

247



En ocasion de el Contaxi de Sr. Alparezio una * Enla,
 frente de N.ª S.ª del Rosario que Aprobó Pormilagrosa El Plus
 trissimo S. Arpo Y la Ciudad En la sa lud que es permen ta
 Año, 1679 Sere GALINDO

P O R

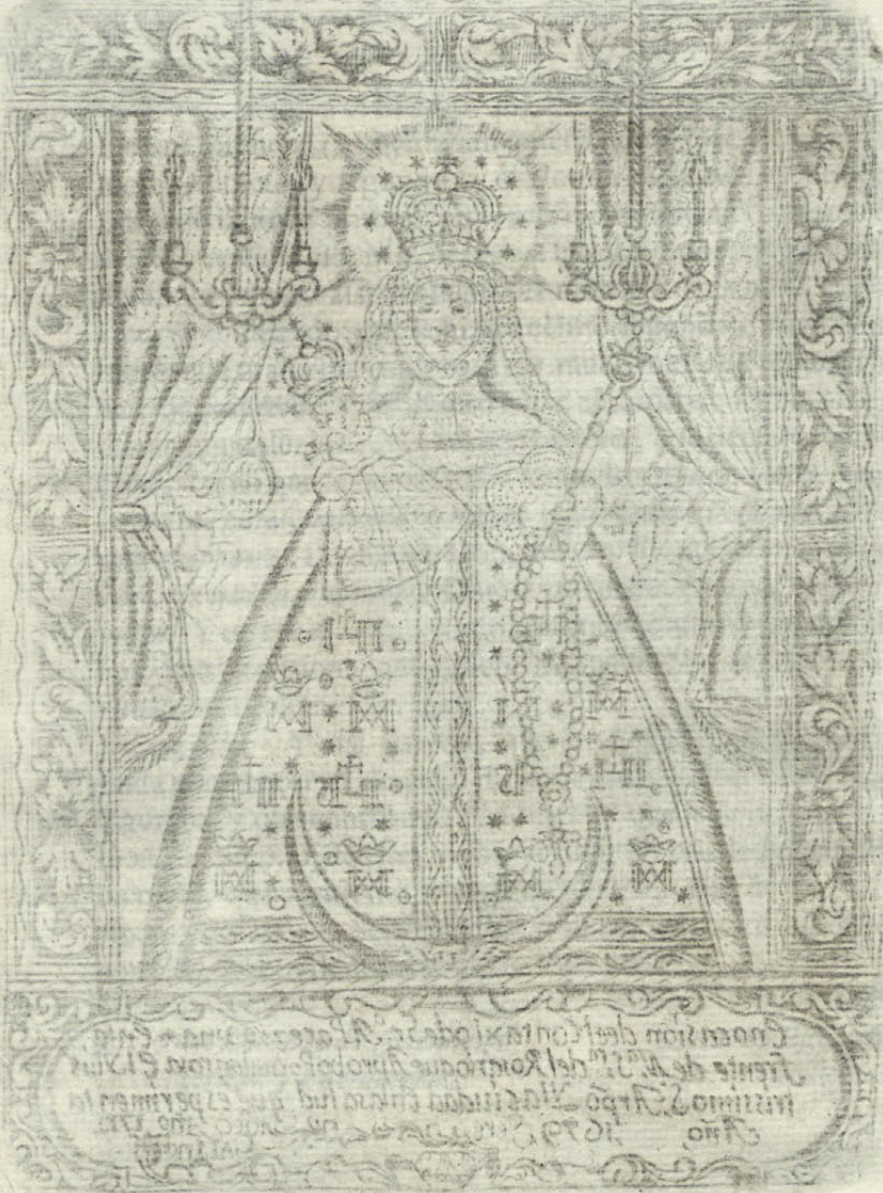
DON LOPE GONZALEZ DE AVELLANEDA,
 vezino , y Regidor Perpetuo de la Ciudad de
 Murcia. (20)

EN EL PLEYTO

CON D. THADEO MIGVEL GONZALEZ DE AVELLANEDA
 Menor , (22) su sobrino , vezino de la dicha Ciudad
 de Murcia.

A CVYO PLEYTO HAN SALIDO COMO TERCEROS
 por su proprio derecho,

DON JOSEPH GONZALEZ DE AVELLANEDA , (24) HIJO
 del dicho D.Lope, y D. Miguel Thadèo Gonçalez de Avellaneda,
 (23) hermano del dicho D. Thadèo.



P. O. R.

DON LOPE GONZALEZ DE AVELLANEDA,
 vecino, y Regidor Perpetuo de la Ciudad de
 Murcia. (20)

EN EL PLEYTO

CON D. THADEO MIGUEL GONZALEZ DE AVELLANEDA
 Mayor, (22) la fortuna, vecino de la dicha Ciudad
 de Murcia.

A CUYO PLEYTO HAN SALIDO COMO TERCEROS
 por su propio derecho,

DON JOSEPH GONZALEZ DE AVELLANEDA, (24) HIJO
 del dicho D. Lope, y D. Miguel Thadeo Gonzalez de Avellaneda,
 (23) hermano del dicho D. Thadeo.

N. 1. **P**RETENDE DON

Lope Gonçalez de Avellaneda, (20) que se declaran por incompatibles los Mayorazgos fundados por Pablo de Roda, (1) Don Guillèn de Roda, (3) Don Lope Ruiz de Sandoval, y Doña Cathalina Jaymes su muger, (5) y (6) y por Don Francisco Gonçalez de Avellaneda, (2) y afsimismo pretende, que haga eleccion de vno de los dichos Mayorazgos Don Thadeo Miguel Gonçalez de Avellaneda, (22) y que hecha la

dicha eleccion, se le conceda à Don Lope, para que elija el que le pareciesse de ellos; y de los que quedassen haga afsimismo eleccion Don Joseph Gonçalez de Avellaneda su hijo. (24)

2. Y para acreditar lo justo de la pretension de el referido D. Lope, (20) serà preciso hazer expresion de las dichas Fundaciones, y de las clausulas, y condiciones, que son à el punto de el pleyto conducentes; sin que se falte à lo que consta en los Autos en vn apice.

FUNDACION DE PABLO DE RODA.

(Casa 1.)

3. **E**N el año passado de seiscientos y treze otorgò su Testamento cerrado, baxo de cuya disposicion murid el dicho Pablo de Roda; (1) y por èl fundò Vinculo, y Mayorazgo de el tercio, y remaniente del quinto, con diferentes condiciones; y entre las Clausulas fugetas à ellas, ay vna, que dize asì:

4. *Item, que todos los llamados à este Vinculo, y Mayorazgo, y que succedieren, que sean obligados à llamarse, y hazerse llamar publica, y secretamente, por escrito, y de palabra, y firmarse el Nombre, y Apellido de Roda primero, que otro*

ninguno Nombre, ni Apellido, y tener, y traer en sus Escudos por Armas principales las de el dicho Apellido; y si asì no lo hizieren, y cumplieren, ayan perdido, y pierdan el dicho Vinculo, y bienes de el, qual los excluyo, y quiero que succeda en el siguiente en grado.

5. Y à la succession de dicho Mayorazgo llamò à Don Guillèn de Roda su hijo, (3) y à sus hijos, y descendientes en la forma regular; y despues llamò à Doña Petronila de Roda, (4) y los suyos en la misma forma.

* * *

FUNDACION DE DON GVILLEN

de Roda. (3)

6. **E**N el año passado de seiscientos y veinte y nueve, el dicho Don Guillèn por su Testamento, y en virtud de Facultad Real, que se infertò en èl, fundò Vinculo, y Mayorazgo de diferentes bienes, y llamò à la succession à Don Nicolàs de Avellaneda (8) su sobrino, sus hijos, y descendientes; y despues haze otros llamamientos, y pone diferentes condiciones, y entre sus Clausulas ay vna, que dize:

7. *Item, con condicion, que el Possedor de este Mayorazgo tenga obligacion à llamarse el Nombre de Pablo, ò Guillèn, y el sobrenombre de Roda, y traer las Armas de Roda; y si acaso succediere, que el Possedor tuviere otro Mayorazgo incompatible, si huviere otro en igual grado, passe à el el Mayorazgo à su eleccion, dexando este, ò el que renia, ò tuviere incompatible, y despues si*

A

11

tuviere hijos, que de en su eleccion el que ha de suceder de ellos, para que

ambos Mayorazgos vayan divididos, y guarden sus condiciones.

FUNDACION DE DON LOPE RVIZ de Sandoval, y Doña Cathalina Jaymes.

(5) y (6)

8. **D**on Lope Ruiz de Sandoval, y Doña Cathalina Jaymes su muger, (5) y (6) otorgaron Escritura de donacion intervivos irrevocable, y por ella fundò el Don Lope Mayorazgo del tercio, y quinto de sus bienes, y la Doña Cathalina su muger de vn pedazo del tercio de los suyos, y de ellos fundaron Vinculo, y Mayorazgo en favor de Don Francisco de Sandoval su hijo, (10) y sus hijos, y descendientes en la forma regular; y vna de las Claufulas, que en èl se comprehende, es la siguiente.

9. *Item con condicion, que sean obligados todos los que possyeren este Vinculo, y Mayorazgo à nòbrarse de el Apellido de Sandoval en primer lugar, y poner el Escudo de mis Armas à do se acostumbra; por que es mi voluntad, que este Apellido, y Armas se conserven, y de otra manera no le puedan possyee los llamados à este Mayorazgo, trayendo las Armas en principal lugar.*

10. Y por otra Clausula dizen: *Item es condicion, que luego que succediere en este nuestro Mayorazgo qualquier de los llamados, antes que tome, y aprebenda la possession de los bienes en èl contenidos, ò dentro de seis meses, que le possyee, sea obligado à hazer pleyto omenage, segun Fuero de Espana, en manos de Cavallero Fijodalgo, de cumplir, è guardar todas las Clausulas, è condiciones de èl, como en èl se contiene.*

11. Por otra dizen: *Item estos gravamenes, y condiciones arriba expressados, querèmos, y es nuestra voluntad, que los abaxo nombra-*

dos, è llamados ayan, è possyean este nuestro Vinculo, è Mayorazgo, è por el mismo caso, que no guardaren las dichas condiciones, y gravamenes puestos, y qualquiera de ellos, y de ellas, sean tenidos por excluides de gozar este nuestro Vinculo, è Mayorazgo; porque en saltando en qualquier condicion, ò gravamen, desde agora los tenemos por excluidos, y por incapazes de la succession, è possession de èl, è querèmos passe à el siguiente llamado.

12. Y por otra Clausula expressaron: *Y querèmos, y es nuestra voluntad, que todas las vezes que este nuestro Vinculo, è Mayorazgo, que aqui fundamos respectivamente cada qual de los bienes, que arriba diximos, viniere à juntarse por legitima succession de los llamados à èl, con qualquiera otro Mayorazgo, que los tales por qualquier otro modo, ò Fundacion possyeren, se guarde el modo, y orden siguiente.*

13. Lo primero: *Si este Mayorazgo se juntare cò qualquier otro Mayorazgo, que possyere el hijo segundo nuestro D. Antonio Jaymes y Sandoval, èl los possyee ambos, y si los Mayorazgos, que fuera de este possyere, tuvieren clausula, que no se junte con èl este nuestro, en viendo varones en quien dividirse, es nuestra voluntad, que el hijo mayor del dicho possyee este nuestro Mayorazgo, y renuncie qualquier otro incompatible con este; y si no lo hiziere dentro de tercero dia, que à su noticia viniere la dicha impossibilidad, lo pierda, è passe à el siguiente her-*

mano suyo varon; que es nuestra voluntad, que en aviendo un solo hermano varon, el tal pueda posseder este Mayorazgo con qualquier otro que tenga, e no se divida en heredero hembra entonces, y el tal sea obligado à llamarse en primer lugar del nombre de Sandoval, y traer las Armas de los Sandovals, como arriba es dicho. Pero si en el tal hijo segundo nuestro viniere à juntarse este Mayorazgo con otros, querèmos, y es nuestra voluntad, que si el tal Don Antonio solo tuviere hijas legítimas, la primera, è mayor en edad lleve este Mayorazgo con las clausulas, y condiciones arriba dichas, y los demás Mayorazgos, que con este fuesen impossibles, si la tal no los renunciare dentro del termino dicho, este nuestro Mayorazgo vaya à la siguiente hija en edad, que fuere capaz de el, conforme à las condiciones arriba dichas; pero si el tal nuestro hijo Don Antonio tuviere solo una hija, la tal querèmos posseda este nuestro Mayorazgo, y en sus hijas, ò hijos se guarde lo que arriba dicho es.

14. Estomismo, que tenemos dicho en el modo de succeder en este nuestro Mayorazgo en la linea de Don Antonio, querèmos, y es nuestra voluntad se guarde en la linea de qualquier hijo varon, que Dios N. Señor fuere servido de darnos de aqui adelante.

15. Item, es nuestra voluntad, que si en nuestro hijo Don Francisco de Sandoval, en quien primeramente instituímos, y fundamos este nuestro Vinculo, è Mayorazgo, ò en sus legítimos sucesores, viniere à juntarse este nuestro Vinculo, y Mayorazgo con qualquier otro, que con este nuestro, segun las clausulas, y condiciones por nos pedidas, tuvieren impossibilidad, se guarde lo arriba ordenado en el segundo hijo.

16. Tambien se supone, que

para la irrevocabilidad, y firmeza de la dicha donacion, y Fundacion de Mayorazgo, y para no poder alterarla, ni limitarla, dixeronsi en la obligacion: Para mayor firmeza de esta Escripura de Vinculo, è Mayorazgo, hazemos donacion à nuestro hijo mayor Don Francisco de Sandoval de todos los dichos bienes, entregandole la possessiõ de todos ellos desde luego como à el primero llamado à el, en quien le instituímos, y en señal de esta entrega, y possessiõ le entregamos esta Escripura de donacion entre vivos irrevocable, y querèmos que desde este momento, y aora que por nosotros es otorgada esta Escripura, los dichos bienes finquen por bienes de Vinculo, è Mayorazgo verdadero, para cuya mayor firmeza desde luego nos apartamos, y desistimos de el señorio directo, è propiedad, que à los dichos bienes tenemos, è todo lo cedemos, è traspasamos en el dicho Don Francisco de Sandoval nuestro hijo, y en los demás llamados à este Mayorazgo, è nos constituimos por sus inquilinos tenedores de ellos, y en señal de possessiõ entregamos à el dicho nuestro hijo esta Escripura, para que la tenga por justo, è derecho titulo de estas dichos bienes el, y los demás llamados, è prometemos, è nos obligamos, è juramos à Dios N. Señor en esta Santa Cruz de Christo N. Redemptor, de no revocarla, ni limitarla en cosa alguna, ni ir, ni venir contra lo dispuesto, y ordenado en ella.

17. Y despues prosigue la dicha Doña Cathalina diziendo: F de este juramento no pedirè absolucion à su Santidad, ni à otro Juez, ni Perlado, que para ello poder tenga, y si le pidiere, no sea oyda en juicio, ni fuera de el.

18. Tambien es constante de los Autos, que en el mismo dia, que se otorgò la dicha Escripura, hallandose presente à su otorgamiento

to el dicho Don Francisco de Sandoval (10) la aceptò, y se obligò à cumplir todas sus condiciones, y diò las gracias à sus Padres por el beneficio, que de ellos avia recebido.

19. Hecha en esta forma la referida Fundacion, acudiò el dicho Don Lope (5) en el año de seiscientos y treinta y cinco ante el Juez Ordinario Eclesiastico de la Ciudad de Murcia, y dixo: que con su muger avia otorgado la dicha donacion irrevocable, y que se le añadió el juramento por la dicha Doña Cathalina, (6) y que en ella avia dos Clausulas; y prosigue con estas palabras formales: *Que la primera es la Fundacion de vna Pia memoria, que no se pudo imponer en el tercio de los bienes de la susodicha, por ser contra la forma de la ley 27. de Toro; y la segunda contiene vn gravamen, que prohibe, que el successor en el Mayorazgo fundado en dicha donacion, no pueda succeder en otro Mayorazgo alguno, la qual es odiosa, y ocasionada à pleytos, y en gran perjuizio de Don Francisco de Sandoval nuestro hijo, primer llamado à el dicho Vinculo.* Y pidió, que para que se cum-

pliesse el animo, è intencion de favorecer à el dicho Don Francisco, se concediesse à la dicha Doña Cathalina relaxacion, y absolucion de el dicho juramento.

20. La que se concediò por el dicho Juez Eclesiastico, para que pudiesen reducir la Pia memoria à el quinto de los bienes; y asimismo, para que pudiesse quitar la dicha Doña Cathalina el gravamen, que avia puesto, para que no pudiesse estar este Mayorazgo junto cò otros.

11. En fuerça de la qual concession los dichos Don Lope, y Doña Cathalina (5) y (6) cargaron la dicha Memoria sobre el quinto de los bienes, sin que en la disposicion, que hazen en fuerça de dicha concession, hablen palabra sobre la revocacion de la Clausula de Apellido, y Armas en primero, y preeminente lugar, ni de la que se supuso inciertamente en la relacion del pedimento, de que este Mayorazgo no se juntasse con otro, y antes bien aprobaron, y ratificaron en todo, y por todo la dicha Fundacion, Clausulas, y condiciones de ella.

(**)

FUNDACION DE DON FRANCISCO

Gonzalez de Avellaneda, (2)

22. EN el año de 641. el dicho Don Francisco Gonzalez de Avellaneda fundò Vinculo, y Mayorazgo de el tercio de sus bienes, y otros que le pertenecian por otros derechos, y à la succession de èl llamó en primer lugar à Don Francisco do Avellaneda su nieto, (13) y sus hijos, y descendientes en la forma regular; y acabada la linea del susodicho, llamó à la succession à Don Fernando de Avellaneda asimismo su nieto, (14) sus hijos, y descendientes en la misma forma; y à falta de la linea de el dicho Don Fernando,

llamò à otro su nieto llamado Don Juan de Avellaneda, que no està en el Arbol, y sus hijos, y descendientes en la misma forma; y acabada la linea del dicho Don Juan, llamó à la succession à otra su nieta llamada Doña Juana de Avellaneda, que tampoco està en el Arbol, sus hijos, y descendientes en la misma forma; y à falta de la linea de la dicha Doña Juana, llamó à la succession de dicho Vinculo à Don Joseph de Avellaneda su nieto, (12) q̄ era el primogenito de los dichos cinco nietos, y llamó en la misma forma sus descendientes.

