

JESVS, MARIA, JOSEPH.

IN

PROCESSV

CVRATORIS PERSONÆ,

ET BONORUM EMMANVELIS

Anton j Vrries, & Cleriguet minoris
quatuordecim annorum.

SUPER APPREHENSIONE.

POR EL APREHENDIENTE.



Os proposiciones se han dado en el articulo de lite pendiente: vna por el Santo Hospital de Nuestra Señera de Gracia de la Ciudad de Zaragoza: otra por Don Manuel Antonio de Vrries, y Cleriguet, pretendiendose en ambas la succession de la herencia vniversal de Don Manuel Donlope, cuya disposicion testamentaria, para lo que toca á este pleyto es, como se sigue: Y por la mas facil, é inteligible aplicacion en lo que se ha de discurrir, se copia, dividiendola en clausulas numeradas.

He-

CLAVSVLA 1.

Hereditario mio universal hago, é instituyo al dicho Juan Francisco Donlope mi sobrino; y atento, que no puede entrar desde luego à gozar dicha herencia, hasta que estén pagadas mis deudas, y pagados los legados; quiero, que se le de cada año mientras esté en la Guerra cinquenta libras Jaquesas; y si viniere á Aragon se le de docientas libras cada año, hasta que entre, à gozar la herencia.

CLAVSVLA 2.

La qual le dexo con pacto, vinculo, y condicion, que si muriere sin hijos, y descendientes legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, siempre que faltaren, substituyo en su heredero, y mio al dicho Martin Juan Felices; para que disponga en su hijo Manuel Felices.

CLAVSVLA 3.

Y en caso que este muriere sin hijos, y sin sucesion legitima llamo, y substituyo para su heredero, y mio al dicho Thomas Cleriquet, y Fort mi sobrino, y à sus hijos, y descendientes legitimos.

CLAVSVLA 4.

Item quiero, ordeno, y mando, que en falta de los hijos, y descendientes varones, legitimos, y de legitimo matrimonio procreados de los dichos Juan Francisco Donlope mi sobrino, Thomas Cleriquet, Martin Juan Felices, y Manuel Felices mis primo, y sobrinos, à los quales prohibo, que sobre mi hacienda

3

zienda no puedan assegurar dotes, ni viudedades, sino gozar los bienes mientras vivieren, y tuvieren legitimos hijos, y descendientes varones.

CLAUSVLA 5.

Y en falta de ellos succeda el dicho Thomàs Cleriguet mi sobrino, y sus hijos, y descendientes varones mientras los huviere.

CLAUSVLA 6. Y VLTIMA.

Y en falta de todos succeda en dichos mis bienes el Hospital General de Nuestra Señora de Gracia de la presente Ciudad de Zaragoza.

2 Por muerte de Juan Francisco Donlope sin descendientes succedió en este vinculo Martin Juan Felices, y por la de este, despues de la de su hijo Manuel Felices, succedió Don Luis Ceferino Cleriguet, hijo de D. Thomàs Cleriguet, que ya avia muerto, y ganò comission de Corte en la Real Audiencia *in Processu Tutorum Ceperini Cleriguet*, aviendo litigado dos Nietas de el vltimo Possehedor, hijas de Don Manuel Felices; por averse entendido, como resulta de los motivos de la Sentencia, que solamente pueden succeder en este vinculo los varones descendientes de las personas nombradas en él, y no las hembras, en fuerza de la expressa repetición de varones en las *clausulas* 4. y 5. con la qual se interpretan los llamamientos primeros de descendientes, contrayendolos solamente á descendientes varones en conformidad de la explicacion subseguida de el Testador.

3 Por muerte de Don Luis Ceferino succedió
su

4

su hijo Don Pedro, y no aviendo al tiempo de la muerte de este descendiente varon de las personas nombradas, en 11. de Agosto de 1693. fue repuesto el Santo Hospital General de Nuestra Señora de Gracia en los derechos de Don Luis Ceterino, por estar substituido, y llamado á la succession en falta de todos; como se lee *en la Clausula ultima.*

4. Sobrevivió á Don Pedro su hermana la Señora Doña Mariana Benita Cleriguet, Muger de D. Antonio de Vries, de quienes es hijo Don Manuel Antonio de Vries, y Cleriguet, descendiente legitimo varon de Don Thomas Cleriguet, y Fort, y con su nacimiento, y existencia pretende aver sucedido, por tener llamamiento claro *en la Clausula 3.* explicado *en la 4. y 5.* en las quales se vé, que la voluntad de el Testador fue, que los descendientes varones de las personas nõbradas succedã *mientras los huviere y q̄ gozen los bienes mientras vivieren y tuvierẽ legitimõs hijos y descendientes varones.* D. f. i. e. r. e, que esta succession se ariere en virtud de las á qualquiera hijo, y descendiente varon, de las personas nombradas desde el instante que nace, si no está ocupada por persona, ò personas predilectas, y que deven preferirle, qual no la ay al presente respecto de Don Manuel Antonio de Vries: y en esto funda el merito de su Proposicion.

5. El Santo Hospital alega en la suya la reposicion que obtuvo, y aumenta, que aviendo vna vez sucedido, y entrado en la succession, no ay capacidad para el regresso, ni para su exclusion; aunque sobrevenga, como ha sobrevenido la existencia de persona, que lo huviera excluido, si huviesse existido al tiempo de la muerte de Don Pedro, que fue el de su ingresso: parando toda la question de este pleyto,
en

en averiguar la calidad de la succession de el Santo Hospital: Si succediò *absolutè, & irrevocabiliter*, como pretende; ò si succediò *revocabiliter*, y con dependencia de la perseverancia de el defecto de descendientes varones, que fue lo que diò causa para su ingreso.

6 Por la mejor aplicacion de las doctrinas, que he de alegar, supongo, que este vinculo es mero fideycomisso gradual, successivo y perpetuo, ex late traditis à *Fussar. de substit. quest. 358. 381. & 382.* con llamamiento, y vltima substitution de puesto inmortal: y al parecer no puede dezirse Mayorazgo; porque no ay necesidad, de que succeda vno solo; antes bien en los repetidos llamamientos de hijos, y descendientes varones, se descubre capacidad, para que aviendo dos, ó mas en igual grado, succedan todos; sin excluir el primogenito à los que no lo son: lo qual se opondre à la naturaleza de los Mayorazgos, *D. Mol. lib. 1. de Hisp. primog. cap. 1 à nu. 7. & num. 22. & cap. 11. per totum, & passim in suo tract.* y examinando las clausulas con las reglas, que *in d. lib. 1. cap. 5. per tot.* expone se hallara, que no ay argumento alguno convincente de Mayorazgo, si solamente de fideycomisso perpetuo, gradual, y successivo: de que resulta, que en nuestro caso, no se han de atender las doctrinas, que fundan la irrevocabilidad de la succession, en la especial naturaleza de los Mayorazgos de España, por Leyes de Castilla.

7 Y quando por la semejança, que ay entre mayorazgos, y fideicomissos perpetuos quieran atenderse, procederà en Castilla, no en Aragon; porque no obligan aquellas Leyes, ni estàn conocidos por Fuero los Mayorazgos de Castilla; como advirtiò

Don Joseph de Rosa *Consult.* 69. *num.* 124. *alli.*
In Aragonia enim maioratus non secundum Leges
Castella, sed secundum Ius commune, & ex Insti-
tutoris voluntate regulantur, uti ex Foro vnico de
Test. Nobil. tradit Molino in repert. verb. Primogen.
ius ad finem col. 4. ubi Portoles num. 9. & 10. Idem
Molin. in verb. Testamentum fol. 314. col. 3. ubi
Portol. num. 37. Sesse decis. 254. num. 156. Suelves
conf. 5. num. 32. femicent. 2. Y el hazerse merito
 en los Tribunales de las reglas de los Mayorazgos
 de Castilla, consiste en vsar en las disposiciones de
 las palabras *Mayorazgo, primogenitura* por las
 quales, supuesto el estatuto de la carta, se entiende,
 que los Fundadores quieren arreglarse à los princi-
 pios, y formalidades, con que tan vniversalmente
 se practican en casi toda la España.

8 Luego en nuestro caso donde, ni ay palabra,
 que suene à Mayorazgo, y primogenitura; ni ra-
 zon, para que se observen las Leyes especiales de
 Castilla; solamente deverà atenderse el derecho co-
 mun, y sus reglas respeto á fideicomissos perpetuos:
 y no tendrán aplicacion alguna las doctrinas, que
 fundan la irrevocabilidad de la succession en la espe-
 cial naturaleza de los Mayorazgos; como opinan
 gravissimos Autores, sintiendo lo contrario otros
 de no inferior nota: de suerte, que aun en el caso
 de regularse esta succession, como Mayorazgo de
 Castilla, tendria muy calificada justicia la pretension
 de Don Manuel Antonio de Vries, respeto à que
 deve succeder con exclusion de el Santo Hospital.

