



P O R

D. BARTHOLOME SANCHEZ DE ALDANA,
vezino de la Ciudad de Badajòz , y Contador de Rentas
Reales, por si, y como Padre de sus hijos, y de Doña
Juana de Saavedra su muger en segun-
das nupcias.

EN EL PLEYTO

CON DON JAZINTO FERNANDEZ DE LA PEÑA,
Cavallero del Orden de Señor Santiago , vezino de dicha
Ciudad, como marido, y conjunta persona de Do-
ña Isabel de Aldana y Salgado.

S O B R E

LA PROPIEDAD DEL MAYORAZGO , QUE FUNDÓ
D. Ana Manuela del Moral, vezina, q̄ fue de dicha Ciudad.

*****S

Impresso en Granada

Año de



en la Imprenta Real.

1739.



P O R

D. BARTHOLOME SANJUAN DE ALDANA,
vecino de la Ciudad de Badajoz, y Contador de Rentas
Reales, por sí y como Padre de sus hijos, y de Doña
Juana de Saveria su mujer en legiti-
mas nupcias.

EN EL PLEITO

CON DON JUANITO FERNANDEZ DE LA PERA,
Cavallero del Orden de Señor Santiago, vecino de dicha
Ciudad, como marido, y con otras personas de Do-
ña Isabel de Aldana y Salgado.

S O B R E

LA PROPIEDAD DEL MAYORAZGO, QUE FUNDÓ
D. Ana Manuela del Moral, vecino, que fue de dicha Ciudad.

Impreso en Granada
Año de
1739.
en la Imprenta Real.



N. r.



EXPONESE A QUALQUIERA CEN-

fura el que propone los fundamentos de de la parte, que defiende sin algun exordio; assi consta de la ley 1. ff. de origin. Jur. ibi: *Deinde si in foro causas dicentibus nefas, (vt ita dixerim) videtur esse, nulla præfatione facta, Iudici rem exponere.* Y debiendo ser assi lo referido, como el exponer la justicia, que assiste à la Parte con la mayor brevedad, refiriendo solo aquello, que conduzga para la defensa, ex Quintil. lib. 4. *Instit. Orator. cap. 2. ibi: Nos brevitatem in eo ponimus non vt minus, sed vt ne plus dicatur, quam oportet.* Consistiendo la que assiste à Don Bartholomè Sanchez de Aldana en la inteligencia de la Clausula de la Fundacion del Mayorazgo, y siendo esta la ley, que ha de gobernar el discurso, ex leg. *Si quis filium, C. de liber. præterit. L. Cum in te, C. de fideicomm. libertat. L. Penales, §. fin. ff. ad leg. Falcid.* y el hecho de donde ha de nacer el derecho. Ex leg. *Si ex plagis. §. In Clivo Capitolino, ff. ad leg. Aquil.* es preciso tener presentes las palabras con que se explicò dicha Fundadora, y con que manifestó su voluntad. Ex leg. *Nam, & ipsum, ff. de Inst. & Jur. & ibi Gloss. verb. Vox.*

2. Dixo: en primer lugar succedan Francisco Gonzalez Moreno, y Cathalina de los Santos mis hermanos, y à los hijos si los tuvieren, y descendientes suyos, prefiriendo siempre el mayor à el menor, y el varon à la hembra, con la obligacion, que dichos mis hermanos han de dar à Bartholomè Sanchez Aldana, y Maria Antonia su muger 200. reales vellon en cada vn año de los que gozare el dicho Patronato, y por ellos han de poder ser executados, y ha de començar el año desde el dia de mi fallecimiento.

3. Y à falta de los dichos mis hermanos, sus hijos, y descendientes, nombro por segundos llamados à los dichos Bartholomè Sanchez Aldana, y Maria Antonia mi sobrina, sus hijos, y descendientes, sin que tengan mas obligacion, que dezir la Missa de Alva, y vna Missa cada semana.

4. Y à falta de los susodichos, entre gozando dicho Patronato Juan mi Ahijado, que es de edad de ocho años, poco mas, ò menos, hijo de Christoval Hernandez, y Ana de los Reyes mi prima hermana, y este solo lo ha de gozar por los dias de su vida si entrare en el goze, con la advertencia, que si se sacare, no lo han de gozar los hijos que tuviere, ni descendientes suyos.

5. El quarto llamamiento à Don Juan Eusebio de Aldana y Salgado mi sobrino, sus hijos, y descendientes si los tuviere.

6. Y à falta de ellos Doña Isabel de Aldana y Salgado mi

mi sobrina, hermana del susodicho, que se halla casada con Don Jazinto Fernandez de la Peña, prefiriendo siempre el varon à la hembra, y el mayor à el menor. Hizo otros llamamientos à diferentes parientes, y el vltimo fue à la Hermandad de N. Señora de la Concepcion de San Andrès, con la carga de Missas perpetuas.

7. Supuesta la referida disposicion, la justicia que assiste à Don Bartholomè Sanchez de Aldana, y sus hijos, se expressarà en los dos Discursos siguientes.

8. En el primero: que por aver muerto sin dexar succession Francisco Gonzalez Moreno, y Cathalina de los Santos llamados en primer lugar, es legitimo Possedor el Don Bartholomè Sanchez de Aldana, y le pertenece dicho Vinculo como llamado en segundo lugar, y que llegó el caso de su substitucion.

9. En el segundo: que por muerte de dicho Don Bartholomè Sanchez deben succeder sus hijos, y de Doña Juana de Saavedra su muger en segundas nupcias, y les pertenece dicho Vinculo, y Mayorazgo.

DISCURSO I.

QUE POR AVER MUERTO SIN DEXAR succession Francisco Gonzalez Moreno, y Cathalina de los Santos, llamados en primer lugar, es legitimo Possedor el Don Bartholomè Sanchez de Aldana, y le pertenece dicho Vinculo como llamado en segundo lugar, y que llegó el caso de su substitucion.

10. **D**ispone, y manda la ley 14. del tit. 7. del lib. 5. de la Recop. que en la succession de qualquier Vinculo, ò Patronato se oblerven las reglas, que en la succession del Reyno, siendo los primeros, que han de entrar à gozar los específicamente llamados; *ex leg. Cum ita legatur 32. §. In Fideicommissis, ff. de legat. 2. hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, por el orden como se fueron nombrando. Ex Gloss. in dict. leg. Vt prius vocentur Petrus, & Joannis, hi enim omnibus alijs præferuntur. Et ibi: Ex contextu testamenti, & ordine scriptaræ coligitur voluntas Testatoris, vt prius nominati, prius vocati intelligantur: ordo enim verborum indicat ordinem intellectus, & quod prius in intentione esse præsumitur. Et ibi: Sed primus secundum ordinem vocatus post eum, qui jam exclusus est à lege nostra ita vocetur prior. Et ibi: In his verbis ordinis demonstrationem. Et in Authent. hoc*

am-

amplius, C. de fideicom. in fin. Mantic. de Conject. vltimar. volunt. lib. 6. tit. 13. num. 11. ibi: Ex contextu etiam testamenti, hoc est, ex ordine scripturæ plerumque colligitur voluntas Testatoris ita vt prius nominati, intelligantur prius vocati.

11. Estàn llamados en segundo lugar Bartholomè Sanchez Aldana, y Maria Antonia, sobrina de la Fundadora, y no dize era muger de el Bartholomè Sanchez, y no siendo los bienes divisibles, mediante lo qual pudieran, por ser la diction Y particula conjuntiva, ex leg. Si hæredi, ff. de condit. instit. L. Si quis ita 129. in princ. ff. de verbor. obligat. dividirse igualmente entre Don Bartholomè, y Doña Maria. Ex leg. vnic. §. His ita, C. de caduc. tollend. L. Si Titia 36. §. Nihil, ff. de legat. 1. L. Si quis actuum 7. ff. de usufruct. acrescend. L. Nos 11. §. In tabulis, ff. de duobus reis. Barbof. dict. usu frequent. dict. 110. num. 3. & 9. Fuffar. de Substit. quæst. 379. num. 7. respecto, que quando vno siendo transversal, ò extraño copulativamente llama, è instituye, ò substituye à Ticio, Mevio, y Sempronio, y sus hijos, por iguales partes debe dividirse entre ellos la herencia; ex Dom. Covarr. in cap. Reinutius de Testament. §. 2. per tot. Dom. Molin. de Hispan. Primogen. lib. 1. cap. 6. num. 4. Robles de Salzed. de Represent. lib. 3. cap. 10. num. 17. & 18.

12. Y como bienes vinculados, aviendo de succeder solo vna persona, segun el orden con que los fue nombrando; ex leg. Quoties 34. ff. de usufruct. ibi: Quoties duobus usufructus legatur, ita vt alterius annis vtantur fruantur, siquidem ita legatus fuerit Titio, & Mevio, potest dici prius Titio, deinde Mevio legatum datum. L. Si non lex alia 83. ff. de hæred. instituend. L. Generaliter 24. §. Quid ergò si plures, ff. de fideicom. libertat. Authent. de Hæred. & Falcid. §. In ordinatum, & §. Idem nullus. L. Qui solvendo 60. ff. de hæred. instituend. L. Hæredes mei, §. final, ff. ad Senat. Consult. Trebel. L. Cum pater 77. §. A te peto 32. ff. de legat. 2. Y siendo el primero, que nombrò à el D. Bartholomè Sanchez de Aldana, parece se infiere por legitima consecuencia, era, y es este el que ha de succeder, y à quien pertenece el dicho Vinculo.

13. La razon es, porque aunque es cierto ay llamamiento anterior, como es el de Francisco Gonçalez Moreno, y Cathalina de los Santos sus hermanos, sus hijos, y descendientes en la forma regular, aviendo estos faltado, llegò el caso de la substitution de el Don Bartholomè Sanchez de Aldana. Ex leg. Quandiu 3. ff. de acquir. vel omitend. hæredit. L. Quandiu 69. ff. eod. ibi: Quandiu institutus admitti potest, substituto locus non est, nec ante succedere potest, quam excluso hærede instituto. Como llamado en segundo lugar.