Y

23. Y entre las Claufulas de dicha Fundacion ay la de el tenor siguiente: *Item, que los successores de este mi Mayorazgo se ayan de llamar de mi Nombre, y Apellido, y traer mis Armas derechas, como yo à el presente las traigo, llamandose primero de mi Nombre, y Apellido Gonzalez de Avellaneda, y trayendo mis Armas siẽpre en el mas preeminente lugar; y no lo cumpliendo asì, que por el mismo hecho passe la succession de el à el siguiente en grado, lo qual se entienda a diendo passado tres meses sin averlo cumplido despues de aversele diferido la succession de el, y aver sabido lo sobredicho, sin que para esto sea necessario interpe-*

lacion, monicacion, ni lapso de más termino, ni otra diligencia alguna.

24. Por otra Claufula, no consecutiva à la referida, sino es despues de otras muchas, dixo asì: *Item quiero, y es mi voluntad, que si acaso fuere, que succedere en los dichos bienes de este Mayorazgo alguno que tuviere, y possedere los bienes de los Mayorazgos, que fundaron Don Rodrigo de Avellaneda, y Pablo de Roda, Regidores que fueron de esta Ciudad, en tal caso passe la succession, y possession de los bienes de este Mayorazgo al siguiente llamado en grado, con que lo sobredicho no se ha de entender con ninguno de los dichos mis nietos, y de sus descẽdẽcias.*

FVNDACION DE DOÑA CATHALINA Jaymes de Junteron, (6) de parte del tercio, y del quinto de sus bienes.

25. EN el año passado de 646. fundò Vinculo, y Mayorazgo la dicha Doña Cathalina Jaymes (6) en favor de Don Antonio Sandoval, y Jaymes su hijo segundo, (11) sus hijos, y descendientes en la forma regular; y despues llamó à D. Francisco, (10) y los suyos con diferentes condiciones, y entre ellas con la siguiente.

26. Primeramente con condicion, que todos los que possyeren los bienes de este dicho Vinculo sean obligados à nombrarse en primer lugar de el nombre, y Apellido de Jaymes, y poner el Escudo de mis Armas à donde se acostumbra; porque es mi voluntad, que el dicho mi Apellido, y Armas se conserve, porque mi voluntad es no lo puedan posseder los llamados à este dicho Vinculo de otra manera, si no fuere, como dicho es, llamandose de el dicho mi Nombre de Jaymes, y trayendo mis Armas en el mas preeminente lugar; y si asì no lo hizieren, passen los dichos bienes à

el siguiente en grado, que lo cumpliere.

27. *Item, asì mismo es mi voluntad, y condiciones de la succession en los bienes de este Vinculo, y Mayorazgo, que siempre que oviere dos hijos varones, ò mas, y el mayor de ellos tuviere otro qualquier Mayorazgo, este mi Vinculo, y Mayorazgo passe à el segundo hijo, que no tuviere otro ningun Mayorazgo, porque mi voluntad es, que mi Nombre, y Apellido se conserve, como vè declarado; pero si no huviere mas de un hijo varon, pueda posseder los bienes de este dicho Vinculo por todos los dias de su vida, aunque tenga, y posea otro Mayorazgo, y dexando hijos varones se divida, como dicho es, en el segundo, el qual, y los demás successores han de ser obligados à guardar, y cumplir esta condicion, y demás condiciones, que van declaradas; y no a diendo ningun hijo varon, sino hembras, possyendo la mayor otro qualquier Mayorazgo, la segun-*

da suceda en los bienes de este dicho Vinculo, porque así es mi voluntad, y lo mando como mejor ha lugar de derecho.

28. Y es de advertir, que en el Testamento en que la dicha Doña Cathalina Jaymes (6) fundò el Mayorazgo à favor de el Don Antonio su hijo, (11) haze mencion de el Mayorazgo fundado de la parte del tercio de sus bienes por la susodicha, y su marido à favor del dicho Don Francisco de Sandoval, (10) y de la Escripura de reformation, que se subsiguiò, y expresa à el num. 310. de los Autos, que la reformation recayò sobre vna Pia memoria, que fundaron en la Escripura de Fundacion de dicho Mayorazgo, y no haze mencion alguna, de que la dicha reformation recayesse sobra otra Cláusula de la expresada Fundacion, y aprueba en esta forma, y ratifica las dichas Escripuras de Fundacion, y reformation.

29. Estas son las Fundaciones, que han jugado, y estàn en los Autos, para el concepto de las incompatibilidades, que se han dificultado por las Partes, sin que en manera alguna conste en ellos la Fundación de Don Fernando de Avellaneda, (14) en consideracion de lo qual en todo el progreso de este juicio, por no constar de los Autos no se ha tratado de dicha Fundacion, y por la misma razon (aunque de ella no resulta incompatibilidad alguna) no nos deberèmos hazer cargo de la dicha Fundacion.

30. Supuesto lo referido, es constante de los Autos, que en el año de 82. por el fallecimiento de Doña Cathalina de Sandoval, (15) y en el año de 83. por muerte de Don Fernando de Avellaneda su marido, (14) entrò Don Francisco Gonçalez de Avellaneda (19) en la posesion de el Mayorazgo fundado por Don Lope Ruiz de Sandoval, y Doña Ca-

thalina Jaymes, (5) y (6) y en la del fundado por D. Francisco Gonçalez de Avellaneda. (2)

31. Asimismo es constante de los Autos, que en el año de 688. por muerte de Doña Florencia de Avellaneda (18) entrò en la posesion el dicho Don Francisco (19) de los Mayorazgos fundados por Pablo de Roda, (1) y Don Guillèn de Roda, (3) y en la de otros muchos Mayorazgos, como se manifiesta de los Autos de posesion, que estàn en los de este pleyto, sobre cuya sucesion, è incompatibilidad oy no se trata.

32. Asimismo es hecho constante, que por averse entrado Religioso de la Compania de Jesus Don Luis de Cevallos y Sandoval, Posseedor que era de el Mayorazgo fundado por Doña Cathalina Jaymes (6) se le diò la posesion de èl à Don Lope Gonçalez de Avellaneda, (20) por su Curador, por ser de edad de 14. años.

33. Asimismo es indubitable, que en el año de 705. puso demanda el mencionado D. Lope (20) à Don Francisco su hermano (19) ante la Justicia de la Ciudad de Murcia, sobre la incompatibilidad, que contenian los Mayorazgos fundados por Don Lope Ruiz de Sandoval, y Doña Cathalina Jaymes su muger, (5) y (6) y Don Francisco Gonçalez de Avellaneda; (2) y asimismo introduxo la pretension, de que se exhibiessen otras Fundaciones, para reconocer las incompatibilidades, que contenian los Mayorazgos, de que se avia dado la posesion à el dicho D. Francisco (19) y aviendose traído los Autos à esta Corte en el mencionado año de 705. estuvieron suspensos los Autos hasta el de 729, en que se puso la demanda por el dicho Don Lope, sobre la incompatibilidad de los Mayorazgos de el dicho Pablo, y Don Guillèn de Roda, (1) y (3) y de los de Don Francisco Gonçalez de
Ave-

Avellaneda, y Don Lope Ruiz de Sandoval, (2) y (5) cuyo pleyto subfanciado, se halla visto por V.S. para su determinacion.

34. Suponese tambien, que en el año de 706. hallandose el expressado D. Lope Gonçalez de Avellaneda (20) en esta Ciudad, otorgò cierta Escriptura de renuncia, y cesion en favor de Don Luis Gonçalez de Avellaneda y Jaymes su hijo segundogenito, (25) en que dixo, que estava pretendiendo el Mayorazgo, que avia fundado Doña Inès de Avellaneda, y la real possession de èl, y que este tenia vna Clausula, en que mandaba à el Possedor, que llevasse su Apellido, y Armas en primer lugar, y que poseia el dicho Don Lope el fundado por la dicha Doña Cathalina Jaymes (6) con el mismo precepto: en consideracion de lo qual, y de que obteniendo el Mayorazgo, que litigaba, no podia cumplir el precepto de ambas Fundaciones, por hallarse con dos hijos varones, que el segundo de ellos era el dicho Don Luis, (25) hizo renuncia à favor de este de el referido Mayorazgo, que fundò la dicha Doña Cathalina Jaymes.

35. Tambien es constante, que Don Joseph Gonçalez de Avellaneda, (24) hijo primogenito de el expressado Don Lope, (20) y Don Miguel Gonçalez de Avellaneda, (23) hijo segundogenito de D. Francisco, (19) han salido à este pleyto como Terceros excluyentes, y no se duda, que Don Joseph Gonçalez de Avellaneda (24) es de edad de 26. años, y Don Luis Gonçalez de Avellaneda (25) es de edad de 25. años,

y Don Thadèo Miguel, que es el hijo primogenito de D. Francisco Gonçalez de Avellaneda, es de edad de menos de 14. años.

36. Supuesto el hecho referido, se dividirà este Informe en seis Conciusiones: Y en la primera se fundarà la incompatibilidad, que tiene el Mayorazgo, que fundò Pablo de Roda, (1) con los que fundaron Don Francisco Gonçalez de Avellaneda, (2) y Don Lope Ruiz de Sandoval, y Doña Cathalina Jaymes. (5) y (6)

37. En la segunda se probarà la incompatibilidad, que tiene el Mayorazgo fundado por D. Guillèn de Roda, (5) con los demàs Mayorazgos, que juegan en este pleyto.

38. En la tercera se pondrà la incompatibilidad, que tambien resulta de la Fundacion de Mayorazgo, y Escriptura otorgada por Don Lope Ruiz de Sandoval, y Doña Cathalina Jaymes su muger. (5) y (6)

39. En la quarta se manifestarà la incompatibilidad, que tiene el Mayorazgo fundado por Don Francisco Gonçalez de Avellaneda. (2)

40. En la quinta se probarà el justo derecho, que assiste à dicho Don Lope para la succession, y eleccion de los Mayorazgos, en que no hiziesse eleccion el expressado D. Thadèo su sobrino.

41. Y en la sexta asimismo se fundarà el derecho, que tiene Don Joseph Gonçalez de Avellaneda (24) para elegir, despues de aver hecho la eleccion los dichos D. Thadèo, y Don Lope.



CONCLUSION I.

EN QUE SE FVND A LA INCOMPATIBILIDAD, que tiene el Mayorazgo, que fundó Pablo de Roda (1) con los Mayorazgos de este pleyto.

42. **P**Ara passar à fundar la que entre si tienen estos Mayorazgos, tenemos por principio, que la incompatibilidad es en dos maneras: vna expressa, y otra tacita, y conjeturada. Dom. Castell. lib. 5. *Controu.* cap. 12. num. 41. y 42. & lib. 5. cap. 181. num. 1. & 3. Luca de *Fideicom. discurs.* 13. num. 17. Dom. Molin. de *Primog. lib. 1. cap. 13. num. 95.* Roxas de *Incompat. part. 7. cap. 5. num. 69.* & 72. vsque ad 74. Aguila ad Roxas *part. 8. cap. 4. num. 2.* D. Larr. *decis. 51. num. 3.* Dom. Valenc. *consil. 83. num. 34.* & *seq.* Otero de *Official. cap. 8. part. 1. num. 13.*

43. Incompatibilidad expressa es aquella, en que clara, y expressamente la ley, ò el Testador prohíbe el simultaneo concurso de dos Mayorazgos, empleos, ò cargos en vna misma persona. La legal incompatibilidad *pater ex leg. 7. tit. 7. lib. 5. Recopil.* donde se previene, que dos Mayorazgos que tengan de renta de dos quentos arriba, no se juntan en vna misma persona; y la incompatibilidad expressa *ab homine*, es quando se prohíbe el concurso, y vnion de vn Mayorazgo con otro por el Fundador, excluyendo à el que tiene otro Mayorazgo, vt docent Dom. Molin. *lib. 3. cap. 2. num. 28.* Dom. Castell. *lib. 5. Controu. cap. 178. n. 2.* & 15. *cap. 180. num. 2.* vers. *Ne Maioratus ipsi vniantur.* Et num. 5. vers. *Aut quod ab eo institutus Maioratus non immisceatur, si ve iungatur cum tali, aut tali Maioratu.* Dom. Larr. *decis. 51. num. 3.* vers. *Ex voluntate expressa dum prohibentur Maioratus coniungi.*

44. Incompatibilidad tacita es la que resulta, ò de repugnancia, y natural oposicion, que tienen vnas cosas con otras, ò de prevenirse en vn Mayorazgo, Dignidad, ò Oficio, condiciones, y gravámenes entre si contrarios.

45. De la primera especie de incompatibilidad tacita natural trata el Texto *in leg. Ha verba 124. ff. de verb. signif. ibi: Veluti cum dicimus aut dies, aut nox est, quorum posito altero necesse est tolli alterum, item sublato altero, poni alterum. Leg. Titia 100. ff. de cond. & demonstrat. Ridiculum est enim eandem, & vt viduam, & vt nuptam admitti. Leg. Duobus 30. ff. de liberal. caus. Incompatibile esse aliquem hominem esse partim liberum, & partim seruum.*

46. Y de la incompatibilidad tacita, que nace de establecerse por los Fundadores preceptos, que no pueden cumplirse à vn mismo tiempo por vna misma persona, tractant Dom. Molin. de *Primog. lib. 2. cap. 14. num. 27.* Dom. Castell. *lib. 5. Controu. cap. 180. num. 17.* vers. *Ex coniecturis autem, & mente concursus duorum Maioratum impeditur, & primogenitus per secundogenitum, aut existens in proximiori gradu per remotiorem excludetur ob nominis, & armorum incompatibilitatem quando in vno, & altero Maioratu, aut in vno tantum ita impositum sit nominis, & armorum delationis præceptum, quod veriusque institutoris nomen, & arma simul portari non valeant.* D. Larr. *decis. 51. num. 3.* cum Rippa, Dom.

Greg. Lop. Dom. Paz, & alijs ab eo citatis.

47. Varias son las formas, con que los Fundadores explican su voluntad en los preceptos, que imponen sobre la delacion de sus Armas, y Apellidos; y de esta variedad tambien resultan diversos modos de causarfe la incompatibilidad entre los Mayorazgos: y en el supuesto cierto, de que la condicion, y gravamen, que impone el Fundador, para que se aya de usar de cierto nombre, y Apellido, vale, y obliga à el successor, y poseedor del Mayorazgo. *L. Ex facto 63. §. 10. ff. ad Trebell. ibi: Si nominis ferendi conditio est, quam Prætor exigit, rectè quidem facturum videtur. Leg. Ut iure 19. §. fin. ff. de donat. Si iurasses te nomen meum laturum.* Dom. Molin. *de Primog. lib. 2. cap. 14. num. 3. & ibi Add. Mieres de Maiorat. part. 2. quest. 4. illat. 8. num. 322.* Escobar *de Purit. part. 1. quest. 4. §. 7. n. 109.*

48. Se supone, que son tres los modos de el gravamen de Apellido, y Armas: El primero, quando se impone simple, ò positivamente; y en este caso los Mayorazgos, que contienen este precepto, pueden poseerse por vn vnico poseedor. Dom. Molin. *de Primogen. lib. 2. cap. 14. à num. 30. vsque ad 35.* Dom. Valenç. *Velazq. cons. 69. à num. 26.* Dom. Perez de Lara *de vita homin. cap. 13. à num. 35.* Dom. Castell. *lib. 5. Controv. cap. 136. num. 77. & 78.* Rox. *de Incompat. 1. part. cap. 1. num. 39.* ibi: *Nam si conditio, aut gravamen deferendi nomen, cognomen, vel armorum insignia in alterutro Maioratu, non sit apositum privative, sive negative, aut per contrarium medio carens, sed sincere, sive positive, tamquam diversum, vel contrarium per obliquum, tunc apud eundem successorem concurrere possunt duo, vel plures Maioratus, in quibus iubeatur ab institutore deferri simpli-*

citer nomen, & cognomen, vel arma, cum non sint ex contrarijs, que medium, vel mixtum non admittunt.

49. El segundo modo de imponerse el gravamen de Apellido, y Armas, es quando el Fundador dispone, y manda, que el successor use solamente de tales Armas, y Apellido, ò sin mixtura de otras; en cuyo caso se haze incompatible el Mayorazgo, que tiene semejante precepto, con otro qualquiera que le tenga, aunque sea simple, y positivo. Dom. Molin. *de Primogen. lib. 2. cap. 14. num. 26. & lib. 3. cap. 2. num. 30. & ibi Add. Alvarado de Coniect. mente defuncti, lib. 2. cap. 2. §. 1. num. 40.* Molin. *de Iustitia, & Iure, tom. 3. disput. 615. num. 5. & 6.* D. Valenç. *Velazq. consil. 79. à num. 26.* Dom. Castell. *lib. 5. Controv. cap. 136. num. 77. & cap. 160. num. 7. & cap. 180. num. 18.* Roxas *de Incompat. part. 1. cap. 1. à num. 42. vsque ad 44. & ibi Aguila.*

50. El tercer modo es, quando en dos, ò mas Mayorazgos los Fundadores de ellos impusieron precepto à los sucesores, y poseedores, para que llevassen sus Armas en primero, preeminente, y principal lugar, ò que usen de su Apellido en la misma forma; en cuyo caso tambien se hazen incompatibles los Mayorazgos por no poderse cumplir por vn vnico Poseedor los referidos preceptos, por lo que es preciso, que elija vno, y dimita otro. *Leg. 1. §. Interdictum, ff. de interdictis. Leg. Titio textores 36. ff. de legat. 1. D. Castell. lib. 5. cap. 134. num. 33.* Roxas *de Incompatib. 1. part. cap. 1. à num. 45.*

51. De esta vltima especie son los Mayorazgos, que se fundaron por Pablo de Roda, (1) Don Francisco Gonzalez de Avellaneda, (2) Don Lope Ruiz de Sandoval, y Doña Cathalina Jaymes, (5) y (6) y procediendo con el orden del hecho, que se ha referido, y con el que se ha

procedido en su Informe por parte de Don Thadèo Miguel, (22) se fundarà la incompatibilidad, que tiene el Mayorazgo de Pablo de Roda con los que quedan expresados.

52. Y aunque para calificarse la dicha incompatibilidad, podian ser suficientes los principios ya sentados, se comprueba mas de las palabras con que se explicò el Fundador, ibi: *Item, que todos los llamados à este Vinculo, y Mayorazgo, y que succedieren, sean obligados à llamarse, y hazer se llamar publica, y secretamente por escrito, y de palabra, y firmarse el Nombre, y Apellido de Roda primero, que otro ninguno Nòbre, ni Apellido, y tener, y traer en sus Escudos por Armas principales las de el dicho Apellido.* Y conteniendo, como tienen, los Mayorazgos de Don Francisco Gonçalez de Avellaneda, (2) y Don Lope Ruiz de Sandoval, (5) los mismos preceptos con las mismas qualidades, se verifica la dicha incompatibilidad.