9 Ponderase contra ella la novedad de el regres-
 so de la succession, aumentandose la dificultad, con
 el motivo de que de la misma suerte que aviendo
 sucedido el Santo Hospital, pretende Don Manuel

7

excluirlo, por verificarse con su existencia el defecto de la condicion, con que está llamado el Santo Hospital; despues de entràr en la succession Don Manuel, lo excluìria qualquiera varon, que sobreviniese descendiente de Don Juan Francisco Donlope, llamado *en la 1. Clausula*, ó de Don Martin Juan Felices, llamado *en la 2.* Suponiendo, que asì como el Santo Hospital está llamado *en falta de todos* los descendientes varones de Don Juan Francisco Donlope, Don Martin Juan Felices, y Don Thomàs Cleriguet; asì tambien Don Thomàs Cleriguet, y sus descendientes varones estàn llamados en falta de todos los descendientes varones de Don Juan Francisco Donlope, y de Don Martin Juan Felices.

10 Y à la verdad en la hypotesi, que haze el argumento, de ser vna misma la formalidad de lo condicional de el llamamiento de ambos substitutos, devo reconocer su eficacia; porque; aunque el Santo Hospital es inmortal, y no los demàs; no hallo forma de evidenciar la irrevocabilidad de la succession de Don Thomàs, y de sus descendientes varones en el caso que se supone: pero la condicion de el llamamiento de Don Thomàs Cleriguet, es muy distinta, de la de el Santo Hospital: esta es qual supone el argumento, y se lee *en la Clausula 6.* à saber es, vna condicion de el defecto de descendientes varones de las personas nombradas, indefinida, sobre esto explicada con vniversalidad expressa: alli *de todos*, y no contrahida literalmente à cierto tiempo, ni circunstancias; de suerte, que para su verificacion, y adimplemento en el sentido comun, y juridico (como se fundarà) es preciso reducir à impossibilidad la existencia de descendientes varones de las personas nombradas, y no basta, que en algun tiempo ayan faltado.

La

11 La condicion de el llamamiento de Don Thomàs, y sus descendientes està en aquellas palabras de la Clausula 3. *y en caso, que este muriere sin hijos, y sin succession legitima:* que supuesta la explicacion de la calidad de masculos por las clausulas subsiguientes, hazen este sentido, comprobado con la sententia, y motivos de la Real Audiencia, y *en caso, q̄ este muriere sin hijos varones, y sin descendientes varones:* que es reducirse la condicion al defecto de descendientes varones determinado, y contrahido al tiempo de la muerte: en cuyos terminos para la absoluta, y perfecta verificacion de la condicion de el llamamiento, bastó, que al tiempo de la referida muerte no huviesse, como no hubo, descendientes varones; sin que fuesse necesario, que entonces se verificasse la impossibilidad de la futura existencia de ellos; y sin que los que sobreviniessen, pudiesen pretender la succession à perjuizio de D. Thomas Cleriguet, y de sus descendientes varones, por aver entrado en esta linea sin dependencia de la perseverancia de el adimplemento de la condicion, con que estava llamada, siendo tal su naturaleza, que por estar contrahida al tiempo de la muerte, en el instante de ella se avia de purificar perfectissimamente.

12 Ni à esto se opone, que *en la Clausula 5.* están llamados Don Thomàs Cleriguet, y sus hijos, y descendientes varones casi con la misma forma, que el Santo Hospital, en la que se sigue: porque se responde, que antes están llamados *en la 3.* con otra bien diferente, como se lleva dicho, y esta es por la que succeden: el llamamiento, y substitution *de dicha Clausula 5.* es de ningun efecto, como si no estuviesse escrita; porque aunque á vezes vale la
subf.

substitucion de vno en lugar de si mismo l. sed et si
10 §. fin l. fin. §. Titius 1. ff. de vulg. & pup. subst.
en nuestro caso es imposible, que substita, por estar
concebido el llamamiento de Don Thomás, y sus
descendientes en falta de los mismos llamados, con
total repugnancia entre la existencia, que supone el
llamamiento, y el defecto, que incluye la condicion.

13 Tampoco obsta, para la diferencia observa-
da *la clausula* 4. en que comunmente à todos los lla-
mados en las antecedentes se les prohíbe la agen-
cion con expresion de la perpetuidad de el vinculo,
comprehendiendolos igualmente à todos en lo con-
dicional de los vltimos llamamientos; porque todo
esto explica, no destruye la formalidad de las ante-
cedentes instituciones, singularmente aviendo letra
clara, ninguna repugnancia en observarla, y mucha
conformidad con la perpetuidad de la succession;
haziendose lo vltimo evidente, con lo que comun-
mente passa en los Mayorazgos, cuyas substitucio-
nes, ya expressa, ya tacitamente se conciben, si el
anteriormente llamado muriere sin hijos, ni des-
cendientes: luego de el mismo modo, no se envara-
zará la perpetuidad de este vinculo; porque la con-
dicion de el llamamiento de D. Thomas Cleriguet
esté contrahida; como se lleva dicho; al tiempo de
la muerte de los anteriormente llamados: y assi
sin lesion de esta perpetuidad succedan irrevocable-
mente los llamados baxo vna condicion, que per-
fectissimamente se purifica en vn instante, y revo-
cablemente los instituidos con condicion, cuyo
adimplemento deve perseverar. Me he deteni-
do en estos discursos impertinentes para la question
que ocurre; porque no se entienda, que reconozco,
que está expuesta la succession de D. Manuel Anto-

nio de Vries á revocarse, en caso de sobrevenir algun descendiente varon de D. Martin Juan Felices.

14 Esto así supuesto, llegando ya al punto crítico de la lite, estamos en la question, que en feudos, fideicomissos, y mayorazgos ventilan los Doctores, sobre si aviendo yá sucedido vno, y sobreviniendo otro, que sin duda huviera excluido al primero, si huviesse existido al tiempo, en que entró á suceder; deverá excluirlo despues? Estos son los terminos mas generales en que tratan la dificultad, ora aya vacado la successión por muerte, ora por cesión, renunciacion, ò privacion; y muchos contrahen la disputa à mas ceñidos terminos; de suerte, que la variedad con que se explican, sobre la contradiccion, llena de confusión el asunto.

15 El señor Olea *de cessione iur. tit. 3. quest. 4.* discurre todos los casos en terminos de mayorazgos, y en el de aver vacado por muerte la successión (que es el nuestro) assienta como por principio, y regla, que deve suceder, quien al tiempo de la muerte de el vltimo poseedor tiene mejor derecho, sin que pueda excluirlo qualquiera otro, que sobrevenga de mejor condicion. cita al señor Molina, y à muchos, que le siguen, y dize: *VIDENDVS OMNINO* Castillo d. cap. 91. à num. 11 & per totum, *qui licet in eadem sententia persistat, eam tamen limitat, si appareret aliam fuisse mentem, & voluntatem defuncti, qui voluit proximior tempore mortis revocabiliter succedere, & sub conditione; nisi ex post facto alius proximior nascatur, qui si tempore delate successiónis in rebus humanis esset. eum excluderet*: cita muchos, que siguen à Castillo: *Et explicant, ex quibus presumatur voluisse institutorem maioratus, semel admissos ad success-*
ces-

cessionem excludi per postea natos, quorum sententia verissima mihi videtur: en la qual se confirma sub num 19. y tambien in addit. ad d. q. num. 1. in princ. concluyendo assi: Quare solutio vera, & communis est, quam & nos amplexi fuimus.

16 Con esta luz de tan gran Maestro, para la mayor aplicacion de su doctrina en apoyo de la justicia de mi Parte, me es preciso, obedecer su precepto en aquellas palabras *omnino videndus Castillo*, unicamente citado con tan singular nota; y siendo tan dilatado el capitulo, servira de excusa à mi prolixidad la de el mismo, y la authoridad con que me engolfo en ella, no sin dolor de lo que omitiré, por ser casi toda vna copiosa Alegacion por mi Parte.