24. Sin que pueda hazer competencia otro, que este
B
subf.

substituido, ò llamado despues que el Don Bartholomè Sanchez, y Doña Maria Antonia, y sus hijos, porque en los llamamientos para la succession de Mayorazgo, caducando el primer llamamiento, existen todos los siguientes por el mismo orden, con que el Fundador los fue llamando. Ex Dom. Valenç. Velazq. *consil.* 23. *num.* 29. *Mieres de Maiorat.* 2. *part.* *quest.* 24. *num.* 47. respecto ser tantos los llamamientos, y substituciones como personas están nombradas; Dom. Molin. *de Hispan. Primog.* *lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 17. & *lib.* 4. *cap.* 15. *num.* 88. Dom. Paz de Tenut. *cap.* 33. à *num.* 44. Dom. Castell. *lib.* 5. *Controvers.* *cap.* 93. §. 8. *num.* 9. & *cap.* 161. *num.* 11. Giurb. *decis.* 108. *num.* 12. Luego si Don Bartholomè està llamado, y Maria Antonia su muger, y sus hijos en lugar anterior, para que pueda tener lugar el llamamiento de Doña Isabel de Aldana, muger de D. Jazinto, y sus hijos, es preciso falte Don Bartholomè, y sus hijos, y descendientes; *ex dict. leg.* 69. *ff. de acquirend. vel omitend. hæredit. Quandiu institutus admitti potest, substituto locus non est, nec ante succedere potest, quam excluso hærede instituto.*

25. Confirmase lo referido de otro principio de derecho: la substitucion es segunda institucion de heredero; *ex leg.* 1. *ff. de vulg. & pup. substit.* Pichard. *in Rubric. Instit. de Substit.* *ex n.* 38. *Cancer. tom.* 1. *Variar. part.* 1. *num.* 1. y quando el heredero no quiere, ò no puede adir la herencia, ò caduca su institucion, el substituido se tiene en lugar de instituido; *ex dict. leg.* 1. *ff. de vulg. & pup. substit.* Es assi, que faltaron los primeros llamados, y sus descendientes: Luego Don Bartholomè, que està substituido à los referidos se deberá entender instituido, y à dicho Don Bartholomè, y Maria Antonia, y sus hijos, y descendientes, substituidos los llamados en tercero lugar: Luego si el substituido no puede succeder todas las vezes, que el instituido puede adir la herencia. *Ex dict. leg. Quandiu* 3. & *leg.* 69. *ff. de acquirend. vel omitend. hæredit.* Es manifesto, que Don Jazinto por cabeza de Doña Isabel Aldana su muger, no puede por aora fundar derecho alguno à la succession de dicho Vinculo.

26. Por otra razon, qualquiera que pretendiere succeder en vn Mayorazgo, ha de probar tener llamamiento, assistirle la qualidad, baxo de la qual està llamado, y que llegó el caso de su substitucion. Dom. Larr. *decis.* 33. *num.* 33. *Sed qualibet, qui ad Maioratus successione[m] admitti curaverit, tria probare tenetur, vocatum fuisse, habere qualitate[m] sub qua vocatus, & suæ substitutionis casum evenisse, vt tradiderunt Roland. lib.* 3. *consil.* 56. *num.* 3. Hondedeus, *consil.* 60. *n.* 12. Menoch. *consil.* 97. *num.* 103. *cum seqq.* Burg. de Paz, *consil.* 34. *n.* 21. Azeved. *consil.* 18. *num.* 17. Casanat. *consil.* 4. *num.* 9. Es assi, que Doña

ña Isabèl de Aldana està llamada en quinto lugar : Luego existiendo el que està llamado en segundo, no puede tener accion, ni derecho à la succession la Doña Isabèl, y su marido, porque no ha llegado el caso de su substitution.

27. Por otra razon : en qualquiera de las personas llamadas , y en cada vna de ellas se entiende hecha vna donacion por el tiempo de su vida. *Ex leg. Si servus communis* 18. §. final. ff. de stipulat. servor. ibi: *Sed unicuique tantum acquiritur, quantum ratio ei permittit. L. Ex facto, §. Item quero, ff. de vulg. & pup. substit. ibi: Magis autem est in utroque eorum tempus suum separatim servari. L.2. §. Si primus, ff. de bonor. possess. secund. tabul. ibi: Nec sibi iungentur cum ad suam quisque causam substitutus sit.* Luego si hecha donacion à cada vno de los llamados , para que goze por los dias de su vida , y cada vno ha de ir gozando, segun el orden con que fue llamado, *ex Gloss. in dict. leg. Omnia, vel cum ita legatur* 32. §. *In fideicommiss. ff. de legat. 2.* es preciso, que para que Doña Isabèl de Aldana entre à gozar en los bienes del Vinculo , llegue el caso de su llamamiento , y substitution , y que falte Don Bartholomè Sanchez de Aldana, y sus hijos, y descendientes.

28. Por otra razon : dispone la *ley 8. tit.7. lib. 5. Recopil.* que es la 45. *Taur.* que muerto el tenedor del Mayorazgo , passe la possession à el siguiente en grado , que segun la Fundacion debiere succeder ; segun la dicha Fundacion, el siguiente en grado, por aver faltado los llamados en primer lugar es Don Bartholomè , como substituido à los referidos llamados en primer lugar : Luego à este es à quien pertenece el referido Vinculo, y Mayorazgo , assi en el juicio Possessorio, como en el de Propriedad.

DISCURSO II.

QUE POR MUERTE DE D. BARTHOLOME Sanchez deben succeder sus hijos, y de Doña Juana de Saavedra su muger en segundas nupcias, à quienes pertenece el dicho Mayorazgo.

29. **E**Stà fundado , que los primeros , que deben succeder son los especificamente llamados , segun el orden con que se contienen en la Fundacion, *ex dict. leg. Omnia, vel cum ita legatur, §. In fideicommissio, ff. de legat. 2. & ibi Gloss.* con la qualidad , de que entrando en vna linea no puede hazer transito à otra hasta estar extinguidas todas las personas de aquella linea en que entrò , *ex cap. i. de*

de natur. & succes. feud. y hallandose llamados especificamente, así el Don Bartholomé de Aldana, como sus hijos, y descendientes con llamamiento anterior à Doña Isabel de Aldana, muger del Don Jazinto Fernandez de la Peña, parece, que no es controvertible el deber suceder los hijos de dicho Don Bartholomé, antes que suceder la dicha Doña Isabel de Aldana, ni sus hijos, ni descendientes.

30. Pero se dirà, que el llamamiento que se hizo à los hijos, y descendientes del dicho D. Bartholomé, fue à contemplacion del matrimonio, que dicho Don Bartholomé tenia contraído con la Doña Maria Antonia, y que aviendo esta muerto sin dexar hijos, ni descendientes, caducò el dicho llamamiento, respectò que faltò la causa final del dicho llamamiento; *ex leg. Si convenerit 4. §. Ego, ff. de pact. dotal. L. Si nuptura 14. §. Si mulieris 1. ff. de fund. dotali, ibi: Propter uxorem enim videtur is fundus ad maritum pervenisse. Molin. de Ritu Nuptiar. lib. 3. q. 11. per tot.*

31. Y que se evidencia, que el llamamiento hecho à D. Bartholomé, fue à contemplacion del matrimonio, que tenia contraído con la Doña Maria Antonia, de ser como era esta sobrina de la Fundadora, como lo expresa en la dicha Clausula, pues en dicha conformidad demuestra à la Doña Maria Antonia, y que aviendo esta muerto sin dexar hijos, ni descendientes, caducò el llamamiento referido; vnico fundamento lo expressado para la pretension del Don Jazinto.

32. Desvanecese, con que quando lo referido fuera en la forma, que de contrario se alega, solo pudiera ser fundamento, para que los llamados en tercero, y quarto lugar intentàran dicha pretension, no para que quien se halla solo con llamamiento en quinto lugar pueda deducirla, porque para que pueda aver llegado el caso de su substitucion, es preciso ayan faltado, y falten los llamados en tercero, y quarto lugar, que estàn primeramente llamados, que no los del quinto; & *pervenisse casum substitutionis eius: ex dict. Dom. Larr. decis. 33. num. 33. & Menoch. consil. 97. num. 103. cum seqq.*

33. Por otra razon se confirma lo referido: la Testadora quiso, que extinguido el llamamiento de Don Bartholomé, y Doña Maria Antonia, sus hijos, y descendientes, y toda su linea, que es à la que se debe atender como llamada en primero lugar, *ex Dom. Molin. de Hispan. Primog. lib. 1. cap. 11. num. 8. & lib. 3. cap. 2. per tot. & cap. 4. num. 4. & cap. 6. num. 29. Mieres de Maiorat. 2. part. quest. 6. num. 65. & quest. 7. num. 39. & 4. part. quest. 19. num. 120. D. Castill. lib. 3. Controv. cap. 15. num. 53. succediessè en quinto lugar, y grado*
Do-

*
La avian, muer
to sin sucesion

Doña Isabel de Aldana ; muger de Don Jazinto : Luego antes no quiso, que succediessè : Luego por aora no tiene accion , ni derecho alguno à dicho Mayorazgo. Lo prueba el mismo *cap. x. de natur. & succes. feud. ibi : Sed omnibus ex hac linea deficientibus , omnes alia lineæ equaliter vocantur.*

A
Siéndolo de Maria Antonia

34. Por otra razon : los hijos de Don Bartholomè estàn llamados en segundo lugar^A, y grado , sin que se especifique en la Clausula , que los tales hijos , y descendientes llamados ayan de ser constante el matrimonio de Don Bartholomè , y Doña Maria Antonia, sino es à los dichos *Bartholomè Sanchez de Aldana , y Maria Antonia mi sobrina , sus hijos , y descendientes.* Quando se lega à hijos de ciertas personas, se entiende dexado, y comprehendido en dicho llamamiento los hijos de aquellas personas sean avidos de primero , ò segundo matrimonio , *ex leg. Si cognat. ff. de reb. dub. Molin. de Rit. Nuptial. lib. 3. cap. 11. num. 10. & argumento legis , si servitus imposita, ff. de servit. Urban. prædior.* Luego aunque de el primer matrimonio de Don Bartholomè con la Doña Maria Antonia no huviesse tenido hijos, no aviendo limitado la Fundadora en el llamamiento , ni expressado , que los hijos , que avian de succeder huviesssen de ser del matrimonio con la Doña Maria Antonia, succederàn en dicho Mayorazgo todos los que fueren hijos de Don Bartholomè , bien sean avidos constante el matrimonio con la Doña Maria Antonia, ò avidos constante su segundo matrimonio , porque son hijos de Don Bartholomè, y estàn llamados.^A

A
es contra todo dño.

35. Se hizo el llamamiento à Don Bartholomè, y Doña Maria Antonia, y sus hijos, y descendientes, y vâ fundado, son tantos los llamamientos como las personas nombradas , y otras tantas substituciones, y donaciones ; respecto à lo qual se ha de dar en dicho llamamiento tres donaciones, tres llamamientos , y tres substituciones, el primero, y que adquiriò derecho con prelacion à lo demas, fue à Don Bartholomè , que segun el orden està primero llamado ; *ex leg. Sed si plures , §. In adrogato , ff. de vulg. & pup. substit. L. Si Titio, §. Silvio, ff. de condit. & demonstrat. L. Additio , §. 1. ff. de acquirend. heredit. L. Profectitia, §. 1. ff. de iur. dot. L. Si te vacua, C. de donat. inter. L. Servus communis 38. ff. eod.* y por falta del referido, sus hijos , que estàn substituidos à dicho Don Bartholomè : Luego aunque no sean hijos de Don Bartholomè, y Doña Maria Antonia, estàn substituidos los tales hijos de Don Bartholomè.

