







IESVS MARIA IOSEPH.

**P O R**

**EL MAESTRE DE CAMPO**

Don Antonio Iuan de Benavides, Cavallero del Orden de Santiago, Comendador mayor de Miravel, y la Inojosa, como marido, y conjunta persona de

Doña Inés Maria de Carbajal

y Aragon, su legitima muger.

**EN EL PLEYTO.**

**CON DON MARTIN DE LA**

rreategui y Carbajal su sobrino, y

su curador de persona, y

bienes.

*LA SVCCESION EN PROPIEDAD DEL vinculo, fundado en 12. de Octubre de 1673. en virtud del poder para testar, conque murió el Maestre de Campo Don Diego de Carbajal y los Cobos.*

1 **E**L Maestre de Campo nuestra parte pretende se le absuelva de la demanda contra él, y su muger puesta por la parte contraria, y que en caso necesario se declare tocar, y pertenecer en propiedad à Doña Inès Maria de Carbajal su muger, la succession de este vinculo, y sus rentas, con imposicion de perpetuo silencio.

2 Por Don Martin de Larreategui y Carbajal, y su curador, se intenta se declare tocarle, y pertenecerle su succession, y que se condene à esta parte à que le restituya dicho vinculo, y sus bienes, con los frutos, y rentas, que han rentado, y podido rentar, desde la ocupacion, hasta la Real entrega, y restitucion.

3 Este pleyto se ha seguido entre las mismas partes en tenuta, y se diò sentencia à favor de esta parte, como diremos en su lugar: Y para entrar fundando, y haziendo manifestacion de la justicia de esta parte, supondremos brevemente las clausulas de la funcion de este vinculo, que son las que han dado motivo al pleyto, y por donde se ha de gobernar su succession; porque aunque nos parece, que por la parte de Don Martin de Larreategui, se han dado impressas à los señores Juezes, nos es preciso transcribir las que à nuestro entender conducen para la determinacion de este juyzio de propiedad.

4 En quanto à lo demàs del hecho, es escusado canjar, porque no se duda en las filiaciones, ni sobre la certeza de la fundacion; y assi todo el punto consiste en la calidad de los llamamientos, y inteligencia de sus clausulas.

2

**PODER PARA TESTAR DE EL MAESTRE**  
*de Campo Don Pedro de Carbajal*  
*y Cobos.*

5 Y así se supone, que el Maestro de Campo Don Pedro de Carbajal y Cobos, Cavallero de el Orden de Santiago, hallandose enfermo en la Villa de Talavera, otorgò poder para testar à favor del Doctor Don Bernave de Villacorta, Don Juan Vela, y Don Isidro Valdiviello, su fecha en dicha Villa de Talavera, à 13. de Julio de 1673. por el qual les dà expressa facultad para que otorgen su testamento con quanta amplitud pudo prevenirse, sin limitacion alguna, como resulta de la clausula siguiente, que se pone por lo que despues se dirà en el discurso de este informe.

**CLAVSULA.**

6 Y por quanto tengo comunicadas las cosas de mi testamento, y de mi conciencia con el señor Doctor Don Bernave de Villacorta, Presbytero del Arçobispado de Lima, en el Reyno del Peru, y al presente en esta dicha Villa, y con Don Juan Vela, natural de la Ciudad de Toledo, y residente en la Villa de Madrid, y à D. Isidro Valdiviello, vezino de la dicha Villa de Madrid, Guardamangier de su Magestad, à los quales en la forma que mas aya lugar, en derecho otorgo, doy todo mi poder cumplido, quan bastante se requiere de derecho, para que representando mi persona, y en mi nombre todos juntos, y cada uno de ellos *insolidum*, ayan, y ordenen mi testamento, y ultima voluntad, baziendo mandas, y legados, como les pareciere.

7 Y despues prosigue señalando sepultura, y otras cosas, y dexa à su alma por heredera, despues de cumplido el testamento, que en virtud de este poder se hiziere, y revoca otro qualquier testamento;

por-

porque solo quiere que valga el que hizieren los Comissarios que dexa nombrados.

## Testamento.

8 En virtud de este dicho poder en 12. de Octubre de dicho año de 1673. los dichos Comissarios otorgaron el testamento, en que hizieron diferentes mandas, y otras disposiciones, y entre ellas las de las clausulas siguientes.

### CLAVSVLA PRIMERA.

9 Iten nos dexò comunicado era su voluntad, que despues de cumplido todo lo contenido en este su testamento, hasta esta clausula, de lo mas bien parado de sus bienes se sacassen 1800. pesos de à ocho reales de plata cada uno, y con ellos se funden, y instituyan en la Ciudad de Plasencia tres censos redimibles, ò en el distrito, y jurisdiccion de ella, con firmes, y seguras fianças, donde se hallaren mayores abonos, y firmezas, y en la parte que sea mas breve, y efectiva la cobrança de sus reditos, cuyos principales han de ser cada uno de seis mil reales de à ocho de plata, reducidos à moneda de vellon corriente, y cada uno de dichos tres censos se impongan en distintas fianças, y se dè à diferentes personas, y no una sola, y que no pueda instituirse, ni se funde sobre bienes que sean de la casa, y familia de los padres del dicho testador, sobre lo qual, y su execucion encarga la conciencia à las personas por cuya mano corriere esta disposicion.

### CLAVSVLA II.

10 Y sobre los corridos de dichos tres censos, era su voluntad se instituyessen, y fundassen tres me-

31  
memorias, cada una de una Missa rezada cada dia, que se han de dezir por su alma perpetuamente en la Capilla de los dichos sus padres, fundada en la dicha Iglesia Parroquial del Señor San Nicolás, en la dicha Ciudad de Plasencia, sino es en los dias de Domingo, y fiestas de el año, que la una Missa se ha de dezir en el Oratorio del Patrono de estas memorias, si quisiere dicho Patrono, y la limosna de cada Missa ha de ser tres reales de vellon, el qual dicho gravamen de dichas Missas en la forma referida, se ha de cumplir por todos los llamados à la succession de dichas memorias, como se fueren sucediendo unos à otros, de la misma fuerte que si estuviera expressado en el llamamiento, y grado de cada uno; porque era su voluntad fuesse perpetuo este vinculo, con la obligacion de dichas Missas, y que ninguno de los poseedores pueda empeñarle, ni enagenarle por ninguna causa, ni pretexto, y si lo hiziere sea en si ninguno, y de ningun valor, ni efecto qualquiera empeño, ò enagenacion que de ella haga.

### CLAUSULA III.

11 Al qual vinculo, y memorias con el gravamen referido de dichas Missas, fue su voluntad se hiziesen los llamamientos, y grados de succession en la forma siguiente.

### CLAUSULA IV.

12 Primeramente dispuso, y fue su voluntad, que luego que se funden dichas memorias succeda en ellas en primero lugar, y grado la señora Doña Ana de Aragon y Bargas, su hermana, para que las goze, y cobre los reditos de los dichos tres censos, sobre que se huvieren fundado, por todo el tiempo de su vida, y esto se entienda, sino se casare; porque casandose, ha de quedar excluida, como con efecto quedava excluida desde lue-

go de la dicha succession, y de que percibiesse los redditos de los dichos tres censos, y todo el tiempo que los gozare ha de ser con la obligacion de hazer dezir las dichas tres Missas en cada un dia, y pagar dicha limosna.

### CLAVSULA V.

13 Y despues de la muerte de la dicha señora Doña Ana de Aragon y Bargas, ò antes de ella, si se casare, ha de suceder, y succeda en segundo lugar, y grado en el dicho vinculo, y memorias, la señora Doña Esperança de Carbajal, sobrina del dicho testador, y hija de la dicha señora Doña Ana de Aragon y Bargas, por todos los dias de su vida, y despues de su muerte succeda en el dicho vinculo, y memorias, y en la misma conformidad la señora Doña Inès de Carbajal, sobrina assimismo del dicho testador, y hija menor de la dicha señora Doña Ana de Aragon y Bargas, y assi lo declaramos.

### CLAVSULA VI.

14 Iten nos dexo comunicado, que todos los llamamientos, y grados de succession en las dichas tres memorias hasta aqui expressadas en la dicha su hermana, y sobrinas sea, y se entienda han de tener lugar, no teniendo hijos legitimos varones Don Miguel Rodrigo de Carbajal su sobrino, possedor que es del mayorazgo, y casa de los padres del dicho testador, y fue su voluntad, que en caso de tener hijos varones el susodicho, queden excluidas desde entonces para siempre de la dicha succession, y possession de los redditos del dicho vinculo la dicha su hermana, y sobrinas, y succedan luego en ellos los hijos varones que tuviere el dicho su sobrino en la manera siguiente.

CLAV-



CLAVSULA VII.

15 Y que si fueren tres hijos varones, ò mas, oltrà, del primogenito los tres mayores en edad, succedan por iguales porciones en las dichas tres memorias, con la carga, y obligacion de hazer dezir una Missa cada dia, que es la que à cada uno corresponde, y por muerte de qualquiera de ellos, ha de succeder el siguiente, prefiriendo siempre el mayor al menor; y si demàs del primogenito no fueren mas los hijos varones del dicho Don Miguel Rodrigo de Carbajal, fue su voluntad, que el mayor de ellos en edad succeda en las dos memorias, y goze de sus reditos, con el gravamen de las dos Missas que le tocan, y el menor succeda en la otra memoria, con obligacion de hazer dezir una Missa cada dia, y si demàs del primogenito no tuviere mas de un hijo varon el dicho Don Miguel Rodrigo de Carbajal, fue su voluntad, que este solo succediesse en todas las dichas tres memorias con el dicho gravamen de hazer dezir tres Missas cada dia perpetuamente; y en defecto de no tener el dicho Don Miguel Rodrigo mas hijos que el primogenito, fue su voluntad, que el dicho primogenito, succediesse en las dichas tres memorias, y gravamen de Missas.

CLAVSULA VIII.

16 Y en caso de no tener hijo alguno el dicho Don Miguel Rodrigo de Carbajal su sobrino, ò si caso que lo tenga murieren, fue su voluntad, que el dicho su sobrino entre à gozar las dichas tres memorias con dicha carga, y obligacion de Missas.

CLAVSULA VIII.

17 Y despues de la muerte del dicho D. Miguel Rodrigo, ha de succeder, y fue su voluntad succediesse

diessse en las dichas memorias, y con dicha carga, qualquiera, sea varon, ò hembra, que fuere successor, y poseedor del dicho mayorazgo, y sus hijos, en el lugar forma, y grado, que el dicho Don Miguel Rodrigo, y sus hijos van llamados.

18. Aviendo sucedido en este vinculo Doña Ana de Aragon y Bargas, hermana del testador, como primera llamada à su succession, despues de sus dias entrò en su gozo, y possession Doña Esperança de Carbajal y Bargas, segunda llamada, madre del dicho Don Martin de Larreategui, y le usufructuò, y gozò por los dias de su vida, y aviendo fallecido, por esta parte en 18. de Mayo de 1688. se introduxo el juyyio de tenuta, haziendo relacion de dicha fundacion, y sus clausulas, y de como avian sucedido las dos primeras llamadas, y que avia llegado el caso del tercer llamamiento. Concluyò se declarasse aversele transferido la possession de dicho vinculo, y atento su buen derecho pidió la administracion.

19. Y aviendo salido à dicho pleyto el dicho Don Martin, y su curador en su nombre (aviendoseles citado) contradixo la pretension desta parte, y pidió se declarasse la tenuta, y possession à su favor, por ser hijo de dicha Doña Esperança, vltima poseedora, y que como tal se le avia transferido dicha possession, por hallarse en la linea efectiva de possession, y con la proximidad del grado; y que el que fuesse llamamiento personal, y solo por los dias de su vida, el que se hizo en dicha Doña Esperança, no le podia perjudicar, por tener notoria resistencia de derecho en la naturaleza de los mayorazgos, y que assi todos los llamamientos se presumen lineales, y perpetuos, y que aviendo sido llamada dicha Doña Esperança, en su substitution quedaron comprehendidos sus hijos, y descendientes, y que solo en falta de ellos podia llegar el caso de el llamamiento de esta parte. Concluyò como llevamos dicho,

cho, y representando su derecho, tambien pidió se le encargasse la administracion.