17 Desde el num. 1. hasta el 16. empadrona la question, enucleando puntualmente al señor Molina de *Hisp. Primog. lib. 3. cap. 10. per totum*: y no excusaré su exposicion: Propone la dificultad, entre otros terminos, en los de nuestro caso, ibi: *In defectum filiorum masculorum*: suponiendo, que quando vacó la sucesion, por falta de descendientes masculos entró el llamado en este caso; y que despues nació hijo varon, que pretendia suceder con el motivo, de ser revocable el derecho de el substituto en su falta: En los num 1. y 2. haze algunos presupuestos, que no son de nuestro asunto: desde el num. 4. hasta el 15. funda con mucha razones, y Autores la irrevocabilidad de el que sucedió: desde el vers. *Sed quamvis de dicho num.* propone con igual energia los fundamentos de la revocabilidad, y mejor derecho de el que nace despues, alegando por esta Parte en el num. 25. *Plures, & maximi nominis iuris interpretes.* Y desde el num 26. hasta el 38. satisface con solidas doctrinas todos los argumentos de la primera opinion. Haf-

18 Hasta aqui parecerà , que el señor Molina sigue la segunda sentencia; pero desde el num. 38. hasta el 44. en que trata , de quando vaca la succession por muerte de el Possehedor , discurre con discrecion en la question propuesta , de si ha de succeder *irrevocabilitér* el substituto llamado en falta de descendientes masculos, ô si se ha de revocar su succession, siempre que acontezca el nacimiento de algun descendiente varon: y enseña , que en la succession de Mayorazgos , y en todas *iure maioratus relictis* se han de contraher los llamamientos, substituciones, y condiciones de ellas precisamente al tiempo de la muerte de el vltimo Possehedor: desuerte, que aunque solo se diga: *En falta de descendientes varones succeda N.* se ha de entender assi: *Si al tiempo de la muerte de el Possehedor no huviere descendientes varones succeda N.* y assentado este principio, que lo funda en la especial, y característica naturaleza de los Mayorazgos , y en la disposicion de la *l. 45. de Foro* , admite la primera opinion, ofreciendo facil solucion á los argumentos de la contraria con el principio, que supone.

19 Pero en las successiones, que no se goviernan por las reglas de Mayorazgos, constantemente defiende la revocabilidad de la succession de el substituto por la existencia de el descendiente varon, en cuya falta se halla llamado; infiriendolo de no concurrir en este caso el especial motivo, que en los Mayorazgos necessita á lo contrario: dize assi en el num. 43. *Similiter etiam infertur in alijs dispositionibus, quæ in prima successione consumantur, Et in quibus necessario proximitas tempore mortis ultimi possessoris consideranda non est, conditionis implementum attendendum non esse, usque quo certum sit, illam*

illam adimpleri non posse ex regulis, quæ pro secunda opinione adductæ sunt, quas ex sola Primogeniorum natura à casu, de quo agimus, reiecimus. Sicque omnes regulæ, atque fundamenta, quæ in contrarium adduximus intelligenda, atque concilianda sunt. Y lo reparó Ciriaco contro. 206. num. 3. alli: Et Molina ipse stat probac sententia, dum restringit suam opinionem ad primogenia.

20 Quando en los num. antecedentes proponia su sententia en caso de Mayorazgo, en el num. 40. dixo, ibi: Ex quibus infertur, quod quamvis in alijs dispositionibus conditiones negativæ non ceaseantur esse purificatæ, donec constuerit impossibile esse, illas adimpleri posse, & quod non adimpleantur, nisi per reductionem ad impossibile; in primogeniorum tamen successione illas pro impletis habendas esse, si tempore mortis ultimi Possessoris adimpletæ non sint; nam cum ex Primogeniorum natura conditiones vocationum secundum tempus mortis intelligenda, atque consideranda sint, ut superius ostensum est, succedit regula, quod quando certum tempus conditionibus negativis adiectum est, solum illud est expectandum, ut substituto in defectum illius conditionis locus fiat, l. quidquid adstringendæ, §. si stipulatus, ff. de V.O.L. si peculium, §. fin. cum similibus, ff. de statulib. Los Adicionadores precisamente tratan el caso de Mayorazgo, conviniendo en la sententia de el señor Molina, y en la razon singular, en que la funda: aunque (como despues se descarrirá) estando llamado el substituto, en falta de descendientes varones: aun en Mayorazgo de Castilla, feria su succession revocable; segun derecho, en esto no puede aver diferencia entre Mayorazgos, y fideicomissos.

21 Infiero de estas doctrinas, que al menos, quando no se regula la succession *per viam maioratus*, si entra à succeder por muerte del Possehedor, quien està llamado *sub conditione negativa*, comprehensiva de todo tiempo, y no contrahida à alguno, necessitará, para adquirir derecho irrevocable, de verificar la imposibilidad de la existencia de lo que la condicion niega; y que, siendo posible, solo adquirirá derecho revocable, y quedará sin alguno, siẽpre que se verifique la existencia : Conclusion, al parecer, juridica, y genuina de el señor Molina en los lugares citados.

22 Aplicola aora : El vinculo de Don Manuel Donlope no tiene forma de Mayorazgo, como de la letra resulta ; y quando la tuviesse, es sabido, que en Aragon no están conocidos, y que en ellos, y los fideicomissos se succede, segun derecho comun, y no por las leyes de Castilla, que dan regla para la succession de Mayorazgos, y puede aplicarse para la de los fideicomissos de aquellas Provincias: El Santo Hospital, quando vacó la succession por muerte de Don Pedro, no aviendo entonces descendientes varones, y estando llamado *en falta de ellos*; sin que esta condicion negativa estè contrahida à tiempo alguno; succediò: Luego succediò *revocabiliter*; porque entonces no pudo verificar la imposibilidad de la existencia de descendientes varones : y agora, que existe Don Manuel, està yà extingto el derecho, que entonces el Santo Hospital revocablemente adquiriò; aviendose diferido la succession á Don Manuel al tiempo de su nacimiento; porque estando llamados todos los descendientes varones de Don Thomàs Cleriguet, *mientras los huviere*, solo necesitò de existir, para succeder.

23 Considerada la sentencia expuesta de el señor Molina, entra Castillo desde el num. 16. d. cap. 91. lib. 5. contro. iur. queriendo apurar la verdad en la question, que decidió el señor Molina en succession de Mayorazgos à favor de él, que al tiempo de la vacante succedió, contra el que despues nace con anterior llamamiento; asienta, que se ha de investigar la voluntad de el Instituyente: *Idque ex eadem formula verborum vocationis colligendum, presumendumque sit; quemadmodum de iure communi eliciunt, atque presumunt tot Interpretes, qui mox referuntur, Et in favorem postmodum nati, aut concepti responderunt: aun considera la Ley 45. de Toro; y que si atendido el derecho comun, fuesse mas verdadera la opinion, que favorece à los nacidos despues: Quòd testantur quamplurimi, Et fortassis, imò absque dubio, agnovisset Molina, si dicta Legis Tauri constitutio edita non esset, nec ita refragaretur: aun despues de la decision de la Ley 45. de Toro, avian de succeder ellos; porque la Ley 45. no dispuso, se alterasse absolutamente la naturaleza de las condiciones negativas; y se cumple con su disposicion, succediendo al tiempo de la muerte de el ultimo Possehedor el substituto, llamado en defecto de descendientes varones, dandose por verificada la condicion; para que el Mayorazgo no esté *in pendenti*, sin Dueño, y Possehedor (que es lo que repugnan la ley, y la naturaleza de los Mayorazgos) pero succediendo despues, siempre que naciere, el descendiente varon por la voluntad de el Instituyente, arguida juridicamente por la naturaleza de la condicion negativa indefinida; sin que por la succession de este, y por la consequente revocabilidad de la succession de el substituto, se contravenga à la*

+ a considerense las palab.
antecedentes.

la Ley 45. de Toro, y à la naturaleza de los Mayorazgos, que todo estriva, en que puesta la revocabilidad de la succession de el substituto, y admitido el nacido despues, jamàs se verifique, que el Mayorazgo estuvo vacuo de successor, y los bienes sin dueño (como vulgarmente se dize) en el ayre.

