest. 4. à num. 36. vbi Aguil. Addent. ad Molin. lib. 3. cap. 5. à num. 72.*

Ex quibus parece està disuelta la oposicion, que se haze sobre la capacidad de Don Antonio, num. 30. y su linea, y calificada la inclusion en el Mayorazgo de Velarde, con exclusion de Don Juan, num. 14. y todos los descendientes del referido, *Et consequenter* es Don Antonio, numer. 30. el vnico legal successor de dicho Mayorazgo; por cuyos motivos espera se reforme la sentencia de vista, se le declare por tal successor, y se condene à Don Pedro, num. 32. à la restitucion de sus bienes, con los frutos, y rentas indebidamente percibidos. Salvo, &c.

*Lic. D. Juan Antonio Garcia
Rusvarez.*