20 Y aviendose visto sobre la administracion, por auto de 10. de Enero de 1689. se diò, y encargò la dicha administracion à esta parte: Y aviendo suplicado la contraria, se confirmò en revista por auto de 7. de Febrero de dicho año; y aviendose visto en lo principal sobre la tenuta, tambien se declaró à favor de esta parte: Y en virtud de la remision ordinaria à esta Chancilleria, aviendose traído los autos por parte del dicho Don Martin de Larreategui, y su curador, se puso la demanda en la propiedad, y están por vna, y otra parte deducidas las pretensiones ordinarias, y està visto, y para determinarse.

§. PRIMERO.

*PONDERANSE LAS PRERROGATIVAS*

*conque entra en este juyzio de propiedad Doña Inès Maria de Carbajal, nuestra parte.*

21 Notorias son en el derecho las ventajas de que en qualquier juyzio se halla asistido el que es poseedor; porque la possession produce el efecto de que el que se halla con semejante prerrogativa, aya de vencer, no solo en el caso claro, quando le assiste notoria justicia, y tiene à su favor la asistencia de derecho, sino que tambien sin dificultad ha de vencer, y tener la misma victoria, quando el caso es dudoso: Y assi siempre ha de vencer el poseedor, sino quando el actor probare concluyentemente su intento, haziendo demonstracion evidente de su justicia, como lo notò Justin. *in §. retinenda 4. inst. de interd. ibi: Commodum autem possidendi in eo est, quod etiam si eius res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare rema-*

nevit suo loco possessio, propter quam causam cum obs-  
cura sunt utriusque iura contra petitem iudicari so-  
let, leg. 1. §. fin. leg. iuxta, D. uti possidet, leg. uti frui  
5. D. de usufruct. leg. fin. Cod. de reivindic. leg. cogi, Cod.  
de petit. heredit. leg. vis eius, §. seq. Cod. de probat. cap.  
ex litteris de probat. leg. 28. tit. 2. part. 3. in quibus om-  
nes DD. Menoch. lib. 6. presump. 69. à num. 2. Garcia  
de nobilit. gloss. 1. §. 2. §. gloss. 8. Argel. de acq. possess.  
quest. 6. num. 145. Cyriaco controvers. lib. 2. contr. 244.  
num. 2. Posthius de manutent. observat. 1. à num. 8. Au-  
gust. Barboss. in cap. 3. de caus. possess. §. prop. plures Ma-  
rius Giurba de success. faud. §. 1. gloss. 16. num. 9. Dom.  
Christoph. de Paz de tenut. cap. 69. à num. 2. Rojas in-  
compat. 5. part. cap. 5. numer. 28. D. Salg. Labyr. 1. part.  
cap. 11. §. vnic. D. Joseph. Vela dissert. 48. num. 53. Pe-  
gas de maiorat. 2. tom. cap. 9. numer. 8. vers. Neque mo-  
veor.

22 Y la razon de esta disposicion la expref-  
san los Iuris Consultos, & præcipuè in leg. 2. D. uti pos-  
sidentis, ibi: *Quod qualiscumque possessor, eo ipso, quod  
possessor est, plus iuris habet, quam ille qui non possidet.*  
Y esto es en qualquiera poseedor; pero siendo la pos-  
sesion calificada, y por autoridad judicial, es mas insu-  
perable, y se debe mirar con mas cuydado por ser justas  
semejantes posesiones, y estas in conceptu iuris, no ay  
duda se hallan mas seguras, y con mas relevante estima-  
cion, cap. licet causam 9. de probat. cap. cum persona de  
privileg. in 6. vers. *Quid si tales, vbi plures cumula-  
runt* Barboss. & D. Gonzalez Tellez, Anton. Gom. in  
leg. 45. Tauri, num. 164. Paulus lib. 5. sentent. tit. 6. Fa-  
chin. lib. 8. contro. cap. 14. cum. seqq. D. Pichard. in  
dict. §. retinende, plures Posthius deciss. 160. num. 5. y  
la razon la traen todos con el I. C. in leg. iuste possidet.  
D. de acquir. possess. videlicet, quod iuste possidet, qui  
iudice, aut Prætoze Autore possidet, cum pluribus Giur-  
ba deciss. 89. à num. 15. D. Solorçan. politic. lib. 2. cap. 2.  
vers.

vers. *De donde*, *Posth. dict. observ. i 60. num. 4. D. Salg. Labyr. 2. part. cap. 22. num. 74. & seqq.* y en terminos de nuestro caso, es para el intento copioso lugar el de *Mieres de maior at. 3. part. in initio, numer. 16. videntus.*

23 Todas estas prerrogativas asisten à Doña Inès Maria de Carbajal nuestra parte, pues se halla poseedora, *autoritate iudicis*, y no como quiera, sino de vn Consejo Supremo de Castilla, à donde previstas las pretensiones de vna, y otra parte, y con conocimiento claro de las clausulas de la fundacion de este vinculo, se la diò la tenuta, cuya determinacion (y mas en el caso de este pleyto) no ay duda califica el derecho de esta parte por indubitado; y el no oponer de ella excepcion de cosa juzgada, es solo por la disposicion de la *ley 10. tit. 7. lib. 5. Recop.* que limitò la jurisdiccion de el Consejo, reservando el conocimiento de la propiedad à la Chancilleria; pero no, porque se determinasse sin conocimiento de causa; pues lo primo este, oy le hallamos tan practicado, como dize *D. Molin. de Hispan. Primog. lib. 3. cap. 13. num. 6. & 12. vbi plures Add.* que nadie duda, que habet ad mixtam causam proprietatis, como lo defienden *Pater Molin. de iust. & iur. disp. 602. num. 2. & disp. 637. num. 4. D. Molin. dict. cap. 13. num. 9. & 17. Leon decis. Valenç. 24. num. 16. Mieres de maior at. dict. 3. part. quest. 15. num. 19. D. Valenç. Velazq. consil. 69. num. 248. D. Castillo tom. 5. contro. v. cap. 91. num. 50. quod etiam asserit D. Christoph. de Paz de tenuta, cap. 5. & cap. 6. num. 1. por cuya causa, el que assi se halla poseedor, facit fructus suos *Add. ad Molin. dict. cap. 13. numer. 69. Mieres 3. part. quest. 25. num. 82. D. Castell. dict. tom. 5. cap. 135. num. 68. vers. In secundo autem casu, & plures Aguila, ad Rojas de incompat. 5. part. cap. 5. num. 24.**

24 Pero aunque no cause cosa juzgada la determinacion del juyzio de tenuta para este de proprie-

priedad, D. Crespi *observat.* 23. num. 168. D. Molina  
*dict. cap.* 13. num. 22. Giurba *decis.* 59. num. 20. D. Paz  
*de tenuta, cap.* 4. à num. 18. § *cap.* 43. per dictam *leg.*  
*10. tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* y la reserva que en dicha senten-  
cia se pone: no obstante causa vna presumpcion rele-  
vantissima, y influye mucho à favor de Doña Inès,  
nuestra parte, para este juyzio de propiedad, y aun pa-  
ra per juyzio, como todos los DD. *suprà* relati confide-  
raron, & Abbas *in cap. Pastoralis de causa possess.* §  
*prop.* D. Merlin. *controv. centur.* 2. *cap.* 84. D. Castill. *su-*  
*pr. cap.* 104. à num. 23. Surdus *de alim. tit.* 1. *quest.* 126.  
*num.* 9. Noguero *alleg.* 26. num. 336. § 337. D. Lara  
*de vita hom. cap.* 27. num. 57.

25 Lo qual en nuestro pleyto es mas digno  
de ponderacion, y reparo; pues se hallarà, que en lo  
que se questionò en el juyzio de tenuta, y lo que oy se  
disputa, no ay diferencia, y lo mismo que se ha alega-  
do en este juyzio de propiedad, se deduxo, y represen-  
tò por vna, y otra parte en aquel de tenuta, y con las  
mismas clausulas, sin que oy se halle novedad, ni en los  
instrumentos: y si este pleno conocimiento de causa en  
qualquier juyzio possessorio, basta para que sus senten-  
cias obstèn excepcion de cosa juzgada para la propie-  
dad; porque habet eius causam ad mixtam, & plenè  
fuit cognitum de iure partium, Franch. *deciss.* 289. Me-  
noch. *de retin. poss. remed.* 5. nu. 122. Giurba *decis.* 61.  
*num.* 5. Fontan. *decis.* 133. num. 2. Fachin. *lib.* 8. *contr.*  
*cap.* 6. Barbosa *in clem. unic. de caus. poss.* § *prop.* D.  
Molin. *dict. cap.* 12. num. 22. D. Larrea *alleg.* 16. num.  
23. § *decis.* 77. num. 13. D. Paz *de tenuta, cap.* 6. num.  
9. § *cap.* 79. à num. 11. D. Crespi *observat.* 23. numer.  
168. § *observ.* 114. num. 67. Posth. *de manus. observ.*  
7. Carlebal *tit.* 2. *disp.* 5. numer. 3. D. Salgad. *Labyr.* 2.  
*part. cap.* 7. num. 62. § 3. *part. cap.* 4. num. 6.

26 Con quanta mayor razon se pudiera  
oponer en el caso presente, y mas reconociendose, que  
la

7  
la determinacion de la sentencia de tenuta solo mirò al  
concepto de voluntad , que manifiestan con claridad  
las clausulas de la fundacion ; porque si solo en aquel  
juyzio se huviera atendido ( vt sui natura est ) à la cer-  
cania, y proximidad del grado del vltimo poseedor,  
secundam, *leg. 9. tit. 2. part. 1. & leg. 2. tit. 15. part. 3.*  
*D. Molin. lib. 3. cap. 9. vbi plures Add. D. Castell. tom. 5.*  
*contro. cap. 91. num. 61. & cap. 92. num. 35. D. Paz de*  
*tenut. cap. 85. numer. 62. cum seqq. D. Vela dissert. 49.*  
*num. 76. Fontan. decis. 35. numer. 22. no ay duda , que*  
Don Martin, parte contraria huviera vencido en èl; pe-  
ro como yà oy, post dispositionem *d. leg. 10. tit. 7. lib. 5.*  
*Recop.* se amplió tanto aquel juyzio, que en èl se admi-  
ten todo genero de excepciones, cuiuscumque naturæ  
sint, vt latè *D. Paz de tenut. cap. 6. & cap. 38. Add. ad*  
*Molin. dict. cap. 13. num. 15. vers. Verum, & in num. 52*  
*vers. Nos autem, vbi plures;* es necessario , que el que  
huviere de vencer en èl, haga demonstracion eviden-  
te de que le toca la succession, por las clausulas , y lla-  
mamientos de la fundacion, ò por congeturas , y pre-  
sumpciones indubitadas, que se deduzcan de sus pala-  
bras, vt latè traditur à *D. Paz dict. cap. 6. num. 7. ibi: Te-*  
*nutam vincere non posse, nisi qui se verum successorem,*  
*& Dominum probaverit: quod etiam repetit , cap. 7.*  
*num. 30. cap. 13. num. 31. cap. 30. num. 27. & cap. 33.*  
*num. 27. cap. 38. num. 17. cap. 41. numer. 11. cap. 57. nu-*  
*mer. 41. & cap. 75. num. 1. D. Molin. dict. lib. 3. cap. 13.*  
*num. 9. D. Castell. dict. cap. 91. num. 50. D. Greg. Lopez*  
*in leg. 7. tit. 4. part. 5. gloss. Possession.*

27 De donde se conoce con evidencia, que  
yà que de esta sentencia de tenuta no se pueda oponer  
excepcion de cosa juzgada; vt diximus, & tradit *D. Paz*  
*de tenut. cap. 69. per totum;* pero à lo menos no se pue-  
de dudar està yà declarado, y estimado por ella, à quien  
ex voluntate testatoris, le toca la succession de este vin-  
culo, que es à Doña Inès nuestra parte, y que así se ha-

lla asistida de vna declaracion de la voluntad del fundador, tan digna de atencion, como de vn Senado tan grande; y mas quando para obtener en el juyzio de tenuta, no basta tener presumpcion de buen derecho, sino verdadero, y claro, D. Paz de tenut. cap. 30. num. 36. ibi: *In remedio verò possessorio tenuta, non sufficit, prima figura, sed vera, & indubitabilis existentia successionis, ut satis ostendunt illa legis Tauri verba, sapè repetita & inferius, profigue, y dize, ibi: Neque in eum cui obstat proprietas translationem possessionis conferunt.* Sic Addent. ad D. Molin. in dict. lib. 3. cap. 13. numer. 15. & 16. vers. *Verum*, D. Valenç. Velazq. consil. 69. num. 248. & 249.