24 Y lo explica el mismo Castillo, ibi: *Successio namque, nec per momentum vacabit, sed statim mortuo ultimo Possessore in sequentem, qui eo tempore proximior invenitur, transibit, nec aliud tempus expectabitur. Alio autem postea nato, qui proximior sit, in eum quoque statim dominium, & possessio, qua numquam vacabit, transibit, nec erit in pendentem, prout tempore mortis ultimi possessoris non fuit. Quia lex, qua certa est de eo, qui vere successurus est, statim in eum transfert possessionem, & dominium; & sic nec tunc, nec postea dominium est in aere, aut in pendentem; nec etiam vacat possessio, sed primo in proximiorum, qui tunc erat; postea in alium postmodum natum, qui nunc proximior est, transibit; atque ita semper maioratus ipse possessorem, atque verum dominum habebit iuxta ipsam maioratus naturam, & d. l. Tauri constitutionem; unde in primogeniorum successione, quamvis conditiones ipsa negativa pro impletis habeantur, si tempore mortis ultimi possessoris adimpletae non sint, & ipse ad illud tempus mortis referri debeant ex ipsorum primogeniorum natura, ut successio in pendentem esse non possit, nec vacet, quia nec vacare potest per momentum, cum semper Maioratus possessorem, & verum dominum habere debeat. Attamen si postmodum alius proximior nascatur, & conditio appositae ab institutore verificetur ad eum fortassis transibit possessio, & dominium si ex forma verborum substitutio*
nis

nis pro se habere videatur praesumptam institutoris voluntatem. Et conditio negativa, quae secundum tempus mortis ultimi possessoris intelligi debuit ex constitutione d. l. 45. nunc ex voluntate eiusdem intelligenda erit, attento tempore natiuitatis, quo defertur successio, & ad ipsum conditio refertur. Et cessat omnino inconueniens, quod ex eadem l. Tauri, & Primogeniorum natura deducit Molina, quia successio nullo tempore est in pendentem, nec vacat dominium, aut possessio, etiam per momentum.

25 Prolixe refiriendose à Molina, que exactamente satisfice las razones, en que se funda la irrevocabilidad de la succession; y entre sus respuestas en los num. 35. y 36. in d. lib. 3. cap. 10. reconoce lo que se lleva dicho, á saber es: *Dominium non esse in aere, nec in pendentem, et si natus postmodum admittatur purificata conditio*; quia proximiori tempore delata successio defertur, revocabiliter tantum ex conditionis negativa natura. Vea se pues, (dize Castillo) con quanta razon se puede dudar de la conclusion de Molina, y de el principal fundamento de ella, que consiste en la disposicion de la l. 45. de Toro, y en la naturaleza de los Mayorazgos; quando (como queda ponderado) todo se puede salvar sin inconueniente, ni contravencion de la voluntad de el Instituyente.

26 Empeñado con estas reflexiones Castillo, en resolver la question: *An proximior tempore mortis ultimi possessoris irrevocabiliter succedat in Majoratu, nec postmodum natus possit ab eo successio- nem advocare, etiam si proximior sit?* Ofrece en el num. 18. considerar las sentencias de los DD. y referir despues la suya con distincion de casos, confiando dexar apurada la dificultad; de suerte que qualquiera,

ra, que ocurra, tenga conveniente doctrina para su decission. Y desde el num. 19. hasta el 40. expone las sentencias con sus fundamentos de los mas claficos Autores. En el 40. ofrece con puntual comprehension proponer la fuya en varias observaciones, que se subfiguen, siendo la primera la de el nu. 41. en que pondera la dificultad, concluyendo, ibi: *Verè tamen eiusdem Molina sententia in terminis, in quibus ipse quaestionem proposuit, maximam habet difficultatem; quamvis in alijs dispositionibus, pure non conditionaliter conceptis, & in his maiora- tum institutionibus, qua alijs modis, & prout instituantur maioratus regulariter, ordinantur; verissima sit, & tenenda iuxta ea, qua annotabuntur statim, & tradita fuere supra, num. 16. in vers. sanè prout ego nove animadverto.*

27 La segunda observacion, se reduce en todo el num. 42. à que quando consta de la voluntad de el Instituyente, absolutamente se ha de observar, ora disponga, que esté suspendida la succession ora que el mas proximo, que nace despues, succeda, excluyendo à quien fue admitido. No tenemos en nuestro caso esta material expressa disposicion; pero formalmente, parece, se deve reconocer; porque es innegable, que todos los descendientes varones de Thomás Cleriguet están expressamente llamados, sin que su llamamiento esté contrahido à tiempo alguno, ni determinado à alguna circunstancia; sino es à la de la existencia; de suerte, que es condicional, y se purifica siempre, que nace el descendiente varon; como de sententia de Surdo, viene à concluir Castillo al fin de el vers. primero de este num.

28 Y en el vers. fin. de sententia de el mismo, asienta, que quando en los fideicomissos están con-

templados los hijos, que han de nacer, naciendo hazen parte con los ya nacidos, y avocan à si su porcion: con que no se atiende al tiempo, en que vacò el fideicomisso; fino à que el derecho, atento à la voluntad de el instituyente, expressada en el comprehensivo llamamiento de descendientes, les difiere, luego que nacen la succession, ya en parte, si ay otros de igual grado, ya en todo, si son solos. Luego procediendo en estos terminos, como procede, la succession de el fideicomisso, ó vinculo de que tratamos; parece, que es caso claro, que se difirió à D. Manuel, luego que nació; y como el derecho de este, es incompatible con el de el Santo Hospital, y mucho mejor; por la regla *introductio unius est exclusio alterius* ha de obrar la extincion de su succession: Este discurso, que no tendria lugar en terminos de Mayorazgos, es muy proprio en los de fideicomissos, por la diferencia, que observa Castillo *in d. vers. fin.* concluyendo despues su observacion segunda, así: *Remanet itaque disceptationem huius capituli, Et Lud. Mol. traditiones, Et resolutiones practicas, cap. 10. lib. 3. procedere dumtaxat cum in dubio versamur; in claris autem, Et in expressis, voluntatem servandam: clarum autem, aut expressum non dici in primogenijs ex eo solum, quod nati, Et nascituri vocentur.*

29 En la misma observacion en el num. 44. discurre, prescindiendo de otras congeturas, si es suficiente la de estar llamado el substituto, *sub conditione negativa* en los terminos, en que, como se lleva dicho, propuso la question Don Luis Molina, que comprehenden los de nuestro caso: refiere por extenso el sentir de el R. P. Luis Molina, cuya conclusion, despues de aver explicado la de el otro Molina,

† siguiente observacion
3a

lina,

lina, es, como se sigue: Ego licet idem credam, esse dicendum in maioratibus, in quibus conditio non apponitur, quando tamen conditio apponitur, qua aliquis vocatur sub conditione negativa, verbi gratia, ut succedat aliquis, si talis foemina, aut foemina filios non habuerint; non puto id ita univrsim esse dicendum; sed attendendum esse ad formam talis dispositionis, & ad circumstantias concurrentes; & quidem si non comperiatur mentem Institutoris fuisse, ut conditio illa locum habeat, solum usque ad instans mortis ultimi alicuius possessoris, aut delati maioratus, ex illo crediderim suspendi successionem, quousque ex illis nascantur filij, aut intelligatur impossibile esse, naturaliter eas filios habere, ut intelligatur, quis in eo Maioratu succedat.

130. Y refiriendo Castillo la contradiccion de los DD. en esto, ponderando la probabilidad de la Sentencia de el R. P. Molina, escribe: *Atque ex eo solum, quod Institutor maioratus ad illum modum, & iuxta terminos propositos per Molinam in d. praef. d. cap. 10. substitutiones, & vocationes ordinaverit; Pater ipse Ludovicus Molina contendit, colligi conjecturam, mentemque Institutoris maioratus apparere, quod voluerit effectum vocationis filiorum extendere per totum tempus vitae Patris, aut Matris eorum, & successionem inpendenti; quousque Pater ipse, aut Mater moriatur, aut impossibile sit, quod filios habeat, ut antea substitutis, vel vocatis ius non adquiratur, vel saltem revocabiliter non irrevocabiliter; ut eo modo, tunc provideri debeat, quo providendum dixit Molina ipso cap. 10. num. 35. Surd. d. conf. 125. fere per tot. maximé num. 36. & 37. ex quo ipso Surdo pro eodem P. Ludovico Molina, & conjectura voluntatis elicienda plura de-*

deduci in probationem possent &c. Y aunque abolutamente no sigue esta opinion, y reconoce tambien la probabilidad de la contraria, concluye respecto de ellas assi: *Sic admoneo, diligenter considerari, perpendique debere clausulas, sive formam verborum, quibus dispositio concepta est; ex ipsis namque mature perpensis dijudicandum erit; utra earum sententia prevalere debeat*: Con que por las ponderadas literales congeturas a favor de Don Pedro, parece claro el caso de su succession, y el de la revocabilidad de la de el Santo Hospital.