53. Sin que sea necessario, que los Fundadores usen de la palabra *solas*. Dom. Castell. lib. 5. Controv. cap. 136. num. 78. *prope finem*, ibi: *Quando non simpliciter iubeatur deferri nomen, & arma, sed omisso verbo SOLA dictum esset, quod nomen, & arma primo, & principali loco portarentur, aut quod alterius Maioratus arma, & cognomen superiori loco trabantur alterius autem Maioratus Clausula id ipsum cautum fuerit, ita quod impossibile videatur vnius, & alterius Maioratus arma primo, & principali loco portare, nec vnius dispositionem, & præceptum servare quin alterius præcepto contraveniatur, tunc sane cum eadem ratio militet sicut quando verbum sola adijcitur, idem quoque ius servandum esset, & voluntas prævalere deberet, ut concursus duorum Maioratum non decur, nec admittatur.*

54. Roxas de Incompatib. part. 1. cap. 1. num. 45. ibi: *Idem dicendum erit si in duobus Maioratus quilibet institutor in suo portari arma principaliter ad dexteram, vel cognomen suum, tanquam principale imprimis ferri iubeat; quia utrumque præceptum, cum idem contineat, quod simul non potest adimpleri, sibi ipsi directe, & ad invicem contrariis, & mediò carens, tanquàm æquè principalia se se impediunt; itaque incompatibilia erunt præcepta huiusmodi, ideò ambo Maioratus concurrere non possunt apud eandem successorem, sed altero electo alium remittat necesse est.*

55. Y no es menos adaptable para corroborar este concepto, lo que dize el Roxas de Incompatib. sup. loco citato num. 46. expresando la causal, porquè ayan de ser incompatibles los Mayorazgos, que tienen semejantes preceptos, ibi: *Et ex eo quod utramque præceptum non potest habere locum in mixto cum sit simplex æquè principale, & cum qualitate illa in quolibet eorum occupandi primum, sed principalem locum, tunc enim cum in mixto concurrant duæ æquè principalia, vel cum qualitatibus incompatibilibus, de contrariis mixtum non continetur sub simplici, nec dispositio loquens de simplici habet locum in mixto.*

56. De donde se saca por ilacion precisa, que Don Thadèo Miguel es imposible cumpla con las condiciones de los referidos Mayorazgos, ni que se apellide à el mismo tiempo, y en primero lugar Roda, Gonçalez de Avellaneda, y Ruiz de Sandoval, ni usar de las Armas de todos en primero, y en preeminente lugar, como lo disponen los Fundadores; y asì se evidencia de la Clausula de la Fundacion de el dicho Pablo de Roda, y de la de Don Lope Ruiz de Sandoval, ibi: *A nombrarse del Apellido de Sandoval en primer*

mer lugar. Et paulo post. Trayendo las Armas en principal lugar. Y de la de Don Francisco Gonçalez de Avellaneda, ibi: Llamandose primero de mi Nombre, y Apellido Gonçalez de Avellaneda, y trayendo mis Armas siempre en el mas preeminente lugar.

57. Cuyos preceptos, como entre si contrarios, y repugnantes, producen el efecto, de que se hagan estos Mayorazgos precisamente incompatibles, y embarazan la vnion de ellos en vn vnico successor; por lo qual està obligado el Don Thadèo Miguel à elegir vno, y dexar los otros, para que elija Don Lope de Avellaneda como siguiente en grado. Dom. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 14. num. 26. Dom. Greg. Lop. leg. 5. tit. 24. partit. 4. verb. Son quatro. Dom. Valeng. consil. 69. à num. 26. Dom. Castell. tom. 6. cap. 136. n. 77. & 78. in fin. Dom. Perez de Lara de vita homin. cap. 13. num. 40. Dom. Paz de Tenuta, cap. 24. à num. 11. Add. ad Dom. Molin. lib. 2. cap. 14. num. 26. Roxas de Incompat. i. part. cap. 1. num. 45. & 46.

58. Esta incompatibilidad se haze mas precisa si se atiende, à que aunque los Fundadores de los dichos Mayorazgos no huvierã puesto la pena de amocion de la succession, por la contravencion à dichos preceptos, siempre subintelligitur D. Molin. de Primogen. lib. 2. cap. 14. num. 26. Dom. Castell. lib. 3. Controv. cap. 15. num. 45. & sequent. Cardin. à Luca, tom. 10. discurs. 7. num. 13. & discurs. 13. num. 17.

59. Con que estando, como està, expressamente impuesta la pena de privacion à el contraventor, y conferida la succession à el siguiente en grado, se seguia mas concluyentemente el reprobado concurso de dichos Mayorazgos en vn vnico Possedor; pues el Pablo de Roda previene, que si assi no lo hizieren, y

cumplieren, ayan perdido, y pierdan el dicho Vinculo, y bienes, de el qual los excluyo, y quiero, que succeda el siguiente en grado.

60. Y Don Lope Ruiz de Sandoval, y Doña Cathalina Jaymes su muger, (5) y (6) en la Clausula de Apellido, y Armas dicen: De otra manera no le puedan posseder los llamados à este Mayorazgo. Y por otra Clausula, despues de la en que previenen, que el successor aya de hazer Pleyto omenage de guardar las condiciones de dicha Fundacion, expresan la privacion, ibi: Porque en faltando en qualquiera condicion, y gravamen, desde agora los tenemos por excluidos, y por incapazes de la succession, è possession de el, è queremos passe à el siguiente llamado. Lo mismo previene en su Fundacion el dicho D. Francisco Gonçalez de Avellaneda, ibi: Y no lo cumpliendo assi, que por el mismo hecho passe la succession de el à el siguiente en grado.

61. Y siendo como es justa esta privacion, debe observarse, y practicarse en la forma, que la pusieron los Fuudadores. Leg. 1. C. de his, qua panæ nomine. Leg. 1. §. Si ita, ff. ad leg. falc. §. vltim. Instit. de legat. Fuffar. de Substit. quaest. 582. num. 1. Sin que baste, que se cumplan en parte estas condiciones; porque no se puede dispensar, que en el todo se observen. Leg. Siquis ita stipulatus, ff. de verb. oblig. Leg. Si hæredi plures, ff. de condit. institut. Menoch. consil. 205. num. 19. Gutier. consil. 4. num. 1. Dom. Castell. tom. 6. cap. 136. à num. 68. Mieres de Maiorat. 2. part. quaest. 4. illar. 8. num. 23. 121. & 203. Fuffar. de Substit. quaest. 447. num. 8. & quaest. 454. num. 35. Surd. decis. 7. num. 36. ibi: Quod etiam si contraventio sit in modico pœna in totum committitur. & successor omni commodo dispositionis privatur.

62. Esto se comprueba mas, de que en semejante caso, à el de este liti-

litigio, y en Fundaciones, que tenían semejante precepto de Apellido, y Armas en primero, y principal lugar los sucesores de dos Mayorazgos, (que llaman de Recalde, y Coscojales) se declararon por Executoria por incompatibles en la Real Chancillería de Valladolid, como refiere el señor Lara de *vita homin. cap. 13. num. 37.* en donde haze mencion de las Cláusulas de ambas Fundaciones; y en el num. 40. trae la decisión de dicho Real Tribunal, ibi: *Et pronuntiatum fuit non posse in vno concurrere, & data electione D. Gregorio de Recalde, fuit adiudicatus Maioratus ab eo relictus D. Agathe Coscojales, me, inter alios, Iudice.*

63. Siendo la razon de deberse hazer separacion de los dichos Mayorazgos, demás de las referidas, porque los Fundadores, que imponen semejantes preceptos, miran à la conservacion de su memoria, Casa, y Familia, y no quieren que se oscurezca, ò confunda con otra Casa, ni Familia; lo que se comprueba de el Libro de los Numeros cap. fin. ibi: *Ne commisceatur possessio filiorum Israel de Tribu in Tribum. Et postea: Nec sibi misceantur Tribus, sed ita maneat, ut à Domino separata sunt. Text. in leg. Quæ curatores, C. de administ. tut. ibi: In qua maiorum imagines, aut non videre fixas, aut revulsas videre satis est lugubre.* Roxas de *Incompatib. 3. part. cap. 5. d. num. 1.*

64. En consideracion de lo qual, parece no se debe dudar, que el Mayorazgo que fundò Pablo de Roda, (1) tiene precissa incompatibilidad con el que fundaron D. Lope Ruiz de Sandoval, y Doña Cathalina Jaymes su muger, (5) y (6) y con el que fundò Don Francisco González de Avellaneda; sin que obste, que Don Thadèo Miguel (22) funde de derecho por la prerrogativa de linea de primogenitura, para la sucesion

de estos Mayorazgos, *ex leg. 2. tit. 15. partit. 2. leg. 40. Tauri. Dom. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 1. per totum. Dom. Covarr. Practic. cap. 38. num. 6. Gutierrez Practic. lib. 3. quest. 69. num. 19. Dom. Castill. lib. 5. Contror. cap. 160. num. 1.*

65. Porque esta, y las demás reglas de la sucesion, estàn sujetas à la voluntad de los Fundadores, que es ley, y pauta por donde se gobiernan las sucesiones de los Mayorazgos. *Auth. de nupt. collat. 4. §. Disponat, ibi: Disponat itaque unusquisque in suis, ut dignum est, & sit lex eius voluntas. Leg. In conditionibus, ff. de condit. & demonstr. ibi: In conditionibus primum locum voluntas defuncti obrinet. Leg. 40. Tauri, ibi: Salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyó, y ordenò el Mayorazgo, que en tal caso mandamos, q se guarde la voluntad de el que lo instituyó.* Dom. Molin. *lib. 1. de Primog. cap. 2. num. 25. Rosa, consult. 69. n. 29.*

66. Y porque la prerrogativa de la linea, grado, sexo, y edad, ceden, y se rinden à la voluntad de el Fundador. *Leg. Omnia 32. §. fin. ff. de legatis 2. Dom. Castill. lib. 5. Contr. cap. 92. num. 32. & cap. 93. num. 17. Dom. Larr. decis. 33. num. 68. & decis. 54. num. 20. & 26.*

67. Y menos puede ser de reparo, lo que el Don Thadèo Miguel dize en su Informe à el num. 40. y 41. de èl: de que en el Mayorazgo fundado por el dicho Pablo de Roda no se pone por condicion, que el sucesor, y poseedor de el Mayorazgo traiga sus Armas, y Apellido en primero, y principal lugar; pues como dexamos sentado por hecho indubitado à el num. 3. de este, el dicho Pablo de Roda fundò el Mayorazgo con diferentes condiciones, y despues las expresa con la dicion *Item*, en las Cláusulas q se subsiguen, como lo es la de la delació de Apellido, y Armas en primero lugar. Y

68. Y conteniendose en ella la referida dición *Item*, es constante, que es repetitiva de las qualidades precedentes. *Leg. Item, ff. de Procurat. Leg. Item eorum, ff. quod cuiusque vniuersitatis nom.* Bartol. *leg. In repetendis num. 1. versic. Secundo casu in fine, ff. de legatis 3.* Alexander, *consil. 37. num. 10. lib. 3.* & *consil. 158. num. 5. & 6.* Gutierr. *lib. 3. quast. 19. num. 22.* donde dicen, que la dicha dición es de su naturaleza repetitiva, quando concurre la misma razon, ò la mente verosimil del disponente. Barbof. *dict. 175. num. 1. & 2.*

69. Respecto de lo qual, y de tener la dicha Fundacion la pena

7. de la privacion de la succession por la contravencion, y de ser todas sus Clausulas condicionales con respecto à el Proemio de ellas; y de inferirse (aunque no fuesse afsi) verosimilmente de la voluntad de el dicho Fundador la condicion en la dicha Clausula, parece que queda satisfecho el reparo, que haze en su Informe Don Thadèo, y queda convencida la incompatibilidad de el Mayorazgo de Pablo de Roda, con los de los dichos Don Francisco Gonzalez de Avellaneda, y Don Lope Ruiz de Sandoval, por lo respectivo à los preceptos de Apellido, y Armas, que en primero, y preeminente lugar tiene cada vna de dichas Fundaciones.

CONCLUSION II.

EN QUE SE MANIFIESTA LA INCOMPATIBILIDAD, que tiene el Mayorazgo de Don Guillèn de Roda. (3)

70. EN el Papel, que està dado à V.S. se fundò con algunas razones, que este Mayorazgo era incompatible con otro qualquiera, que concurriessè; pues sus Clausulas podian persuadir à deber estar solo, y aora por otras razones tambien se persuade la incompatibilidad, que tiene con el que fundò Pablo de Roda; porque este previene, que los Posseedores se ayan de llamar de el Apellido de Roda primero, que otro ningun nombre, ni Apellido, y traer por sus Escudos sus Armas principales, y no lo haziendo passe à el siguiente en grado.

71. Y el de dicho Guillèn de Roda trae la mesma expresion, aunque no con palabras tan claras; pues previene, que el Posseedor que fuesse de su Mayorazgo tenga obligacion à se llamar de el nombre de Pablo, ò Guillèn, y el sobrenombre de

Roda; y si succediere, que el Posseedor tenga otro Mayorazgo incompatible, passasse este à el inmediato, teniendo eleccion, y anden ambos Mayorazgos divididos, porque cada vno cumpla con sus condiciones.

72. Es cierto, que de no prevenir esta Fundacion, que vse del Apellido, y Armas en primer lugar, se funda por Don Thadèo en el num. 37. y 38. de su Alegacion, no aver incompatibilidad con el lugar de Luca de Fideicom. *discurs. 13. num. 15.* & Dom. Molin. *lib. 2. cap. 14. n. 30.*

73. Mas esto es, y los dichos DD. hablan en los terminos de la regla general, de ser solo la condicion de Apellido, y Armas *simpliciter*, y no en primer lugar; mas en el caso de que esta prevencion tenga otro requisito especial, que manifieste lo mismo, que traerlas en primer lugar, no dudan de la incompatibilidad.

gos vayan divididos, y guarden sus condiciones. Qué querria explicar nuestro Fundador en estas palabras? Porque si el precepto de Apellido, y Armas avia sido *simpliciter* sin qualidad de solas, ni en primer lugar, y que aunque concurriese en el Posseedor otro Mayorazgo, que tuviese este precepto, no por esto dexara de cumplir el que puso, aunque su Apellido, y Armas los traxesse en segundo, ò tercer lugar.

84. Esta es conjetura, que hemos de inferir, porque la Clausula dà motivo para ello, y la que resulta es con claridad, que quiso no concurriese con otro Mayorazgo de alguna qualidad incompatible, y que en tal caso de concurrir estuviessse dividido, y passasse à el siguiente en grado, para que de esta forma cada vno guardasse sus condiciones, y se cumpliesse la voluntad, quedando por entonces privado el Posseedor; que en qualquiera tiempo, que se verifique, se debe practicar. *L. 1. C. de his qui penè nomen. L. 1. §. Si ita, ff. ad leg. falc. §. vlt. Instit. de legat. Fuslar. de Subst. t. quest. 782. num. 1.*

85. Pues en esta forma se podrá verificar el precepto, que puso el dicho Guillèn de Roda, y escusar la confusion, que tuvo premeditada, y no concurriendo su Mayorazgo con otro, que tuviesse el precepto de Apellido, y Armas, *quia verba testamenti sunt intelligenda simpliciter, & non secundum quid. L. Hoc legatum, ff. de legat. 3. Vnde Testator gravando successores onere, & arma, & nomen portandi gravare videtur, quod ea sola portent, & non secundum quid, & cum alijs mixta.*

86. Se confirma con otra especie, que trae de Caroli

en que aviendo puesto el caso, de que vn marido diò libre facultad à su muger para elegir despues de su muerte à quien le pareciesse, y di-

vidir la herencia. Se dudò si podia elegir à la muger casada: y se respondió, *non potest eligere foeminam nuptam, etiam procedente à familia, quia non est proprie de familia, sed secundum quid, & cum aliquid fit cum adiuncto non est illud proprie. L. Lucius. §. Quæsitum, ff. de legat. 3. Bart. in leg. Avus, num. 5. ff. de condit. & demonstrat. vbi vult, quod si Testator dixit: Si filius meus deceaserit sine filijs masculis, & si habuerit foeminas restituat, tantum si deceaserit cum masculis, & foeminis non debetur legatum.*

87. Y por otra razon, que es, quando concurren dos causas; vna, que noce, altera, que prodest, *attenditur potius causa, que noce, quam que prodest, & potentior, & firmior est presumpcio negativa, quam afirmativa, à la ley Siquis gravi. §. vlt. ff. ad Silianian. L. 4. §. vlt. ff. de legat. præstand. L. Ante penult. §. 1. ff. mandat. Mier. dict. illat. 8. n. 97. porque vbi est multitudo ibi est confusio. Cap. Religionum diversitate, de Relig. dom. Y esto es lo mismo, que fue à escusar nuestro Fūdador, la cōfusión, y mixtura de su Mayorazgo con otro, y que estuviessse separado, y que el precepto de Apellido, y Armas causasse sus efectos de permanecer sin confusion su memoria, que es el fin principal de tal condicion. Mieres num. 106. vsque ad 119. *Que extendunt, vt ostendant, ex immixtione nominis, & armorum alterius familie institutoris Maioratus memoriam deleri, & posset quem prohiberi, ne insignijs, & armis alienis utatur.**

88. Y por otra razon, que tambien esfuerça el Mieres en este mesmo lugar; y es, que verisimilmente se ha de presumir, q̄ si el Testador fuera preguntado en semejante caso, respondiera, que la division se avia de hazer, y estar separado su Mayorazgo de otro, que tuviera condicion de

de Apellido, y Armas, *verisimile esse quod si de isto casu Testator interrogaretur minime permetteret, quod arma propria alijs permiscerentur, & confunderentur, quia ex commixtione est facile, quod nomen suum obumbretur, y así en esta forma se ha de cumplir el precepto, à la ley Cui fundum. L. penult. ff. de condit. & demonstrat. Et quia successores non possunt recte duobus dominis servire.*

89. Y especialmente tiene lugar esta regla, quando el Mayorazgo con quien llegó à juntarse tiene el precepto de usar del Apellido, y Armas en primer lugar, como sucede à el de Pablo de Roda, q̄ se ayan de llamar primero, que otro ningun nombre, ni Apellido de Roda, y traer por sus Escudos sus Armas principales; porque entonces lleva por opinion sin duda el Mieres, *dict. quest. num. 124.* que se ha de hazer la division: *Et ista sententia maxime procederet ubicumque successor gravatus onere, nomen, & arma ferendi alia portat, tanquam principaliora, & ea, de quibus gravatus fuit, veluti accessoria, quia tunc videtur magis excedere à voluntate gravantis, quia alia arma magis aestimat, & in eis glorificatur. L. Queritur, ff. de stat. hom.* Y así no podemos dudar, que estos Mayorazgos no deben concurrir en vn Posseedor, y que se verifica la condicion, que el Testador puso.