28 Y por ser tan cierto todo quanto llevamos recordado, y inducir la sentencia de tenuta vna presumpcion tan relevante, pasan todos los DD. no solo à discurrir, sino à assentar por indubitado, que concuriendo en el juyzio de propiedad las mismas circunstancias, que en el de tenuta, sin aver cosa de nuevo, ni fundar el actor su demanda en otros instrumentos, que los que se presentaron en aquel juyzio, quod tunc in casu, no es licito apartarse de la determinacion del Consejo, *ex leg. 1. §. 1. D. de offic. Praefect. Prat. Affict. decis. 93. num. 11. & decis. 383. numer. fin. Gama decis. 32. num. 2. D. Valenç. Velazq. consil. 83. num. 115. Pelaez, à Mieres de maiorat. 3. part. in initio, num. 16. D. Joan. de Solorç. lib. 2. cap. 17. num. 55. D. Castell. de tertijs, cap. 7. num. 4.*

29 Y à lo dicho se llega otra determinacion del Consejo en este pleyto, que fue sobre la administracion, digna tambien de ponderacion; pues aviendose intentado, y pedido por vna, y otra parte, se dieron autos de vista, y revista, dandose la tambien à Doña Inès nuestra parte; y esta no se puede dudar, que solo se dà, y encarga al legitimo successor, *leg. 1. in princ. & leg. 3. D. de leg. tut. Authent. sicut hereditas, Cod. de leg. tut. leg.*



*leg. 4. tit. 29. part. 2. Fontan. de pact. nupt. claus. 7. gloss. 3. part. 1. à nu. 30. Parlador. rer. quotid. part. 3. quest. 2. nu. 5. Gutierr. lib. 2. pract. quest. 7. D. Joseph. Vela disert. 49. num. 68. D. Olea de cess. iur. tit. 3. quest. 2. num. 27. cum seqq. Rojas de incompatib. part. 6. cap. 7. precipue à num. 15. Escobar de ratiocin. cap. 6. num. 48. vsque ad 54. D. Valenç. consil. 17. num. 2. novissimè cum alijs Pegas resol. Forens. cap. 3. à num. 1. Et ad Ordinam. Lusitan. lib. 1. tit. 50. gloss. 1. cap. 8. num. 225. Et tit. 62. §. 38. gloss. 45.*

30 Conque por todos medios parece està calificado, que Doña Inès està declarada por legitima successora, y que en este juyzio de propiedad, no aviendo en èl, como no ay mas novedad, que en el de tenuta, sin aver siquiera vna oja de papel nueva, mas que la demanda contraria, y petition de excepciones de esta, y aun sin novedad en lo alegado, con razon parece, que esta parte funda de derecho; y que aquella determinacion ha de bastar, y que se debe estar à ella, diziendo con el J. C. *in leg. filius 14. ad leg. Cornel. de fals. ibi: Sic enim in veni Senatam censuisse*, como lo notò en estos terminos Valeron de *transact. tit. 2. quest. 2. n. 11.*

§. II.

*FVNDASE QUE LA SVCCESION DE ESTE vinculo toca en propiedad à Doña Inès de Carbajal, conforme à la voluntad del testador, y clausulas de la fundacion, sin que tenga derecho à èl Don Martin de Larreategui, parte contraria.*

31 Don Martin de Larreategui, pretende la succelsion de este vinculo, por dezir le toca como à hijo de Doña Esperança de Carbajal, su madre, vltima poseedora, y primera llamada à su succelsion, y para esto

esto se vale de dezir, que este vinculo, y patronato, o memoria de Missas, se ha de regular su succession por las reglas, y disposiciones de los mayorazgos: Lo primero, porque de sus clausulas se conoce, que la voluntad del fundador fue, que en el succediesse por via de mayorazgo, pues en la primera clausula vsa de la palabra *vinculo*, la qual induce mayorazgo, vt in terminis Azeved. in rubric. tit. 7. lib. 5. Recop. num. 6. ibi: *Et ex dictis in contingentia facti consulvi in quadam donatione, per contractum inter vivos, facta uni filio per patrem tertij, et quinti bonorum, ex causa dotis per viam vinculi, nihil amplius adiiciendo, quod censevatur perpetuum vinculum illud, vt regulariter tanquam bona maioratus, cum idem de consuetudine iudicetur in vinculo, quam in maioratu*, D. Covarr. lib. 3. variar. cap. 5. num. 5. August. Barboss. voto 72. num. 3. Mieres de maiorat. in initio, 1. part. num. 4. D. Castell. lib. 2. cap. 22. num. 43. et lib. 5. cap. 143. num. 20. Nogueroles alleg. 25. num. 104. et 105. D. Paz de tenuta, cap. 4. num. 5. Alvar. Pegas resol. Forens. 1. tom. cap. 2. num. 175.

32 Lo segundo, que por todas las clausulas haze repetidos llamamientos, y substitutiones, de que claramente se induce mayorazgo, D. Valenç. Velazq. consil. 185. num. 10. Pereyra decis. 5. num. 9. Barboss. dict. voto 72. num. 10. Nogueroles supra dict. alleg. 25. num. 105. D. Castell. controu. tom. 4. cap. 9. num. 27. & alij novissimè congesti à Pegas dict. cap. 4. num. 207. et in tract. de maiorat. 1. tom. cap. 6. num. 86. et 87. y mas aviendo tambien puesto clausula de no enagenar, D. Molin. de primog. lib. 1. cap. 5. num. 16. D. Castell. dict. lib. 2. cap. 22. num. 46. Mieres de maiorat. 2. part. quest. 5. num. 12. D. Joseph. Vela dissert. 48. num. 68. Garcia de nobilit. gloss. 1. §. 1. nu. 29. Menoch. lib. 4. presumpt. 68. et 69. Flores de Mena lib. 1. quest. 17. num. 31.

33 Lo tercero, que tiene la clausula de perpetuidad, y esto bastava para que se governasse por dichas

9  
chas reglas, pues en los Aniversarios, y patronazgos  
perpetuos regularmente se succede ad instar maiora-  
tus, iuxta resolutionem Petr. de Peralta in rubr. de ha-  
red. inst. num. 123. Dom. Covarrub. pract. cap. 38.  
num. 13. versic. Ego vero, vbi plures novissimè suus  
Addit. Faria num. 89. Dom. Molin. de Hispan. primo-  
gen. lib. 1. cap. 1. à numer. 26. § lib. 3. cap. 6. numer. 42.  
Ioan. Gutierr. lib. 2. pract. quest. 85. § in leg. nemo  
potest, ff. de legat. 1. num. 61. Avend. in leg. 40. Tauri,  
gloss. 2. num. 63. P. Molin. de iust. § iur. tom. 3. disp.  
627. num. 13. Dom. Castillo controvers. lib. 3. cap. 19.  
num. 276. Garcia de expens. cap. 13. num. 46. Salced.  
de representat. lib. 3. cap. 3. § cap. 19. Alvarad. de  
coniect. ment. defunt. lib. 3. cap. 3. §. 3. num. 3. Dom.  
Perez de Lara de Aniversar. § Cappellan. lib. 1. cap. 5.  
num. 9. Matienç. in leg. 11. tit. 6. lib. 5. Recopil. gloss. 11.  
num. 4. Mieres de maiorat. 3. part. quest. 1.

34 Y que siendo esto afsi, dize Don Mar-  
tin, le toca la succession de este vinculo, porque se ha-  
lla con la prerogativa de la linea, que es la primera de  
las quatro observaciones, que para las successiones de  
los mayorazgos previnieron todos los DD. videlicet,  
linea, grado, sexo, y edad, de quibus Annan. consil. 53.  
num. 116. Casan. consil. 38. num. 114. Dom. Molin. lib.  
3. cap. 4. num. 13. § 14. vbi plures Add. Dom. Casti-  
llo lib. 3. controvers. cap. 19. num. 327. § lib. 5. cap.  
93. Gutierr. pract. lib. 3. quest. 67. num. 53. porque la  
linea es la mas principal, pues las demás observacio-  
nes solo se pueden atender intra lineam, y no de otra  
forma, Avendañ. in leg. 40. Taur. gloss. 17. numer. 26.  
Dom. Gregor. Lopez in leg. 3. tit. 13. part. 6. Gloss.  
muger, Anton. Gamma decis. 354. Pereyra decis. 122.  
num. 1. Gutierr. dict. lib. 3. pract. quest. 68. num. 44. §  
53. ultima impressionis, Alvarad. de coniect. ment. lib.  
2. cap. 3. §. 3. num. 44. § 45. Dom. Valenç. Velazq.  
consil. 57. num. 7. Dom. Molin. lib. 1. cap. 3. num. 12.

§ cap. 6. num. 22. in fin. Dom. Castell. controvers. lib. 5. cap. 67. num. 23. § cap. 92. num. 35. Fusar. de substit. quest. 379. num. 59. Giurb. de success. feud. gloss. 10. §. 2. num. 21. § gloss. 5. §. 2. Roxas de incompatib. 1. part. cap. 6. §. 19. num. 293. Dom. Olea de ces. iur. tit. 3. quest. 4. num. 15. Pegas resol. Forens. cap. 4. num. 27. § de maiorat. 1. tom. cap. 2. n. 94. § 119. § tom. 2. cap. 10. num. 8. vbi in numeri, latè Dom. Covarrub. pract. dict. cap. 38. præcipue num. 6. vbi novissimè Faria num. 38. § sequentib. ex dispositione expressa cap. 1. de natur. success. feud. ibi: *Ad solos, & ad omnes, qui ex illa linea sunt, & ex qua iste fuit.*

35 Que no le puede perjudicar, el que no le llamasse expresamente el fundador; porque le basta huviesse sido llamada su madre Doña Esperança, y aver poseido este vinculo, pues por esso se halla con llamamiento legal, ex præsumpta testatoris voluntate ex decis. text. in leg. cum avus 102. ff. de condit. § demonstrat. leg. acutissimi, Cod. de fideicom. y otras eiusdem farinae, fundando su intento en los lugares de el señor Luis de Molin. lib. 1. cap. 4. à num. 13. usque ad fin. § cap. 6. à num. 1. § lib. 3. cap. 6. præcipue à num. 23. usque ad 32. vbi plures Add. D. Covarrub. pract. cap. 38. num. 6. § sequentib. vbi etiam plures Faria, Dom. Castell. Robles de representat. Fusar. Peregrino, & alij, congesi à Roxas de incompatib. 5. part. cap. 4. num. 22. usque ad finem; & suus Add. Aguila, Peregrin. cons. 102. cuyos casos se ponderaron por singulares en Estrados, à favor de Don Martin; y que en este caso es como si se hallara con especifico llamamiento, pues procedit ex præsumpta testatoris voluntate, quod idem est, ac expressa, quia expressum dicitur, quod per coniecturas appetet. Roxas de incompatib. 7. part. cap. 5. num. 73. § 74. Dom. Lara de vita homin. cap. 30. num. 89. § sequentib. Dom. Castillo tom. 5. controvers. cap. 93. §. 6. à num. 1. § cap. 144. num.

40. Dom. Vela disert. 49. numer. 52. apud quos plures.

36 Y que assi no puede succeder Doña Ines, nuestra parte, porque aviendo entrado este vinculo en la linea de Doña Esperança su madre no ha de salir de ella hasta que se extinga, Dom. Molina lib. 3. cap. 4. à num. 13. Et cap. 6. numer. 32. vbi Add. Dom. Valenç. cons. 93. num. 11. Dom. Castell. lib. 5. controvers. cap. 93. num. 4. Dom. Olea de cession. iur. tit. 3. quest. 4. num. 15. Roxas de incompatib. 1. part. cap. 6. §. 19. num. 293. Pegas resol. Forens. 1. tom. cap. 4. numer. 29. Fular. de subst. quest. 379. num. 50.

37 Estos son los fundamentos, que en Estrados procurò esforçar el Abogado de Don Martin, para incluirle en este vinculo, y que se le estimasse por su legitimo successor; pero ninguno de ellos es aplicable al caso de este pleyto, ni se puede adaptar à la naturaleza de este vinculo, segun sus clausulas, y la voluntad de el testador, que de ellas se manifiesta, por ser totalmente opuesto este intento, al fin principal de el fundador; porque todos los fundamentos, que se han referido à favor de Don Martin, es quando los llamamientos, y substitutiones, se puede persuadir, fueron lineales, y no personales, cuyo concepto de voluntad, quererle persuadir en esta fundacion, es oponerse ex diametro à las clausulas, que llevamos expressadas, y à las palabras tan claras de que se componen; y todas las vezes, que el testador explica su voluntad, no se puede andar discutiendo en congeturas, porque estas in re clara non admittuntur, leg. ille, aut ille 25. §. ff. de leg. 3. leg. si pluribus, ff. de leg. 1. Bald. cons. 458. num. 2. volum. 3. Casanate cons. 47. numer. 61. Et 63. vbi sic: Quando enim testador seipsum glossat, Et mentem suam declarat numquam itur ad interpretationem, Et glossam legis, nulla enim melior interpretatio, Et glossa, quam glossa, Et interpretatio disponentis, D.