31 La quarta observacion de Castillo en los num. 45. 46. y 47. se reduce sin controversia alguna, a que en los llamamientos puros el que succede, adquiere derecho irrevocable no obstante, que despues nazca quien, si al tiempo de la delacion existiese, tendria mejor derecho para succeder: y lo mismo assienta, quando los llamamientos, y las delaciones se contrahen al tiempo de la muerte de el vltimo Possedor, por voluntad de el instituyente, *Quia unum tempus determinatum non recipit alterius temporis functionem* l. si usufructus mihi in biennium ff. de usufr. leg. l. 1. ff. quod quisque jurate D. Casanate *conf* 55. a num 67. 68. & num. 17. y haziendose cargo de lo que en contrario se puede alegar; dize: *Iura autem, & Authores, qui in contrarium loquuntur, expendique possunt, intelligi debent, ubi testator indeterminate, & absque relatione ad tempus loquitur; ea namque specie esset contra verba, & mentem disponentis verba non determinata, nec restricta determinare, & restringere ex eadem,* l. in substitutione, & l. cum uxori C. quando dies leg. ced. Sed ubi Testator deficientiam filiorum ad tempus mortis retulit esset contra verba, & mentem eius,

eius, dispositionem certo tempore determinatam, tamquam indeterminatam accipere, D. Casanate conf. 4. num. 106. y yâ se vé, que no estamos en el caso de esta observacion, sino en el contrario de vn llamamiento con condicion en ninguna manera contrahida al tiempo de la muerte de el vltimo poseedor.

32 Y aunque inmediatamente dize, que en caso de duda se ha de entender la condicion no indeterminada; sino determinada, y contrahida al tiempo de la muerte de el vltimo Poseedor: ni ay duda en nuestro caso, respeto la indeterminacion: y quando en él se entendiese la condicion de la falta de los descendientes varones, contrahida al tiempo de la muerte de el vltimo de ellos; aun sería revocable la succession de el Santo Hospital, por nacer despues descendiente varon; porque esta quarta observacion se deve entender, quando el que succediò, y el que despues nace son successores comprehendidos vajo vna misma especifica qualidad de Parientes, diferenciandose solamente en la mayor, ò menor proximidad; lo qual segun el principio filosofico: *Magis, & minus non mutant speciem*: no deve alterar el derecho adquirido al Pariente, que succediò, teniendo todas las qualidades expressadas por el Testador, y aun la de la mayor proximidad, considerado el tiempo de la muerte de el vltimo Poseedor, y de la cion, de la succession.

33 Pero quando (como en nuestro caso) los successores, que el Testador contempla, no son de vna misma especie, y qualidad, sino de diferentes; aunque el de el llamamiento posterior, y supletorio esté llamado *en falta* de los successores de la primera especie, y qualidad diversa, y essa condicion esté,

esté, o expressemente contrahida al tiempo de la muerte de el vltimo poseedor, ò por aver duda, se deva entender determinada á esse tiempo: aun en esse caso será revocable el derecho de el successor de la segunda especie, llamado en suplemento de la primera, siempre que se verifique la existencia de los comprehendidos en esta: como en terminos mas estrechos lo resuelve el mismo Castillo en el num. 47. limitando su quarta observacion; à saber es, quando el Testador en los parientes, que llama, requiere alguna qualidad, con la qual ninguno se hallava al tiempo de la delacion, y por esso sucedió quien no la tenia; bien que con derecho revocable, luego que huviesse pariente con ella.

34 Luego mucho mejor en nuestro caso, estando llamados todos los descendientes varones, y en suplemento; en falta de todos ellos, el Santo Hospital; aun quando la condicion de su llamamiento se entendiesse contrahida, y determinada al tiempo de la muerte de el vltimo descendiente varon, por la qual vacò la succession, avia de valer esto solamente; para que succediesse entonces el Santo Hospital, y no estuviessen los bienes en poder de administradores, ò de los herederos de el vltimo poseedor; pero no para que adquiriesse irrevocable derecho, en perjuizio de los comprehendidos en el llamamiento de la primera especie; à saber es, de los descendientes varones, los quales, como predilectos, y por la expresa voluntad de el Testador, que quiso succediesse: *mientras los huviere*: con su existencia en qualquiera tiempo deven succeder, excluyendo al Santo Hospital, el qual por este solo motivo, quando faltassen otros, solo pudo adquirir la succession *revocabiliter*; y nunca succederá irrevoca-

cablemente; sino quando se verifique la imposibilidad de que aya descendientes varones.

35 La quinta observación de Castillo en el num. 48. es en los precisos terminos, en que disputò la question Molina, y él propuso al principio de el cap. como se lleva referido; y reconociendo la dificultad, y variedad de sentencias muy probables, impugnando la de Don Luis de Molina muy en nuestro favor, funda en derecho, que puede estar la sucesion in pendent: y que quando esto no fuesse dable, se evitaba el inconveniente con la sucesion revocable, que pretendemos: y vltimamente pondera el argumento de la predileccion, que en lo dispositivo es innegable D. Casanate *conf. 15. num 15. § 26. § conf. 20. num. 44. § conf. 48. num. 46. § conf. 3. num. 29. conf. 6. num. 32. § conf. 15. num. 28.* y en nuestro caso tiene clara aplicacion: Y aunque absolutamente no resuelve, se remite à las reflexiones de las antecedentes observaciones, y concluye: *Maxima denique in consideratione haberi debebunt ea, ex quibus dubitandi occasionem contra opinionem Molina assumpsi supra, § que singulariter contra ipsum scripsi sub nu. 16. in vers. sané (prout ego nove animadverto) fortissimè namque urgent, prout ibi apparet:* y aviendo expuesto este relato supra à num. 23. escuso detenerme en lo que por extenso trae en esta consideracion Castillo.

36 En todas las demás observaciones de este Autor, con que desempeña el asunto de el citado *capitulo 91.* nada considero perteneciente à nuestro Pleyto; sino la inteligencia de dos maximas juridicas, de que trata en el num. 82. despues de referir en prolixo cathalogo los Autores, que las explican, en-

tre quienes alega al señor Reg. Sess. decis. 254. num. 15. *Et decis. 308. per totam*, y al señor Casanate, *cons. 4. ex num. 110. usque ad 121.* La primera es: *Exclussum semel à successione perpetuo exclussum manere, licet exclusionis causa cessaverit.* La segunda, muy conseqüente à la referida es: *Semel ad successionem admissus perpetuo debet remanere admissus, nec ob causam supervenientem excludi*: cita entre otros al señor Casanate vbi nuper, y à Peregrino de *fideic. art. 27. à num. 16.*

37 Profligue: *Limitatur autem, si ve explicatur eadem regula, ut procedat, quoties fœmina, vel alterius exclusio facta fuerit simpliciter, sed si facta fuerit cum verbis temporalitatem demonstrantibus veluti QVANDIV, vel DONEC, vel QUOVSQUE; tunc earum personarum exclusio non perpetua, sed temporalis erit, Et in suspensio stare videbitur;* y despues: *Sic etiam, Et e contra admissus semel ad suscesionem temporaliter. finito tempore, aut cessante causa admissionis excludi solet*: De donde reuulta vn concludyente argumento de mi pretension; porque siendo innegable, que estan llamados à la succession de el vinculo los descendientes varones de Don Thomas Cleriguet *mientras los huviere,* y el Santo Hospital *en falta de todos;* no parece puede aver duda, en que el Santo Hospital está llamado MIENTRAS no huviere descendientes varones: y assi ferà su admision à la succession perpetua, quando se verifique la impossibilidad de la existencia de descendientes varones; pero siendo estos posibles, ferà temporal, que deverà revocarse con la existencia de alguno de ellos: no aviendo implicancia en que ad tempus se succeda en los fideicomissos, como assienta *Fussar. de subs. quest. 279.*

38 Hasta aqui he discurrido con la doctrina de Don Juan de el Castillo, que siendo entrefacada de la mas solida jurisprudencia de los Autores antiguos, y de su tiempo, me escusa el particular estudio de ellos, por estar comprehendido en el citado capitulo 91. Profiguiré agora con algunos, que han escrito despues.