90. Pruebase por otra razon: y es, que en nuestra Fundacion está prevenido, que juntandose con otro incompatible, anden divididos en dos Posseedores, y anden divididos ambos Mayorazgos, que está es expresion clara de la no union cō otro, y proveer distinto successor, considerando proveido el vno. Peregr. de Fideicom. art. 6. num. 60. & 66. Roxas de Incompat. 4. part. cap. 2. n. 18. *Quod Testator motus sit ea charita-*

te, & affectu subveniendi, ac providendi alijs ex fructibus, ac redditibus bonorum sui Maioratus, cogitando, quod satis esset primogenitus de alio Maioratu provisus. Dom. Castillo, lib. 5. cap. 181. num. 8.

91. Pues aunque no esté explicado con palabras expresas, que lo declaren, basta la tacita, y conjetural, que se infiere de la dicha condicion, y declaracion, de que anden divididos. *L. Duos 70. & leg. Adia 76. ff. de condit. & demonstr. L. Licet Imperator 74. ff. de legat. 1. L. Pater 29. in princ. & leg. Cum pater 77. §. Ab instituto, ff. de legat. 2. L. Cum servus 18. ff. de hered. instit. L. 4. C. ad Trebellian. L. Vnic. §. Quod 2. vers. Sed, & omnes, C. de caduc. tollend.* Y así para cumplir esta expresion de voluntad, es menester se cause la division de estos dos Mayorazgos, y estén en dos Posseedores, pues así lo quiso, y previno nuestro Fundador, que es la regla, que debe prevalecer en la sucesion de los Mayorazgos à todas las otras reglas, y leyes ordinarias de sucesion. *L. 19. ff. de condit. & demonstr. Dom. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 19. Dom. Castell. lib. 4. cap. 8. num. 1. & cap. 25. num. 1. Dom. Valenz. dissert. 47. num. 43. Roxas part. 1. cap. 8. n. 31. & ibi Aguil. cap. 6. num. 307.*

92. Porque solo se estima aquello, que el Fundador dixo. *L. Ex facto 35. §. Rerum 3. ff. de hered. instit. Nam quid senserit spectandum est.* Por ser solo lo que quiso, y no presumirse dixesse lo que no queria. *L. Labeo 7. §. Servius 2. ff. de supelect. legat. Et quidem non arbitror quem quam dicere, quod non sentiret, & ibi nemo existimandus est dixisse, quod non mente agita verit. Leg. sin. tit. 12. part. 7. ibi.* E por las palabras, que home dize, dà testimonio de lo q̄ tiene en la voluntad. Peregr. de Fideicom. art. 11. num. 34. Roxas part. 8. cap. 2. num. 21.

93. Pruebase por otro medio la división de estos Mayorazgos, y que no pueden concurrir en el Don Thadéo. Porque nuestro Fundador hizo condicional su Mayorazgo, cuya condicion ha llegado el caso de verificarse, y es preciso se cumpla *in specifica forma*. *L. Qui heredi. Leg. Medius, ff. de condit. & demonstr.* que condicional fuese, se verifica de aver prevenido, que en el caso que el successor sucediese en otro Mayorazgo incompatible, se dividiese; que importa condicion, para que en qualquier tiempo, que succeda, se cause la división, y como la condicion se cause de aquel que no se duda tiene autoridad de disponer. *Vt Bart. in leg. 2. §. Videndum, ff. ad Terrul.* no pudiendose negar esta en nuestro Fundador, porque de sus bienes disponia, *quilibet in sua re est moderator, & arbiter. Novell. 22. cap. 2. L. Cum questio 23. C. de legat. Dom. Vela, dissert. 47. num. 43. Torre de Maioratib. part. 1. cap. 10. num. 1. & 2.*

94. No se puede disputar à nuestro Fundador la que puso, pues la condicion en qualquier disposició se causa *per dictionem sibi cum nisi, alioquin, & per alternativam alias, sive copulam, & aliam coniunctionem, adverbia temporalia, adverbia localia, adverbia negativa.* Y especialmente *verba significancia futurum eventum, vt casu quo, tempus incertum, per dictionem, quatenus, vel, vt Mieres 2. part. quest. 4. illar. 8. num. 16. Gomez, tom. 1. Variar. cap. 12. num. 59. & alij. D. Castell. lib. 4. cap. 55. num. 26.* y en esta mesma forma se halla explicada la condicion, que nuestro Fundador explicó, que es de futuro evento de suceder en otro Mayorazgo incompatible.

95. Y aviendo llegado este caso se verificò, y se ha de cumplir la tal condicion, porque estos son efec-

tos, que causa la disposicion condicional, suspender la disposicion hasta que se verique. *L. Siquis cum conditione. L. Fideicom. §. Cum esse, ff. de legat. 3. L. Ista stipulatio, ff. de oper. libert. L. 1. ff. de condit. & demonstr. L. 1. C. de instit. & substir. L. 1. C. de condit. incert. Gloss. Ordin. in Rubric. C. de condit. & demonstrat. Cuius de futuro defectus, seu confirmatio pendet. Vt Gota. tom. 1. cap. 12. num. 59. in fin. Condicio est quidam actus, vel eventus futurus, inquam dispositio confertur validanda, vel infirmanda.*

96. Y no pudiendose poner controversia, ha llegado el caso de este futuro evento, que previene el Fundador, y condicion de su Mayorazgo de no estar con otro incompatible; es preciso, que se cumpla, segun, y como prevenio, y que se cause la división, porque en otra forma la condicion no se podrá verificar, y faltaran los efectos, que en derecho causa la disposicion condicional.

97. Confirmafe esto de ser cierto, que las condiciones, ò son expresas, ò tacitas, y lo mesmo obran las vnas, que las otras: las expresas son aquellas, que el Testador por sus proprias voces explicó *ere proprio, & verbis Testatoris. L. 1. in fin. ff. de condit. & demonstrat.* Las tacitas, las que se infieren, y persuaden de la misma disposicion, *qua in aliquo actu, vel dispositione subintelligitur. L. Interdum, ff. de verb. obligat.* y en vnas, y otras se consideran tres especies, que son potestativas, casuales, y mixtas, y en el modo de cumplirse ay varias disposiciones, mas las potestativas, que son aquellas, que depende su implemento, y verificaciou del mesmo, que exonerado, siempre tiene obligacion de cumplirlas, segun, y como estan prevenidas, y en otra forma no subsiste la disposicion, ni puede retener el beneficio, que con la tal condicion se le dexò, à la

ley

ley 2. C. de condit. & demonstr. Leg. Hoc conditio eod. tit.

98. Solo esto se limita en el caso, de que el no implemento de la condicion falte *sine aliqua culpa honorati, ut si haeres institutus sub conditione, si decem Caio dedisset, & Caius ipse recusasset accipere conditio ipsa pro impleta habetur. L. Iure civili, ff. de condit. & demonstrat. L. 1. C. de instit. & substit. L. Turpia. §. 1. & penult. ff. de legat. 1.* Mas en los otros casos, que el implemento pende de el honorado, si no lo cumple, ò rehusa cumplir, se le priva del beneficio, que se le avia dado; y si es cierto, que el implemento de esta condicion puesta por nuestro Fundador, la debió cumplir Don Francisco Avellaneda, (19) porque quando se causò la vacante de este Mayorazgo por muerte de Doña Florencia, (18) se hallaba con el impedimento de tener el de Pablo de Roda, à quien assiste, y en quien se verifica la condicion, quedò privado de la succession de este Mayorazgo.

99. Pues aunque no lo executò, se entiende así executado, y

CONCLUSION III.

EN QUE SE FVNDLA LA INCOMPATIBILIDAD de el Mayorazgo, que fundaron Don Lope Ruiz de Sandoval, y Doña Cathalina Jaymes su muger. (5) y (6)

EL Mayorazgo fundado por Don Lope Ruiz de Sandoval, y Doña Cathalina Jaymes su muger, (5) y (6) tiene conocida incompatibilidad con el de Pablo de Roda, (1) y con el de Don Francisco Gonzalez de Avellaneda, (2) por constar de su Fundacion el precepto de las Armas, y Apellido de Sandoval en primero, y preeminente lugar,

transferida la possession en D. Lope, que era el siguiente en grado, y en su linea se radica; pues la facultad de elegir, que tuvo el Don Francisco, y que el Fundador concedió, se entien- de tambien practicada, y elegido el de Pablo de Roda como mas opulento, y quedò este de Don Guillèn para su hermano Don Lope. Dom. Castill. lib. 6. cap. 160. num. 5. Dom. Molini. lib. 2. cap. 5. num. 45. Carp. de Executor. lib. 2. cap. 8. num. 9. cum leg. Cum quidam 24. verbi. An si ita, ff. de legat. 2.

Y assi, ya sea por la incompatibilidad, que està prevenida por las palabras equivalentes, à que este Mayorazgo està solo, ò no se junte con otro, ò que tenga la condicion de Apellido, y Armas, que apeteciò el Fundador, ò porque fue condicion à lo menos, que prohibió el concurso, y que luego que se verificò teniendo el Posseedor otro Mayorazgo, se transfirió este en el inmediato; hallamos no poder Don Thadèo retenerlo contra la qualidad, y mente del Fundador, y que D. Lope es el legitimo successor de el.

como consta de las Clausulas, de que se ha hecho relacion; y por ser impertinente, y ociosa la comprobacion de la expresada incompatibilidad, con repeticion de los Textos, y doctrinas, que la califican, no bolvemos à expresarlas; pero son adaptables à el referido concepto de incompatibilidad, las que hemos referido *suprà à num. 52. ad 66.*

102. Fundase por parte de Don Thadèo, (22) que este Mayorazgo no tiene incompatibilidad, en que en el año de 635. Don Lope Ruiz de Sandoval, y su muger reformaron la Fundacion, y quitaron el gravamen de Apellido, y Armas: mediante lo qual, y no encontrandose resistencia, de que vn Possedor obtenga muchos Mayorazgos, para que se le prive à el primogenito de la sucesion, y possession de ellos, se ha de probar clara, y evidentemente la incompatibilidad, por el que pretende la sucesion, como qualidad en que se funda su intencion, y para esto cita el Don Thadèo à el num. 43. de su Informe, la autoridad del Cardenal de Luca de *Fideicom. discurs. 13. num. 10.*

103. A que satisface D. Lope, conque firmemente prueba segun la doctrina de el Cardenal de Luca, que este Mayorazgo tiene conocida incompatibilidad con los que quedan referidos, y que tiene comprobado el fundamento de su intencion, con lo que resulta de las mismas Fundaciones; pues el mismo Cardenal de Luca en el Tratado de *Credit. & Debit. discurs. 67. num. 7. & 8. & de Fideicom. discurs. 56. num. 12.* afirma, que la incompatibilidad tambien se prueba por indicios, y conjeturas; y resultando, como resulta de la imposibilidad de el adimplemento de contrarios preceptos de Fundaciones, la repugnancia de el simultaneo concurso de los Mayorazgos en vna vnica persona, se saca por preciso conseqüente, que tenga lugar la incompatibilidad tacita, que aprueban los Doctores en esta materia, como lo tiene el Cardenal de Luca en el mismo *discurs. 13. num. 17.* Dom. Castell. *lib. 3. Controv. cap. 12. num. 41. y 42. idem lib. 5. cap. 181. num. 1. & 3.* Dom. Molin. *de Primog. lib. 1. cap. 13. num. 95.* Roxas de *Incompatib. part. 7. cap. 5.*

num. 69. & 72. Aguila ad Roxas, *part. 8. cap. 4. num. 2.* Dom. Larrea, *decis. 51. num. 3.* Dom. Valenc. Velazq. *consil. 83. num. 34.* Otero de *Official. cap. 8. part. 1. num. 13.*

104. Prosigue Don Thadèo fundando su derecho à el num. 45. proponiendo dos medios para su inclusion en el dicho Mayorazgo, y exclusion de Don Lope. El primero, que Don Lope Ruiz de Sandoval, y su muger tuvieron facultad para revocar, y alterar la Fundacion, en conformidad de la ley 17. y 44. de Toro, cuyas palabras cita para comprobar, que son revocables todas las Fundaciones de Mayorazgo, que no estàn asistidas de las circunstancias, que se ponen por excepcion en dichas leyes, para que no se puedan alterar, ni mudar las dichas Fundaciones.

105. Cuyo primer medio, de que se vale el dicho Don Thadèo, no le obsta en manera alguna à D. Lope, y antes si sufraga su pretension; pues dize el Don Thadèo, que son limitacion de su conclusion los casos prevenidos en dichas leyes: con que si nos hallamos en ellos se encontrará, que Don Lope, y su muger carecieron de facultad para alterar la dicha Fundacion, esto se comprueba de la disposicion de los referidos, ibi: *Para mayor firmeza de esta Escritura de Vinculo, y Mayorazgo, hazemos donacion à nuestro hijo mayor Don Francisco de Sandoval de todos los dichos bienes, entregandole la possession de todos ellos desde luego, como à el primero llamado à el, en quien le instituímos, y en senal de esta entrega, y possession, le entregamos esta Escritura de donacion entre vivos irrevocable.*

106. Respecto de lo qual, y de lo contenido en la dicha Escritura, parece nos hallamos en los casos exceptuados de la ley 17. de Toro, para el concepto de irrevocabilidad, ibi:

ibi: Salvo si hecha la dicha mejoría por contrato entre vivos, oviere entregado la possession de la cosa, ó cosas en el dicho tercio contenidas á la persona á quien le hiziere, ó á quien su poder oviere, ó le oviere entregado ante Escrivano la Escripura de ello. Et Paulo post. Que en estos casos mandamos, que el dicho tercio no se pueda revocar. Que es lo mismo, que se expresa en la ley 44. de Toro; y hallandonos en caso expreso de la ley, no se debe reducir á question la dicha irrevocabilidad. Leg. Ille, aut ille. §. Cum in verbis, ff. de legatis 2. cum vulgatis.

107. Demás de las dichas circunstancias, que causan la irrevocabilidad, se halla tambien la Clausula de constituto en la dicha Fundacion, que tambien la haze irrevocable, ibi: Para cuya mayor firmeza desde luego nos apartamos, y desistimos de el señorio directo, é propiedad, que á los dichos bienes tenemos; é todo lo cedemos, é traspassamos en el dicho Don Francisco de Sandoval nuestro hijo, y en los demás llamados á este Mayorazgo; é nos constituimos por sus Inquilinos revedores de ellos; y en señal de possession entregamos á el dicho nuestro hijo esta Escripura, para que la venga por justo, é derecho título de estos dichos bienes, él, y los demás llamados.

108. Porque la Clausula de constituto transfiere la possession, y tiene la civil, y natural el constituario, no obstante que el modo de transferirla sea ficto, é introducido por el Derecho. Peregrino in tract. de Fideicom. artic. 47. á num. 23. Ripa, consil. 173. Tiraq. in tractat. de Iure constituti, num. 2. §. 4. D. Molina de Primog. lib. 3. cap. 13. á principio. Dom. Salg. de Reg. Protec. part. 4. cap. 8. num. 116. ibi: Nam qui possidet per Clausulam constituti, civilem veram, & naturalem possessionem habet; quia licet modus transferen-

di sit fictus á iure inventus, & introductus, possessio tamen civilis, & naturalis vera est, tum ex ministerio iuris, tum ex animo constituentis se alterius nomine possidere.

109. Y que el Mayorazgo se haga irrevocable mediante la dicha Clausula, es doctrina expresa de el señor Molina de Primog. lib. 4. cap. 2. num. 38. & 39. ibi: Etiam dicendum erit ex constituto, Maioratum, seu meliorationem irrevocabilem effici, idque ex eo quod quamvis ex hoc constituto non censeatur translata quasi possessio, cum tamen id in executionem ipsius Maioratus, seu meliorationis appositum sit vicem cessionis obtinere debeat: omne namque verbum quod apponitur in donatione Iurium, & actionum quod effectum, atque perfectionem actus denotet, nec aliquid imposterum efficiendum relinquat, vicem cessionis habet.

110. Y no solo concurren las dichas circunstancias de irrevocabilidad, sino que los dichos Fundadores añadieron el pacto con juramento de no revocar, ni alterar la expresada Fundacion, ibi: E nos obligamos, é juramos á Dios N. Señor en esta Santa Cruz, & de Christo N. Redemptor de no revocarla, ni limitarla en cosa alguna, ni ir, ni venir contra lo dispuesto, y ordenado en ella.

111. En virtud de esta Clausula, aun siendo el pacto de no revocar simpliciter appositum dispositioni, & constitutioni Maioratus, se haze este irrevocable, vt constanter tenet Dom. Molin. de Primog. lib. 4. cap. 2. num. 4. & num. 45. Y esta misma opinion llevan Matienç. in leg. Tit. 6. lib. 5. Recopil. Gloss. 9. num. 7. Gutierr. de Iuram. confirm. part. 1. cap. 12. Dom. Larrea, decis. 57. n. 5. Dom. Castell. tom. 5. Contror. cap. 80. num. 6. Add. ad Dom. Molin. dicto lib. 4. cap. 2. num. 40. vsque ad 54. Y aviendo añadido á este pacto el juramento, se haze mas irrevocable la

dicha disposicion, mayormente quando se priva la dicha Doña Cathalina de pedir relaxacion de el, y de no ser oyda si acaso la pidiere.

112. En consideracion de lo qual, y aviendo quedado esta donacion perfecta, è irrevocable, no se pudo alterar, ni limitar en parte alguna. *Leg. Perfecta donatio, C. de donat. qua sub modo. Leg. 2. & per totum, C. de revoc. donat. Leg. Non idcirco, C. de contrab. empt. Leg. Sicut ab initio, C. de obligat. & act.* Dom. Covarr. lib. 1. *Variar. cap. 14. num. 1.* Gurierr. lib. 2. *Pract. quest. 92. n. 3.* Dom. Castell. lib. 3. *Controv. cap. 10.* Antun. de *Donat. lib. 1. pralud. 2.* Julius Capon. tom. 1. *discept. 25. & tom. 5. discept. 332.* y consiguientemente se infiere el defecto de facultad, que tuvieron los dichos Fundadores para alterar, ni limitar la dicha Fundacion, y parece queda satisfecho el primer medio, de que se vale el dicho Don Thadèo. (22)

113. El segundo, de que se vale el dicho Don Thadèo en el num. 45. y 46. de su Informe, es el que con efecto alteraron los dichos Fundadores la dicha Fundacion, en quanto à el precepto de Armas, y Apellido en primero, y preeminente lugar, y en quanto à la memoria de Missas en virtud de la relaxacion de el juramento, que obruvo la dicha Doña Cathalina.