*Vela disert. 19. num. 6. Dom. Solorçan. de iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 21. num. 29. Dom. Castell. controvers. tom. 5. cap. 81. ubi plures, & cap. 102. num. 11. Dom. Molin. lib. 1. cap. 8. num. 32.*

38 Y así manifestarèmos con claridad, que solo toca la succession de este vinculo à Doña Inès nuestra parte, discurrendo para este intento tres medios, que todos juntos, y qualquiera de ellos bastara para la inclusion de esta parte, y exclusion de la contraria.

### PRIMER MEDIO.

#### *EX CLAUSVLIS PROVT IACENT.*

39 En este primer medio hemos de reconocer con claridad el poco fundamento de la demanda de Don Martin de Larreatigui, sin necessitar de dilatar el discurso à otra cosa mas que à registrar las clausulas de esta fundacion, pues ellas solo han de publicar nuestra justicia; y para entrar en ellos omitimus libentèr, por no nos dilatar, si este vinculo, ò memoria de Missas sit de aquellos, cuya succession se gobierna por las reglas de los mayorazgos, porque aunque reconozcamos las doctrinas, *suprà num. 33. relatas*, en este vinculo no son tan claras, pues en la clausula principal, sobre que oy se controvierte, no se hallarà, que se vñe de palabras, que puedan inducir mayorazgo; porque solo vñe de ellas, despues de los tres primeros llamamientos, que es desde la *clausula 7.* que referimos *suprà num. 15.* y para que se succeda en los patronatos, *iure maioratus*, es necessario, que las clausulas sean tales, que lo manifiesten, vt refert Roxas de *incompatibilit. part. 8. cap. 3. num. 33.* y pudieramos dilatarlos en este punto cum Dom. Paz de *tenut. cap. 58. num. 15.* adonde reprueba la opinion de el señor Pe-

rez de Lara ; pero lo omitimos , por no necessitar de este punto.

40 Y assi para nuestro intento suponemos, que aunque en los mayorazgos, & sic en la succession de los patronatos, se han de atender , y mirar las quatro observaciones, *de linea, grado, sexo, y edad*, para regular su succession , *ex traditis supra num. 34.* pero esto ha de ser, no se oponiendo à la voluntad de el fundador, porque hallandose alguna repugnancia, entre dicha voluntad, y aquellas observaciones , estas in totum se deven desestimar , atendiendo primero à la voluntad del disponente , pues ella vnicamente es la que rige, y gobierna qualquier succession , y disposicion, *leg. in conditionibus, ff. de condit. & demonstrat. leg. que conditio, ff. eod. leg. ex facto, ff. de hered. inst. Petr. Surd. consil. 448. num. 21. & 22. Peregrin. de fideicom. art. 11. num. 1. Dom. Molin. de Hispan. Primogen. lib. 1. cap. 2. num. 27. & lib. 2. cap. 2. numer. 8. cap. 4. num. 19. & passim per totum tract. vbi cum pluribus Add. Dom. Castell. controvers. tom. 4. cap. 10. ex 6. & tom. 5. cap. 91. & sequentib. & tom. 6. cap. 178. num. 15. Dom. Valenc. consil. 69. num. 1. Dom. Solorçan. lib. 3. Polit. cap. 12. versic. Y esto es, Amato var. resol. 10. n. 2. & sequentib. D. Joseph. Vela disert. 47. n. 43. apud quos in numeri; & D. Larrea decis. Granat. 33. num. 31. y esto mismo se nos previene por nuestra ley 40. Tauri, ibi: Salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyò , y ordenò el mayorazgo, que en tal caso, mandamos se guarde la voluntad de el que le instituyò.*

41 De cuyo principio innegable nace otro; y es, que qualquier fundador de vn mayorazgo puede poner en el qualesquiera condiciones, y llamamientos, y hazer todas las substituciones que le pareciere, sin impedimento alguno, y que se han de observar, y guardar, *leg. multa in princip. ff. de condit. & de-*

monstrat. leg. 1. §. item si ita, ff. ad leg. falcid. leg. cum sine 19. ff. quand. dies leg. cedat. leg. unica, Cod. de his, que pœna nomin. vbi omnes DD. Authent. hoc amplius, Cod. de fideicommiss. Tiraquell. ad leg. connub. gloss. 1. part. 6. num. 27. Pater Molin. de instit. & iur. disp. 612. num. 1. Fular. de substit. quest. 582. Mieres de maiorat. 1. part. quest. 1. à numer. 363. & 2. part. quest. 4. illat. 8. Dom. Molin. lib. 2. de Primog. cap. 12. à num. 31. Dom. Castell. lib. 5. controvers. cap. 44. à num. 3. vsque ad 12. & tom. 6. cap. 125. & 126. Cyriac. controvers. 519. Roxas de incompatibil. 3. part. cap. 1. num. 23. D. Joseph. Vela disert. 42. à numer. 20. Pegas resolut. Forens. dict. cap. 4. num. 6. y assi siempre se ha de atender à las clausulas de la fundacion, y reconocer las calidades, y condiciones, que en ellas se expresan, y llamamientos que se hazen, para prevenir la voluntad de el fundador, y mas en fundacion entre transveriales, como es esta.

42 Y por ser lo referido sin disputa, para la succession de los mayorazgos consideraron todos los DD. dos lineas, como principales, que la vna es linea efectiva; & de substancia; y la otra linea de qualidad; y de estas, aunque lo regular de las disposiciones es la primera à que se mira, y atiende la linea efectiva; pero esto es quando non datur casus linea qualitatibus; porque si ay lugar à esta, prius se deve atender à ella, que à la efectiva, y de substancia; porque la linea efectiva, y de substancia non influit cosa alguna en competencia de la linea de qualidad, Honded. consil. 70. à num. 44. Craveros de metu, lib. 2. cap. 9. à num. 14. Avenañ. in leg. 40. Tauri, gloss. 9. num. 40. Peregrin. de fideicommiss. art. 21. num. 9. & 10. Mieres de maiorat. 2. part. quest. 7. num. 11. Dom. Castell. lib. 5. controvers. cap. 138. num. 18. Aguila ad Roxas de incompatibil. 1. part. cap. 6. num. 322. & de differentia vtriusque lineæ, Roxas de incompatib. 1. part. cap. 6. §. 20. Zeyall. tom.



4. quest. 905. num. 187. Dom. Castell. controu. lib. 3.  
cap. 19. num. 12.

43 Y la razon es, porque la linea de *qualidad*, es aquella en que se verifica la voluntad expresa de el fundador, vt tradit Roxas dict. §. 20. num. 302. ibi: *Et probatur ex textu in dict. leg. 40. Tauri, illic: Salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que instituyó el mayorazgo; y como la voluntad de el fundador es la que ha de gobernar la successión ex dict. leg. in conditionibus, ff. de cond. Et demonstrat. cum relatis supr. num. 40. inde est, que à aquella linea en que se verificaré dicha voluntad tamquam linea, qualitatis prius attendenda, & præferenda est; y así muy à nuestro intento dixit Dom. Castell. tom. 6. cap. 439. versic. Nec interest, ibi: Quod expressa vocatio lineæ qualitatis, superat tacitam legalem, Et potentius operatur, quia per viam conditionis videtur expressum illud, quod sine corruptione taciti seruari non potest.*

44 Esto es lo que accidit en este pleyto, y así hemos de manifestar, hallarse Doña Inès, nuestra parte, en la linea de *qualidad*; hoc est, cum voluntate expressa testatoris; y esto sin dificultad se manifiesta de la *clausula* 5. relatada *suprà* num. 13. ibi: *Succeda en segundo lugar, y grado en el dicho vinculo, y memorias, la señora Doña Esperança de Carvajal, sobrina de el dicho testador, y hija de la dicha señora Doña Ana de Aragon y Bargas, por todos los dias de su vida; Y DESPUES DE SU MVERTE, succeda en el dicho vinculo, y memorias, y en la misma conformidad la señora Doña Inès de Carvajal.*

45 Con esta *clausula*, y reglas que dexamos recordadas *suprà* num. 40. Et *sequentib.* se ha de reconocer sin duda la inclusion de esta parte, y que en ella se verifican las tres calidades, que han de concurrir en quien fuere legitimo successor, videlicet, *se vocatus esse; habere qualitates sub quibus vocatus est;*

Et quod sua substitutionis casum evenisse; que son las que previenen todos los DD. *ex leg. Titius, §. tres heredas, ff. ad Senat. Consult. Trebell. Argell. de acquir. possess. quest. 8. art. 13. num. 15. Azeved. consil. 18. numer. 17. Capyc. Latro decis. 144. num. 15. Dom. Paz de tenut. cap. 30. num. 18. Casanat. consil. 4. num. 9. D. Molin. de Hispan. Primog. lib. 1. cap. 4. num. 5. Et cap. 11. num. 8. Dom. Castell. lib. 3. controver. cap. 15. num. 33. Et lib. 6. cap. 136. num. 68. Et cap. 180. num. 16. D. Larrea decis. 33. Burgos de Paz consil. 34. num. 21. Menochio consil. 97. num. 103. Et sequentib. aunque no era de su obligacion, por hallarse poseedora, vt fundavimus in §. 1.*

46 A vista de dicha clausula, y de aquellas palabras: *Y despues de su muerte succeda en el dicho vinculo, y memorias, y en la misma conformidad la señora Doña Ines de Carvajal*: Quien dudará en que el llamamiento hecho en dicha Doña Esperança, madre de Don Martin solo fue personal, y no transcendental à sus hijos? y que con su muerte espirò el gozo de dichas memorias para ellos; pues es indubitable, que solo fue vn llamamiento por los dias de su vida no mas, y despues de su muerte, quiso passasse el gozo de dichas memorias à Doña Ines nuestra parte, ibi: *Por todos los dias de su vida, y despues de su muerte succeda en el dicho vinculo, Et c.* Cuyas palabras son tan claras, que era escusado cansar à los señores Juezes con informes en derecho para este punto.

47 Y que aquellas palabras, *y despues de su muerte*, que succeda en dicho vinculo Doña Ines, nuestra parte, manifiesten, que el llamamiento hecho en Doña Esperança fue solo personal; patet, pues aquellas palabras, *y despues* la tiene, *post*, seu *mox*, aut *postea*, significan el orden de suceder, *leg. 1. §. post suos, Et leg. post consanguineos 2. Et §. unde velle 7. ibi: Mox, Et eum qui erat rogatus restituere, ff. de suis, Et*

13  
legit. hered. Decius consil. 431. num. 6. Decianus consil.  
1. num. 226. Cardinal. Tusch. lit. D. conclus. 336. nu-  
mer. 5. y alsí todas las vezes, que esta dición, *post*, se  
pone en orden de personas, es lo mismo, que si se di-  
xera *incontinenti*, aut *immediate*, Authent. *post fra-*  
*tres la 1.* & Auth. *post fratres la 2.* Cod. de leg. hered.  
adonde con esta dición *post* se explica, y significa la  
sucesion inmediata de las personas, & ita dixit Bal-  
dus in leg. *cum acutissimi*, Cod. de fideicom. & in leg.  
1. Cod. de condit. insert. col. 1. Capra cons. 18. num. 12.  
cum pluribus Barbof. dict. 269. 270. num. 4. usque ad  
7. & dict. 271. & antea 203. Giurba ad consuet. mes-  
sam. cap. 12. gloss. 1. precipue num. 1. *post medium*. Y  
esto se halla mas claro in leg. *post duos fisci patronos*,  
Cod. de advocat. divers. iudic. adonde para significar, q̄  
los 60. Togados se avian de seguir inmediatos a los  
Fiscales, usaron de la palabra *post*; y esto mismo la Glos.  
verbo: *Proponitur*; de el cap. 1. de restit. spol. in 6. ex-  
plicando el text. ibi: *Post diem, in quo proponitur*,  
idem Jasson in leg. *iuris gentium*, §. *qui nimo*, ff. de pa-  
ctis, nam. 8. Tiraquell. in leg. *si unquam*, Cod. de revo-  
cand. donat. versic. *Et postea*, num. 1. 6. 12. & 13. Mer-  
lin. decis. 607. num. 2. Vulpell. de preposit. & adverb.  
dict. *post*, num. 2. Steph. Gratian. discept. Forens. 161.  
num. 6. & sequentib. Barbof. voto 106. num. 44. & 45.  
& 47.