39 Roxas *de incompat. Reg. & Maiorat. part. 1. cap. 6. §. 3. y num. 54* propone la question, de si el nacido de la primera linea, despues de averse diferido la succession del Mayorazgo à otro de la segunda, se ha de entender constituido en linea recta à fin de succeder, haziendo regresso en su persona la succession: y dize, que pende la solucion de averiguar, si para hazer transito à la segunda linea, se ha de evacuar la primera de suerte, que sea imposible aya successores de ella: y tambien de si es revocable, ó irrevocable la possession, que obtuvo el de la segunda linea, por no aver al tiempo de la vacante otro, que succediesse: y en el num. 57. dezide assi: *Ad primum constanter tenendum est, regulam; quod, nisi finitis successoribus prima linea, non fiat transitus ad alterius subsequenteris linea successoris; debere intelligi de linea, cui non supersit spes, nec potentia in perpetuum alterius successoris, & non de linea quae nondum est finita, quamvis illo tantum intermedio tempore de lata successione careat successore: quia hic intellectus magis convenit menti fundatoris, qui voluit succedere per lineas in suo ordine distributas secundum primogenituram, & naturam maioratus, quae perpetuitatem desiderat, & perpetuari per successores omnes cuiuscumque linea in infinitum.*

40 Et ad secundum dicendum est etiam, quod hoc casu necesse est, fateri, quod translatio possessionis

nis civilis, & naturalis per mortem ultimi possessoris non est irrevocabilis, imò revocabiliter transtata fuit sub conditione illa; donec non fuerit postea alius natus ex illa prima, & magis dilecta linea, qui posset habere regressum ad successionem. Unde necessario infertur, quod postea natus habet regressum ad successionem maioratus. Probat erudite ex professo D. Ant. Cabrerros de Avend. in tract. de metu lib. 2. cap. 9. à num. 22. vsque ad 42. Unde hinc inde agitata questione resolvit contra D. Molin. sique esta opinion, remitiendose ad 5. part. cap. 2.

41 En donde à num. 15. propone la dificultad en terminos muy generales, y tambien en los propios de nuestro caso: en el num. 21. refiere la primera sentencia, que defiende la irrevocabilidad de el que vna vez ha sucedido: desde el num. 32. hasta el 58. la contraria, fundandola con mucha autoridad, y razones de derecho, y respondiendo à los fundamentos de la primera: y en el num. 58. dize: *Quid in iudicando, & consulendo observari debeat in praxi? difficile est resolveri: sed nihilominus sic distinguendum censeo:* y discierne los casos de vacar el Mayorazgo por contravencion, ò por muerte: y en este, que es el nuestro dize sub num. 73. *Sin verò maioratus vacat per mortem ultimi Possessoris, tunc subdistinguendum est: aut apparet de voluntate institutoris, qui expressè vulluit, quod succedat ille qui natus sit tempore delatæ successionis, aut non constat aperte, seu ex dispositione iuris.*

42 In primo casu, si apparet de voluntate institutoris, tunc natus post delatam successionem poterit eam avocare ab eo, qui natus sit tempore delatæ successionis, qui illam occupavit: que todo se reduce à conformarse con la opinion de Castillo, declaran-

rando tambien, quando se entenderà, que consta de la voluntad: y lo sigue su Adicionador Aguila *ad d. cap. 2. part. 5. num. 14.* diziendo, despues de seguir la sentencia, que admite la irrevocabilidad de el que ha sucedido: *Limitatur 2. nisi aliam fuisse institutoris voluntatem constiterit; tunc enim post delatam successionem natus iuxta defuncti voluntatem est admittendus*, l. ex facto. ff. de vulgar. l. in substitutionibus, ff. eod. ibi: *Placuit Prudentibus*, si quando cumque hæres fuisset, &c. *D. Castillo d. cap. 91. num. 42. D. Olea d. q. 4. num. 1. Flores de Mena ad Gamam decis. 27. Censal. ad Peregrinum de fideic. art. 27. vers. declaratur tamen Surd. conf. 25. num. 17. & 16. Menoch. conf. 1213. num. 20. & seqq. Fusar. de substitit. q. 318. num. 13. & 77. 78. Doctissimus Alvarez Pegas ref. cap. 4. num. 121. Author infra num. 74. Farinac. decis. 593. num. 3. tom. 2. in novissimis:* Luego viene á ser conclusion infalible, y cierta, tanto en Mayorazgos, como en fideicomissos, que la revocabilidad, ó irrevocabilidad de la succession pende de la voluntad expresa, ó congeturada de el instituyente.

43 Quien mas profundamente, y con mayor claridad trata esta dificultad es D. Juan Torre *de succes. in Primog. & maiorat. Ital. part. 1. cap. 25. §. 19.* proponiendo hasta el num. 210. las dos opiniones en contradas con sus fundamentos, y defensores: y desde dicho num. comienza à distinguir casos para resolverlos: dize en el 202. *Secundo casu ubi agitur de vocatione sub conditione successiva, & successivum effectum habente, contrarium est tenendum, quod si de tempore, quo operitur successio non adest persona primo loco vocata, sed ea que se-*
cun-

cundo loco admittitur, tunc quatenus immittatur
 secundus gradus, ei non acquiritur dominium, &
 possessio rei, de qua agitur, irrevocabiliter, sed revo-
 cabiliter, videlicet, donec & quousque nascatur per-
 sona, ad quam primo loco debeat res relicta perve-
 nire, ut est celebre consilium *Surdi* 125. in quo casus
 talis erat: Testator instituit filium primogenitum
 sororis suae, eiusque descendentes in infinitum, & post
 eum alios fratres secundo, vel tertio genitos, eorum-
 que respectivè descendentes, quibus non extantibus,
 eiusdem primogeniti matrem, & Testatoris sororem
 vocavit, & ea deficiente agnatas transversales:
 successit primo loco primogenitus, quo defuncto abs-
 que prole, & fratribus, fuit admissa eius mater substi-
 tuta, qua cum ex secundis nuptijs alios filios pepe-
 risset, dubitatum fuit, an tales filij, videlicet secundo
 genitus post primum substitutum admitti deberet: &
 affirmativè fuit resolutum per *Surdum* dict. cons. 125.
 ex rationibus & auctoritatibus ibi ponderatis.

44 Et ea est ratio precipua, quod cum ageretur
 de dispositione successiva esset inconveniens, quod
 in praerudicium secundi gradus, tertius gradus ad-
 mitteretur contra testatoris voluntatem; sufficit enim
 in vocatione, & dispositione successiva, ut adve-
 niat habitus quocumque tempore ad hoc, ut suum
 effectum operetur l. hæc conditio 20. ff. de cond. &
 demonf. l. si quis heredem. C. de inst. & subst. *Surd.*
d. cons. 125. num. 20 Peregrin. cons. 55. num. 28.
lib. 1. D. Consiliarius Gattus inter consult. 70. num.
7. D. Mansi, Ciriac. cont. 205. num. 72. & seqq.
Decis. 142. num. 10. coram Duno. Jun. optimè
d. decis. 62. num. 9. coram Zarate. ibi: Quando su-
mus in conditionibus successivis, & perpetuis, qua
momento temporis non implentur, tunc sufficit voca-

tum quandocumque adesse; quia testator in his fideicommissis successivis censetur singulis horis, & momentis gravare, & propterea, qui postea nascitur, fideicommissum recuperat, & possessoris acquisitio resolvitur, cum numquam dicatur habere acquisitionem perfectam, & consumatam, quando adest spes, quod possint nasci, & ad esse persona vocata. Et eo magis id tenet eadem decisio, quando adsunt verba perpetuitatem denotantia, ut pote, si dictum sit: preferendo semper masculos fœminis, eo enim casu non dicitur quasitum jus fœminis irrevocabiliter; nisi quando non adsunt masculi, nec potest dubitari, quod nascantur; alias enim quando nasci possunt, dominium dicitur translatum in fœminam, sed revocabiliter.

45 Esta doctrina en todo es aplicable à nuestro caso, por ser cierto, que Don Thomàs Cleriguet, y sus hijos, y descendientes varones están llamados por via de fideicomisso perpetuo, sin que para suceder necessiten mas, que de existir; porque la ley, y la voluntad de el Testador continuamente está diferenciendoles la succession; y aunque aya sucedido el Santo Hospital en fuerza de la vltima substitucion, no puede ser esta succession perfecta, é irrevocable, aviendo esperança de que sobrevengan de los llamados antecedentemente: y luego que existe alguno, deve succeder, y revocarse la succession de el Santo Hospital; sin que en esto aya envarazo, como profigue Torre.