114. Y aunque sea cierto, que en lo tocante à la dicha Memoria alteraron la dicha disposicion, cargandola sobre el quinto de la dicha Doña Cathalina, por no poder subsistir sobre el tercio de sus bienes, como doctamente funda el Patrono de el dicho D. Thadèo à el num. 46. de su Informe; tambien es constante, que ni en la relacion, que se hizo para la relaxacion de el juramento, se habló palabra sobre precepto de Apellido, y Armas; ni tampoco en la disposicion, que se hizo en virtud

de la concession, se dispuso cosa alguna por lo respectivo à el dicho precepto; y si solo se tratò de cargar, como se cargò, la dicha Memoria en el quinto de los bienes, sin que en la disposicion (como consta de ella) aya palabra, que toque à Clausula alguna de dicho Mayorazgo, sino vnicamente de la dicha Memoria.

115. Y aun dado caso (que se niega absolutamente) que se huviesse hecho mencion en la disposicion de la revocacion de la Clausula de Armas, y Apellido, esta no podia tener subsistencia, tum por el defecto de facultad en los dos instituïdores, *vt sup. fundavimus*; tum porque Don Lope de Sandoval, y Doña Cathalina su muger, juraron ambos el contrato, *vt est relatatum supra num. 16.* y la relaxacion solo se pidió por la dicha Doña Cathalina; en consideracion de lo qual en cosa individua, como lo es el Mayorazgo, no pudiera tener efecto la disposicion de la Doña Cathalina, sin que huviesse precedido la concession de la relaxacion de el juramento à el dicho Don Lope, mayormente quando este era mayor partecipe en la disposicion, y el vno sin el otro en cosa individua no podian disponer. *Gom. lib. 2. Variar. cap. 3. num. 14. & cap. 10. num. 16. & ibi Ayllon, Giurba ad Consuet. cap. 1. Gloss. 6. num. 50.*

116. Y estrañamos, que sentandose la realidad de el hecho por la parte de el D. Thadèo à el num. 13. de su Informe, *ibi: En su continuacion el Don Lope, y su muger reduxeron la Memoria à menor numero de Missas, y mandaron corriesse la Fundacion, sin hazer memoria de el gravamen de Apellido, y Armas, ni una palabra, que mirasse à prohibicion de concurso de este Mayorazgo con otros,* se pretenda fundar, que Don Lope, y su muger alteraron su disposicion en quãto à el precepto de Apellido, y Armas en primero, y preeminente lugar. Y

117. Y que de aquí quiera facer la ilacion, que faca à el num. 47. de que quando ay contrarias en todo, ò en parte dos disposiciones de Testadores, ò contrayentes *posteriora derogant prioribus*; pues no aviédo disposicion contraria posterior, que tratasse de revocar, ni alterar la Clausula de Apellido, y Armas en primero; y preeminente lugar, deberemos tambien dezir, que *nullius in terra nullus sunt qualitates. Leg. Eius qui in provincia*, versic. *Quoniam*, ff. *si certum petat. L. 2. ff. de usufr. Leg. Pomponius. §. fin. ff. de acquir. posses.* Escobar de *Ratiocinijs*, cap. 15. num. 17. Cevallos *commun. contra commun. quæst. 905. num. 80.* Sesse, *decis. 188. num. 14. & 24.* Gu-tierr. *lib. 3. Pract. quæst. 35. n. 10.*

118. Además de lo referido se conveçe, que aun en la relacion, que hizierõ los Fundadores à el Juez Eclesiastico, està muy distante de su mente, el que tuviesse animo, ni pensassen alterar la Clausula de precepto de Apellido, y Armas en primero, y preeminente lugar; pues solo relacionaron, que se contenia vn gravamen, que prohibia, que el successor en el Mayorazgo fundado en dicha donacion, no pudiesse succeder en otro Mayorazgo alguno, *ut diximus supra num. 19.* sin tocar palabra sobre precepto de Armas, y Apellido; por lo qual, y por no tener el dicho Mayorazgo la Clausula prohibitiva de vnion con otro, en la disposicion que hizieron despues de la relaxacion de el juramento, no tocaron en revocar la Clausula prohibitiva de vnion, que no avia, ni pensaron en alterar la delacion de Armas, y Apellido en primero lugar, que siempre quisieron estuviesse permanente.

119. Y aunque se concediesse, (que se niega) que en la relacion, que se hizo à el Eclesiastico, se huviesse hecho mencion de la Clausula

preceptiva de delacion de Armas, y Apellido en primer lugar, no por esso se puede, ni pudiera arguir, que la alteraron los dichos Fundadores, porque la relacion no es disposicion, y assi vemos, que quando se obtiene alguna Real Facultad para fundar Mayorazgo, ex eo que se conceda, no se entiende fundado el Mayorazgo, si no se llega à practicar la Fundacion; porque vna cosa es la preparacion de el acto, y otra el mismo acto; porque la preparacion *est quid productum in ipso fieri*, antes que se perfeccione el acto, ò contrato. *Leg. Si voluntate, C. de rescind. vendit. Gom. lib. 2. Variar. cap. 1. num. 3.* y el acto es el que dà perfeccion à la misma preparacion, y al mismo contrato; y no se puede presumir, que de la preparacion se aya de inferir el acto principal, mayormente quando este requiere cierta, y formal expresion. *Menoch. de Presumpt. lib. 6. presump. 3. num. 14.*

120. Y son brocardicos vulgares, *quod actum nihil dicitur, cum aliquid super est agendum, leg. Cum silanianum, C. de his quibus, ut indigni*, y que es frustratorio el acto, que no consigue su fin, *leg. Verbis, ff. de vulg. & pup. subst.* y que corren parejas no empezar el acto, y empezado no perfeccionarle, *leg. fin. §. Illud, C. de codicillis*, y consequentemente es de ningun momento la potencia, que no se reduce, ò no puede reducir à acto, *leg. Haec enim, §. Si Prætor, ff. de suspect. tut. leg. Multum inter est, C. de si quis alteri vel sibi, cap. Pastoralis, §. Quoniam, vbi Decius notabile 2. extra de rescriptis.* Pareja de *Instrum. Edit. tit. 4. resolut. vnic. num. 6.*

121. De donde se conveçe, que por los defectos de voluntad, y potestad (essenciales requisitos, que copulativè deben concurrir en qualquier acto para su validacion, *leg. Ex verbis, C. de donat. inter vir. & vxor.* Bal-

Baldus in leg. 1. num. 55. C. de Sacrof. Eccles. Dom. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 24. num. 24.) no se debe estimar, ni la relacion, que se hizo à el Eclesiastico, ni la posterior disposicion, que hizieron los Fundadores.

122. Mayormente quando, assi de el contexto de la Fundacion, como de la posterior disposicion, se advierte, que nunca fue su mente alterar, ni limitar su Fundacion; y lo que mas califica esto es el Testamento orogado por la dicha Doña Cathalina Jaymes, en que fundò el Mayorazgo à favor de su hijo Don Antonio, (11) en donde haze mencion del fundado con su marido, y de la Escritura de reformation, que expresa recayò sobre la dicha memoria, y aprueba, y ratifica la Funda-

cion hecha con el dicho su marido; sin hazer expresion alguna de otra cosa, que de la dicha memoria, por lo respectivo à la referida reformation.

123. Cuya disposicion, y declaracion hecha en dicho Testamento, manifiesta qual fue la disposicion en el principio, y qual la mente de los Fundadores, leg. Adeo, §. Cum quis, ff. de adquir. rer. dom. L. Heredes palam, §. Sed si notam, ff. de testamentis. Menochio, consil. 191. num. 44. Mieres de Maiorat. part. 1. quest. 4. ex num. 14. cum sequent. Gonçal. in regula 8. Chancellerie, Gloss. 12. §. 1. num. 9. Dom. Valenç. Velazq. consil. 23. num. 137. Dom. Castell. tom. 6. Controvers. cap. 182. à principio, & num. 10. Dom. Salgad. 2. part. de Retent. cap. 2. num. 15.

CONCLUSION IV.

EN QUE SE MANIFIESTA LA INCOMPATIBILIDAD de el Mayorazgo, que fundò Don Francisco Gonzalez de Avellaneda. (2)

124. **D**on Francisco Gonzalez de Avellaneda, (2) mãdò en su Fundacion: *Que los sucesores de este mi Mayorazgo se ayan de llamar de mi Nombre, y Apellido, y traer mis Armas derechas, como yo à el presente las traygo, llamandose primero de mi Nombre, y Apellido Gonzalez de Avellaneda, y trayendo mis Armas siempre en el mas preeminente lugar.* En virtud de el qual precepto, y privacion, que impone de la succession por la contravencion passando à el siguiente en grado, se haze precissamente este Mayorazgo incompatible con los de Pablo de Roda, y Don Lope Ruiz de Sandoval, à causa de no poderse cumplir sus preceptos por vn solo Possedor, *vt diximus supra à n. 52. usque ad 66.*

125. Pero no obstante esto, por prevenirse en el Mayorazgo del dicho Pablo de Roda, que todos los llamados se nombren de el Apellido de Roda, primero que otro ninguno Nombre, ni Apellido, y traygan por Armas principales las del dicho Apellido, se figura por el Don Thadeo à el num. 52. de su Informe, que puede cumplir ambos preceptos llamandose Don Pablo Thadeo de Roda Gonzalez de Avellaneda, y trayendo en el Escudo de sus Armas à la mano derecha, y en la parte superior las de Gonzalez de Avellaneda; y en la mesma mano derecha en la otra, de las Armas de Roda: y con esto infiere, que cumple vno, y otro precepto, pues vsa primero de el Nombre, y Apellido de Pablo de Roda, y trae sus Armas principales en la mano derecha,

cha, y en la misma forma cumple con la Fundacion de Don Francisco Gonzalez de Avellaneda, pues usa tambien de su Apellido, y dexa sus Armas puestas en el preeminente lugar del que ocupa la mano derecha, por considerarse en cada Escudo quatro quarteles, dos de la mano derecha, y dos de la siniestra.

126. Cuyo orden, y modo que se propone por el dicho Don Thadèo, es à nuestro corto modo de entender imposible de conformarse con la voluntad de los Fundadores, y orden natural, porque el aver prevenido el Pablo de Roda, que sus Armas se traxessen en principal lugar, fue lo mismo que dezir, que se usasse de ellas en el primero, y mas preeminente sitio, por ser terminos sinonimos primero, y principal. Tiraq. de Iur. Primog. quest. 72. n. 1. *Nam videtur principale, & alia similia cuius modi sunt precipuum primarium supremum, & si que alia sunt eiusdem generis dici, & intelligi de uno ex multis qui ceteris prestat, & excellit.*

127. Y assi se explican las dichas palabras por nuestros Autores Regnicolas en la propria materia de precepto de Apellido, y Armas. D. Castell. lib. 5. *Controvers. cap. 136. num. 78. ibi: Quod nomen, & arma primo, & principali loco portarentur.* Roxas de *Incompat. part. 1. cap. 1. num. 46. ibi: Cum qualitate illa in quolibet eorum ocupandi primum, seu principalem locum.* Y en los mismos terminos de principal lugar es la decision de la Real Chancilleria de Valladolid, sobre la incompatibilidad, que se declaró en los Mayorazgos de Recalde, y Coscojales, vt refert Dom. Lara de *Vit. homin. cap. 13. num. 37. & 40.* por lo qual debe entenderse ley esta decision para el presente assumpto, leg. *Filius emancipatus, ad leg. Cornel. de falsis, vbi Papinianus ait: Sic enim inveni Sena-*

tum censuisse. Leg. Nam imperator, ff. de legib. ibi: Rerum similiter iudicatarum vim legis obtinere debere. Leg. 14. tit. 22. *partit. 3. Dom. Sorç. tom. 1. lib. 2. cap. 24. num. 67.*

128. Y siendo esto assi, como será posible, que Don Thadèo Miguel trayga las Armas de Roda en primero lugar, y en el primero, y preeminente las de Gonzalez de Avellaneda? Y como será dable, que à el mismo tiempo se apellide primero Roda, y primeramente Gonzalez de Avellaneda? Y quando se pudiesse dispensar, que el principal lugar de las Armas de Roda no sea el primero, como se podrá componer, que use Don Thadèo Miguel primero de el Apellido de Gonzalez de Avellaneda, y anteponga este à el de Roda, que expressamente se requiere en vna, y otra Fundacion? Y como podrá figurar el Escudo con quatro quarteles, que no conste de primero, segundo, tercero, y quarto lugar?

129. Y no siendo, como no es, esto compatible, y si repugnante à la voluntad de los Fundadores, los Señores Juezes desprecian el imperio en ellas, y quieren se observen sus disposiciones, leg. *Omnia testamentorum, §. Nec sane, C. de testam. ibi: Voluntas etenim hominum audire volumus non iubere.* Mayormente quando ay palabras literales, y expressas, q manifestan la volúntad, en cuyo caso no ay arbitrio para separarse de ellas, leg. *Cum ex filio, §. Filio, ff. de vulg. & pup. D. Castell. lib. 2. Controv. cap. 22. num. 72. & 73.*

130. Por lo que debemos dezir con el Roxas de *Incomp. 1. part. cap. 1. num. 46. Quod verumque preceptum non potest habere locum in mixto, cum sit simplex & que principale, & cum qualitate illa in quolibet eorum ocupandi primum, seu principalem locum, tunc enim cum in mixto concurrant duo & que principalia, vel cum qualitatibus incompar-*

bilibus, ac contrarijs, mixtum non continetur sub simplici, nec dispositio loquens de simplici habet locum in mixto.

131. El segundo medio, de que se vale el dicho Don Thadeo para poder obtener este Mayorazgo à el num. 533 de su Informe, es, que Don Francisco Gonzalez de Avellada (2) dispensò virtualmente à sus descendientes la precision de Apellido, y Armas en primero lugar; lo que colige, e infiere, de que aviendo prohibido el Fundador la vnion de su Mayorazgo con los de Pablo de Roda, y Don Rodrigo de Avellaneda, dispensò esta prohibicion en sus descendientes, y quiso, y permitiò, que estuviesen juntos vnos, y otros.

132. Y aunque assi es, que se dispensò la dicha prohibicion de vnion, no por esso se infiere, que se dispensasse el precepto de Apellido, y Armas en primero, y preeminente lugar; porque la dispensa, como de estrecha naturaleza, no se extiende de casu ad casum, de re ad rem, nec de persona ad personam, cap. Cui de non Sacerdotali, de Præbend. in 6. cap. 1. §. fin. de filijs Presbit. in 6. cap. Susceptum, de Rescript. eod. lib. Dom. Covarr. cap. 6. §. 10. num. 26. de matrim. Dom. Salgad. part. 1. Labyr. cap. 37. num. 44. & part. 2. cap. 10. ex num. 77. Sanchez lib. 8. de Matrimon. disput. 1. Iulius Capon. tom. 3. discept. 226. Dom. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 4. num. 48. de tal calidad, que aun ex maiori parte rationis, no se dà extension de caso à caso en la dispensa, vt tenet Dom. Molin. prædict. lib. 2. cap. 14. num. 49. y solamente tiene extension en aquellas cosas, que tienen precisa, è inevitable connexion. Dom. Salgad. de Reg. Protect. 4. part. cap. 10. à num. 97.

133. Y no se puede entender dispensado el dicho precepto, por aver prevenido el Fundador con tanta reflexion, y con tantas circunstan-

cias de firmeza la delacion de sus Armas, y Apellido en primer lugar, mayormènte siendo vn Cavallero principal, en quien no se presume la postergacion de sus Armas à otras. Dom. Castillo, lib. 5. Controvers. cap. 136. num. 76. ibi: *Ne alias finis præcipuus Maioratum instituentorum memoriaque, & nominis cõservatio cesset, successores quidem adstringi possent, vt arma, & nomen institutoris deferant, quoniam alias eiusdem memorie familiaque sue cõservatio cessabit omnino, idque maxime cum à viro nobili, & illustri Maioratum institutus fuerit, (provt Molina notavit) nec enim verisimile est Maioratum institutores voluisse, quod successores alijs nominibus, aut armis vterentur, vel quod nomina, & arma aliena familie deferant, & si id cogitarent omnino, prohibuissent, vt compertum est.*

134. Con que concurre, que à el Don Francisco Gonzalez de Avellaneda le pudo mover distinta causa para permitir la vnion, y no consentir, el que se pospusiesen su Apellido, y Armas à otras algunas, como se evidencia, de que aunque los Mayorazgos de Pablo de Roda, y D. Rodrigo de Avellaneda no tuviesen precepto de Armas, y Apellido en alguna forma, si estos concurriesen con el del dicho D. Francisco, en otro Posseedor, que en sus descendientes, precisamènte se avian de separar, segun la voluntad de el Fundador.

135. Con que precisamente se conuençe, que la permission de la vnion en los descendientes de el referido Don Francisco, no fue cõ respectò à la dispensa de Apellido, y Armas de su Mayorazgo; y esto se corrobora mas, de que los Mayorazgos de Don Rodrigo de Avellaneda, que posee tambien la contraria, no tiene precepto de Armas, y Apellido en primer lugar, mediante lo qual no se puede inferir la dicha dispensa de

de Apellido, y Armas en preeminente lugar : y aunque de aqui se siguiere algun inconveniente, la Fundacion de Don Francisco Gonzalez de Avellaneda, debe correr con las condiciones por el prevenidas, por deberse estar à la disposicion de el Testador, y à lo que quiso se practicasse, fin atender à inconvenientes. Card. de Luca de *Fideicom. discurs. 5. n. 51* ibi: *Itaque neque curantur absurda, & inconvenientia; quoniam attendendum non est quid Testator facere debuerit, sed quid voluerit, si ve non quare, sed quid fecerit.*

136. Y no es menos de consideracion, para que no se pueda entender hecha la dicha dispensa de Armas, y Apellido, el que los Mayorazgos de Don Guillen de Roda, (3) y Don Lope Ruiz de Sandoval, y su muger, (5) y (6) son tambien incompatibles, y este ultimo tiene el precepto de Armas, y Apellido en primero, y preeminente lugar, por lo que en ningun modo se puede entender dispensada la condicion de Apellido, y Armas en primero lugar.