48 Y a esto se llegan aquellas palabras,  
por todos los dias de su vida, que tambien denotan su  
dificultad, que la intencion de el fundador solo fue  
focorrerla en vida, y que gozasse, y usufructualle por  
sus dias estas memorias, y que esto solo fue la causa fi-  
nal, porque aquella dición *por*, latine, *pro*, aut *ob* in-  
duce la causa final de qualquiera disposicion, leg. *pro-*  
*curatore qui*, ff. de procurat. leg. penult. §. *fin.* versic.  
*Si pro alimentis*, ff. de alim. & civar. leg. Cardinal.  
Tusch. lit. D. conclus. 342. num. 12. Steph. Gratian.

*discept. Forens. cap. 96. num. 26. & 27. & sequentib. Surd. de aliment. tit. 2. quest. 5. à num. 9. cum pluribus Barbof. dict. 233. & dict. 287. à num. 3. & sequentib. Dom. Castell. tom. 6. controvers. cap. 119. n. 19. & sequentib.* lo qual bastava solo para que se reconociese, que el llamamiento hecho en Doña Esperança solo fue personal, sin que por el se les pueda aver adquirido, ni tengan derecho alguno D. Martin de Larreategui, ni los demas sus hijos, ni descendientes: Y estando, como està, tan clara dicha clausula, y la voluntad de el fundador, era ocioso detenernos en fundar nuestro intento, pues no comprehendemos, ni alcançamos se pueda dar salida, ni respuesta à estas dos partes de ella, que dexamos ponderadas.

49 Y que solo aquellas palabras, ibi: *Por los dias de su vida, y despues de su muerte succeda en el dicho vinculo, &c.* Estèn manifestando claramente, que esta succession no se puede transmitir en D. Martin de Larreatigui; ac per consequens, que el llamamiento hecho en su madre Doña Esperança, no le puede aprovechar, y que por ellas solo toca esta succession à Doña Ines, nuestra parte; in terminis Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 1. cap. 1. num. 17. ibi: Ex qua primogenij institutione facta, ex donatione modalis, vel conditionali, siue ex institutione legato; vel pralegato unicuique primogeniorum PER TEMPVS VITÆ SVÆ FACTIS, seu ex substitutione fideicommissaria, quamvis in proprie resultent tot donationes, vel substitutiones, legata, aut pralegata in quemlibet primogenitum ex vocatis ad eius primogenij successionem, quot sunt persona vocata, ac si unicuique eorum nominatim, atque specificè facta fuisset unaquaque donatio, substitutio, legatum, seu pralegatum. Ideoque absque aliqua restitutione, QVILIBET VOCATVS CONSEQVÆTVR DOMINIVM EODEM INSTANTI, AC MOMENTO, QVO*

QVO PURIFICATUR CONditio, VEL VENIT DIES VOCATIONIS EX PROPIA PERSONA SVBLATO DE MEDIO PRÆCEDENTI SVCCESORE. Non autem ex iure ab eodem, sui transmissio: y despues de aver citado muchos textos, y DD. passa ad num. 20. y dize: *Quæ omnia iuris principijs satis conveniunt, quibus permissum est, ut sive ex donatione, sive ex ultima voluntate dominium alicuius rei, ALICVI AD VITAM RELINQUATUR EA LEGE, VT EO MORTVO IN ALIUM TRANSFERATUR.*

50 In terminis Mar. Giurba de success. feud. §. 2. gloss. 10. num. 60. ibi: Sed licet sententia iuris esse videatur, si diligentius tamen inspiciatur vera non est; nam attentis notissimis transmissionis principijs, in his quæ quis habet *AD VITAM, ET EO MORTVO AD ALIUM EX DISPOSITIONE DOMINICA PERTINENT*, de transmissione agi non potest, leg. in omnibus, ff. de regul. iur. Et notat in leg. heres, ff. de acquir. hered. y despues de aver citado vna pagina de Autores, passa al vers. Non obstat, y aviendo explicado la diferencia de quando donatur simpliciter, & non ad vitam, prosigue, ibi: *Secus in feudo, & maioratu, qui nec simpliciter, & absolute donatur unicuique ex successoribus, sed AD VNIVS CVIVSQVE VITAM TANTVM*; quo casu transmissio locum non habet: Ne pos igitur ex iure transmissio patrum non excludit. Quod absque dubio prosequitur por los versiculos siguientes, citando muchos Autores, que omitimos subscrivir por nos dilatar, & in eo videndi sunt, por ser el lugar mas en terminos de la clausula de este pleyto, que se pueda recordar; pues desde el numer. 61. propone todos los calos de la transmissio, ò representacion, quod idem est, segun la explican Dom. Molin. lib. 3. cap. 6. numer. 40. usque ad fin. Robles de represent. lib. 3. cap.

cap. 14. à numer. 43. Et omnes.

51 Deforma, que no se puede dudar, en que el llamamiento que se hizo en Doña Esperança fue personal; y siendo esto así, queda totalmente excluida la pretension de Don Martin, pues aviendo sido personal el llamamiento de su madre, es violentar la voluntad de el fundador, queriendole hazer transcendental, y real, y adquirir derecho por él à la successiõ, *Surd. consil. 127. n. 66. Et 67. Robles de represent. lib. 3. cap. 14. à num. 43. latè Dom. Castillo lib. 5. controvers. cap. 89. num. 125. Giurba suprà dict. gloss. 10. num. 61. vers. Tertia est, & conducit Peregrin. de fideicom. artic. 32. num. 76. videndus*: pues de esta forma se faltara à la voluntad expresa de el fundador; siendo así, que es la primera à que devenimos estar, *vt in leg. 40. Tauri, ibi: Salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente instituyò, y ordenò el mayorazgo, y nos opusieramos à la disposicion de Derecho, y prevenido para estos casos por todos los DD. de quo supr. num. 40.*

52 Y de admitirse à la successiõ à Don Martin de Larreatigui; se seguia, no solaméte el hazer real el llamamiento de Doña Esperança su madre, sino tambien el que no se verificasse el llamamiento, hecho en Doña Ines, nuestra parte, lo qual era vn absurdo notable, pues el llamamiento de esta parte, *purum est, & pro tali habetur in iure*; deforma, que per mortem de Doña Esperança se verificò, y llegò su caso; *express. leg. heres meus 79. ff. de condit. Et demonstrat. ibi: Heres meus cum morietur Titius centum ei dato: purum legatum est, quia non conditione, sed mora suspenditur, non potest enim conditio non existere. leg. si post mortem 68. in princip. ff. de leg. 1. quod idem procedit in donatione, seu qualibet dispositione facta post mortem, Franch. decis. 339. cum pluribus Card. Mantic. de coniect. ultim. volunt. lib. 4. tit. 5. num. 23.*

Et

530. Fontanell. & alij. relatiu à Botiller. de success. in  
 cap. 2. theorem. 55. num. 14. § 15. y figuiendose vnab. q  
 furdo tan grande contra la voluntad expressa de el  
 fundador, non debet permiti; quia absurdum vitari. q  
 du. n. est omni tempore, & in qualibet dispositione, leg. b  
 nam absurdum, ff. de bon. libert. leg. nec audiendus, ff. il  
 de opp. libert. Peregrin. de fideicom. art. 11. num. 46. b  
 in princip. Barbol. in cap. 55. de elect. num. 4. plures D. 1  
 Joseph. Vela disert. 26. num. 28. § disert. 39. num. 31. lib  
 Dom. Salgad. de Reg. 2. part. cap. 13. num. 131. Dom.  
 Castill. tom. 6. controvers. cap. 166. num. 1. Pareja de  
 instrum. edict. tit. 2. resol. 2. num. 49. Roxas de incom-  
 patibil. 4. part. cap. 5. num. 14.

53 Y todo quanto llevamos fundado nos  
 lo declara mas el fundador en la clausula 6. relata su-  
 pra num. 14. tibi: Item, nos dexò comunicado, que todos  
 los llamamientos, y grados de succession en las dichas  
 tres memorias hasta aqui expressados, en la dicha su  
 hermana, y sobrinas, sea, y se entienda, han de tener  
 lugar, no teniendo hijos legitimos varones Don Miguel  
 Rodrigo de Carbajal su sobrino, poseedor que es de el  
 mayorazgo, y casa de los padres de el dicho testador; y  
 fue su voluntad, que en caso de tener hijos varones el  
 susodicho, queden excluidas desde entonces para siem-  
 pre de la dicha posesion, y succession de los reditos de  
 el dicho vinculo, y succedan luego en ellos los hijos varo-  
 nes que tuviere el dicho su sobrino en la manera si-  
 guiente.

54 Quien à vista de esta clausula no con-  
 fessará, ser à todas luzes sin fundamento la pretension  
 de Don Martin, pues pretende sea real, y transcenden-  
 tal el llamamiento hecho en su madre, quando por  
 esta clausula se conoce, que si huviera tenido hijos va-  
 rones Don Miguel Rodrigo, ò no huviera gozado el  
 vinculo dicha su madre, ò se la privara de su gozo, y  
 possession, aunque la tuviesse actual; y que por vlti-

mo se conoce de esta clausula, que no ay que discurrir  
presumpciones, ni congeturas para inducir la voluntad  
del fundador, quando por ella está publicado, que su fin  
principal, es, que la succession se radique en los hijos, y  
demás descendientes del dicho D. Miguel Rodrigo; y  
siendo, como es cierto, que la causa final de los funda-  
dores, es el objeto vnico de la voluntad del disponen-  
te, y en que consiste toda la substancia, y forma de la  
disposicion, taliter, *quod sine ea actus non fieret, vel sal-*  
*timo eo modo factus non esset, aut qua deficiente, dispo-*  
*nens nullomodo, aut non ita disposuisset, vt dixit Bartol.*  
*in leg. sic ante, D. de pact. num. 3. Cravet. cons. 137. nu-*  
*mer. 14. Menoch. lib. 4. pr. ass. 24. numer. 14. Surd. cons.*  
*163. num. 32. D. Castell. tom. 6. controu. cap. 172. à nu-*  
*mer. 6. § 23. § cap. 173. num. 10. Giurba ad consuet.*  
*Mesfan. cap. 1. gloss. 4. part. 1. num. 6. vers. Tum quia, &*  
*plures relati à D. Olea de cess. iur. tit. 2. quest. 7. num. 2.*  
*cum seqq. D. Larrea deciss. 51. num. 17. à ella sola he-*  
*mos de estar, y atender, y no à otra cosa.*

Y el intento de Don Martin, y su cu-  
rador ad litem, es oponerse ex diametro à esta disposi-  
cion, quod nullo iure, puede subsistir; porque si por al-  
guna razon pretende esta succession, es por el llama-  
miento legal, que dize se presume, *ex dict. leg. cum*  
*adus, D. de cond. § demonst. & cæteri, supra n. 40. rela-*  
*ti,* que se dirige à perpetuar esta succession en su linea,  
y esto no por otro medio, mas que por las congeturas  
que previenen los DD. y estas: Lo primero, se oponen  
à lo literal de esta clausula 6. pues por ella excluye à to-  
das las tres primeras llamadas en el caso de tener hijos  
varones Don Miguel Rodrigo, ibi: *Y fue su voluntad,*  
*que en caso de tener hijos varones el susodicho, queden*  
*excluidas desde entonces para siempre de la dicha suc-*  
*cession;* conque no pudo ser su voluntad el que se perpe-  
tuase en la linea de Doña Esperança, porque era o-  
ponerse assimismo, y las clausulas se han de interpretar  
(en



(en caso que admitan interpretacion) de forma, que no aya oposicion, ni impliquen contradiccion; porque lo contrario, neque admittitur, neque presumitur, *leg. 3. §. nec credendus, D. de milit. testam. leg. si quis à filio, D. de leg. 1. cum pluribus D. Valenç. Velazq. consil. 97. num. 38. §. 49. D. Castell. lib. 3. controu. cap. 10. numer. 19. Pareja de instrum. edict. tit. 2. resol. 6. num. 304. y antes bien se han de vnir, y juntar vnas, y otras, quando ay duda para inducir de todas vna voluntad vniforme, *leg. Gallus, §. ille casus, D. de lib. §. posth. vbi gloss. verb. Inducere, leg. qui duos, D. de coniung. cum emancip. lib. leg. si testamentum, Cod. de instit. §. subst. Casanat. cons. 17. num. 24. Ramon cons. 15. num. 46. Canc. 3. variar. cap. 7. num. 303. Peregrin. de fideicom. art. 25. num. 29. D. Salgad. Labyr. 2. part. cap. 4. numer. 136.**

56 Vterius, que de dicha clausula 6. relatada *suprà num. 53.* se conoce, que los tres primeros llamamientos fueron hechos *sub conditione*, si el dicho Don Miguel Rodrigo no tuviese hijos varones; conque si esta condicion faltasse, no ay duda cessavan dichos llamamientos, *ex leg. necessario, D. de peculio, leg. pecuniam 39. D. de reb. cred. cum vulgatis D. Solorçan. de iur. Ind. lib. 2. cap. 11. num. 37. D. Larrea alleg. 98. num. 6. §. deciss. 97. nu. 21. Mieres de maiorat. 2. part. quest. 4. illat. 8. à num. 1. D. Crespi de Valdaur. obseru. 20. num. 23. D. Amaya in leg. 2. Cod. de iur. fisc. numer. 55.* lo qual haze mas improbable el intento contrario; y califica de personal, y no trascendental el llamamiento de Doña Esperança su madre; y que de lo contrario, y querer excluir à nuestra Doña Inès de esta succession, es oponerse à la voluntad del fundador.