+

36. Es valido el argumento de contracto à vltima voluntad. *Ex leg. Pactum inter heredem, ff. de pact. L. Servum filij 44. §. Eum qui Chirographum, ff. de legat. 1. L. Eum qui ita in princip. ff. de verbor. obligat. L. final, C. de legat.* Si en la constitucion de vna servi-

C dum-

dumbre (no obstante ser extricta) se concediesse para aquellas cosas, que existen à el tiempo del contracto, se entiende, y comprehende tambien à aquellas, que de nuevo se adquiriessen. *Ex leg. Si servitus imposta, ff. de servit. Urban. prædior. ibi: Humanius esse verbo generali omne lumen significari, sive quod post tempus conventionis contingerit.* Luego si se llamó à los hijos de Don Bartholomè, y Doña Maria, y en lo referido estàn comprehendidos hijos solos de Don Bartholomè, y hijos solos de Doña Maria, y de ambos, aviendo hijos de D. Bartholomè, deben estos succeder como substituidos à dicho su Padre.

37. Confirma lo antecedente, el que concedido el emphyteusis à marido, y muger, y sus hijos, no solo se entiende concedido à los hijos, que procreassen constante aquel matrimonio, sino es à todos los demàs, que huviessen disuelto aquel matrimonio, y contrayendo otro de nuevo, y à todos se entiende hecha la concession: *ex leg. 3. C. de inofficios. Testam. ibi: Quare filio tuo, qui nihil præter maternum fatuum imputari potest, & inde virilem portionem tribuendam esse censemus, ac si omnes filios hæredes instituisset. L. Posthumus 6. versic. Simili modo, ff. de inofficios. Testam.* Luego en la misma forma, aviendo llamado à Don Bartholomè, y Doña Maria Antonia, y sus hijos, y descendientes, no aviendo expressado la Testadora huviessen de ser los tales hijos, y descendientes solo los avidos, y procreados constante el dicho matrimonio de Don Bartholomè, y Doña Maria, se deben entender assi los hijos, que huviessen constante dicho matrimonio, como tambien los que procreassen de otro qualquiera matrimonio, que disuelto aquel primero contraxessen.

38. Llamò à Don Bartholomè, y Doña Maria Antonia, y sus hijos, estos no existian à el tiempo del Testamento, porque no avian nacido: con que es preciso, que este llamamiento se terminasse à el tiempo futuro, y comprendiesse los hijos, que constante dicho matrimonio tuviessen, y los que disuelto este de otro segundo matrimonio procreassen; porque la Fundadora no expreso, ni limitò, que en la palabra hijos huviessse de ser los que huviessen constante dicho matrimonio; y el dezir hijos de Don Bartholomè, y Doña Maria Antonia, fue por causa de demonstracion, no limitado à que huviessen de ser solo hijos avidos constante aquel matrimonio. *Ex leg. Juris gentium 7. §. Pactorum, ff. de pact. ibi: Pactorum quedam in rem sunt, quedam in personam, & postea, utrum autem in rem, an in personam factum est? Non minus ex verbis quam ex mente convenientium stimandum est: plerumque enim (ut ait pedius) persona facto inseritur, non ut personale factum fiat, sed ut demonstretur cum quo factum est. L. Si tibi 17. §. Factum 5. ff. eod.*

39. De que se sigue, que el aver nombrado la Fundadora

ra

no es así, si el emphyteusis se concede en favor de la muger.

expresa el dño

ra las personas de Don Bartholomè, y Doña Maria Antonia, y à sus hijos, y descendientes, no fue para limitar la palabra hijos, y descendientes de Don Bartholomè, y Doña Maria Antonia constante el matrimonio de ambos, si solo para graduar en el modo que avian de suceder, esto es, que solo estaban substituidos los tales hijos, y descendientes, y estos pudieran suceder, faltando Don Bartholomè, y faltando Doña Maria, y dando el modo, y forma como avian de suceder. Dom. Molin. de Hispan. Primogen. lib. 1. cap. 4. num. 33. ibi: *Nominatio namque, & expecificatio personarum solum tribuit nominatis præcedentiam successionis, non autem aliorum exclusionem operatur.* Mier. de Maiorat. 2. part. quest. 6. num. 480. Dom. Castell. lib. 4. Controvers. cap. 41. à num. 17. Menoch. consil. 40. per tot. Surd. consil. 72. volumin. 1.

40. Llamò los hijos, descendientes, y no dixo la Fundadora, que fuessen avidos constante el matrimonio de Don Bartholomè, y Doña Maria Antonia, y si la Testadora huviera querido limitar el llamamiento de hijos, y descendientes solo à los que huviessen Don Bartholomè, y Doña Maria Antonia constante su matrimonio lo huviessen expressado, y no aviendolo executado, ni se debe limitar, ni entender en otra forma, que à hijos, y descendientes de Don Bartholomè, y Doña Maria Antonia constante su matrimonio, ù de otro qualquiera, que disuelto el primero contraxesse: *ex leg. Si necessarias 8. §. De vendendo, ff. de pignorat. act. Leg. Si factum 9. ff. de probat. ibi: Sed quamvis verum sit, quod qui excipit, probare debeat, quod excipitur, attamen de ipso dumtaxat ac non de herede eius quoque convenisse petitor, nam quia excipit probare debet. Leg. Annua, §. Attia, ff. de ann. legat. L. Tale pactum 40. §. final, ff. de pact. Authent. nunc autem, C. de secund. nupt. ibi: Nunc autem nisi expressim transponat in alios, præsumitur ipsis conservare talia lucra.*

41. Dize solo la Clausula, que succeda Bartholomè Sanchez, y Maria Antonia su sobrina, sus hijos, y descendientes, y esto excluye, que dicho llamamiento pudiera averse hecho à contemplacion del matrimonio, porque en tanto se puede dezir, que dicho llamamiento fuesse à contemplacion del matrimonio, en quanto el referido matrimonio, fuera causa para aver hecho el dicho llamamiento, ò bien porque la Fundadora huviera tenido obligacion contraida, que quisiera cumplir con el referido llamamiento, ò porque para que se contraxera el matrimonio, se huviessse hecho la referida Fundacion, y llamamiento: Es assi, que no resulta obligacion, que la Fundadora huviessse tenido à favor del referido Don Bartholomè Sanchez para hazer el llamamiento de su persona, y sus hijos à la succession de dicho Mayorazgo, ni el matrimonio de los dichos



chos Don Bartholomé Sanchez , y Doña Maria Antonia se contra-
xo con el pacto de la Fundacion del dicho Vinculo : Luego no pue-
de dezirse, que el llamamiento referido fue, y se hizo à contempla-
cion del matrimonio , y solo fue vna voluntad libre en la Funda-
dora de incluir en la dicha Clausula tres llamamientos , ò tres sub-
tituciones , ò donaciones , la vna à el Don Bartholomé Sanchez,
otra à Doña Maria Antonia, y otra à sus hijos, y descendientes. Ton-
dut. *Resolui. Civil. cap. 55. num. 3. Giurb. ad Consuet. Mensanen. cap. 1.*
Gloss. 8. à num. 71. & observ. 38. à num. 16. Paschalis de Virib. patriæ
potestat. 1. part. cap. 4. num. 37. Fontanell. de Paët. Nuptial. claus. 4.
Gloss. 1. à num. 71.

42. No consta de los Autos , que la referida Fundacion
de dicho Vinculo , y llamamiento hecho à el dicho Don Bartholo-
mé Sanchez huviesse sido intuitu del matrimonio , ni puede aver
mas razon, que es el que Doña Maria Antonia, dize la Fundadora,
era su sobrina , pues ni este Vinculo de parentesco le mueve à hazer
la dicha disposicion, ni lo expresa la dicha Fundadora , y por tal so-
brina no tenia la Fundadora obligacion à llamarla à la sucesion de
dicho Vinculo : Luego se excluye el motivo de dezir, que el llama-
miento hecho à el dicho Bartholomé Sanchez, y sus hijos, y descen-
dientes fue intuitu de aquel matrimonio, y que no aviendo queda-
do hijos avidos constante el dicho matrimonio , no deben tenerse
comprehendidos en dicho llamamiento , los que despues ha tenido
el dicho Don Bartholomé constante el segundo matrimonio.

43. Parece asimismo conduce, el que para que no se en-
tendiera el dicho llamamiento libre, y absoluto, y comprehensivo,
así de los hijos, que el Don Bartholomé tuviesse constante el matri-
monio con la Doña Maria Antonia , como de otros qualesquiera,
debiera la Fundadora aver limitado dicho llamamiento llamando
à la sucesion à el dicho Don Bartholomé Sanchez Aldana, y Doña
Maria Antonia, y sus hijos, y descendientes, que tuviesse constan-
te dicho matrimonio. *Cancer. part. 2. Variar. cap. 8. num. 56. & 59.*
Hermosill. in leg. 7. tit. 4. partit. 5. num. 51. Noguier. allegat. 37. n. 24.
No expreso, ni hizo la Fundadora el dicho llamamiento con seme-
jantes palabras : Luego se excluye , que huviesse sido à contempla-
cion del matrimonio, y que se deba entender el dicho llamamiento
limitado, y no absoluto.

44. Todo lo referido resulta notorio de la dicha Funda-
cion , pues llegando la Fundadora à llamar à Doña Isabel de Alda-
na, muger de la Contraria , es directamente el llamamiento à la di-
cha Doña Isabel de Aldana y Salgado su sobrina, que se halla casada
con Don Jazinto Fernandez de la Peña, y sus hijos, y descendientes,

y

y aora la duda, si la Doña Maria Antonia , y la Doña Isabel de Aldana ambas eran sobrinas , y ambas estaban casadas , porque la diversidad en las Clausulas de dichos dos llamamientos, pues en el segundo dize : *Succeda Bartholomè Sanchez de Aldana , y Maria Antonia mi sobrina , y sus hijos , y descendientes.*

45. Y en el otro : *Succeda Doña Isabel de Aldana y Salgado mi sobrina , que se halla casada con Don Jazinto Fernandez de la Peña , y sus hijos , y descendientes.* En el llamamiento de Doña Isabel solo termina à la referida , y à sus hijos constante el matrimonio con el Don Jacinto Fernandez ; el qual tuvo presente la Fundadora para el dicho llamamiento ; pero en el que se hizo à el Don Bartholomè Sanchez, y Doña Maria Antonia fue vn llamamiento expreso à cada vno de los referidos , y sus hijos , y descendientes sin contemplacion à el matrimonio como se manifiesta ; pues ni expreso en dicha Clausula , que la Maria Antonia fuesse muger del Don Bartholomè, ni hizo memoria del dicho matrimonio , de forma , que atendida vna, y otra Clausula de vno, y otro llamamiento , està excluyendo el que se hizo à Don Bartholomè Sanchez huviesse sido à contemplacion del matrimonio.

46. Hazese mas notorio lo referido , llamando en la segunda classe de llamamientos à Don Bartholomè Sanchez, y Doña Maria Antonia su sobrina , y en el llamamiento hecho à la Contraria , y sus hijos , dize à Doña Isabel de Aldana y Salgado mi sobrina , que està casada con Don Jazinto Fernandez de la Peña ; en el primero llamamiento especifico , y claro à D. Bartholomè Sanchez, en el segundo igual llamamiento à Doña Isabel de Aldana, en el primero, ni memoria haze, de que Doña Maria Antonia estuviesse casada con el Don Bartholomè Sanchez , si solo llama à vno, y à otro : *Succeda Bartholomè Sanchez de Aldana , y Maria Antonia mi sobrina* : en el de la Contraria solo haze memoria del Don Jazinto para demostrar à la Doña Isabel de Aldana , no para que por si succeda en dicho Mayorazgo , ni sus hijos , ni descendientes , no siendo avidos constante el matrimonio con la dicha Doña Isabel ; pero en el llamamiento hecho à Don Bartholomè Sanchez es expreso , y literal à la persona del referido , como tambien à la de la Doña Maria Antonia , y sus hijos , y descendientes avidos , assi constante el matrimonio con la dicha Maria Antonia, como de otro qualquiera.