137. Es el tercer fundamento, con que el Don Thadeo (22) alienta su pretension: que se cumple con el precepto de Apellido, y Armas, usando de vno, y otro en qualquiera forma; y para esto cita en el num. 54. de su Informe à Theod. Oping. de *Iur. insignium, cap. 1. s. 3. num. 68.* y el lugar del señor Molina à el *lib. 2. cap. 14. num. 36. 37. 38. y 45.* Y en el mismo Informe à el num. 55. cita el lugar de Thesauro, *decis. 270. num. 8. & 73.* y à el num. 56. cita à el Cardenal de Luca, *discurs. 13. num. 19.* infertando las palabras de los dichos lugares.

138. Pero de estas opiniones, y lugares no se puede sacar à nuestra cortedad, que en Mayorazgos, cuyas Fundaciones ponen las Armas, y Apellido en primero, y preeminente lugar, tenga arbitrio el suc-

cessor para usar de ellas como le pareciere; pues el señor Molina en los referidos numeros desde el 36. solo trata de precepto simple de Armas, y Apellido, y despues disputa, si está obligado el successor à usar del Apellido, y Armas en primer lugar de el Mayorazgo mas antiguo; y aunque en esto se pone por conclusion, que ha de llevar en primer lugar las Armas del Mayorazgo mas antiguo, y que esto se limita quando el Mayorazgo moderno es de excelente magnitud; à el num. 45. dize el señor Molina, que por costumbre está observado el que use el Posseedor de las Armas, y Apellido à su arbitrio, con tal, que use de las de todos los instituidores de los Mayorazgos: y en este mismo sentido hablan Thesauro, y Theod. Oping. citando à el señor Molina en los referidos lugares; y en este mismo sentido se infiere habla tambien el Cardenal de Luca en el *discurs. 13. num. 19.*

139. Esfuerça mas este concepto el Don Thadeo à el num. 57. de su Informe con el lugar del Cardenal de Luca en la *Summa de Fideicom. num. 76. y 77.* ponderando, que no puede ser mas de el caso este lugar, para deberse entender dispensado el precepto de Armas, y Apellido en preeminente sitio: y si no estamos equivocados en la construccion, e inteligencia de las palabras del Cardenal de Luca en el referido lugar, parece que lo que de el se saca es, que aunque de las palabras de las Fundaciones no resulte expressa incompatibilidad, esta se puede establecer *ex mente Testatoris* en el successor, ó Posseedor, à quien le sobreviene la succession de otro Mayorazgo de mas estimacion, ibi: *Et nihilominus etiam tali voluntate accedente, quoties ista est in priori dispositione, tunc refrenatum non maneret iudicis arbitrium eandem incompatibilitatem admittendi ex verisimilitate presump-*
ta

ta mente primi disponētis, quod non esset refutaturus in eius posteritate, seu descendētia etiam aliam successiōem pinguem superveniētem ob quam eius praeceptum in toto, vel in parte moderatum remaneret.

140. Todas las quales doctrinas parece hazen eco à la de el Mieres 2. part. quest. 4. illat. 8. à num. 88. à donde funda, que por el precepto simple de Armas, y Apellido se causa incompatibilidad en los Mayorazgos, y que no se cumple con vsar confusamente de los Apellidos, y Armas de los instituidores, por no conservarse de esta forma la memoria de ellos, ni la mente, que tuvieron en gravar à los sucesores con el referido precepto.

141. Y de qualquier manera, que se consideren las referidas doctrinas, teniendo, como tenemos, nuestros Autores Regnicolas, que en el caso de preceptos de distintas Fundaciones de Armas, y Apellido en preeminente lugar, establecen incompatibilidad de los dichos Mayorazgos, y que esta está calificada con multiplicadas decisiones de los Tribunales Superiores, no se debe contravenir la clara incompatibilidad de estos Mayorazgos.

142. Por otro motivo intenta el Don Thadèo (22) persuadir, q̄ entre si no tienen estos Mayorazgos incompatibilidad; y es el dezir, que se componen de poca renta, y que siendo el fin de los Fundadores enriquecer à sus sucesores, y conservar su memoria, se compone mal esto con la pobreza: en consideracion de lo qual cumplirà Don Thadèo usando en la forma, que pueda, de los preceptos mencionados, y para esto trae la doctrina del Rox de Incomp. 7. part. cap. 1. n. 27. en su Informe a el n. 59.

143. Pues fuera de que se debe observar la delacion de Armas, y Apellido en la forma, que lo dispuso el Fundador, Mieres de Majorat. 2.

part. quest. 4. illat. 8. num. 23. 121. & 203. Dom. Castill. lib. 5. Contror. cap. 136. num. 73. y fuera de que asimismo se debe practicar la observancia en el modo Simon de Petris de Interpret. Ultim. volunt. lib. 5. interpret. 2. dubit. 2. num. 130. ibi: Nec sufficit modum pro parte impleri, nisi in totum impleatur. Y que es indubitable, que el sucesor, que contraviene à la voluntad del Fundador, le haze grave injuria. Paul. Paris. consil. 19. num. 53. ibi: Quo fit ut spernens tale praeceptum, & inobediens effectus sit odiosus ipsi Testatori. Es indubitable, que estos Mayorazgos no son de la corta renta, que por el Don Thadèo se propone; pues el de Pablo de Roda se compone de renta de mas de dos mil reales; el de Don Guillèn (3) rediva, y fructifica quinze mil; el de Don Francisco Gonzalez de Avellaneda cinco mil; y dos mil el de D. Lope Ruiz de Sandoval, y Doña Cathalina Jaymes.

144. Y como es esto cierto, tambien es constante, que el D. Thadèo Miguel, no solo disfruta la renta de estos Mayorazgos, sino de otros muchos, que todos componen mas de 55000. reales de renta en cada vn año; por lo qual, y aunque se estuviese à la doctrina del Roxas 7. part. cap. 1. num. 27. y à la regulacion, que refiere en la misma 7. part. cap. 3. num. 17. se convence, que ni es corta la renta de los dichos Mayorazgos, que se pretende sean incompatibles, y que el Don Thadèo se halla con superabundante renta, que à la que se regula por Roxas, no obstante, que sea primogenito, y Cavallero de distincion.

145. Y aunque se concediese, que fuese tenue, y corta la renta de los Mayorazgos, que se pretende sean incompatibles, no por esso se pudiera dispensar la delacion de Armas, y Apellido en la forma, y modo, que dispusieron los Fundadores, de tal

calidad, que el Aguila ad Roxas de *Incompatib. 1. part. cap. 8. num. 16.* refiriendo algunos Autores, que quisieron dispensar la incompatibilidad de vn Mayorazgo corto al primogenito, por la superveniencia de otro de gran dignidad, queriendo inferir la dispensa de la mente del Fundador, dize assi: *Sed hæc ratio nulla quidem, & non consideranda est, ob successi- nem eniu alterius Maioratus fami- lia, testatoris obumbratur, & quo- ties maioris dignitatis sit Maiora- tus, qui desertur, magis familia tes- tantis obumbratur, & obscuratur, quod ab eius voluntate abhorret, nam ut aiebat Seneca in Controv. lib. dice- ret etiam testator si videret. Non mutarem patrem si naturam mutare potuisssem, ex quibus cognitum est, vnumquemque suã familiam, maiori prosequi affectu qualibet alia etiam digniori præfulgente dignitate.*

146. Finalmente concluye el Don Thadèo sobre este punto à el num. 63. y 64. de su Informe, que por lo odioso de la incompatibilidad, siempre se ha de dar inteligencia à las palabras de los Fundadores, aunque se improprie el sentido de las pala- bras, para que sean compatibles los Mayorazgos; à que se fatisface, con que la division, y separacion de los Mayorazgos sirve de beneficio publi- co, y de esplendor à las familias, por confundirse, y obscurecerse con el concurso de muchos Mayorazgos. D. Molin. lib. 2. cap. 14. num. 29. ibi: *Cum ex inmixtione nominis, & armorum alterius familia, institutoris familia confundatur atque eius memoria obli- vioni tradatur, nec imposterum dis- cerni valeat an huius familia, vel alterius successor quis sit.* Y estando claras, y expressas las palabras, que causan incompatibilidad, no se puede impropriar el sentido de ellas.

147. Porque Don Lope es tambien descendiente de los Funda- dores, como lo es Don Thadèo; y

en el caso de pretenderse la incom- patibilidad por descendiente, tanto dista, que sea odioso considerar los Mayorazgos incompatibles, quanto la incòpatibilidad se juzga favorable. Aguil. ad Rox. de *Incompatib. part. 4. cap. 2. num. 6.* ibi: *At verò incompatibilitas inter ipsos descendentes fa- vorabilis est, & extendenda quoties, ob transversales non excluduntur, sed ob alios descendentes.* Pues con esto se evita la iniquidad, que exclamaba Casiodor. his verbis: *Iniquum est, ut ex vna substantia quibus æqua suc- cessio competit, alij abundanter astuant, alij paupertatis incommodis ingemiscant.*

148. Concurrè tambien otra poderosa causa, para que el Mayo- razgo fundado por el dicho D. Fran- cisco Gonçalez de Avellaneda, (2) sea incompatible, y para que à el tenga conocido derecho Don Lope, (20) con exclusion de el dicho Don Thadèo, (22) en la misma forma, que se debió entender excludido de la successión de este Mayorazgo su Pa- dre Don Francisco, (19) desde que entrò à poseer los Mayorazgos, que vacaron por muerte de Doña Floren- cia de Avellaneda, (18) y es la de de- berse entender este Mayorazgo de se- gundogenitura vna vez que entrò el dicho Don Francisco (19) en la pos- sion de los Mayorazgos, que go- zò, y poseyò Don Joseph de Ave- llaneda. (12)

149. Y para este concepto sentamos à V. S. en el num. 22. de este Informe, que el dicho Don Francisco (2) teniendo por nieto primogenito à el dicho Don Joseph, (12) llamó primeramente à la successión de di- cho Mayorazgo à Don Francisco de Avellaneda su nieto segundogenito, (13) sus hijos, y descendientes en la forma regular; y despues llamó à D. Fernando de Avellaneda su nieto ter- ciogenito, (14) y los suyos, en la mis- ma forma; y despues invitò à la suc-

271
cesion à Don Juan de Avellaneda su nieto quartogenito, y en defecto de la línea de éste à Doña Juana de Avellaneda su nieta quintogenita, y evaquadas todas las líneas de los dichos quatro nietos, dà el último llamamiento, entre su descendientes, à el dicho D. Joseph de Avellaneda. (12)

150. De cuya serie de disposicion, y llamamientos se induce el concepto de ser este Mayorazgo de segundogenitura en el caso de aver sucedido, como sucedió el dicho Don Francisco (19) en los Mayorazgos, que poseyó el dicho D. Joseph, (12) y cõ tener vna incompatibilidad real lineal, que incapacitò à el dicho D. Francisco (19) de la sucesion, y posesion de este Mayorazgo, y se le adquirió à el Don Lope (20) vn firme, è incontrastable derecho desde el instante, que sucedió el dicho D. Francisco su hermano (19) en los Mayorazgos, cuya posesion tuvo el dicho Don Joseph. (12)

151. Varios son los casos, que constituyen el Mayorazgo de segundogenitura, y de ellos refiere siere el Roxas de Incompat. part. 1. cap. 8. à num. 32. pero el adaptable à el de este pleyto es el segundo, que refiere à el num. 33. en que establece, que se entiende el Mayorazgo de segundogenitura quando su instituidor no tuvo odio à el primogenito; pero le constò, que este, ò en acto, ò en esperanza invariable era successor de otro Mayorazgo, en cuyo caso el primogenito realiter intelligitur exclusus, ibi: *Secundus casus est quando constat, quod institutor Maioratus odio non habuit primogenitum, ut tamen constat etiam, quod institutor cognitum habuit, ac praescivit, primogenitum in actu, vel in spe certa, & invariabili esse successorem alterius Maioratus, & in hoc casu successio etiam ad sequentem fratrem tertio, vel quartogenitum derivatur, non autem devoluitur ad primogenitum,*

nec ad ceteros eiusdem lineae, quia venietur realiter exclusus, & toties primogeniti exclusio est realis, si ve ipsemet se excludat, si ve alius; per mortem secundogeniti, & suorum non retrocedit successio ad primogenitam realiter exclusam, nec ad eius filios, sed prosequitur in tertio genitam.

152. Y en la especie de este caso procede en tanto grado la incompatibilidad, que es real lineal absoluta. D. Larrea, *decif. 5. 1. n. 16. Dom. Castell. lib. 5. Contr. cap. 178. à num. 57. Roxas dicta part. 1. cap. 8. num. 34.* Y es la razon de esta resolucion, porque la principal causa, y motivo, que mueve à los Fundadores para llamar al segundo terciogenito, y demàs à la sucesion de su Mayorazgo, teniendo el primogenito otro, es, *ut efficiat plures divites in sua familia, eiusque splendorem ad augeat, & auctoritatem, quia melius ostentatur in duobus, pluribus ve Maioratus separatis à pluribus divisim de familia possessis, quam ab uno, seu primogenito tantum. Hanc etiam causam existimavit, quod eum ad id ipsum sterneret, dum incitaret dict. leg. 7. tit. 7. lib. 5. Recop. ibi: Porque disminuyendose las casas de los Nobles, no avra tantos Cavalleros, y personas principales.* Ita Roxas de Incompat. dict. part. 1. cap. 8. num. 36. con otras clausulas, que pone en el referido capitulo, y en el quinto de la part. 3. num. 22. y 25.

153. En consideracion de lo qual, y sabiendo el dicho Don Francisco, (2) que Don Joseph de Avellaneda su nieto primogenito, tenia invariable derecho à la sucesion de los Mayorazgos de Don Nicolás de Avellaneda su Padre, en que se comprehendian los de Pablo, y D. Guillèn de Roda, (1) y (3) y los de Don Rodrigo de Avellaneda, y otros muchos, llamó à la sucesion de su Mayorazgo à su hijo segundogenito D.

Fran-

Francisco, (13) y à Don Fernando su nieto terciogenito, (14) y à los demás subsiguientes, y sus lineas, y llamó à Don Joseph de Avellaneda su nieto primogenito (12) despues de todos.

154. *Ad providendum de Maioratu secundogenito, ac cæteris eiusdem familie, quia satis provisum censuit primogenito, ac linea eius ex Maioratu, vel Maioratus, in quibus iam successerit, vel invariabiliter successurus est; ideò cæteris iuste, ac pie subvenire iudicandum est voluisse, & egentibus, & minus provisus prospicere. Leg. Titio centum 71. in principio de condit. & demonstrat. ibi: Sed si filio fratris alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse hæredi credendum est.* Como dixo el Roxas de *Incomp. dict. 1. part. cap. 8. num. 37.*

155. Y es de tal eficacia esta incompatibilidad, que muerto el segundogenito, y los demás hermanos, si entrasse el Mayorazgo de segundogenitura en el primogenito; en la linea de este se suscita la qualidad de segundogenitura. Mieres de *Maioratu. 2. part. quæst. 6. num. 213. ibi: Infertur alia conclusio singularis, quod si ex leg. 7. tit. 7. lib. 5. Recopil. vel ex thenore, & fundatione Maioratus filius maior non possit habere duos Maioratus, sed unum, si forte filius, vel filia secunda, quæ habuit Maioratum decessit absque filijs in vita filij maioris, & non sit alius filius, vel filia, qui sit in eodem gradu, qui posset succedere in Maioratu, ille filius maior pro vita sua habebit illum Maioratum, & post eius vitam filius secundus, aut filia secunda, quod est memoriæ mandandum. Dom. Vela, dissert. 49. n. 39. Aguila ad Roxas de *Incompat. 1. part. cap. 8. num. 14. & 15.**

156. Y atendiendo à la mente, y disposicion de el dicho D. Francisco Gonzalez de Avellaneda, (2)

debemos considerar, que por el fallecimiento de Doña Florencia de Avellaneda, (18) Don Francisco Gonzalez de Avellaneda (29) entro representando la linea de primogenitura, que constituyó Don Joseph Gonzalez de Avellaneda, (12) por aver sucedido en sus Mayorazgos, y estando, como estava, à el tiempo de la succesion el dicho D. Francisco (19) en la linea de segundogenitura, por aver fallecido sin hijos Don Francisco de Avellaneda; (13) de aqui se sigue, que el Mayorazgo que poseia como de la linea de segundogenitura de el Don Francisco de Avellaneda, (2) se hizo incomparable con los que vacaron por muerte de la dicha Doña Florencia, con incompatibilidad real lineal, y se le adquirió à el dicho Don Lope, (20) como que representa la linea de segundogenitura.

157. Lo que se comprueba de la doctrina del Mieres de *Maioratu. 2. part. quæst. 6. num. 211. ibi: Quam quæstionem vidi in practica multis præteritis annis postquam hoc scripsi: nam si testator ab horruit confusionem Maioratus nominis, & armorum, & hæc causa duret postquam Maioratus principalis familie ad secundogenitum devenit, qui aliam possidebat, non videtur posse utrumque retinere cum iam reperitur proximior institutori Maioratus, qui tempore mortis erat remotior, non quidem gradu, sed primogeniti qualitate, quam simul cum alio Maioratu retinere nequit per leg. Substituti, ff. de vulg. L. Non sine in principio, C. de bonis quæ liberis. §. Proximior autem, Instit. de legitim. agnat. success. Mantica de Coniectur. lib. 8. tit. 10. num. 8. ibi: Et quidem in tantum is dicitur esse primogenitus, qui prior solus superest, ut si aliquid relictum sit secundogenito, ab huiusmodi relicto ipse excludatur.* Aguila ad Roxas de *Incomp. 1. part. cap. 8. num. 18. & 20.*

158. De aqui se inferia, que aviendo sido la causa final para aver llamado Don Francisco Gonçalez de Avellaneda (2) à la succession de su Mayorazgo à su nieto segundogenito, y à los demás hasta el quinto, y sus descendientes, postergando a el primogenito, el saber que este estava provido de otros Mayorazgos, y querer subvenir à los descendientes de los demás nietos, vna vez que entio el dicho Don Francisco (19) en los Mayorazgos de el nieto primogenito ultimo llamado, fue su voluntad el que su Mayorazgo no concurrísse con estos aviendo descendientes suyos, que fuessen socorridos, y que conservassen su memoria.