*QUE QUANDO EL LLAMAMIENTO HE-*  
*cho en Doña Esperança, no fuesse personal, toca la suc-*  
*cession de este vinculo à Doña Inès, nuestra parte,*  
*por el especifico llamamiento conque*  
*se halla.*

57 Aunque con los fundamentos que de-  
 xamos hasta aqui ponderados, nos parece basta para  
 que se le declare tocar esta succession à Doña Inès Ma-  
 ria de Carbajal, nos ha parecido no omitir la prerroga-  
 tiva conque se halla, de el especifico llamamiento que  
 tiene à su favor, por ser punto muy prevenido en el de-  
 recho, y tan admitido por todos los DD. que èl solo  
 bastava para desvanecer el intento de Don Martin de  
 Larreategui, y así brevemente trataremos de sus efec-  
 tos.

58 En la *clausula* 5. *relata* *suprà* *num.* 13:  
 hallamos, que Doña Inès se halla con el especifico lla-  
 mamiento, que nos demuestran sus palabras, *ibi: Y des-*  
*pues de su muerte, succeda en el dicho vinculo, y memo-*  
*rias, y en la misma conformidad la señora Doña Inès de*  
*Carbajal.* Y no obstante este especifico, y literal llama-  
 miento, pretende precederla en la succession D. Mar-  
 tin de Larreategui; porque dize, que aviendo sido lla-  
 mada, y vltima poseedora Doña Esperança su madre,  
 ha de succeder por la decission, *dict. leg. cum avus, D.*  
*de cond. & demonst.* sin advertir, que los que pretenden  
 alguna succession en fuerza de llamamiento legal, y  
 presunto, no pueden hazer competencia à los expres-  
 samente llamados, y que solo podrán introducir su in-  
 tento, fenecidos, y extinguidos los expresamente lla-  
 mados, para que es texto decisivo, *leg. omnia 32. (ab*  
*omnibus citata leg. cum ita legatur) §. in fideicommisso*  
*ult. D. de leg. 2. cuius verba sic: In fideicommisso, quod*  
 fa-

familia relinquatur, hi ad petitionem eius admitti possunt, qui **NOMINATI SVNT**, & post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sint: **NISI SPECIALITER DEFUNCTVS AD VLTIORES VOLVNTATEM SVAM EXTENDERIT**, leg in plurium, D. de acq. hered. Y en mas propios terminos decide este punto, ibi: Prius à scriptis incipiatur, deinde transitus fiat ad eos, ad quos legitima hereditas pertinet, Auth. de restitut. fideicom. §. nos igitur, ibi: Non quia lege, sed qui à testatore antepositur, preferendus. Y otros muchos que omitimos citar, porque passim inveniuntur, & recordantur à DD. stantim referendis.

59 Es tan sin controversia, y conocido el punto sobre que vamos hablando, que para su corroboracion pudieramos sin trabajo citar muchas planas de Autoros; pero por no nos dilatar recordaremos solo los mas modernos, que citan todos los demàs, Card. Mantic. de coniect. ult. volunt. lib. 5. tit. 14. numer. 13. Petr. Surd. consil. 10. num. 24. & consil. 310. numer. 14. D. Molin. de Hispan. primog. lib. 1. cap. 4. num. 33. vbi plures Addent. D. Castell. lib. 4. contro. cap. 29. numer. 4. & seq. & lib. 5. cap. 91. à num. 70. y mas claro cap. 93 à donde aviendo tratado desde el num. 1. de la forma de las successiones, y prelacion de la linea, y en el num. 16. de que semel, aviendo entrado, y radicadose en vna linea la debe continuar hasta que se fenezca, y la primera limitacion que pone à esta regla, est ibi: *Cessare equidem, si vè locum non obtinere, si vè voluntate testatoris, institutoris ve maioratus aliter appareat, ipseque, aut contrarium expresse disposuerit, aut adeò clare ex forma vocationum, si vè verborum, & clausularum conceptione, ex conditione ve, aut qualitate adiecta deprehendi valeat, vt de eo ambigi non posset*, y despues de aver puesto otras limitaciones en el num. 17. circa nos-

trum intentum dicitur aliter: Sic etiam regula eadem non  
procederet, quando reperirentur aliqui *SPECIALI-*  
*TER VOCATI*, quia hi preferuntur, & si sint remotio-  
ris linea, & gradus, nec regula linearum, & graduum lo-  
cum obtinent; quia *SPECIALIS VOCATIO*, & cla-  
ra disponentis voluntas id excludit, y profigue hasta el  
num. 31. & in cap. 181. tom. 6. num. 1. tratando de la ex-  
pecifica voluntad del testador, dize: *Dict. num. p.* circa  
finem, ibi: *Is ergo vocationum, & substitutionum ordo,*  
*praeiussis servandus erit, quem testator maioratus ve ins-*  
*titutor constituerit, & assignaverit, sive unusquisque*  
*succedat eo ordine, quo vocatus fuerit; quamvis in voca-*  
*tionibus ipsis, à regulis ordinarijs successione recesserit:*  
*Nec contra voluntatem institutoris eiusdem aliquis au-*  
*dire debeat, & conducit, quod latissimè fundat, lib. 4.*  
*cap. 8. à num. 1. & seqq. & alijs in pluribus locis.*  
60 D. Joan. Baptista de Larrea deciss. *Gra-*  
*nat. 33. num. 31. & deciss. 97. princip. num. 8. D. Valenc.*  
*Velazq. consil. 23. à num. 139. & praeiussis à num. 143.*  
ibi: *Et quando sine veritatis praeiudicio, concederemus,*  
*quod adversarij habent vocationem tacitam (qua etiam*  
*carent) adhuc Rodericus del Castillo debet illis praeferrì*  
*cum tanquam filius primogenitus Ioannis del Castillo*  
*habeat vocationem expressam, qua facit tacitam cessa-*  
*re, & infr. nu. 144. sic: Et expressum removet praeump-*  
*tio taciti, cum tacitam veniat suppletivè, sed expressum*  
*suppletionem non recipiat, y profigue muy à nuestro in-*  
*tento por los numeros siguientes, omnino viden-*  
*das.*

61 Y aunque sea diferente el caso, es muy  
corroborante de este punto, D. Molin. de *Hispan. pri-*  
*mog. lib. 2. cap. 11. numer. 40. & 41. ibi: Sed controverti-*  
*etiam solet, quid dicendum, set quando Princeps dederit*  
*licentiam alicui, ut maioratum instituat in persona Pe-*  
*tri filij sui specialiter nominati. Vtrum scilicet eo mor-*  
*tuo in vita eius possit illum instituere in persona nepotis,*  
*quem*

quem ipse filius Petrus, de re inquit quam quaestionem tangit Gregorius Lopez in dict. leg. 32. tit. 9. part. 6. gloss. in verb: No valdrà, quest. 15. column. 9. versiculo: Quid autem vbi concludit non posse à repente maioratum institui in persona nepotis, ex ipso filio procedentis, quia quamvis verbum filij in alijs casibus extendatur ad nepotes, non tamen extenditur ad eos quando filius proprio nomine vocatus est, vbi etiam videndi sunt Add. num. 42.

62 Singularis est, & omnino videndus, Fular. de substit. quest. 359. per potam, vbi latè, ad nostrum intentum, & Gama decis. 160. num. 3.

63 Infinitos tradit ad nostrum intentum Alvar. Pegas de maiorat. 1. tom. cap. 2. num. 80. & seqq. & 2. tom. cap. 9. num. 290. vbi post plura sic: Non possumus enim negare, quod illi qui reperiuntur expresse vocati, preferuntur in successione ceteris, licet sint, in meliori linea, & prosequitur num. 437. & 440. & cap. 10. num. 3. & plures seqq. cuyos lugares encargamos con especialidad, & penes omnes inveniuntur alij plures, por ser proposicion inconcusa, y que no ha a vido quien juridicamente la pueda aver negado, vt asserit Dom. Crespi de Valdaur. observat. 22. num. 101. & 102.

64 Y la razon de la prelación de los specialiter llamados, es porque los que no lo son, solo pueden incluirse por llamamiento legal, vt ait D. Molina lib. 1. cap. 4. nu. 14. cum seqq. y estos solo se hallan con la presumpta voluntad del fundador, q̄ es por donde se induce; y como es proposicion indubitabile, que la voluntad presumpta no tiene lugar, aviendola clara, y expresa, leg. ita, D. de liber. & posth. leg. clemens patronus, D. de hered. instit. leg. coharedi 41. §. qui dissertas, D. de vulg. & pupil. subst. leg. ille, aut ille 25. §. 1. de leg. 3. D. Valenc. Velazq. cons. 113. num. 11. D. Larrea alleg. 13. num. 33. cum seqq. de quo latè videndus D. Paz de tenuta, cap. 29. num. 2. usque ad 17. Nogueroi alleg. 31. num.

num. 79. indè est, que no se puede alterar el orden de dar la prelación à los que tienen específico llamamiento, como en nuestro caso, q̄ estan claro, pues de lo contrario fuera faltar à la disposición de la ley 45. Tauri, ibi: Muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de posesion, se traspasse la posesion civil, y natural en el siguiente en grado, que segun la disposición del mayorazgo debiere succeder en el, vt latè prosequitur D. Christoph. de Paz de tenut. cap. 85. numer. 12. usque ad 18.

65 Y en nuestro caso tiene menos dificultad esta resolución; pues Doña Inès nuestra parte, no solo se halla con el específico llamamiento, que hemos ponderado, sino que este es sub nomine proprio, llamandola por su propio nombre, para que succeda despues de Doña Esperança, madre de Don Martin, ibi: Y despues de su muerte succeda en el dicho vinculo, y memorias, y en la misma conformidad la señora Doña Inès de Carbajal, sobrina asimismo del dicho testador, y siendo de esta calidad el llamamiento, no se puede dudar, que ha de ser preferido el que proprio nomine vocatus est; porque se tiene por mas dilecto, leg. quoties duobus, D. de usufruct. leg. qui solvendo, D. de hered. inst. D. Molin. lib. 1. de Hispan. primog. cap. 4. num. 33. & seqq. vbi plures videndos referunt Add. Fusar. de substit. quest. 359. num. 2. & 11. D. Solorçan. de iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 19. num. 3. D. Crespi observat. 20. num. 43. & 44. & plures quos refert Rojas de incompatib. 1. part. cap. 8. num. 39. & precipue num. 41. qui num. 42. sic se habet: Cum autem vocatio per expressionem nominis proprii, ac singularis, & non per nomen appellationem, vel collectivum, faciat tantummodo, quod ita sic nomine proprio vocatus preferatur tanquam predilectus, ad nominatos enim videtur esse maior affectio testatoris.