47. Confirmase lo referido de no presumirse por derecho, que el Testador quiera, que las palabras que expresa , queden en el todo, ni en parte sin efecto ; *ex leg. 3. ff. de annuis legat. L. Si quis filium in fin. C. de liber. præter. L. 3. versic. Nec credendum , ff. de*

militar, testament. L. Quoties 13. ff. de reb. dubijs. L. Quoties 80. ff. de verbor. obligat. Dom. Valenzuel. Velazq. consil. 133. num. 21. ni tampoco se presume huviesse querido hazer vn llamamiento mismo con diversas palabras, porque la diversidad de las palabras manifiestan diversa, y distinta voluntad: *ex leg. Labeo, §. Idem tubero, ff. de supelect. legat. L. Scire, ff. de tutor. & curator. L. 1. §. Divus, ff. ad leg. Cornel. de Sicar.* ni tampoco es de presumir quisiessse vsar de distintos terminos, y forma aviendo de tener vn mismo efecto el vn llamamiento q̄ el otro, porque las palabras debē significar cada vna por si, y no se debe presumir, que el Testador quiso fuesen superfluas: *ex leg. 3. in princip. ff. de iur. iurand. L. Si quando 109. ff. de legat. 1. L. final. ff. nequid in loc. public.* y que las dichas palabras quedassen sin efecto, *ex leg. 1. §. Hæc autem verba, ff. quod quisque iur. ibi: Hæc autem verba, quod statuerit qui jurisdictionem preest cum effectu accipimus. L. 1. §. Nihil, ff. de inofficis. Testam. L. Cum hæres 51. ff. ad Senat. Consult. Trebel.* Luego si la Fundadora vsò de distintas oraciones, y palabras en vno, y en otro llamamiento, es preciso ayamos de dar distinta voluntad, y distinto asimismo el efecto en vno, y otro, y que en la diction hijos, y descendientes del llamamiento hecho à Don Bartholomè se ayen de entender no solo los hijos avidos constante el matrimonio con Doña Maria Antonia, sino es tambien otros qualesquiera, que huviesse de otro segundo matrimonio.

48. Y es la razon: porque en la diction hijos se comprehenden, assi los avidos, y procreados constante el primer matrimonio, como los que se huviessen de otro segundo. *Mantic. de Coniectur. vltimar. voluntat. lib. 8. tit. 7. num. 3. ibi: Porro sciendum est cum testator filios substituit, omnes filios tan primi quam secundi matrimonij æqualiter admitti oportere, cum agitur de fideicommissaria substitutione, sicuti cum vulgaris substitutio facta est: nam etiam per fideicommissariam succeditur ipsi Testatori. Cancer. tom. 2. Variar. part. 3. cap. 7. n. 110. ibi: Quod Testator substituens filios intelligitur invitare omnes filios tan primi, quam secundi matrimonij, sive sit facta substitutio per vulgarem, sive per fideicommissariam, cum per vtramque succedatur Testatori.*

49. Y tambien, porque conforme à derecho en la palabra hijos se comprehenden todos los avidos à el tiempo, que el Testador dispone su Testamento, y todos los que son avidos despues de la muerte del Testador; *ex leg. Qui filiabus, ff. de legat. 1. Leg. Si cognatis, ff. de reb. dubijs. L. Interventit, ff. de legat. præstand.* y aviendo la Fundadora llamado à la succession a Don Bartholomè Sanchez, y Doña Maria Antonia, y sus hijos, y descendientes, en dichas palabras se deben entender, no solo los hijos, que constante el dicho

ma-

matrimonio có la dicha Doña Maria Antonia tuviesse, sino es tambien los que disuelto el dicho matrimonio cada vno de los dos pudiera tener de otro segundo matrimonio.

50. Replicaràse, que lo referido pudiera entenderse quando los hijos del segundo matrimonio lo fueran de Doña Maria Antonia, que era la sobrina de dicha Fundadora, no hijos de D. Bartholomè, que no consta tuviesse parentesco alguno con dicha Fundadora, por no ser presumible quisiessè anteponer estrañas personas à sus propias familias, y parientes; *ex leg. Generaliter, §. Cum autem, C. de instit. & substit. L. Cum Aulus. ff. de condit. & demonstrat. L. Cum aliena, C. de legat. L. Si pactum, ff. de probat.* y estando despues llamados parientes de la Fundadora, es visto, que en la diction *hijos*, solo contemplò los que fuessen de la Doña Maria Antonia, y no los que fuessen solo del Don Bartholomè; respecto à lo qual, y que por los llamados en tercero, y quarto lugar no ha salido alguno à este pleyto, ni intentado dicha demanda; justamente Don Jazinto pretende se condene à Don Bartholomè a la restitucion de los bienes con los frutos, y rentas.

51. Niega Don Bartholomè ser estraño de la familia de la Fundadora, lo que prueba en esta forma, la identidad de las familias se prueba por el apellido, y armas. Escob. de Puritat. Sang. *quest. 16. §. 2. num. 8. ibi: Quare qui familiae cognomen, aut arma fert, habet suam intentionem fundatam, nec plus probare tenetur; sed contrarium volens diversitatem agnationis, & familiae probare expecificè debet.* Mascard. *conclus. 1179. num. 24. & 25. Mieres de Maioratib. 2. part. quest. 7. num. 88. & 90.* Es assi, que Don Bartholomè tiene, y se firma el apellido de Aldana, el qual tienen, y vsan otras personas llamadas à la successiõ de dicho Vinculo: y la misma Fudadora cófiessa ser sus parientes veluti la D. Isabel de Aldana, muger de la Contraria, y los llamados en tercero, y quarto lugar: Luego tiene fundado D. Bartholomè presumpciõ à su favor de parétesco có la dicha Fundadora.

52. Es fuerzase lo referido con otra consideracion, que es el afecto especial, que la Fundadora tuvo à Don Bartholomè, y à la Doña Maria Antonia su muger, pues gravò à los primeros llamados, à que en cada vn año huviesse de dar à el dicho Don Bartholomè 200. reales, en que se manifiesta aver tenido especial afecto à el referido, y à la dicha Maria Antonia, el qual grava men quiere cesse en los referidos, y este afecto que se prueba, assi por el llamamiento à el Vinculo, como por el gravamen à favor del dicho Don Bartholomè manifiesta, que no fue el llamamiento à contemplacion de la Maria Antonia, ni se limitò à los hijos, que huviesse constante dicho Matrimonio, sino es que fue absoluto, y extensivo,
 assi

afsi à los referidos hijos, como à los de otro qualquier segundo matrimonio, que disuelto el primero se contraxesse.

53. Llamò à Bartholomè Sanchez de Aldana, y Maria Antonia su sobrina, sus hijos, y descendientes, y no dize, que la Doña Maria Antonia fuesse muger del Don Bartholomè Sanchez: y preguntò, seria porque ignorasse, q̄ D. Bartholomè Sanchez, y Doña Maria Antonia estavan casados? No Señor, porque en la Clausula antecedente, y llamamiento hecho à sus hermanos, los grava en que ayan de dar los 200. reales anuales à los dichos Don Bartholomè Sanchez, y Doña Maria Antonia su muger, pues si tenia presente el dicho matrimonio, y en el llamamiento no haze memoria de èl, es visto, que el llamamiento se hizo sin contemplacion à el dicho matrimonio, y que advertidamente la dicha Fundadora en el dicho llamamiento hecho à el Bartholomè, y Maria no hizo memoria, eran tal marido, y muger, para que no se pudiesse dudar, que el llamamiento lo hazia sin contemplacion à el dicho matrimonio.

54. Pruebasse, no es licito apartarse de las mismas palabras con que el Testador explica su voluntad; *ex leg. Non aliter, ff. de legat. 3. L. Pediculis, §. Argentum, ff. de aur. & argent. legat.* y la voluntad se ha de cumplir, segun, y como en ella se manifiesta; *ex leg. 1. C. de Sacrosanct. Eccles. Authent. de Jur. Jurand. à morient. præstit. §. Disponat. collat. 5. cap. Ultima voluntas 13. quest. 2.* y à el estilo, que tenia el Testador en manifestar su voluntad, se debe estar, y tener presente para su inteligencia: *Ex leg. Si servus, §. fin. ff. de legat. 1. ibi: Ante omnia ipsius patris familias consuetudo*: Luego si tenia presente, que Bartholomè, y Maria Antonia estavan casados, y en el llamamiento, que les hizo para la sucesion de dicho Vinculo omitiò la referida qualidad; es visto, que fue para manifestar, que el llamamiento no lo hazia à contemplacion del matrimonio, sino es por voluntad, que à los dichos Bartholomè, y Maria tenia, y à cada vno de ellos.

55. Los llamò sin expressar, que los hijos, y descendientes huviesen de ser avidos constante el dicho matrimonio de Bartholomè, y Maria; respecto à lo qual no se puede, ni debe entender el llamamiento limitado en la forma, que de contrario se pretende; *ex leg. Si viva matre, C. de bon. mater. L. Plautius 43. §. Diversum 1. ff. de condit. & demonstrat. Dom. Valenç. Velazq. consil. 53. num. 33. ex Burg. de Paz, in leg. 3. Taur. num. 231. & consil. 34. n. 12.* porque si lo huviera querido en dicha forma, lo huviera expressado. *Ex leg. Quidam cum filium 46. ff. de hered. instituend. ibi: Respondit, etiamsi manifestum sit scripto, heredem fidem suam interposuisse, non tamen aliter ab eo Fideicommissum peti posse, quam si ipsum Testatorem fidem*

dem eius sequutum esse, probaretur. L. Si alij, ff. de usufruct. legat. Luego si no lo expresò, no se debe entender, ni presumir, mayormente quando tenia presente el matrimonio contraido entre Bartholomè, y Maria, y no haze memoria de dicho matrimonio, y los llama à cada vno, y à sus hijos, y descendientes.

56. Pruebasse todo lo referido de la Clausula, y llamamiento hecho à Doña Isabel, muger de la contraria, en que dize: y à falta de ellos Doña Isabel de Aldana y Salgado mi sobrina, que se halla casada con Don Jazinto Fernandez de la Peña, prefiriendo siempre el varon à la hembra, y el mayor à el menor; en este llamamiento es vnico à Doña Isabel, en el segundo es à Bartholomè, y Maria Antonia; en este se haze memoria del matrimonio, pues dize se halla casada con Don Jazinto; en el segundo no se haze memoria del matrimonio, pues solo dize à Bartholomè Sanchez, y Maria Antonia mi sobrina, de que se evidencia estan llamados específicamente el Bartholomè, y Maria Antonia; pero en el llamamiento hecho a Doña Isabel, solo se termina a la referida, y a sus hijos, y descendientes de la dicha Doña Isabel; con que se evidencia, que la Testadora tenia presente en que forma se avia de explicar, así para hazer vn llamamiento específico, como colectivo, y hazer vn llamamiento intuitu, y a contemplacion del matrimonio, y libre por su voluntad.