46 Nec est inconueniens, quod bona fideicomisso subiecta deferantur revocabiliter, donec purificetur conditio à Testatore apposita; & post Casanat conf. 45. num. 181. & num. 195. Fusar. de substit. quest. 318. num. 108. & alios tenet dicta decis. 62. num.

coram Zarat. Et verificatur id quod dixit Pappo.
conf. 57. num. 12 quem sequitur supra citatus
Gattus inter consult. Mans. d. consult. 70. num. 11.
quod qui sunt comprehensi in linea magis dilecta,
nulla habita consideratione, quod non fuerunt nati
de tempore existentis conditionis, sunt preferendi
comprehensis in secunda linea, Et natis de tempore
purificatae conditionis, dummodo non adsint in dispo-
sitione dictiones relativa, Et restrictiva ad tempus
precisum successionis, ut sunt dictiones tunc, Et
eo casu, ut observat Thesaur. qq. Forens. lib. 3. q.
84. num. 11. En el llamamiento de el Santo Hos-
pital no ay circunstancia, que lo contrayga á cierto,
y determinado tiempo, y de el mismo modo no la
ay en el de los descendientes de Don Thomàs Cle-
riguet, despues de aver entrado la succession en esta
linea: Luego aunque aya vacado la succession por
muerte de Don Pedro; como no estaban contrahi-
dos los llamamientos a esse tiempo; ni el Santo Hos-
pital; porque entonces faltassen descendientes varo-
nes; succediò irrevocabiliter; ni Don Manuel dexará
de succeder; por no aver estado in rerum natura al
tiempo de aquella vacantes; pues siendo cierto, que
en todo tiempo está llamado en vna substitucion
anterior en el orden, y en la afeccion à la de el San-
tó Hospital, tiene derecho para succeder, y por ne-
cessaria consequencia para excluir á su substituto,
por ser incompatible el concurso de ambos.

47 *Eoque magis procedit nostra sententia (pro-*
figue Torre) quod masculus licet natus, Et concep-
tus post obitum possessoris auferat possessionem fœmi-
nis in defectum masculorum vocatis Et admisis,
quando si estator expressè declaravit fœminas non
esse admittendas; nisi defectis masculis: TVNC

Enim

ENIM DICTI MASCULI, LICET POSTEA NATI, DICUNTUR HABERE EX VOLUNTATE TESTATORIS IVS QUÆSITUM SUPER BONIS FIDEI-COMMISSARIJS; PROPTEREA EX-CLVDUNT FOEMINAS, VEL ALIAS PERSONAS, IN EORVM DEFEC-TVM VOCATAS; *ut optimè firmatur in decis. 142. n. 1 3. corã Duno. & Lun. repetit. dic. decis. 346. num 16. part. 5. & d. decis. 394. num. 4. eadem part. 5. adeo ut ex hac ratione non numquam filius exclu-dat matrem, ut in casu de quo in decis. 13. num. 2. 3. coram Zarate, confirmata decis. 31. coram eo-dem, y puede alegarse tambien el mismo Autor part 2. quæst. 56. fol. 388. à num. 21. vsque ad num. 34. & num. 37. vers. D. Antaldus vsque ad num. 40.* El Santo Hospital está llamado en falta de todos los descendientes varones: Luego Don Manuel, que sobreviene con esta calidad, ha de suceder *ex vo-luntate Testatoris*, y ha de excluir de la succession *Personas in eorum defectum vocatas*; y así al Santo Hospital.

48 Y inmediatamente en el §. 20. considera los efectos de la condicion negativa indeterminada, y no contrahida à tiempo alguno, y asentando por verdad juridica con gravissimos Autores, que no puede purificarse hasta reducirse à caso de imposibi-lidad la existencia de lo que niega: concluye, que el substituto *sub conditione negativa indefinita* no solo ha sucedido *revocabiliter*, pero ni aun de essa suerte quiere, succeda dando por cierto, que nin-gun derecho adquiere hasta reducirse à impossibili-dad la existencia de lo que niega la condicion: satisf-ace concluyentemente al reparo de estar los bienes,

y la succession in pendentí, y no se aparta de que el substituto revocablemente succeda en los fideicomisos successivos; como puede verse *num. 223*.

49 Hasta aqui avia tratado de fideicomisos, y Mayorazgos de Italia: *en el §. 21*. muy de proposito considera la dificultad en terminos de Mayorazgos de España con todas las reflexiones, que se deducen de las doctrinas expendidas de Molina, y Castillo, y *en el num. 138*. dize, que aviendo voluntad expresa, ò congeturada de el Testador; para que succeda el que nace despues, no ay inconveniente en la suspension, ni en que se revoque la succession de el que vna vez entrò á succeder: y desde el *num. 241*. aplica la misma resolucion al caso de estar llamado el que succediò *sub conditione negativa indefinita*, entendiendo, que solo por esta circunstancia consta bastante de la voluntad, à fin de que succeda el varon que sobreviene, y excluia á la Persona, ò puesto llamado en falta de varones.

50 De todo lo qual viene à inferirse, que no ay diferencia entre Mayorazgos, y Fideicomisos perpetuos para la revocabilidad, ò irrevocabilidad de la succession, que penden de la voluntad de el instituyente; por lo qual reduciré yà mi cuydado à proponer, ò por mejor dezir, repetir las razones yà ponderadas en este discurso, para convencer, y persuadir, que la voluntad de el Testador en nuestro caso es de que succedan los descendentes varones de las personas nombradas, excluyendo, siempre que huviere alguno de ellos. al Santo Hospital, remitiendome al Señor Molina, Torre, y Roxas en los lugares citados, para la mayor ponderacion de los fundamentos juridicos de esta especie de successiones, que proceden, suponiendose revocables las primeras.

51 Es la primera el llamamiento claro de dichos descendientes varones, sin contraerlo à tiempo alguno, ni à determinada circunstancia: Luego siempre que exista algun descendiente varon de D. Thomàs Cleriguet, ha de succeder, y excluir al Santo Hospital Ciriaco. *contr. 206. à num. 7. & num. 18. Fuffar. de subst. quest. 318. à num. 80. usque ad 97. Aguila in add. ad Roxas part. 5. cap. 2, à num. 15. Censal. ad Peregrin. art. 27. vers. tertio observo cum duob. seqq.*

52 La segunda consiste en la expresion, y modo de el llamamiento de los descendientes varones, explicado en las clausulas 4. y 5. alli: *Si no gozar los bienes mientras vivieren:* y despues hablando de los descendientes varones de Don Thomàs Cleriguet, dixo, que succediesen *mientras los huviere:* sin que pueda dezirse, que como la clausula 5. se tiene por no escrita *ex dict. sup. num. 12.* no deve hazerse argumento con ella; porque es cierto, que valen semejantes clausulas, para averiguar la voluntad de los Testadores Don Joseph de Rosa *consult. 69. num. 10. alli: Imò licet ea, que disposuit postea idem maioratus institutor, essent nulla, & invalida, aductamen valerent ad declarationem illorum, que in priori actu disposuit; quia declaratio voluntatis colligitur etiam ex actu nullo, & invalido, uti optime per textum in l. fin. ff. de reb. cor. & in l. in testamento ff. de fideic. libert. & in l. 3. §. fin. ff. de fundo instr. probant Bart. & c. cita muchos Suelv. semicent. 2. conf. 5. num. 79.* Luego el llamamiento de los hijos, y descendientes varones de Don Thomàs Cleriguet se deve entender con la expresion de *que succedan mientras los huviere.*

53 Agora toda la dificultad consiste en averiguar

+ Copiosius Vella
differt. 47. n. 50.

guar la virtud, y eficacia de esta clausula: *succedan mientras los buviere*: que haze este sentido natural, y propio: *En qualquiera tiempo, siempre que huviere descendientes varones, succedan*. Sin que por aver faltado en algun tiempo descendientes varones, dexen de succeder, los que despues sobrevienen; assi como no dexan de existir: y es coherente su existencia al derecho de succeder: siendo cierto, que se verifica la proposicion afirmativa de el verbo, a que va adjunta la particula *mientras*, siempre que existe el acto de el verbo: ora sea su existencia continua, ora sea discontinua; como se convence en nuestro vulgar dialecto con muy frequentes exemplos, sin tener que buscarlos fuera de el Testamento de Don Manuel Donlope, hallandose vno *en la clausula* 1. quando á su heredero suspende el gozo de la herencia, hasta pagar deudas, y legados, y manda, se le dén 50. lib. annuas: *mientras esté en la guerra*. Cuya condicion se verificaria, y se deveria el legado, no solamente perseverando muchos años en la guerra; sino tambien estando algunos, interpolando otros en diferente empleo, se deveria el legado por aquellos años, que estuviese en la guerra: Luego es cierto, que para la verificacion de semejantes condiciones, ó modos, no se requiere acto continuo, basta el discontinuo.