159. Por subsistir la mesma razon, en cuyos terminos casus omisus à Testatore habetur pro expresso Dom. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 5. num. 8. 9. & 10. ibi: *Quod quamvis verba dispositiva proprie non decident certum casum, si ratio dispositionis illum decidit; ille casus dicitur proprie esse in dispositione; ideoque vulgo dici solet, quod ratio dispositionis est ipsa dispositio, vel saltem est potior pars ipsius; quia est anima, & spiritus dispositionis.*

160. Y poco despues: *Ideoque fideicommissa extenduntur, ampliantur, restringuntur, limitantur, ac declarantur ex ratione, ex qua Testator motus fuit ad disponendum leg. Cum pater. §. Dulcissimis, ff. de legatis 3. ubi per scribentes. Leg. Nomen debitorum, §. fin. ff. de legat. 3. Quod non solum in ratione qua vere, & realiter expressa est, verum est, sed etiam quando vna sola ratio assignari potest procedit, tunc namque ea ratio habetur pro expressa operaturque omnes illos effectus quas ratio expressa in quacumque dispositione operari solet hucusque.* Dom. Molin. Dom. Castell. lib. 3. Controv. cap. 28. num. 22. & lib. 5. cap. 169. per totum, & cap. 181. num. 5. Add.

ad Dom. Molin. dict. lib. 4. cap. 5. num. 8. 9. & 10.

161. Y en esta inteligencia es configuiente, que el Mayorazgo fundado por Don Francisco de Avellaneda (2) sea incompatible con incompatibilidad real lineal, con los que vacaron por muerte de Doña Florencia. Roxas de Incompatibil. part. 7. cap. 6. num. 53. ibi: *Verum tamen ne dubitetur quando nam ratio prohibitionis sit realis, seu linealis; & quando personalis? Advertendum est quod quoties institutor, vel legislator causam incompatibilitatis, seu prohibitionis concursus adhibeat talem in proemio, seu in alia qualibet parte sua dispositionis, insinuando quod si successor alium habeat Maioratum ad alium transeat Maioratus ab ipso institutus, ut ex eo secundogenito provideatur, atque succurratur; vel dicat, quod quodcumque primogenito sufficienter provisum fuerit ad sui, suorumque sustentationem, ex vno duorum Maioratum alter ad alium progrediatur; tunc ratio exclusionis, seu prohibitionis lineam primogeniti comprehendit; & licet primogenitus habeat filium, vel filias, nihilominus ad fratrem eius secundogenitum Maioratus faciet transire.*

162. Sin que pueda obstar à el referido concepto de incompatibilidad, el que el dicho Don Thadéo Miguel, y Don Francisco su Padre, sean descendientes de Don Fernando de Avellaneda, (14) y que como tales estan especificamente llamados, à la succession del Mayorazgo de el dicho Don Francisco; (2) pues este llamamiento se entienda limitado para su Mayorazgo vna vez que succedió Don Francisco (19) en los que vacaron por muerte de la dicha Doña Florencia; porque mediante esto llegó el caso de deberse separar, por aver sido la voluntad, y mente de el Testador, el que estuviessen provi-
dos

dos sus descendientes con distintos Mayorazgos; en cuyo caso no se atiende à la corteza, y fonido de las palabras, sino à la mente del Testador. *Leg. Quisquis mihi, ff. de verb. signific. ibi: Labco videtur verborum figuram sequi: Proculus mentem*

Testantis: Respondi non dubito quin labronis sententia vera non sit.

163. Por cuyos fundamentos nos parecia, que este, y los demàs Mayorazgos, que se litigan, tienen entre si vna clara, y precissa incompatibilidad.

CONCLUSION V.

EN QUE SE FVND A EL DERECHO,
que assiste à Don Lope de Avellaneda (20) para la suces-
sion, y eleccion, en que no hiziere eleccion Don
Thadeo su sobrino.

164. **N**O se duda por Don Lope, que el Mayorazgo fundado por Doña Cathalina Jaymes, (6) contiene la incompatibilidad respectiva con los Mayorazgos, de que se ha tratado, en la forma que estos la tienen, por la condicion de la delacion de Armas, y Apellido en primero, y preeminente lugar; y si dize, que no posee el Mayorazgo fundado por la dicha Doña Cathalina Jaymes, por averle renunciado, y cedido este en el año de 706. à favor de Don Luis Jaymes de Juntaròn y Avellaneda su hijo, (25) mediante cuya cesion se le transfirió la posesion civil, y natural de dicho Mayorazgo à el dicho D. Luis.

165. Porque assi como por el fallecimiento de el vltimo Poseedor del Mayorazgo, se transfere la posesion civil, y natural en el siguiente successor, *virtute leg. 45. Tanri. Gom. in dict. leg. 45. num. 111. D. Molin. de Primogen. lib. 3. cap. 12. num. 19. vbi Add. Gutierrez. lib. 2. Practic. quest. 87. num. 7. D. Paz de Tenuta, cap. 20. num. 14. & cap. 35. num. 20. & cap. 50. num. 2.* en la misma forma por virtud de la cesion, y renunciacion del Mayorazgo, se transfere en el cesionario la verda-

dera, y natural posesion de el; y tiene lugar el remedio possessorio de la dicha ley 45. de Toro. *Mieres de Maiorat. 3. part. quest. 17. Dom. Castell. lib. 3. Controv. cap. 12. n. 113. & lib. 5. cap. 118. num. 12. Noguer. alleg. 31. a num. 65. D. Paz de Tenut. 2. tom. cap. 61. D. Olea de Cess. Iur. tit. 3. quest. 4. num. 8.*

166. Y es la razon, porque el caso de la renuncia, y cesion se equipara à el de la muerte natural, argumento *Textus in leg. Gallus, §. Et quid si tantum, ff. de lib. & posthum. ibi: Ut ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint.* D. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 13. n. 59. ibi: *Quamvis non disticamur quod si aliquis alias casus eveniret, ex quo vltimus Maioratus possessor pro mortuo habendus sit possit in vita eiusdem remedium dictæ legis proponi Ciarb. de succ. Fendi, §. 2. Gloss. 10. num. 28. Ibi: Tollendo sede medio renunciatione, vel morte.*

167. Y aunque se considerasse, que esta renuncia, y cesion no obrò los efectos de transferir à el dicho Don Luis la posesion civil, y natural del dicho Mayorazgo, y que no obstante ella se contemple Poseedor de el à el mencionado Don Lope,

no por esso dexan de tener facil respuesta los argumentos, que haze el Don Thadèo Miguel a el num. 66. de su Informe, en que expresa (como es assi) que el Mayorazgo, que fundò la Doña Cathalina Jaymes, tiene el precepto de sus Armas, y Apellido en primero, y preeminente lugar; y que no obstante pretende la exclusion de el dicho Don Thadèo, por tener los Mayorazgos que posee la misma qualidad de Armas, y Apellido en primero lugar; por lo que passa à preguntar Don Thadèo: Si D. Lope tiene dispensa para succeder contra la disposicion, que Don Thadèo no ha podido adquirir? O si se puede dar distinta inteligencia à la Clausula de el Mayorazgo de Doña Cathalina Jaymes, que à las de Pablo de Roda, Don Francisco Gonçalez de Avellaneda, y Don Lope Ruiz de Sandoval?

168. A que satisfacemos, con que Don Lope no puede pretender tener dispensa para poseer dos Mayorazgos con las qualidades de Armas, y Apellido, que se han referido; pero tampoco puede confessar, que sea capaz Don Thadèo de poseer quatro Mayorazgos incompatibles: y si lo que pretende es, que haga eleccion el dicho Don Thadèo de vno de ellos, para que de los que quedassen elija Don Lope el que le pareciesse, y passe el fundado por la Doña Cathalina Jaymes à quien le pertenezca, segun derecho; y assi se ve claro, que no pretende retener el Mayorazgo de la dicha Doña Cathalina Jaymes, aviendo adquirido otro: y en la misma forma, que pretende Don Lope la no retencion de dos Mayorazgos incompatibles, assimismo intenta, que el Don Thadèo no retenga mas, que vno de los que lo fueren.

169. Pues aunque Don Lope sea Possedor de el Mayorazgo de la dicha Doña Cathalina Jaymes, no

por esso le puede privar de la adquisicion de otro, por no darle la incompatibilidad *in habitu*, seu *potentia succedendi*, sed *tantum in actu*, ut pro regula firmat Bald. in leg. In rebus, C. de iure dotium, ibi: *Alter est concursus habitu, sed non actu, & hoc modo bene concurrunt*. Abbas consil. 85. num. 6. Afflictis in cap. 1. de Suc. feud. num. 27. & 33. Thomas Valascus alleg. 76. num. 102. quos omnes citat Roxas de Incomp. 7. part. cap. 6. num. 26. & 42.

170. Por ser cierto en derecho, y segun invariable opinion de los Autores, que no se impide la adquisicion, sino es la retencion de dos Mayorazgos incompatibles. D. Castillo lib. 5. Controvers. cap. 178. num. 15. & cap. 180. num. 11. Roxas de Incompat. part. 7. cap. 4. & part. 8. cap. 6.

171. Tampoco es de reparo lo que se propone por el dicho Don Thadèo à el num. 68. de su Informe, en que quiere persuadir, que el Mayorazgo, que fundò la dicha Doña Cathalina Jaymes contiene incompatibilidad real lineal; y de aqui inferre à el num. 69. que se le deberà privar à el Don Lope de la adquisicion de otro Mayorazgo: y aunque pretende comprobar la dicha incompatibilidad real lineal de la generica definicion, que trae el Roxas de Incompat. 1. part. cap. 1. num. 19. *Quod sit excisata quedam prohibitio cuius cumque repugnantis eodem tempore, & apud subiectum idem, atque reprobati concursus*. Esta definicion como generica comprehende todas las especies de incompatibilidad real, respectiva, y personal, y se verifican en ella todas sus especies.

172. Tampoco se podrá verificar esta incompatibilidad real lineal de las palabras, con que se explicó la dicha Doña Cathalina en su Fundacion; pues solo de ella se puede deducir incompatibilidad respectiva, y per-

personal, porque aviendo prevenido en la Clausula, que se ha referido à el num. 26. de este Informe, que los que poseyessen su Mayorazgo vlassen de su Apellido, y Armas en primero lugar, imponiendo la amocion de la succession por la contravencion: despues en otra Clausula (como se ha referido à el num. 27. previene: *Que siempre que huviere dos hijos varones, ò mas, y el mayor de ellos tuviera otro qualquier Mayorazgo, este mi Vinculo, y Mayorazgo passe à el segundo hijo, que no tuviera otro ningun Mayorazgo; porque mi voluntad es, que mi Nombre, y Apellido se conserve, como va declarado.*

173. De cuyas palabras no se puede inferir, como de contrario se pondera, incompatibilidad real lineal, fino es vna incompatibilidad respectiva, como la tenia prevenida en la Clausula de condicion de Apellido, y Armas; y despues repitiò en el caso de la division, ibi: *Porque mi voluntad es, que mi Nombre, y Apellido se conserven, como va declarado.*

174. Porque la palabra como, equivale à la dicion *ut*, y esta es restrictiva, con respecto à la precedente disposicion. *Clementina ne in agro*, §. *Abbate de statu Monach.* *Marta de Claus.* *part. 1. claus. 202.* *Barbol. dict. 440. num. 3.* en cuya consideracion no se puede conceptuar incompatibilidad real lineal en el dicho Mayorazgo de Doña Cathalina Jaymes, ni le puede perjudicar à el dicho Don Lope el averlo poseido para dexar de adquirir otro Mayorazgo de los que no eligiere el dicho Don Thadèo: mayormente, quando el dicho Don Lope era de edad de 14. años à el tiempo, que por su Cu-

rador se le diò la possession de el Mayorazgo de la dicha Doña Cathalina Jaymes.

175. En consideracion de todo lo qual, se manifiesta claro el justo derecho, que assiste à Don Lope para estar incluido en la succession de los dichos Mayorazgos, y elegir à su arbitrio el que le pareciesse, de los que no eligiesse el Don Thadèo, por no poder este cumplir con las condiciones de los dichos Mayorazgos, sin que en manera alguna le pueda hazer competencia Don Miguel Thadèo, hermano segundogenito de el dicho Don Thadèo, à causa de prevenirse en todas las referidas Fundaciones, que no cumpliendo el Possedor con sus condiciones, passe la succession à el siguiente en grado; y siendo Don Lope indisputablemente à el tiempo, que se causaron las incompatibilidades el siguiente en grado, se haze precisso, que le toque la eleccion en los dichos Mayorazgos.

176. Mayormente, quando no se hallaba nacido ninguno de los hijos de Don Francisco de Avellaneda, à el tiempo que se causò la dicha incompatibilidad, ni que deduxo su accion sobre ella el dicho Don Lope en el año de 705. en que existia su hermano Don Francisco, por lo que fue precisso, que en èl se radicasse el derecho de la succession en los dichos Mayorazgos, con la circunstancia, de que contemplandose como se debe contemplar el que fundò D. Francisco Gonzalez de Avellaneda de segundogenitura, à este no puede tener eleccion el dicho Don Thadèo, por resultar de la dicha qualidad incompatibilidad real lineal, que les privò de todo derecho à el dicho Don Thadèo, y Don Francisco su Padre.



CONCLUSION VI.

EN QUE SE FV NDA EL DERECHO,
que tiene Don Joseph Gonzalez de Avellaneda para elegir,
despues de aver hecho la eleccion D. Thadèo Gonzal-
lez de Avellaneda.

177. FVNDÒ Don Thadèo Gon-
zalez de Avellaneda en
su Alegacion desde el num. 73. hasta
el 81. que Don Joseph de Avellane-
da, hijo mayor de Don Lope de
Avellaneda, no puede succeder en
alguno de estos Mayorazgos; porque
no teniendo derecho de succession el
Padre, tampoco lo pueden tener los
hijos, como porque las Clausulas,
con que los Fundadores se explican,
y succeda otro en el Mayorazgo, ò
passe à el siguiente en grado, no se
pueden entender del hijo de el Pos-
seedor, sino de el hermano; de mane-
ra, que quiere explicar, que respecto
de que siendo Don Lope el Posseedor
de Mayorazgos, que han de ser in-
compatibles, y que no puede ambos
retenerlos, y que avrà de elegir, y
causarse vacante de vno de ellos, este
no aya de passar à su hijo primogeni-
to, sino que avrà de quedar en Don
Thadèo, y su linea, por ser en tal caso
la que constituia el hermano de el
Posseedor, como hijo de Don Fran-
cisco de Avellaneda, hermano que fue
de Don Lope.

178. Esto lo funda con varias
razones: Es la primera, que *excluso*
Patre à successione Maioratus, ex-
clusi. censerì debent etiam eius filij,
con la ley *Si viva matre, §. In nepo-*
tibus, C. de bon. matern. La segunda,
porque siendo el Don Joseph, como
hijo mayor de su Padre, su invariable
successor de sus Mayorazgos, porque
el primogenito adquiere cierta espe-
rança de succeder desde que nace,
como el posseder el Padre el Mayoraz-

go incompatible, le incapacita de
poder posseder otro, esta misma inca-
pacidad tiene el hijo, y los de su li-
nea. Dom. Molin. *lib. 3. cap. 6. num. 5.*
ex num. 37.

179. El tercero, porque la
causa final, que mueve à los institui-
dores para prevenir, que el successor
en su Mayorazgo no tenga otro, es
subvenir à el consanguineo mas pro-
ximo de la siguiente linea; porque la
del primogenito es provisa, y porque
su Familia, y Nombre no se obumbra,
y que como Don Lope se halle ya
con Mayorazgo, en que ha de succe-
der precisamente su hijo D. Joseph;
es de ài, que no puede succeder en
otro. Dom. Molina, *lib. 2. cap. 15.*
num. 56. El quarto, que resultaria el
inconveniente, de que seria temporal
la prohibicion de concurso, existien-
do la absoluta, y perpetua causa de
la exclusion, y se daria permisso en el
hijo, que no hubo en el Padre, vt
Rox. 4. *part. cap. 1. num. 58.*

180. El quinto, de que el hi-
jo de el Posseedor de el Mayorazgo
incompatible ha de succeder por re-
presentacion de su Padre, ò ha de
succeder por su propria persona: si
por representacion de su Padre se ha-
lla excluido, como el Padre lo està,
y si por su propria persona constitu-
ye la linea de su Padre, que tiene la
misma exclusion; porque el primo-
genito es de la linea habitual de el
Posseedor, como por ser la incom-
paribilidad de los Mayorazgos, es-
pecialmente el de Doña Cathalina
Jaymes real lineal, que excluye à

todos los de la linea, vt Roxas part. 7. cap. 4. num. 18. y la ley Placet 79. ff. de acquir. hered. §. Cum filio, instit. de hereditat. qua abintest. defer.

181. Estos son los fundamentos, y razones, que se oponen à el D. Joseph para no succeder en el Mayorazgo incompatible, que vacare, despues de aver elegido Don Lope de Avellaneda su Padre; mas à esto se responde, que quien ha de succeder en el Mayorazgo, que vacare despues de la eleccion, que hará D. Lope de los que en su persona concurriesen incompatibles, es el Don Joseph su hijo mayor, sin que le obsten alguna de las razones opuestas en dicha Alegacion, porque toda la vez, que en la Fundacion por alguna razon se llama à el hijo siguiente en grado, ò immediato successor, se verifica en el hijo del gravado, y en el se transiere la succession, quia admittitur quando primi in gradu à successione exclusi sunt ex eo, quod noluerint, vel non petierint bonorum possessionem, ex leg. 2. §. Defertur, ff. de bon. posses. secund. tabul. L. 1. §. Quibus, ff. de succes. edict. Sed quando ita fuerant exclusi, primi admittuntur filij, tanquam sequentes in gradu, ac si primi ex numero non fuissent. Ex leg. 2. ff. de bon. qualiber. Liberi eius, vel alterius patroni petere poterunt ex illa parte edicti, quia primis non petentibus, aut etiam nollentibus ad se pertinere, sequentibus datur, ac si priores ex numero non essent: Ergò sequens in gradu est filius seu omnis ab excluso descendens.

182. Lo segundo, porque gradus cum agitur de vocatione ad succedendum, idem est, quod persona. Leg. Sed si plures 10. §. fin. cū Gloss. verb. In vno gradu, id est in vna persona. Leg. fin. §. Titius, ff. de vulg. Et sic sequens in gradu est idem, quod sequens persona, sive persona, que sequitur post exclusum; sed persona,

que sequitur in succedendo post exclusum parentem est filius, sive eius descendentes. L. Filius 12. ff. de suis, & legit. L. 3. ff. de vnde liberi. Ergò sequens in gradu est persona filij, vel alterius ab ipso descendens.

183. Lo tercero resulta de la ley 7. tit. 7. lib. 5. Recop. donde se previene, que en caso de que se ayan de dividir dos Mayorazgos, porque sean incompatibles, ex prohibitione illius legis, tunc dividitur inter filios, & descendentes illius in quo primogenia concurrerent, sin admitir el transversal, quamvis non nisi vnicus filius, aut descendens superstit.