57. Por otra razon, para que Don Bartholomè gozara del Mayorazgo estando casado con Doña Maria Antonia, no necesitaba, que le huviesse llamado a el referido específicamente, porque bastaba, el que huviesse llamado a la Doña Maria Antonia, quien era vna milma persona con el Don Bartholomè su marido; *ex cap. 2. Genes. Et erunt duo in carne vna*, y està baxo de su potestad, *ex cap. 3. versic. 16. Et sub viri potestate eris, & ipse dominabitur tui*; por cuya causa es prohibido a la muger casada parecer en juicio, *ex l. 2. & 3. tit. 5. lib. 5. Recop.* y sin embargo de lo referido, llamó à Don Bartholomè? Luego porque quiso que posseyera por sí, y no por cabeza de su muger, pues de lo contrario huviera hecho el llamamiento, y vsado de las mismas palabras con que se explicó en el llamamiento à Doña Isabel de Aldana y Salgado.

58. Replicaràse, que el aver llamado à Bartholomè Sanchez, y Maria Antonia manifiesta, que el llamamiento fue à contemplacion del matrimonio, porque la particula & es conjuntiva, y puesta entre personas de distintas qualidades, haze que el efecto de la disposicion se divida entre ellas, *ex dict. leg. Viva matre, C. de bon. matern.* Anton. Gom. tom. 1. Variar. cap. 1. num. 16. respecto à lo qual parece, que el llamamiento hecho à los hijos de Bartholomè

E San-

Sanchez, y Maria Antonia avia de ser para que los bienes se dividiesen entre ambos.

59. Pues se responde: que lo referido se debe entender, quando los bienes por su naturaleza son libres, y enagenables, y quando no ay obligacion à la restitution; pero quando los bienes por su naturaleza resisten la enagenacion, y ay obligacion à su restitution, en semejante caso no puede hazerse la division, aunque sea entre personas de distinta qualidad, y deberàn succeder por el orden, que fueron nombrados, como vò fundado. *Qui nominati sunt ordine successivo*: Es assi, que la particula & està en llamamiento à succession de bienes, que repugna su naturaleza la division: Luego aunque sea entre personas, que se debiera dividir entre ellas el efecto de la disposicion, deberà precissamente posseder cada vno, y gozar de los bienes, segun el orden con que fueron llamados.

60. Mas: la rēplica es, que la particula & puesta entre personas de distintas qualidades, haze divisible el efecto de la disposicion, y que siendo parienta la Maria Antonia, y no siendolo el Don Bartholomè, parece, que por dicha razon se avia de dividir la succession, si lo permitiera la naturaleza de los bienes, por ser como son vinculados; y sin perjuizio de lo alegado en quanto à el parentesco de Don Bartholomè, se concede voluntariamente el fundamento de la rēplica, que es, que la particula & puesta entre personas de distintas qualidades, haze que el efecto de la disposicion se divida, y de dicha proposicion sacò esta menor: Sed sic est, quod per te Bartholomè Sanchez de Aldana, y Maria Antonia son personas de distintas qualidades, porque Maria Antonia es la parienta, y Bartholomè no lo es: Luego se avrà de dividir el efecto de la disposicion; no puede dividirse por repugnarlo la naturaleza de los bienes, sino es succediendo primero Bartholomè, como primero llamado, y despues Maria Antonia como substituida à el Don Bartholomè, y por muerte de esta, sus hijos, y descendientes: Luego es precisso se confiese llamamiento en Bartholomè, llamamiento en Maria Antonia, y en sus hijos, y descendientes; *tot substitutiones, tot vocationes, tot vocationes, tot donationes, quot sunt persone vocatae.*

61. Mas: para que vna disposicion se entienda hecha à contemplacion de alguna persona, ò causa, es precisso, que esta se tenga presente, y expresse à el tiempo, que se haze la disposicion, ò celebra el contracto, veluti quando por los meritos del hijo se lega, ò instituye, ò haze donacion à el Padre, vel e contra, ò quando la disposicion se haze intuitu del fin, que se vò à conseguir. *Ex leg. Papinianus 8. §. Meminisse 14. versic. Eo autem, ff. de inofficis. Testam.*

tam. ibi: Eo autem solo carere quis debet, cuius emolumentum ad eum pertinet. L. Servo legato 69. §. Si Testator, ff. de legat. 1. L. Cum pater 77. §. Donationis 29. in fin. ff. de legat. 2. L. Fideicommissa 11. §. Interdum 22. ff. de legat. 3. leg. 1. versic. Sed si legatum, ff. si quis aliquem testar. prohibuerit. Jul. Capon. tom. 4. Disceptat. cap. 311. Pat. Thom. Sanch. de Matrimon. lib. 6. disput. 36. à num. 11. ò quando el contracto, ò disposicion se termina à utilidad, ò del Testador, ò de algun tercero: Es assi, que en dicho llamamiento, ni se tuvo presente causa final, porque se hazia el tal llamamiento, ni avia mas utilidad, que la que se seguia à las personas llamadas: Luego no aviendo, ni hecho memoria del matrimonio, ni aviendo expressado causa, que moviessa à la Fundadora à hazer el llamamiento, ni figuiendose utilidad à otras personas, que à los mismos llamados no puede decirse, ni fundarse, que huviessa sido hecho el llamamiento à contemplacion de aquel matrimonio, pues este estava ya contraido à el tiempo, que se hizo la Fundacion.

62. Fue llamamiento absoluto à Bartholomè Sanchez de Aldana, y Maria Antonia su sobrina, y sus hijos, y descendientes, sin expressar, que estos huviessen de ser avidos constante aquel matrimonio, ni dezir, que llamaba à Bartholomè como marido de Maria Antonia su sobrina, ni tampoco el que los hijos, y descendientes huviessen de ser avidos constante el matrimonio de Bartholomè con Maria; pues lo que la Fundadora no dixo no lo quiso, ni se debe presumir. *Ex leg. Licet imperator. ff. de legat. 1. ibi: Licet imperator noster cum patre rescripserit videri voluntate Testatoris repetita à substituto, que ab instituto fuerant relicta: tamen hoc ita erit accipiendum, si non fuit evidens diversa voluntas. L. Latinus 83. L. Titio, §. Julianus. L. Cum pater, §. Ab instituto 15. ff. eod. L. Non aliter, ff. de legat. 3.* Por cuya causa el llamamiento se ha de tener literalmente, como lo demuestran las palabras, sin interpretar la voluntad de la Fundadora, siendo como es clara, y manifiesta.

63. El que el dicho llamamiento no huviessa sido hecho à los hijos de Bartholomè, y de Maria à contemplacion de su matrimonio, por no aver sido el tal matrimonio la causa final del llamamiento, y por no averse limitado la Fundadora, ni expressado lo referido, se prueba de los mismos Autores, en que la contraria puede presumir fon à su favor. Pues la especie, que trae Surdo en el *conf. 72.* es de vn Legado hecho à vna persona de vna cantidad, y duplicada esta, si tuviessa hijos, y aviendolos tenido de segundo matrimonio, se disputò si se avia cumplido la condicion, y se debia la mayor suma del Legado, y resuelve, que se purificò la condicion, y por consiguiente, que se debe la mayor suma; respecto à lo
qual

qual es manifesto no habla en los terminos de la especie del pleyto, y en caso que hable es à favor de Don Bartholomé Sanchez en el num. 11. ibi: *Postremo nulla potest considerari ratio quare magis Testator filios illius matrimonij consideraverit, quam alios; non enim dici potest, eum particularem gefisse affectionem, quam tunc habebat D. Ioannes, vel ad filios ex ea vxore, ex quo nihil ipse vxori, vel filijs ex ea reliquit; sed solam fratri, & filios solum possuit in conditione: Ergo ex quacumque vxore filios habeat, erit locus legato.*

64. El Menoch. en el *conf.* 40. trata la question de vna donacion, ò concession hecha à vno, y à los hijos, que tuviere de Catharina; V.g. si disuelto el matrimonio de Catharina, y contrayendo segundo matrimonio podria dexar à los hijos de dicho segundo matrimonio alguna parte de los bienes, que se le avian concedido, y donado, y desde el num. 19. hasta el num. 29. defiende, que si: Con que por los fundamentos, que el mismo Menoch. allega, y los que en confirmacion de su sentencia trae hasta el numero final, pudiera assimismo Don Bartholomé dezir, resolvia à su favor: pero notese, que alli la concession, y donacion fue à Segismundo, y los hijos, que tuviessen de Cathalina, y no obstante decide à favor de los hijos del segundo matrimonio: Luego con mayor razon, quando el llamamiento fue à Don Bartholomé, y Maria Antonia, y sus hijos, y no dize huviessen de ser de la dicha Maria Antonia, se deberá ampliar, y entender comprehendidos los hijos de primero como de segundo matrimonio.

65. El Noguez. en la *allegat.* 23. trata de donacion, ò llamamiento hecho à Don Alfonso de Hozes, y sus descendientes à contemplacion de Doña Maria de Hozes con quien avia de contraer matrimonio, y assi parece estava pactado, y como la causa final de el llamamiento, ò donacion fue el matrimonio, que se avia de contraer, y la substitution fue à la misma muger casando con Ildonso; de ai es, el que los hijos, que no fuessen de aquel matrimonio, à cuya contemplacion se hizo la dicha donacion, y llamamiento, no pueden estar comprehendidos en la palabra descendientes.