34 En latin corresponden à la palabra *mientras* las dicciones *dum*, *donec*, *quandiu*, en las quales se podia exemplificar dicho conseqüente, y se vé en aquel verso vulgar: *Dum fueris Roma romano vivito more*; que comprehende la existencia en Roma, no solo continua, sino discontinua: y en el otro: *donec eris felix multos numerabis amicos*: que explica tanto la felicidad continua, como la discontinua;

y semejantes particulas, son capaces de comprehender todo tiempo, fino lo impide la naturaleza de el caso en que se aplican. Barbof. *in dictionibus usufru- freq. in dict. Donec signanter num. 7. Et 8 Et in d. Dum. num. 3.* y mejor *in dict. Quandiu.* Gonzalez *ad reg. 8. Cancel. gloss. 43. à num. 141. cum seqq.* Luego la voluntad de el fundador de nuestro vinculo, y el sentido natural de sus clausulas es, que sucedan los descendientes varones de Don Thomas Cleriguet en qualquiera tiempo, que se hallaren, ora sea la existencia de ellos continua, ora sea (como ha sucedido) discontinua por el tiempo intermedio desde la muerte de Don Pedro Cleriguet hasta el nacimiento de Don Manuel Antonio de Vries: y esta razon, parece, que persuade, que tenemos en nuestro favor letra clara, y que se alteraria, si por aver sucedido el Santo Hospital, quedasse excluido D. Manuel; pues se verificaria, *que mientras avia descendiente varon, no succedia:* diziendo la letra, *succeda mientras huviere.*

55 La tercera razon consiste en el argumento de predileccion, siendo innegable, que estimò mas el Testador à sus parientes varones, que al Santo Hospital, llamado en falta de todos: luego no puede conformarse con la voluntad, que el Santo Hospital los excluia. Fundan en este caso la succession de el que sobreviene, contra el que sucediò à mas de lo alegado *n. 36. Ciriac. contro. 206. n. 19. Et 20. Aguil- la in addit. ad Roxas p. 5. cap. 2. num. 20. Fusar. q. 318. num. 78. Censal. ad Peregr. art. 27. vers. de- claratur tamen.* Y es literal esta congetura, por estar llamado el Santo Hospital *en falta de todos*, consi- derando la vniversalidad, que explica la palabra *om- nis* Posa *cons. 69. n. 84. Valenz. cons. 135. n. 101. Et seq. Barbof. in dict. omnis.*

56 La quarta es, que el Santo Hospital está llamado vaxo vna condicion negativa indefinida, que importan aquellas palabras; *y en falta de todos*, y por esta sola razon, aviendo entrado à succeder, sin verificarse la imposibilidad de la existencia de descendientes varones, à lo sumo puede pretender, que ha sucedido *revocabiliter*, deviendo se la succession à qualquiera de los llamados, que sobrevenga: este argumento está ponderado en el discurso de la Alegacion: es tambien literal; porque no puede huirse su fuerça, sin alterar la carta, haziendo, que aquellas palabras: *y en falta de todos*: se entiendan contrahidas, y determinadas al tiempo de la muerte de el vltimo poseedor, que es hazer determinada vna proposicion indeterminada. D. Casanat. *conf.* 4. *num.* 106.

57 Con este preciso fundamento se entiende, que consta de la voluntad; para que el que sobreviene, succeda, excluyendo al que avia sucedido, y lo dixo expressamente Roxas *d. p. s. d. cap. 2. num.* 76. *alli: Secundo quando substitutus vocatus sit sub conditione negativa, veluti: Si Catharina non habuerit filium masculum, succedat Petrus, & eius descendentes; nam licet tempore vacantis non sit in rerum natura aliquis filius Catharina, sed filius solum Petri: si postea natus sit masculus ex Catharina, avocabit sibi successione à Filio Petri; quia non fuit locus substituto irrevocabiliter, dum erat spes, fore ut nasceretur filius masculus ex Catharina d. l. Lucius Titius 8 §. ff. de hæc. inst. l. quidquid adstringenda. §. fin. ff. de verb. ob. cum alijs supra relatis à num. 51. ubi retulimus Vincent. Fuffar. & non obstat quod non sit natus tempore vacantis maioratus, & quando cedere debuit dies fideicommissi; nam*

non ex eo est inutile, nec desinit adquiri ius nascituro, l. placet. 4. ff. de lib. & post. l. si duobus 16. in principio, & §. fin. ff. de legat. 1. Luego aunque Don Manuel no estaba in rerum natura, quando vacó nuestro fideicomiso, deve succeder en él, desde que nació, excluyendo al Santo Hospital, que sucedió revocabiliter, por no averse verificado la imposibilidad de descendientes varones, en cuya falta está llamado. Comprueban esta doctrina Aguila in addit. ad Roxas ad d. part. 5. cap. 2. num. 24. Molin. lib. 3. de Hispan. primog. cap. 10. num. 34. vers. non obsta etiam tertium. Censal. in observat. & addit ad Peregrin. ad art. 27. vers. secundo ex ordine observo exempla, & c. Carlo Ant. de Luca de lin. leg. art. 12. num. 55. circa finem.

58 La vltima razon es; porque si la succession de el Santo Hospital no fuesse revocable, perpetuamente quedarian excluidos los descendientes varones, sin esperança alguna de succeder, por ser puesto inmortal el substituto; à diferencia de el caso, en que el substituto fuesse alguna persona, por cuya muerte podrian esperar la succession: y es muy ponderable el texto in l. pater 38. §. fundum, ff. de leg. 3. ibi: *Fundum à filio, quoad vixerit, vetuit venundari, donari, pignorari: & hac verba adiecit: quod si adversus voluntatem meam facere volluerit, fundum Titianum ad Fiscum pertinere; ita enim fiet, ut fundus Titianus de nomine vestro non exeat: de donde infiere el señor Crespi de Valdaura referido por el señor Olea de ces. iur. in addit. q. 4. num. 1. que en caso de contravencion no avia de succeder el fisco perpetua, é irrevocablemente, sino durante la vida de el hijo, que contravino, succediendo despues los de la familia.*

59 No menos, que en esse caso, se descubre en el nuestro la afeccion de el Testador; para que succedan los descendientes varones de las personas nombradas, aviendo exprellado la voluntad, de que gozassen los bienes mientras huviere tales descendientes: y en falta de ellos llamado al Santo Hospital; succeda pues en qualquiera tiempo, que faltaren; pero à perjuizio de los predilectos de el Testador no sea perpetua su succession; sino revocable, siempre que sobrevenga descendiente varon: y assi como el fisco en el caso propuesto, durante su succession, haria suyos los frutos sin obligacion, de restituirlos à los que despues succederian de la familia; de la misma suerte el Santo Hospital deve, al parecer, lograr los frutos correspondientes al tiempo de su succession, hallandose asistido, à mi ver, de la voluntad de el Testador; pues assi como no quiso, que, mientras huviesse descendientes varones, succediesen; aviendo substituydo al Santo Hospital en falta de ellos, parece, quiso succediesse, mientras no los huviesse.

60 Por esta, y otras razones, que pueden aumentarse, y porque comunmente dizen los Autores, que el substituto en los terminos de nuestro caso succede revocabilitér, se justifica la reposicion, que obtuvo el Santo Hospital y el derecho à los frutos de su tiempo; aunque discurren muchos en contrario: à mi no me toca apurar esta dificultad; porque de qualquiera modo, que se decida, quedan ilesas las razones ponderadas, sobre que procede la succession de Don Manuel, y que está extinta, y fenecida là de el Santo Hospital, que se haràn mas lugar. (Concluyo con Don Juan Torre de *succes. in primog. & maiorat. Ital. part. 1. cap. 28. num. 383.*) *Maximè cum agatur de excludendo substituto omnino extraneo,*
prout

prout saepius firmavit Rot. ut testatur, & sequitur
 Eminentissimus de Luca de fideic. disc. 24. num. 13.
 & discurs. 40. num. 2. & seqq. Et eo magis quando,
 ut in casu nostro agitur de excludendo loco pio iuxta
 celebre cons. Fulgos. 85. in quo agebatur de excludenda
 Ecclesia substituta; cum enim loci pij, utpote num-
 quam morituri, superexistentia sit semper certa, ita
 ut ei non sit auferre, sed differre successionem, etiam
 in casu dubio, qualis esset ille qui penderet à conjectu-
 ris, iudicantis arbitrium semper interponi debet ad
 favorem descendendum, & de sanguine, cum nimis
 durum videatur, descendentes excludere, quoties plus
 quam clara testatoris voluntas non refragatur, ut
 totidem fere verbis magistraliter, & de more docet
 Eminentis. de Luca d. discurs. 24. num. 13. & disc.
 41. num. 9.

Así entiendo, que procede de Derecho, y Fuero
 S.S.G.S.C. Zaragoza Setiembre 30. de 1704.

Doct. Lorenço Ibañez de Aoyz.