66 Y así los que pretenden la successión, como Don Martin ex præsumpta testatoris voluntate, solo

solo pueden tener intento despues de fenecidos los especialmente llamados, vt ipse Roxas *supr. numer. 43.* ibi: *Sequitur, quod post vocatum sub nomine proprio, & singulari, ad eius descendentes succedat, qui alias regulariter successurus erat, si de fuisset illa singularis affectio, quam institutor habuit erga nominatum sub nomine proprio, ideò in dict. §. in fideicommissio tenet Bald. quod post nominatum extinctum regreditur ad superiores, secundum ordinem, qui est in gradu: & infra num. 46. & 47. plures refert.*

67 Y nada de lo que llevamos ponderado puede tener falencia, por los fundamentos de que se vale Don Martin, *ex decis. leg. cum avus, ff. de condit. & demonstrat. Nogueroi allegat. 9. n. 59. Dom. Castillo tom. 6. cap. 166. num. 24. & sequentib. & cæteri que referimos à su favor supra num. 35. & dicemus inferius.*

68 Porque además de responder, quod dicemus *infr. in ultimo medio*, para lo que toca à este punto de que tratamos in præsentia; està satisfecho con grande facilidad, pues la *decis. dict. leg. cum avus*, no tiene lugar, quoties se halla vna substitucion expecifica, & nomine proprio collata, sic in terminis Add. ad Dom. Molin. *lib. 3. cap. 8.* qui post varia fundamenta *in num. 18. & 20.* limitant casum *in dict. num. 20. versicul. Fin. ibi: Verum hoc limitari potest, quando relatio facta fuit ad supervenientes nominibus proprijs, sic etiam cum pluribus Fular. de substit. quest. 485. num. 63. & num. 70.* sic etiam Roxas *de incompatib. 8. part. cap. 5.* que despues de aver puesto, y fundado la opinion contraria, *num. 23.* la limita en el *numer. 24.* con los Autores que llevamos citados, ibi: *Sed hoc limitandum est, quando relatio facta fuit ad superviventes NOMINIBVS PROPIIS, ET PROPIO NOMINE NOMINATI FVERVNT PATRVI, qui super vixerint;* y la decision de Magonio, *quest.*

16. que cita es tan clara, que encargamos se vea, num.  
43. & 44.

69 Y es para este intento copioso lugar, y  
dexa sin disputa este punto Giurba de *success. feud. §.*  
*2. gloss. 7.* adonde tratando de la representacion, y  
quando los hijos no succeden, ni representan à sus pa-  
dres, afirma sin duda nuestro caso, num. 65. & *sequen-*  
*tib. & præcipuè, num. 67. sic, ibi: Quinta est coniectu-*  
*ra, si substituti essent proprio NOMINE vocatio, ita*  
*VT DE FILIIS eorum nulla facta esset mentio; quia*  
*nepotes non nominati, in locum patris non succedent,*  
*nec illum representant;* y cita à Peregrino, Fusario,  
Menochio, Mantica, y otros, que no referimos, por no  
nos dilatar; de forma, que no admite duda, quod eo,  
quod quis est specialitèr, & sub nomine proprio voca-  
tus, & substitutus, deve preferir à otro qualquiera, ex-  
cluyendole con el I. C. *in leg. peto, ff. de leg. 2. ibi: Cum*  
*ibi fideicommissum petatur ab his cum quibus testator*  
*non est locutus, leg. illis libertis, ff. de condit. & demon-*  
*strat. ibi: Contra voluntatem defuncti petens audiri*  
*non debet, Dom. Molin. lib. 3. cap. 5. à numer. 6. Dom.*  
*Castill. lib. 6. cap. 181. num. 1. in fin.*

70 Y es tan natural el que se prefieran los  
especialmente llamados, & plures nomine proprio, que  
no avrà D. que dude la proposicion, porque no quede  
ilusoria la voluntad de el fundador; y así dixo Baldo  
*in præmio feudorum*, que para declarar el feudo, de-  
*bet attendi concessio, & investitura*, por la ley *ad pro-*  
*bationem, Cod. de probat. ibi: Quem tenor scripturae de-*  
*monstrat.* Poniendo esto todos los DD. por regla pri-  
mera de las successiones, que se ha de seguir el orden  
de los llamamientos, sin atender à lo regular, que su-  
ple la ley, porque esto solo es en defecto de los llama-  
dos por el fundador, Paulo de Castro *cons. 164. num.*  
*1. lib. 2. Dom. Molina lib. 1. cap. 2. num. 27. & lib. 3.*  
*cap. 4. num. 38. 39. & 40. vbi Add. Scipi. Robi. cons. 1.*

num.



num. 24. Dom. Valenç. cons. 63. num. 93. & consil. 69.  
 num. 2. Paz de tenut. cap. 34. num. 18. & 48. & cap. 34.  
 num. 19. Dom. Castell. lib. 4. cap. 29. num. 4. & lib. 5.  
 cap. 91. à num. 69. & cap. 92. à num. 1. Capyc. Latro  
 lib. 1. controvers. 25. numer. 9. Nogueroi allegat. 23.  
 numer. 4.

71 Lo qual, además de ser tan legal en nuestro caso, no tiene la menor duda, atendiendo, que el específico llamamiento hecho en Doña Ines, además de ser sub nomine propio; se halla, que es vna substitution de Doña Esperança, que solo tenia llamamiento personal, y no real, ni transcendental à sus herederos, que es lo que fundamos *suprà in medio primo*.

### TERCERO MEDIO.

*QUE QUANDO EL LLAMAMIENTO*  
 hecho en Doña Esperança de Carbajal se pudiesse considerar real, y lineal, en el caso de este pleyto, Don Martin de Larreatigui, no puede hazer competencia à Doña Ines nuestra parte.

72 En este tercero medio hemos de procurar manifestar, q̄ la *deciss. leg. cum avus, Cod. de cond. & demonst.* no puede dar la prelación que pretende à Don Martin; pues aunque con los fundamentos antecedentes, quedava assegurada la pretension de nuestra parte, nos ha parecido no omitir este, por ser lo mas principal, conque queda frustrado el intento contrario, y servirá de dar satisfacion à los fundamentos que representò el Abogado de Don Martin, en Estrados.

73 Todo el empeño del Abogado de D. Martin para incluirse en esta succession, y q̄ precediendo à esta parte se le declare por legitimo successor, es la *deciss. dict. leg. cum avus*, y los lugares de Peregrin.

Dom.

92  
Dom. Molin. Castell. & Roxas, que recordamos *supra*  
*num. 35. § nu. 67.* de quo etiam, que no se citará en  
contrario, tradit cum pluribus ipse Roxas *de incompati-*  
*tibil. 7. part. cap. 6. num. 23. § 8. part. cap. 5. num.*  
*23.* Dom. Crespi *observat. 22. num. 147.* fin que nin-  
guo de ellos le pueda favorecer su pretension.

no 174 Lo primero, porque la fundacion de  
este vinculo, y memorias, es notorio, como de ella  
consta, que su fundador no fue ascendiente de Doña  
Esperança, ni de sus hijos, y aunque es muy contro-  
vertido entre los DD. si la representacion se admite  
entre los trasversales, y el señor Molina, Roxas, y otros  
llevan que si, per *leg. 40. Tauri*; pero esta disputa no  
es de este pleyto, y solo pudiera ser, si la *decis. dict. leg.*  
*cum avus*, tiene lugar entre los transversales; y aten-  
diendo al caso de el mismo texto, que solo habla entre  
los descendientes, es sin duda, que no se deve admitir,  
quando los substitutos, & qui vocati sunt, nec sunt fi-  
lij, nec descendentes testatoris, sino transversales, co-  
mo en nuestro caso; porque entonces *cessat coniectu-*  
*ra pietatis, dict. leg. cum avus*, & filii primi vocati non  
*præferuntur cæteris substitutis*; y assi este caso es vna  
de las limitaciones que traen, y previenen para la ex-  
cepcion de la regla, *dict. leg. cum avus*, sic Dom. Gre-  
gor. Lopez *in leg. 10. tit. 4. part. 6. gloss. 3.* verbo: *Dos*  
*hijos*, Fusar. *de substitution. quest. 397. numer. 1.* Dom.  
Castell. *tom. 6. controvers. cap. 116. num. 24.* Ripol. *in*  
*dict. leg. cum avus, num. 87. § sequentib.* Giurba *de*  
*faudis, §. 2. gloss. 10. num. 52. ibi: Secundo in hac tertia*  
*linea deficiunt de iure rationis, quibus superiores linea,*  
*comprobate fuerunt; nec in colateralibus induci potest*  
*ratio, leg. cum avus, ff. de condit. § demonstr. qui so-*  
*lum in descendibus procedit in quorum privilegium*  
*fuit inducta, § ultra suos terminos extendenda nõ est;* y  
assi hallandonos en terminos de esta limitacion, per  
eam, quando deficerent omnia supra dicta, deducitur

indubitatum ius, D. Agnes nuesta parte.

75 Y así en este caso, quando no se haze mencion de los hijos, aunque se llame à la successión al padre, ò à la madre, no por esto han de succeder ellos, y competir al que fuere expecialmente substituido; porque este ha de preferir, ex traditis in 1. § 2. medio, *suprà relatis*. Y en terminos decide nuestro caso, Dom. Crespi de Valdaura *observat. 22. num. 136. ibi: His positis videnda sunt verba illa, si filius maior super vixerit, patri, § gubernatori, § si non super vixerit, alius filius Ausias nominatus, aliquam novam dispositionem inducant ad exclusionem filiorum filij maioris primo vocati; an verò nihil aliud quam, quod tacite in est exprimant? Certum est enim, etiam eis verbis seclusis, vel non expressis, iuxta testantis vocationes, non aliter filium maiorem ad successiónem venire posse, quam defunctis duobus prioribus institutis. Testatrix enim primo loco virum suum scilicet gubernatorem instituit, post eius mortem Ausiam seniore substituit, § eo mortuo eius filium natum maiorem invitavit, qui sanè non aliter succedere poterat, quam utroque antè vocato præ defuncto.* De q se conoce claramente la justicia que assiste à nuestra Doña Inès, juntando, y recordando aqui lo que diximos *suprà num. 65. § 66.*

76 Lo segundo, porque la *deciss. dict. leg. cum avus*, no tiene lugar, y se limita quando el testador en unas substituciones llamó à los hijos, y descendientes, y en otras no hizo mencion de ellos; porque aviendo esta diversidad de llamamientos, y substituciones en aquellas en que no llamó à los hijos, ni descendientes, vt in hoc casu non datur ius transmissionis, nec admittitur representatio; y así en este caso muerto el poseedor, que fue llamado, aunque dexe hijos, no pueden succeder, y solo succederà el que està substituido, in terminis *Mantica de coniect. ultim. voluntate, lib. 10. tit. 8. num. 9. Ripol. ad dict. leg. cum avus, num. 113. Mago-*

nus deciss. *Florentia* 52. vbi casus ferè in nostris terminis proponitur, vbi etiam non vocati prætendebant successionem per representationem matris suæ, quæ fuit vltima possessor, per dict. leg. cum avus, y entre otras limitaciones, que pone, es la presente in num. 12. que dize alsí: Secundo, quia testator fecit plures gradus substitutionum in primo gradu ad favorem filiorum masculorum factò fecit mentionem de filiis filiorum masculis eos ponendo in conditione, & dispositione; in secundo verò gradu ad favorem filiarum, nihil horum enunciauit. Vnde sequitur communis conclusio, quod vbi in personam vnius sit facta mentio de filiis filiorum, in alia non, tunc cessat dispositio, dict. leg. cum avus, ita voluit cum an: relatus à Socin. in dict. leg. cum avus, numer. 38. vbi etiam dicit se consuluisse cum Bald. de Bart. idem in cons. 91. colum. fin. lib. 2. & cons. 2. inter cons. Cur. Sen. Decius cons. 416. col. pen. & 581. num. 5. y profigue citando otros, & vers. Nec obstat, ibi: Nec ob, quod non sit facta mentio de filiis eius cui sit facta substitutio, quia sat est fuisse factam mentionem de filiis alterius filij cui sit facta substitutio secundum receptam sententiam, & sic in favorem substituti, & contra filios vltimæ possessoris fuit decissum, vt refert num. 14. vers. Domini pronuntiarunt.