66. Por la misma razon se excluye la doctrina del Fontanella de *Pact. Nuptial. part. 1. clausul. 4. Gloss. 9.* pues en el num. 7. propone la especie, que continua disputando de vn Padre, que à favor de su hijo, y contemplacion del matrimonio cierto, y determinado, que avia de contraer hizo donacion de sus bienes con el pacto, que sus hijos avian de succeder en ellos, es notoria la distancia, que tiene de la especie de nuestro pleyto. En el num. 19. excita la question, si quando hecha la donacion à los hijos, no expres-

pressando, ni limitando ayan de ser de primero, ò de segundo matrimonio; y en el num. 27. resuelve a favor de los hijos del segundo matrimonio, ibi: *Pro qua ego considero, quod hic nos non agimus quando simpliciter fit donatio, vel legatum filijs alicuius, in quibus terminis loquuntur Doctores, qui contrariam tenent sententiam arbitrantes, huiusmodi donationem, vel legatum comprehendere non minus filios secundi, quam prioris matrimonij.*

67. Esta parece es, y se conforma mas con la especie del pleyto, ay llamamiento de hijos sin expresion, ni limitacion, ayan de ser del matrimonio con cierta, y determinada persona, si solo llamar a los hijos, y resolviendo, que se debe entender, tanto a los hijos del primero como del segundo matrimonio, parece que dicho Autor favorece la pretension de Don Bartholomé: y en el n. 28. dà la razon de la dispariedad de quando se llama à hijos avidos a contemplacion de algun matrimonio, ò quando se llama a hijos sin limitacion, y contemplacion de cierto, y determinado matrimonio, para que en la primera especie solo se ayan de entender hijos avidos de aquel matrimonio, a cuya contemplacion se hizo el llamamiento: porque como fue el tal matrimonio la causa final de aquella disposicion, ò contracto; de ai es, el que solo se ayan de comprehender solo hijos de aquel matrimonio, que se tuvo en consideracion, ibi: *De iure enim certum est, eam esse causæ finalis naturam ut dispositionem aliàs generalem, & aptam comprehendere multa, restringat, ut tantum comprehendat id, quod includitur sub causa finali ad id habemus textum expressum, in leg. Si habitatio, §. 1. ff. de usu, & habitat.*

68. El señor Olea en el tit. 2. quest. 7. en el n. 36. continuando la question de donacion hecha à vno por causa de matrimonio, se le adquiere a los hijos como tales, ò como herederos: distingue de quando la donacion se haze assi a contemplacion del Padre como a los hijos, se entienden dos donaciones, vna hecha a el Padre mientras vive, y otra hecha a los hijos por muerte del Padre, por cuya causa no puede el Padre disponer de los bienes, ibi: *Quo supposito, dicendum est, quod quando donatio patri, & filijs facta certi matrimonij contemplatione, acquiritur filijs, ut filijs, certissimum est patrem res donatas, neque alienare, neque cedere, neque retrocedere, aut retrodonare posse donanti, quia quando donatio fit tam contemplatione patris, quàm filiorum censentur duæ donationes, vna patri dum vivit altera filijs post eius obitum, ideoque pater neque cedendo, alienando, vel retrocedendo, filijs præjudicare potest: ut ex Menoch. Mantic. Surd. & Gratian. probat Tondut. dict. cap. 55. num. 3. Andeol. controvers. 127. à n. 1. Molfes. supr. consil. 11. Mier. de Maiorat. 1 part. quest. 22. à num. 229. & 232.*

Molin. dict. quest. 15. à num. 28. Cancer. 2. part. Variar. cap. 8. à num. 55. Hodierna ad Surd. dict. decis. 323. à num. 29. Fontanell. de Pact. Nuptial. clausul. 4. Gloss. 1. à num. 71. & decis. 581. tom. 1. Giurba ad Consuet. Mensanens. cap. 1. Gloss. 8. à num. 71. & observat. 38. à num. 16. Paschalis de Virib. Patriæ Potest. 1. part. cap. 4. num. 37. vbi Franc. Prato in sinopsi anotat. Hier. de Leon, decis. 12. per tot.

69. En el num. 37. distingue entre donacion hecha à Padre, y los hijos de aquel matrimonio, como herederos, ò como hijos solo; y en el num. 41. resuelve, que en la donacion hecha à el Padre por si, y sus hijos à causa de cierto, y determinado matrimonio, deben succeder los hijos, asì de aquel primero matrimonio, como de otro segundo, ibi: *Infertur obiter resolutio illius dubie questionis an in bonis donatis patri ex causa certi matrimonij pro se, & liberis, succedere debeant filij tàm ex illo matrimonio, quàm ex secundo, quod primo dissoluto, vel nullo declarato, fuit contractum per donatarium? Quam questionem longa manu ad utramque partem disputant Menoch. consil. 40. per tot. Petr. Surd. consil. 72. Molin. de Rit. Nuptiar. lib. 3. quest. 11. Fontanell. de Pact. Nuptial. clausul. 4. Gloss. 9. part. 1. à num. 19. vsq. ad fin. Mar. Curell. de Donat. Contemplat. matrim. tract. 2. discurs. 1. spec. 36. Cancer. 3. part. Variar. cap. 7. à num. 100. ad 121. Mier. de Maiorat. 1. part. quest. 56. à num. 343. Castell. Controv. cap. 177. num. 12. tom. 6. qui plures refert Noguier. allegat. 23. n. 162. & 163. Censal. ad Peregrin. de Fideicommiss. artic. 29. fol. 173. à verfic. Sexto resolutivè, qui latè pro sequitur D. Larr. decis. 33. per tot. tom. 1. Ferdin. Matut. disquisit. 42.*

70. Mas parece que se llega à los terminos del pleyto en el num. 42. haziendo cargo de donacion hecha à el Padre por si, y sus hijos, aunque sea à contemplacion de cierto matrimonio, quando la donacion fue à los hijos como hijos, y no como herederos, ibi: *Tamen mihi certius, & æquius videtur, tàm filios primi matrimonij, quàm secundi succedere, sive donationem fecerit ascendens, consanguineus, vel extraneus, nisi actum proponatur, quod filij tantum primi matrimonij succedant, vel id ex verbis taxativis, vel certis coniecturis appareat; aliàs enim licet in donatione de filiis: V.g. ex Titio, & Seia ad filios donatarij ex secundo matrimonio donatio pertinebit, quia verba illa non taxativè, sed demonstrativè censentur adiecta. Idemque responderem, si donatio titulo Maioratus facta fuisset.* Luego si este llamamiento hecho à Bartholomè, y sus hijos, y descendientes no fue restricto, ni limitado à hijos solo del primer matrimonio, no se hizo à contemplacion del tal matrimonio, que se avia de contraer, porque estava contraido; no dixo la Fundadora, que solo huviesse de ser à los hijos del matrimonio con Maria Antonia, no limitò el llamamiento

à Maria Antonia, muger de Bartholomè Sanchez, como lo hizo en el quinto à Doña Isabel de Aldana, muger de Don Jazinto, y llamó à Don Bartholomè Sanchez específicamente, y sus hijos, lo que no hizo en dicho llamamiento quinto, en que no se incluyó Don Jazinto; por cuya causa en este para que los hijos de Don Jazinto succedan, es preciso sean asimismo hijos de Doña Isabel, que es la que tiene el llamamiento específico, y conforme à derecho diversas oraciones, es preciso, que tengan diversos efectos; *ex leg. Inter stipulantem, §. Sacram, ff. de verbor. obligat. L. Si idem, C. de codicil.* parece que justamente Don Bartholomè pretende ser absuelto de la dicha demanda.

71. El Cancero en el tom. 3. *Variar. part. 3. cap. 7.* excita la question, quando los Padres en contractos matrimoniales donan à sus hijos, ò a los hijos que tuvieren, si esta donacion se deberá entender solo llamados los hijos de aquel matrimonio, à cuya contemplacion se hizo la donacion, ò se extienda, y comprehenda tambien à los hijos de otro matrimonio, que despues contraygan; y en el num. 104. distingue entre donacion hecha por alguno de los conyuges à el otro, haziendo mencion de los hijos, en cuyo caso dize, solo se han de entender los hijos de aquel matrimonio, porque no es verosimil pudiessen pensar de otro, antes si, que no le tendrian afecto, ibi: *Contrarium ego consului, & pro istius dubij solutione, sic habeo: si ab uno ex coniugibus respectu alterius fit mentio filiorum procul dubio procedit dicta conclusio, cum non sit verisimile, de filijs ex alio matrimonio cogitasse, cum eos odio eis esse manifestum, vt in simili argumentatur: Menoch. consil. 41. num. 30. & 31. Alvarad. de Coniect. ment. defunct. lib. 2. cap. 3. §. 2. num. 10.*

72. En el num. 105. distingue de donacion hecha en la forma antecedentemente expressada, ò donacion por los Padres, ò donacion hecha por tercero, llamando à los conyuges, y à sus hijos, y en esta vltima especie se entienden, y comprehenden todos los hijos de aquellos mismos conyuges de qualquier matrimonio, que los aya auido, ibi: *Si à tertio fiat mentio filiorum, respectu aliquo eum coniugum, vt si fiat donatio, seu aliqua concessio aliquibus coniugibus, & eorum filijs in dubio censetur non conexivè facta, vt liberos tantum communes respiciat, sed discretivè, vt comprehendat liberos ex quocumque matrimonio; vt eleganter resolvit Bald. in Authent. qui rem num. 7. C. de Sacrosanct. Eccles. Boer. quæst. 276. Socin. in leg. Cum vir 25. num. 7. ff. de condit. & demonstrat. Ludov. Roman. in leg. Etiam num. 17. ff. de solut. matrim. Anton. Gamm. decis. 233. Menoch. dict. consil. 41. n. 25. lib. 1. & nova licet sub obscure. Cald. à Pereyr. 3. p. de lur. Emphyt. quæst. 13. per tot.*

En

73. En el num. 111. distingue entre donacion hecha por los Padres à los hijos para contraer cierto, y determinado matrimonio, ò quando se llama à los Padres, y à sus hijos, y descendientes limitando el tal llamamiento, se ayan de entender solo los avidos, y procreados constante dicho matrimonio; en cuyo caso resuelve, que el tal llamamiento solo se aya de entender, y comprehender aquellos hijos avidos constante aquel matrimonio, ibi: *Sua dentur prædicta, quod solent contrahentes cum volunt donationem esse limitatam ad filios illius matrimonij id exprimere: quæ generalis consuetudo, & communis observantia est attendenda, vt in simili not. Guid. Pap. decis. 145. per tot. n. 3. & decis. 222. allegat Bald. in leg. Pactum quod in secunda oppositione, C. de collat. Cald. à Pereyr. 3. part. de Iur. Emphyteutie. quæst. 13. num. 24. allegat. Text. in §. Quia verò in Authentic. vt nulli Iudic.*

74. De cuyos antecedentes parece se sigue esta legitima consecuencia: Ergò quando el Padre no fue el que donò, ni la donacion se hizo en pactos matrimoniales, ni se limitò el llamamiento, para que huvieran de suceder solo los hijos de aquel matrimonio, sino es que generalmente se llamaron à los hijos, se deberán entender comprehendidos los que fueren avidos constante aquel matrimonio, y los de otro qualquiera, que se contraxesse: *Ex leg. Gallus, §. Quidam rectè, ff. de liber. & posthum.*

75. Y se conuençe mas lo referido, porque quando la donacion se haze en pactos matrimoniales, y mediante ella se contrae el matrimonio, es el tal matrimonio la causa final de la dicha donacion, ò Legado, y como la causa final es preciso se aya de cumplir, y faltando esta, falta la disposicion; *ex leg. fin. ff. de hered. instituend. Dom. Molin. de Hispan. Primogen. lib. 4. cap. 2. num. 18. L. Penult. §. fin. de aliment. & cibariis. legat. Gratian. cap. 96. num. 27. de alicuius, que cumplida la causa final obra sus efectos, sin extenderse à mas, que à aquellos mismos terminos, y limites, que se comprendieron en la misma disposicion, porque solo estuvo, y se contuvo en aquellos terminos del pacto, y obligacion, y tuvo presente entre los contrayentes, ò el que hizo la vltima disposicion. *Ex leg. Si habitatio, §. 1. ff. de vs. & habitat. L. Cum eiusdem, §. Cum interdum, ff. de adilit. edict. L. Vtrum, ff. de verb. oblig. cap. Sua de Simon. cap. Consuluit de vsur.**