77 Eandem limitationem cum communi DD. opinione tradit fularius de substitut. quest. 393. vbi agendo de explicatione dict. leg. cum avus, ait in numer. 85. ibi: Limitatur tertio, quando pater duos filios instituit, & alterum gravavit sub conditione, si sine liberis decesserit, alterum verò simpliciter gravavit, quia in isto sic simpliciter gravato non subintelligeretur conditio si sine liberis decesserit, & idem prosequitur, quest. 437. num. 99. & clarus num. 152. ibi: Limitatur quinto, quando in aliquo casu filij positi in conditione essent expresse vocati; tunc enim licet in alia parte testamenti reperiantur positi in conditione, & simpliciter gravati, nõ  
per

per hoc absolute præsumuntur vocati, sed solum in illo casu in quo fuerunt expresse vocati, & ideo gravamem consequitur eis in iunctum solum eveniente casu in quo expresse fuerunt vocati, & non aliter.

78 D. Joan. Baptist. de Larrea deciss. Granat. 33. num. 102. ibi: Non solum expressa voluntas, decessionem, & coniecturam eorum iurium excluderet verum præsumpta solum, & argumenti elicita, ut omisis omnibus unico exponam argumento, eo quod singulariter notat Menoch. lib. 4. præsumpt. 89. num. 94. Emmanuel Costa in cap. si pater, 1. part. verbo: Si absque liberis, num. 10. de testam. si pater plures filios habens, omnes fideicommissio gravaret, ut cum in aliquibus filiis conditionem, sine liberis expresserit, in alijs omisserit; tunc quo ad eos, qui pure gravati fideicommissio, censentur liberi excepti: Nam cum sententia I. C. in dict. leg. cum avus nitatur præsumptamente testantis, contra præsumptione tollitur, qui enim in aliquibus conditionem apposuit, in alijs omisit non creditur in istis etiam repetere conditionem voluisse. Idem repetit in decis. 51. inter fundamenta, quæ exponit ad exclusionem filiorum, que illic decisla fuit, & prælatus patruus, num. 29. sic: Tum etiam coniectura, dict. l. cum avus, ut nepotes excludant patrum, cessat, quando nepotum in aliquo casu, & substitutione mentio facta, ut tunc in reliquis, ex quibus omisi non admitendi, ut patrum excludant, videndus etiã D. Crespi de Valdaur. observat. 20. num. 43. & 44.

79 Eandem opinionem firmiter post longam disputationem sequitur Aguila & Rojas in addit. ad Rojas de incompatib. in dict. part. 5. cap. 4. à donde despues de aver fundado el intento de Don Martin le limita à nuestro intento, in num. 37. ibi: Nunc limitavis hanc Authoris sententiam, quando maioratus institutus plures vocavit cum suis descendentes expresse ad successionem in vitatis, in alio autem nominato vocationem filiorum eius, & descendentes omisit ex causa,

*sa, caute, & cum cura, quia videtur eos excludere, cum de filijs, & descendibus cogitasset in aliorum vocacionibus, y en el num. 38. trae vna decission de la Chancilleria de Granada en propios terminos, en que se determinò, y decidiò à favor del substituto, & contra filios primi vocati.*

80 Y esta limitacion es nuestro caso en terminos terminantes, pues despues de los tres primeros llamamientos hechos en las *clausulas* 4. y 5. passò à hazerse otros llamamientos en la *clausula* 6. 7. y siguientes, en los hijos, y descendientes del dicho D. Miguel Rodrigo, haziendo vna division tan discretiva, como se vè en dichas clausulas; conque se verifica la decission de todos los DD. que dexamos recordados, que eo, que no hizo mencion de los hijos, y descendientes de Doña Esperança, fue porque no quiso succediesen en este vinculo, ni memorias.

81 Y con esto se responde, y satisface à la razon en que se fundan todos los DD. que recordamos para el intento contrario, *suprà numer. 35. 67. & 73.* pues la razon que dan D. Molin. D. Castell. Rojas, & ceteri, para que *ex dict. leg. cum avus*, se entiendan llamados los hijos, y demás descendientes, es por la perpetuidad de el mayorazgo, porque no se pierda; lo qual en nuestro caso cessa, pues de todas las clausulas se conocen los repetidos llamamientos que ay posteriores, y aunque el fin particular del fundador fue, se perpetuasse este vinculo, y memorias en los hijos, y descendientes de Don Miguel Rodrigo, *ex claus. 6. & seqq.* cuyo intento ponderamos *suprà numer. 53. vsque ad 57.* conque no puede aver el peligro de que falte el mayorazgo, en cuyo caso cessa la disposicion de dichos DD. *vt in terminis consideravit, D. Larrea dict. deciss. 51. numer. 30.* y cessando, como cessa en esta disposicion la causa final, y fundamental de sus resoluciones, no se pueden aplicar à nuestro pleyto, y esto mismo lo advirtiò

tiò D. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 30. vers. Hac autem omnia, pues dize se ha de entender, quando nulla mentio facta sit descendentium; conque se comprueba nuestro intento.

82 Ultra, de lo referido hallamos en las clausulas de este mayorazgo, que el llamamiento hecho en Doña Esperança està con la clausula, por los dias de su vida, como tantas vezes repetimos, supr. in 1. medio; y que en los llamamientos, que se hallan con esta calidad no tenga lugar la decis. dict. leg. cum avus, in terminis terminantibus tradit Magonius dict. decis. 52. num. 13. ibi: Tertio non levis est coniectura pro substituto, quod non excludatur per existentiam filiorum, & nepotum, qua sumitur ex illa limitata, & taxata institutione filiarum in earum vita naturali tantum durante facta, y prosigue videndus; y en el num. 11. versicul. Domini, refiere la decision à nuestro favor, & in num. 15. tambien pone otras muchas decisiones: y esta misma limitacion con otros muchos DD. tradit Fuesarijus de substitut. dict. quest. 393. num. 89.

83 Ex quibus omnibus, que son en terminos de nuestras clausulas, se hallarà, que la decision dict. leg. cum avus, ni los DD. de que se vale Don Martin para su intento, no son aplicables para esta succession; y mucho menos la decision tan ponderada à su favor de Roxas de incompatibilit. 5. part. cap. 4. à numer. 22. usque ad fin. pues alli solo hubo aquellos tres llamados Philipo, Dionisio, y Gregorio, sin aver otros llamamientos, ni tampoco estavan substituidos vnos en pos de otros; y por esso es la disputa de el Roxas, de si colectivè, aut disiunctivè, se avian de entender llamados; con que toto zelo distat de nuestro caso, sin que tenga palabra en que se pueda dezir convenien.

SATISFACESE A VN REPARO.

84 Reconocido el poco derecho de Don M Mar-

Martin, por su Abogado en Estrados se dixo, q̄ esta era vna fundacion hecha por vnos Comissarios, y q̄ estos no tuvieron poder especial para hazer estos llamamientos irregulares, pues el Comissario para testar *ex leg. 31. Tauri*, ò para hazer mayorazgo, no puede hazer llamamientos, ni substitutions irregulares, ni para poner gravamenes à los electos, *ex leg. unum ex familia, §. sed si fundum, §. si de falcidia, ff. de leg. 2.* con otros muchos textos, y DD. que lato calamo juntò Dom. Paz *de tenut. cap. 34. num. 116. cum pluribus sequentibus. Roxas de incompatibil. 3. part. cap. 1. à num. 20.* y que assi la irregularidad de los llamamientos quedava nula, y sin efecto, vt tradit ipse Paz *num. 142. & omnes, sicut accidit en las disposiciones contra leg. 27. Tauri*, que solo se irritan, y anulan las condiciones, y gravamenes, que perjudican la sucesion, Roxas *1. part. cap. 1. num. 54. §. 7. part. cap. 1. num. 34. §. sequentibus. Dom. Salgad. Labyrinth. 1. part. cap. 4. numer. 16. & alij*, pretendiendo por este medio, que el llamamiento hecho en su madre fuesse regular.

85 Cuyo reparo quedò à la vista de este pleyto desestimado, por reconocer los señores Juezes, que la facultad que se les diò à estos Comissarios fue con la mayor amplitud que se puede prevenir, como consta de la clausula relata *supr. num. 6. ibi: Ayan, y ordenen mi testamento, y ultima voluntad, haziendo mandas, y legados, como les pareciere: y que siendo la facultad tan ampla, no tiene lugar la disputa de el señor Paz, nec cæterorum*, que quedan referidos, porque en este caso el Comissario, por representar la misma persona de el testador, puede poner los gravamenes, condiciones, y substitutions, que le pareciere, *leg. creditor, §. si inter maritum, §. Lutius, ff. mandati, Menoch. lib. 1. de arbitr. quest. 7. num. 32. §. sequentibus. Petr. de Peralta in dict. leg. unum ex familia, §. sed*



§. *sed si fundum*, ff. de leg. 2. numer. 15. Petr. Surd. consil. 357. numer. 10. & consil. 380. Mantica de tacit. & ambig. con. lib. 7. tit. 15. numer. 25. latissime cum pluribus Dom. Castell. lib. 4. controuers. cap. 36. à num. 46. usque ad finem; adonde responde, y dà verdadera inteligencia à le doctrina de el señor Paz, y propone todos los fundamentos contrarios à num. 31. quod etiam lato calamo, & magna eruditione per agit, & sequitur Aguila & Roxas in Add. ad Roxas de incompatibilit. 1. part. cap. 6. numer. 379. usque ad 409. vbi diversos casus proponit, & explicat Dom. Paz, omninò videndus.

86 Secundò respondetur, que en nuestro caso, como los gravámenes de restitucion se pusieron à favor de otros de la familia, son validos, y permitidos, Portoles de consort. & fideicom. legal. cap. 41. numer. 21. cum pluribus Hermosill. in leg. 7. tit. 4. part. 5. gloss. 5. numer. 19. Tondut. quest. civil. lib. 2. cap. 50. numer. 35. Gancer. lib. 3. variar. cap. 7. numer. 119. Add. ad Molin lib. 2. cap. 4. numer. 10. D. Solorçan. tom. 2. de iur. Ind. lib. 2. cap. 11. à num. 25. y la razon es, porque no ay duda, que pudieron llamar primero à vnos que à otros, Nogueroi alleg. 9. numer. 77. D. Castell. dict. cap. 36. numer. 56. 57. 68. & fin. vers. Pro hac igitur, plures Rojas de incompat. 2. part. cap. 6. numer. 358.

87 Vtcrius, que no ay duda, que el Commissario que tuvo facultad libre para dar, y eligir, puede dividir los tiempos, llamando vnos, ad certum tempus, vt omnes DD. indubitanter affirmant ex doctrina Bartoli ad leg. unum ex familia, §. *sed si fundum*, D. de leg. 2. numer. 2. D. Roder. Suarez in leg. quoniam in prioribus in declarat. leg. Regni, quest. 5. nu. 2. Sesse deciss. Aragon. deciss. 437. numer. 5. & alij plures quos refert Hermos. in dict. leg. 7. gloss. 5. numer. 20. ibi: Et poterit plures gradus substitutionum facere eligendo unum ad vitam, & post eius vitam alium ex eis quos eligere possit

possit, & inter eos tempus dividere, que es lo que execu-  
taron los Comissarios en esta disposicion, sin que sea ca-  
paz esta fundacion de los reparos contrarios: Lo prime-  
ro, porq̄ para reconocer si el Comissario pudo hazer, ò  
no, se ha de mirar à la facultad que se les concediò por  
el testador, que es lo que cum D. Castell. & alijs resol-  
vit Aguila, ad Rojas dict. 1. part. cap. 6. num. 409. y en  
este caso no pudo ser mas absoluta, y libre que la que  
tuvieron estos Comissarios, por aquellas palabras, co-  
mo les pareciere, que manifiestan la libre voluntad, D.  
Castell. dict. lib. 4. cap. 36. num. 49.

88 Lo segundo, que no tuvieron la pre-  
cision de fundar mayorazgo, ni tal dixo el testador en  
su clausula, y faltando esto, no ay duda pudieron dispo-  
ner de todos los bienes, como les huviera parecido, co-  
mo lo reconoce Dom. Paz dict. cap. 34. num. 419. y el  
aver hecho semejante disposicion, como la que hizie-  
ron, fue solo executando lo que les avia comunicado  
el testador, como lo dizen en sus clausulas; y assi no se  
puede legalmente fundar exceso alguno contra lo  
que dexaron ordenado.

Conque por todos medios queda claro el justo  
intento de Doña Ines de Carbajal, nuestra parte, en  
que se la absuelva de la demanda contraria; y se decla-  
re à su favor la succession deste vinculo, y memorias,  
& ita speramus iudicandum. Salvo, &c. D. V. D. C.

Lic. D. Francisco Gomez  
de la Madriz.









FA



FA 3728