76. Luego si el llamamiento se hizo à Don Bartholomé Saucedo de Aldana, sus hijos, y descendientes, sin expresar, que estos huviesse de ser avidos constante el matrimonio con la Maria Antonia; si el llamamiento no se hizo por Padres de los donatarios, ni fue à contemplacion de aquel matrimonio, porque tal no se

ex-

expresa en la dición de hijos, ni descendientes, se avrán de entender comprehendidos, no solo los hijos, y descendientes, que procediessen del matrimonio con la Maria Antonia, sino es los que procediessen de cada vno de los dos, en caso que por muerte de alguno de los dos conyuges disuelto el primer matrimonio contraxessen otro segundo. Ita Fontanell. *de Pact. Nuptial. part. 1. clausul. 4. num. 36. & 37. ex Cancer. 3. part. Variar. cap. 7. num. 104. versic. Dubitari.*

77. En terminos de Fundacion de Mayorazgo por causa de cierto, y determinado matrimonio, y llamamiento hecho à hijos, y descendientes, es la question, que disputa el señor D. Juan Baptista de Larr. en la *decis. 33.* y si anulado aquel matrimonio cuius intuitu se hizo la Fundacion, y contraido otro de nuevo, se deberán entender llamados los hijos de aquel segundo matrimonio, y desde el num. 32. hasta el 58. expresa los fundamentos à favor de los hijos del segundo matrimonio; pero como el llamamiento hecho à Don Bartholomè Sanchez, y Maria Antonia, y sus hijos no se expresò, ni limitò à que huviessen de ser hijos, y descendientes de aquel matrimonio con Maria Antonia, como no fue la causa final del llamamiento el matrimonio con la Maria Antonia, porque este estava ya contraido, sin que la Fundacion se huviessse hecho; como se contraxo el matrimonio, sin que huviessse precedido pacto, de que se huviessse de hazer la dicha Fundacion, y llamamiento à el dicho Don Bartholomè Sanchez, y Maria Antonia, y sus hijos; de aì es, el que la doctrina del señor D. Juan Baptista Larr. no es adaptable à los terminos del pleyto.

78. El señor Don Juan del Castillo en el *tom. 4. de sus Controvers. lib. 1. de usufruct. cap. 2. en el num. 72.* toca la misma question, y distingue entre la disposicion, que es hecha taxativè, ò general, remitiendose à Menoch. en el *consej. 40.* y à Surd. en el *consej. 72.* pero como el llamamiento expresado no fue limitado, ni taxativo, si general à hijos, y descendientes, es precisso, que todas las reglas, que hablan à favor del primer matrimonio, y los hijos, que de èl procedieren ayan de cesar, y no sean adaptables à el caso de este pleyto, si solo los que favorecen à D. Bartholomè, y hablan en terminos de llamamiento general.

79. El Mieres en la *1. part. de Maioratib. quest. 51. num. 343.* mueve la question, si el Padre en contracto matrimonial pacto fundar Mayorazgo en favor del hijo, ò hija, y sus descendientes, y con efecto hizo la referida Fundacion, y contraido aquel matrimonio, del se procreò vna hija, y disuelto dicho matrimonio, el hijo contraxo segundo matrimonio, y constante èl tuvo vn hijo va-

ron , si este se avrà de preferir à la hija del primer matrimonio , à cuya contemplacion se avia fundado el Mayorazgo ; y en el n. 344. refuelve à favor del hijo del segundo matrimonio , ibi : *In masculi favorem sunt Leges Regni , & universalis consuetudo Hispaniae , quod masculis in eodem gradu est preferendus foemina , etiam maiori etate , ut latius probo in 2. part. quest. 6.* Pero como la controversia de este pleyto , ni es sobre Fundacion de Mayorazgo hecha à contemplacion de cierto , y determinado matrimonio , ni entre hijos avidos de primero , y segundo matrimonio , sino es con vn transversal llamado especificamente en quinto lugar , y grado , y que no ha llegado el caso de su substitucion , porque estàn antes llamados los hijos , y descendientes de las personas comprehendidas en tercero , y quarto lugar , y que ni estos pueden disputar la succession à Don Bartholomè , por razon , de que su llamamiento , y el de sus hijos , y descendientes es general , no restricto , ni limitado à que los tales hijos , y descendientes huviesen de ser avidos constante el matrimonio con la Maria Antonia , se excluyera de contrario dicha doctrina de dicho Autor , por cuya causa se omite adaptarla por fundamento de Don Bartholomè.

80. Y tambien , porque atendidas las Clausulas de dicha Fundacion , la misma Fundadora excluye qualquiera razon de dudar , que pudiera aver. Notese como habla en la Clausula segunda , dize : *En segundo lugar llamo à Bartholomè Sanchez de Aldana , y Maria Antonia mi sobrina , sus hijos , y descendientes , sin otra obligacion mas , que el mandar dezir las dichas Missas.* Notese , que Maria Antonia era muger de Bartholomè Sanchez , y que dicho matrimonio le constaba à la Fundadora , pues assi lo expresa en el llamamiento primero , que hizo à sus cuñados : pues por que no expresa , que la Maria Antonia era muger del Bartholomè Sanchez ? Porque no hizo el llamamiento à contemplacion del matrimonio , y solo tuvo presentes las personas , y cada vna de ellas.

81. Pruebafse : llega à hazer el llamamiento quinto à Doña Isabel de Aldana , y sus hijos , y dize : *Y à falta de ellos Doña Isabel de Aldana y Salgado mi sobrina , QUE SE HALLA CASADA CON DON JAZINTO FERNANDEZ DE LA PEÑA , prefiriendo siempre el varon à la hembra , y el mayor à el menor.* Aqui haze expresion del matrimonio contraido entre Doña Isabel , y Don Jazinto. En el llamamiento de Don Bartholomè no. Aqui llama solo à Doña Isabel ; en el llamamiento de Don Bartholomè à este , y à Maria Antonia su sobrina , sus hijos , y descendientes , y si palabras , y oraciones diversas tienen diverso significado , y manifiestan diversa voluntad , se sigue , que la Fundadora aviendo vsado de distintas

palabras en vno , y otro llamamiento , quiso huviera diversidad en la fucceſſion de vnos, y otros llamados.

82. La razon es evidente, porque ſi la Teſtadora huviera querido fueſſe la fucceſſion de los contenidos en el ſegundo , y quinto lugar vna miſma , lo huviera aſi expreſſado , y con vnas miſmas palabras , y la miſma oracion con que ſe explicò en el vno ſe explicàra en el otro. No lo hizo aſi : Luego es preciſſo aver de dar diſtinto efecto el vno, que en otro llamamiento , porque ſi quifiera ſe obſervaffe lo miſmo en vno que en otro le huviera expreſſado, y lo que no expreſò no ſe debe entender : *ex leg. Vnica*, §. *Sin autem deficientis*, C. *de caduc. tollend. cap. 2.* §. *Sed neque de translac. prælat. cap. Ad audient. de Decim. Cancer. Variar. Reſolut. part. 3. cap. 20. num. 377.* Dom. Molin. *de Hiſpan. Primogen. lib. 3. cap. 5. num. 7.* Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 148. n. 16.*

83. Llama à Bartholomè Sanchez , y Maria Antonia ſu ſobrino, y ſus hijos, y deſcendientes , y no dize , que eſtos ſean avidos conſtante aquel matrimonio de Bartholomè , y Maria , y para que ſe entendiera eſte llamamiento limitado à los hijos de aquel matrimonio, era preciſſo , que lo expreſſara aſi la Fundadora en dicho llamamiento. *Vt tenet Peregrin. de Fideicom. artic. 16. n. 110. ibi: Denique ſciendum eſt, quod ubi in Teſtamento, vel à aliqua alia diſpoſitione reperitur aliquod verbum designans qualitatem aliquam, quæ poteſt accipi demonſtrativè, & diſpoſitivè, tunc in dubio præſumitur ſtare demonſtrativè.* L. *final, §. Titia, ff. de lib. legat. Leg. Melo in princ. ff. de alim. & cib. Leg. Quidam Teſtamento, ff. de legat. 1.* Dom. Covarrub. *tom. 2. Practic. cap. 3. num. 4. & ibi Far. Cancer. part. 3. Variar. cap. 17. num. 270.* No lo expreſò: Luego no ſe debe entender , porque ſi lo huviera querido lo huviera expreſſado. Dom. Valençuel. *Velazq. conſil. 53. n. 33. & conſil. 97. n. 194. & conſil. 133. à n. 10.*

84. Y ſe prueba mas del Text. *in leg. Quidam cum filium familias 46. ff. de hæredib. instituend. ibi: Quidam cum filium familias hæredem instituere vellet, ne ad patrem eius ex ea hæreditate quidquam pervenire, voluntatem ſuam ex poſſuit filio: filius, cum patris ofenſam verneretur, petit à Teſtatore, ne ſub conditione, ſi à patre emancipatus eſſet, hæredem eum instituere, & impetravit ab eo, vt amicum ſuum hæredem instituere: atque ita Teſtamento amicus filij, ignotus teſtatori hæres inſtitutus eſt: nec quidquam ab eo petitum eſt. Quærebatur, ſi ille amicus, aut adire nollet, aut aditam nollet reſtituere hæreditatem, an fideicommiſſum ab eo peti poſſet, aut aliqua actio adverſum eum eſſet: & vtrum patri, an filio competere. Reſpondit, etiamſi manifeſtum ſit ſcriptum hæredem fidem ſuam interpoſuiſſe, non tamen aliter ab eo fideicommiſſum peti poſſe, quam ſi, & ipſum Teſt. itorem fidem eius ſequutum eſſe probaretur.*

Por

85. Por otro modo ; dizefe de contrario , que el llamamiento fue à contemplacion del matrimonio de Bartholomè con Maria Antonia, y que el llamamiento de los hijos fue limitado à los de aquel matrimonio , para que lo referido se debiera entender así, era preciso, que el llamamiento lo huviesse hecho, ò porque Bartholomè casara, ò no casara con Maria, y que esto se huviera pactado. *Ex tot. tit. C. de donat. quæ sub mod. L. i. §. i. ff. de donat. ibi : Et factum demonstramus, quod ab eo proficiscitur, qui liberalitatis gratia aliquid dat confestim faciat accipientis, necumquam illo facto ad se reverti velit, cum verò dicimus si hac mente donat sponfus sponsæ, vt nuptijs non sequitur res auferatur, posse repeti : non contrarium priori dicimus.* Sirviendo de remuneracion la donacion, ò llamamiento que se haze ; *ex leg. Hoc Iure 19. ff. de donat. §. i. & §. vltim. ibi : Denique pegassus putabat, si tibi centum expondero hac conditione, si jurasses, te nomen meum laturum, non esse donationem : quia obrum facta est, & res sequuta est :* Luego si en este llamamiento hecho à Bartholomè, y Maria, y sus hijos, y descendientes, no se expreso por la Fundadora lo hazia intuitu de aquel matrimonio, ni à los hijos, que de dicho matrimonio tuviesse, ni se hizo con el respecto à que Bartholomè, ò Maria executassen alguna cosa, no puede dezirse, ni que fue à contemplacion del matrimonio, ni que fue à contemplacion de Maria Antonia, ni que en la diction hijos se huviesse de entender los que se procreassen del matrimonio de Bartholomè con Maria, sino es que fue vn llamamiento, usando la Fundadora de su libre voluntad, y sin atencion à el parentesco de Maria.

86. Pruebase : es el primer llamamiento, que haze la Fundadora à Francisco Gonçalez Moreno, y Cathalina de los Santos sus cuñados, à quienes dà el nombre de hermanos, y à sus hijos, y descendientes en la forma regular, en que se haze el reparo : ò vivian los que propriamente eran hermanos, ò avian muerto ; si vivian no los llama, porque solo à quien llamó es à los cuñados, con quienes la Fundadora solo podria tener parentesco de afinidad ; de que se manifiesta no era el animo de la Fundadora, el que succediessen aquellos parientes por sí, si solo el particular afecto, que tenia à aquellas personas que llamaba, porque si quisiera otra cosa, hiziera el llamamiento en el pariente.

87. Si avian muerto los hermanos, los hijos, y descendientes, que despues tuviesse los cuñados, no tenian parentesco alguno con la Fundadora, y no obstante lo referido los llama à la successión ? Y en primer lugar ? Pues que prueba mas clara, de que los dichos llamamientos los hizo movida del afecto, que tenia à aquellas personas llamadas, sin otra atencion, ni respecto alguno.

Di-

Dixo: succediessen Bartholomè, y Maria, y sus hijos, y descendientes. Dado, y no concedido, que el llamamiento se huviesse hecho intritu del matrimonio, que ambos tenian contraido el llamamiento de hijos, y descendientes, se debe entender, assi de los hijos procreados constante aquel matrimonio, como despues de disuelto, hijos, y descendientes de otro qualquiera matrimonio, que contraxesse el conyuge, que superviviesse. Pruebasse, de que concedido en emphyteusi algunos bienes à marido, y muger, y sus hijos, no solo se entienden comprehendidos los que de aquel matrimonio procreassen, sino es tambien de otro qualquiera, que despues contraxessen; *ex leg. Placet 4. ff. de liber. posthum.*

88. Ibi: Nam, & cum maritus posthumum heredem scribit: non utique is solus posthumus scriptus videtur, qui ex ea, quam habet uxorem, ei natus est, vel is, qui tunc in utero est: verum is quoque qui ex quacumque uxore nascatur. *Leg. In substitutione 31. ff. de vulg. & pup. substit. Leg. Cum pater 77. §. Pater 9. & §. Pater 21. ff. de legat. 2. Leg. Hæc conditio 10. ff. de condit. & demonstrat. Menoch. de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 21. num. 8. & consil. 97. num. 84. Mantica de Coniect. vltimar. volunt. tit. 8. num. 5. & 6.* Luego si llamò à Bartholomè, y Maria, y sus hijos, y descendientes, se han de entender comprehendidos, assi los que procrearon constante dicho matrimonio, como los que huviesssen de otro qualquiera, que contraxessen disuelto el primero.

89. Pruebasse: en la palabra hijos, y descendientes se comprehenden, assi los que Bartholomè tuviera del matrimonio con Maria, como los que aya, y tenga de otro qualquiera matrimonio; *ex leg. Filij appellatione, ff. de verbor. signific. L. Liberorum, §. Sed, & Papius, ff. eod. L. Uxorem, §. Concubinæ, ff. de legat. 3. L. Lutus, la 2. ff. de hæred. instit. Authent. vt exactione stante dotis, §. Si verò nihil, collat. 7.* por cuya causa todas las vezes, que genericamente estàn llamados los hijos, y no limitando, ayan de entenderse solo los que propriamente son hijos, se entienden comprehendidos los nietos, y demás descendientes, y quando no especifica, ni limita, que los hijos se ayan de entender de aquel matrimonio, que existia à el tiempo de la disposicion, se entienden comprehendidos todos los hijos, que qualquiera de los conyuges huviesse constante aquel matrimonio, ò despues de disuelto por otro que contraxesse.

90. El transversal, que funda Mayorazgo debe guardar en la Fundacion aquellas mismas reglas, que las Leyes dan à el que haze Testamento; *in leg. Si queramus, ff. de testam. L. Ab ea, ff. de probat. principium Instit. quib. non est permiss. fact. testam. P. Molin. de Iust. & Iur. tract. 2. disput. 601. num. 1.* Sed sic est: que el transversal

no està obligado à instituir à el consanguineo, y que solo la precis-
sion es de instituir el Padre à el hijo, y el hijo à el Padre, el Abuelo
à el nieto, y el nieto à el Abuelo. *Ex leg. Inter cetera 30. ff. de liber.
& posthum. L.6. Taur.* Luego el transversal, que fundare Mayoraz-
go en los llamamientos, que hiziere para la succession de dicho
Mayorazgo puede llamar a los estraños, y en dicho llamamiento
anteponerlos à los consanguineos que tuviere: Luego la Fundado-
ra pudo anteponer el llamamiento de Don Bartholomè Sanchez de
Aldana, y sus hijos à qualquiera pariente, y llamamiento, que de
ellos huviesse hecho, y vsar de aquella libre facultad, que el derecho
le concedia para disponer de sus bienes, *ex Authent. de Nuptis. §.
Disponat.*

91. Hallase Bartholomè con llamamiento especifico an-
terior à el de Doña Isabèl, y debiendo succeder los primeramente
llamados, *primum qui nominati sunt*, por el orden, que los fue nom-
brando *ordine successivo*, que dize la Glossa: siendo el llamamiento
de Bartholomè en el segundo grado, y estando la muger de la con-
traria llamada en quinto lugar, sin hazerse cargo, que no avia lle-
gado el caso de su substitution, *& pervenissè casum substitutionis suæ*,
y que estaban antes los llamados en tercero, y quarto lugar, no le
ha dado lugar su codicia à considerar, que por aora se halla sin ac-
cion, y pone vna demanda en possession, y propiedad, como si
fuera pleyto de Hidalguia: despreciando el que en la succession de
qualquiera Vinculo, ò Mayorazgo es incompatible vno, y otro jui-
zio en vn mismo libelo. *Rox. de Incompat. p.5. cap.5. n.19. & 22.*

92. Introduce juicio possessorio, pues dize se le ha transf-
ferido la possession, y el de propiedad, pues pide se le declare to-
carle, y pertenecerle el dicho Mayorazgo, y que se le condene à D.
Bartholomè à la restitucion de los bienes con los frutos; respecto à
lo qual contiene vna incompatibilidad, ò implicacion, porque no
es compatible, que Don Bartholomè aya de restituir los bienes, que
no possyera, y tambien, porque la reivindicacion se debe intentar
contra el legitimo Possedor. *Ex leg. 23. ff. de reivindic. L.20. & 35.
ff. eod. L. Si servus furibus, ff. de condit. furtib. Authent. de restit. Fidei-
comm. versic. Solo, collat.6.* Luego si pretende, que Don Bartholomè
restituya los bienes con los frutos le confiesse Possedor, y confes-
sandole tal, no puede pretender el juicio possessorio.

93. Demas, que mezclando vno, y otro juicio se diera
vn libelo dudoso, sobre el qual no puediera recaer sentençia. *Surd.
consil. 151. n.48. & 49. ibi: Incertitudo ergò reddit rem ita dubiam, quod
animus Iudicis non potest qui escere, & in re dubia Iudicium non debet esse
absolutum, ne veritas ofendatur. Cap. fin. distin.33. Velasc. liter. I. n.35.*

Gra.

Gratian. tom. 3. cap. 640. n. 29. & cap. 682. n. 11. por cuya causa solo se contestò dicha demanda en el juicio de propiedad, teniendo presente, que D. Jazinto le tiene confesado à D. Bartholomè Possedor, contra lo que no puede dezir, ni impugnar: Luego si el llamamiento específico, y cierto, y sus palabras se dirigen à las personas de D. Bartholomè, Doña Maria Antonia, y sus hijos, mediante lo qual se entiende el afecto, y eleccion à dichas personas, *ex cap. Quoniam Abbas de offic. delegat.* y que el animo de la Fundadora fue preferirles en la dicha succession, aviendoles llamado en segundo lugar, *ex leg. Hæredes palam, §. Sed si notant, ff. de testam.* si como và probado el llamamiento no fue à contemplacion del matrimonio, ni à los hijos de Bartholomè se llamó limitedamente sin la especialidad, de que huviesen de ser del matrimonio con la Doña Maria Antonia, ni el dicho matrimonio fue la causa final del dicho llamamiento, como ni tampoco el parentesco con la Doña Maria Antonia, pues en primero lugar llama à sus cuñadas; y asimismo ay llamamientos à personas estrañas, si la causa final de dicho llamamiento no fue el matrimonio, que avian contraido el D. Bartholomè con la Doña Maria Antonia, porque no consta de semejante pacto, ni que intuitu de la Fundacion, y llamamiento, que se avia de hazer, huviesse contraido dicho matrimonio, si se halla D. Bartholomè en la possession en fuerça del llamamiento específico, que tiene à quien estàn substituïdos sus hijos; justamente pretende se le absuelva, y dè por libre de dicha demanda, que asì lo espera. S. I. O. V. D. C.

Lic. Don Joseph Calvo;

18

Gracia, tom. 2.º cap. 4.º de donde se infiere que el
lo se concesso dicha demanda en el juicio de propiedad, teniendo
presente que D. Jacinto le tiene convalidado a D. Bartholomé Polle-
dor contra lo que no puede decirse ni impugnarse luego si el llama-
miento específico, y claro, y sus palabras se refieren a las personas
de D. Bartholomé, Doña Maria Antonia y sus hijos, mediante lo
qual se entiende el afecto, y elección a dichas personas, ex cap. 2.º
num. 1.º de que se desgr. y que el ánimo de la Fundadora fue pre-
ferir en la dicha sucesion, a dichos llamados en segundo lu-
gar, ex leg. 1.ª de testam. 2.ª de testam. 2.ª de testam. 2.ª de testam. 2.ª
proba el llamamiento no fue a convalidacion del matrimonio,
ni a los hijos de Bartholomé se llamó limitadamente en la especi-
dad, de que resulta de ser del matrimonio con la Doña Maria
Antonía, ni el dicho matrimonio fue la causa final del dicho llama-
miento, como ni tampoco el parentesco con la Doña Maria Anto-
nia, pues en primero lugar llama a sus cuñadas; y así mismo a
llamamientos a personas estranas, si la causa final de dicho llama-
miento no fue el matrimonio, que avian convalidado el D. Bartholo-
mé con la Doña Maria Antonia, porque no consta de semejante
pacto, ni que intencio de la Fundadora, y llamamiento, que se avia
de hacer, huviese convalidado dicho matrimonio, si se halla D. Bar-
tholomé en la posesion en fuerza del llamamiento específico, que
tiene a quien estan subsistidos sus hijos; justamente pretende se le
absuelva, y dé por libre de dicha demanda, que así lo espeta. 2.ª

O. V. D. C.
Lic. Don Joseph Calvo