184. Lo quarto, porque el siguiente en grado intelligitur ille, qui est immediate vocatus, sive substitutus post primum. Leg. Si sequens in gradu 15. cum Gloss. verb. Sequens gradus, ff. ad filiam. L. 1. in princip. ff. de vulg. L. 2. §. Defertur. verſ. Primo gradu scriptis heredibus mox illis non petentibus sequentibus substitutis. L. Si Patronus 12. §. Si patroni, ff. de bon. libert. Sed filius maxime primogenitus in Maioratus institutionibus est substitutus post patrem, ita exclusum: Ergò primogenitus, & non alius est vocatus, sub illa Clausula succedat sequens in gradu.

185. Lo quinto, quia quando successor excluditur per deportationem succedit eius filius, quia pater pro mortuo habetur, Text. in leg. Si necem 4. §. Si deportatus patronus sit filios eius competit bonorum possessio in bonis liberti, nec impedimento est ei talis patronus, qui mortui loco habetur. ff. de bon. libert. D. Molin. lib. 2. cap. 9. num. 27.

186. Lo sexto se prueba de otra razon; y es, que quando el successor del Mayorazgo se excluye ex eo, quod ingressus fuerit in religionem, & professus, tunc vocatus sequens in gradu, si habeat filium legitimum, & naturalem succedit filius primogenitus, & non secundo.

genitus, nec transversalis; vt Dom. Molin. lib. 1. cap. 13. num. 69. Y lo mesmo sucede quando el Padre se excluye propter delictum hæresis, quod succedit sequens in gradu, quod est filius, & non transversalis. Ita Dom. Molin. lib. 4. cap. 11. n. 52. & 53.

187. Lo septimo, quia si aliquis est exclusus, & vocatus sequens in gradu ex eo, quod sit cæcus à natiuitate, surdus, vel mutus, tunc succedit primogenitus filius cæci, muti, vel surdi, & non filius secundus, nec transversalis. Dom. Castill. lib. 3. cap. 15. num. 55. Filius primogenitus furiosi cæci, surdi, muti, aut alterius aliam inhabilitatem habentis propter quam ex Fundatorum dispositione succedere non potest in Maioratu fratrem secundogenitum excludit, etiam si vocatus fuerit sequens in gradu. Et idem dicendum est, si Pater fuit exclusus à successione Maioratum per ingratitudinem. L. Diui fratres, ff. de Iur. Patronat.

188. Lo octavo, porque quando el inmediato successor occidit vltimum possessore Maioratus, tunc ad eius filium primogenitum, qui occidit, tanquam proximorem, siue sequentem in gradu transit successio Maioratus. Dom. Castill. lib. 5. cap. 161. num. 4. Mieres, part. 2. quæst. 4. illat. num. 31. vsque ad 45.

189. Lo nono, quia si institutor præcipiat, quod si quandocumque successor rem Maioratus alienet à successione cadat, & Maioratus ad sequentem in gradu transeat, si contraveniat succedit eius filius, aut descendens contravenientis. Vt Dom. Molin. lib. 3. cap. 10. num. 44. Matienço leg. 11. tit. 6. lib. 5. Recop. Gloss. 4. num. 10. Velazq. de Avend. in leg. 40. Taur. Gloss. 4. num. 1. Alvarad. de Coniectura mente defuncti, lib. 2. cap. 3. num. 102. Fuffar. quæst. 575. fere per rotum, & quæst. 730. num. 1. Add. ad D. Molin. lib. 3. cap. 10. n. 44.

190. Pruebase también, de que el siguiente en grado se entienda, qui est immediate vocatus, seu substitutus post primum. Leg. Sequens in gradu, cum Gloss. verb. Sequens in gradu, ff. ad S. C. Silianam. L. 1. in princ. ff. de vulg. L. 2. §. Desertur, vers. Primo gradu scripti hæredes mortuis non petentibus sequentibus substitutis; sed filius, & maxime primogenitus in similibus Maioratum institutionibus est substitutus post patrem, ita exclusum: Ergo filius primogenitus, & non alius censetur vocatus.

191. Y por otra razon, quoniam Clausula hæc: Succedat sequens in gradu. Idem est ac: Succedat proximus consanguineus. Vt probatur in leg. Hæres furiosi 51. ff. de petit. hæredit. ibi: Vel sequens in gradu. L. fin. §. Si autem furore, ibi: Qui mortis tempore furiosi propinquiore existant. C. de curat. furiosi. Sed proximior Patri est filius. L. 2. §. Hæc hæreditas. §. Legitima. Leg. Filius Patri agnatus proximus est. ff. de suis, & legit. hæred. Vbi verbum proximum, idem est quod proximior, quem nemo antecedit. L. Proximus 92. ff. de verb. sign. Ergo filius, tanquam proximior vltimi possessoris exclusi, est sequens in gradu.

192. Y vltimamente se prueba ex leg. 45. Taur. quæ est 8. tit. 7. lib. 5. Recop. se trasfasse la possession civil, y natural en el siguiente en grado, vbi sequens in gradu nulli dubium est, quin sit primogenitus, nam regulariter primo, es el que debe succeder por muerte del vltimo Possedor; sino es que el instituidor llamó à otro, y no succediendo esto en nuestro caso, sino el siguiente en grado cessit de vocatione legis, cum qua conformare se voluisse præsumendum est. L. Hæres mei. §. Cum ita, ff. ad Trebell. L. Si duo, ff. de acq. hæredit. D. Castill. lib. 4. cap. 35. n. 13. & 14.

193. Y contra esto no hazen oposicion los Fundamentos, que de

par-

parte de Don Thadèo se han esforçado, no el primero, de que *excluso Patre exclusi censerì debent eius filij*; porque la incapacidad en este caso del Padre, no perjudica à el hijo, *à quo non incipit, sed tantum in persona Patris. L. Titio ususfructus 96. vers. Nec initium accepit.* En la mesma forma, que el hijo, ò el nieto por la contravencion de el Padre, ò de el Abuelo, no se excluye de la successiõ del Mayorazgo. Dom. Molina, lib. 1. cap. 9. num. 58. Dom. Solorç. de Jur. Indiar. lib. 2. cap. 18. num. 37. *Priori titulo filius, vel nepos ob incompatibilitatem in Patre, vel avo excludi non debet à successione Maioratus incompatibilis cum alio à Patre, vel avo retento, quoniam tunc non ex persona Patris, vel avi succedit, sed ex sua persona.*

194. Tampoco es del caso el segundo argumento, de que siendo el hijo mayor invariable successor de el Padre, le incapacita de poder poseer otro; porque para que le incapacitara era menester, que fuesse en actual possession, sin que baste la potencia, y esperança de succeder; como se prueba en los Beneficios incõpatibles, *in quibus quando vnus est in habitu, & potentia, & alius est in actu, tunc ex quo non sunt ambo in actu possunt concurrere apud vnã personam, quæ potest vnũ ex his duobus incompatilibus retinere donec alterum reducatur ad actum.* Gloss. verb. Collegiatus, in cap. Statutum, de elect. in 6. *Quia incompatibilitas non datur in actu.* Velazq. allegat. 76. num. 58. *Quod incompatibile est, quod simul procedatur in eodem actu, & tempore.* Et in n. 102. *Quod habitus, & potentia non sufficit, quando requiritur actus, & nemini dubium est, quin filius primogenitus in vita Patris non habeat Maioratum in actu.* Dom. Molina, lib. 3. cap. 12. num. 22. vers. Sed verius.

195. Tampoco es de atencion el tercer fundamento, de que la mente del instituidor en tales casos, es proveer otra familia, y que estando el primogenito proveido con la esperança de succeder el inmediato, ò siguiente en grado, no puede ser fino otro distinto; porque esto se verifica en el hijo primogenito, pues se llegã à dividir en dos personas los Mayorazgos, y no se retienen por vno, que es lo que prohibiò, à la ley *In conditionibus 19. ff. de condit. & demonstrat.*

196. Pues de lo contrario se quisiera persuadir, que la esperança invariable de succeder se entendiãrã actual, quando es incierto, *quia incompatibilitas non datur ex concursu in habitu, sed in actu, quia spes succedendi non est realis vera, sed ex interpretatione extensiva ad tempus, & casum, quo pater decedat, & sic non est, sed ad instar. L. Gallus, §. 1. videndum, ff. de liber. & posth. & de ea non sensit testator.*

197. *Nam aliter daretur, quod conditio non habendi alium Maioratum haberet locum secundum fictionem, & improprie, cum primogenitus fingatur possidere, & improprie habetur pro possessore in vita patris;* porque quien realmente posee el Padre es, y mientras vive ningun derecho tiene en sus bienes, *nec ei debetur possessio. Leg. 1. §. Impuberi, ff. de collat. bon.* Lo que es absurdo, *quia conditio debet existere secundum veritatem proprie, & inspecifica forma, & non improprie, & secundum fictionem. L. Qui heredi. Leg. Mævinus, ff. de condit. & demonstrat. Leg. Non aliter, ff. de legat. 3.*

198. Menos es de atencion, que el primogenito sea *immediate patri substitutus*, quia *substitutio, quæ non competit nisi post mortem alicuius non dicitur esse in bonis nostris. Leg. Substitutio, ff. de acquir. rer.*

rer. dom. Dom. Larrea, *dispat.* 39. num. 21. & 22. *Tam quia non est omnino verum, quod primogenitus habeat in hoc casu certam, atque invariabilem spem succedendi: Variabilis enim, & in certa potest esse vivente patre usque ad mortem eius, & tempore quo finietur.* D. Molin. lib. 1. cap. 13. num. 32. Dom. Larrea, *decis.* 39. num. 21. Pues pueden suceder varios contingentes, de que no llegue el caso de poseer, y quedar perjudicado con solo la esperança, y privado de los frutos, que en el interior podrá justamente perceber, *veluti si tempore delatae successione bona Maioratus sint deteriorata vel clade, bello tempestate, vel alio casu fortuito, & inopinato destructa, vel si propter aliam causam, veluti ratione temporis, vel loci alium velit eligere Maioratum, & in illo per mortem patris delato non succedere, vel si pramoriatur relictis filijs, inter quos tempore, quo deseruntur, dividi debeant Maioratus incompatibiles, vel si decedat super viventibus alijs eius fratribus inter quos procedat divisio.*

199. De menos eficacia es lo que tambien se propone, sobre que si se quiere suceder por representaci6n del Padre, se halla con exclusion, y si por su propia persona succeda lo mismo por constituir la linea; porque a esto se responde, que el hijo mayor representa a el Padre *in quantum pro illo instanti potuit succedere, seu pro aliquo temporis momento fuit successibilis in illo Maioratu, quem non elegit, & ad representationem sufficit, quod aliquo temporis momento pater sit in potentia seu capax habilis ad succedendum.* Dom. Molin. lib. 3. cap. 7. num. 4. *Quae omnia, quando pater nullo tempore primogenituræ ius, neque in potentia, neque in spe habere potuit, &c.* Et ibi: *Secus autem si pater aliquo tempore ius primogenituræ saltem in spe, vel in po-*

tentia habuerit; tunc autem etiam si ex post facto inhabilis ad Maioratus successione efficiatur, nihilominus tamen filius eius representando personam parentis successione Maioratus consequetur. Lo que tambien funda con la ley 40. de Toro, & ibi Add. Dom. Castill. lib. 5. cap. 15. num. 76. & 77. & cap. 19. num. 172.

200. Y por otra razon *nam etiam si patruus sit substitutus eius fratri; la substitucion no tiene lugar mientras el Padre tiene hijos, quia substitutio simpliciter facta semper intelligitur clausula illa si filios non habuerit, aut si sine filijs decesserit.* Leg. *Cum avus*, ff. de condit. & demonstrat. Leg. *Cum acutissimi*, C. de fideicommiss. Sed hoc casu pater, seu frater patru tempore, quo habetur pro mortuo quoad successione Maioratus, quem non elegit haber filios: Ergo filius, vel filij excludere debent substitutum. Lo mesmo se verifica de el caso de la ley 7. tit. 7. lib. 5. Recopil. de los dos Mayorazgos incompatibles, quorum vnus excedat de la quota de renta de dos quentos en cada vn año *vbi vocatur filius secundogenitus, seu frater primogeniti in illo Maioratu, quem primogenitus non elegit.* El hijo mayor, que en las dichas dos casas assi juntas por casamiento podia succeder, succeda solamente en vno de los tales Mayorazgos, en el mayor, y mas principal, que el quisiere escoger; y el hijo, o hija segunda succeda en el otro Mayorazgo: *Intelligendum est hoc non exstantibus filijs, aut descendantibus filij maioris tempore, quod successio defertur, quia dispositio novæ legis semper intelligi debet, ut minus lædat ius commune, vel municipale.* Leg. 2. C. de noxal. act. Surd. *decis.* 43. num. 6.

201. Y por ser assi esta linea, que el hijo de el primogenito constituye, siempre se antepone en la suces-

cesion de el Mayorazgo, & ad eum spectat, neque debet fieri digressio ad aliam lineam eius fratris secundogeniti, vel lineam eius patrum, ut in leg. 2. tit. 15. part. 2. leg. 40. Taur. Dom. Covarr. Pract. cap. 38. num. 6. Flores Diaz de Mena in Add. ad Gamm. decis. 59. vers. Quanta est. Dom. Molin. lib. 1. cap. 3. num. 11. & lib. 3. cap. 6. à num. 29. & ibi Add. usque ad 32.

202. Y ultimamente no es de atencion, lo que se propone sobre fer la exclusion lineal, y que en este ño solo està excluido el primogenito, sino todos los que descienden de èl, y que en esta forma, siendo la incompatibilidad de estos Mayorazgos real lineal, no solo tiene incapacidad de succeder Don Lope de Avellaneda, sino es tambien Don Joseph su hijo; para lo qual se traxo el lugar de Roxas, y sus palabras de la part. 7. cap. 4. num. 18. que tal especie no trae, y tambien se cita à el Señor Castillo, tom. 6. ad cap. 179. en el num. 8. que tampoco trae tal especie, y antes si el mismo Roxas en la part. 7. à el cap. 6. à el num. 22. refiere, que este vicio de incompatibilidad non est reale, seu lineale, sino es mere personale, quia contrahitur ob impedimentum temporale, seu accidentale incompatibilitatis: asì no vicia la linea, neque vitiat filios ex illa linea descendentes, neque in eos influit. Porque como lleva dicho en el n. 20, el vicio real, y lineal es, quando ra-

tio exclusionis afficit lineam sicuti ratione originis, vel infecta radicis tum vicium influit in filios, & in omnes, qui ex ea linea proveniunt, quia in eis, & in quolibet eorum militat eadem ratio exclusionis.

203. Mas quando el vicio es meramente personal, causado por algun accidente, ò impedimento temporal, como en nuestro caso, de no poderse verificar en vna persona las dos condiciones contrarias, tunc afficit personam ad quam restringitur ratio, & causa exclusionis, non verò lineam. Leg. Is qui 31. L. Cancellaverat, ff. de his, quæ in testam. delent. Dom. Molin. lib. 3. cap. 7. num. 4. & ibi Add. vers. fin. Secus verò si inhabilitas sit contracta per aliquod accidens, quia tunc vitiat suam personam duntaxat non verò suam lineam. D. Solorç. de Tur. Indiar. lib. 2. cap. 18. num. 34. & 35.

204. Y por fer asì esto cierto, queda satisfecha la exclusion, que contra el Don Joseph se o pone, y verificada su inclusion en el Mayorazgo, que quedare vacante; porque no se puede retener por Don Lope su Padre, respecto à las condiciones, que los Fundadores pusieron.

205. Por todos los quales fundamentos, y otros mas eficaces, que V. S. tendrà presentes, espera Don Lope se declaren las incompatibilidades de los dichos Mayorazgos, y se le conceda la eleccion en la forma, que ha expreffado. S. I. O. V. D. C.

Lic. D. Lorenzo de Mendoza
Jordàn y Fuenmayor.

Lic. D. Estevan Corvalàn
de Robles.

to resolucion de las lineas...
...que se ha expedido. S. I. O. V. D. C.

203. Mas quando el vicio es
momentaneamente personal, causado por
alguna accidente, o impedimento tem-
poral, como en este caso, de no
poderse verificar en una persona las
condiciones conexas, como afe-
cto personal, ad quem, y si se agita
en una causa exclusiva, non vero
incom. Leg. de que 31. l. Cancela-
cion. ff. de his, que in testam. de her.
Don. Molin. lib. 3. cap. 7. num. 4. &
ibi Abb. ver. su. de her. vero si in-
difer. si conuicta per aliquod acci-
dentem, non vero inanimam. D.
Soloz. de her. in anim. lib. 2. cap. 18.
num. 4. & 37.

204. Y por ser asi esto cir-
to, queda subsista la exclusion, que
contra el Don Joseph se opone, y
verificada la inclusion en el Mayo-
razgo, que quedare vacante; porque
no se puede retener por Don Joseph la
Padre, respecto a las condiciones que
los fundadores pusieron.

205. Por todos los duales
fundamentos, y otros mas eficaces,
que V. S. tendra presentes, epten
Don Joseph se fecha en las incompar-
bilidades de los dichos Mayorazgos,
y se le concede la eleccion en la for-
ma, que ha expuesto. S. I. O. V. D. C.

Lic. D. Eusebio Corvalan
de Robles.

201. Y finalmente no es de
atencion, lo que se propone lo que
ser la exclusion in real, y que en este
no solo esta excluido el primogenito,
sino todos los que descienden de el,
y que en esta forma, siendo la in-
comparabilidad de estos Mayorazgos
real in real, no solo tiene incomparabi-
lidad de suceder Don Joseph de Aveland-
da, sino es tambien Don Joseph lu-
pino, para lo qual se trata el lugar
de Roxas, y las palabras de la parte
7. cap. 1. num. 18. que tal especie no
tace, y tambien se cita a el señor
Castillo, tom. 6. ad cap. 1. y 2. en el
num. 8. que tampoco tace tal especie,
y antes si el mismo Roxas en la parte
7. l. el cap. 6. a el num. 2. tenen
que este vicio de incomparabilidad
non es real, sino in real, sino es me-
re personal, que contradiccion ob-
impedimentos temporales, sino ac-
dentales incomparabilidad, asi no vi-
cia la linea, segun dize el señor ex his
lineas hechas, que se dice en las inscri-
pciones como lleva dicho en el n. 20.
Porque como lleva dicho en el n. 20.
el vicio real, y in real, es, quando va-

202. Y finalmente no es de
atencion, lo que se propone lo que
ser la exclusion in real, y que en este
no solo esta excluido el primogenito,
sino todos los que descienden de el,
y que en esta forma, siendo la in-
comparabilidad de estos Mayorazgos
real in real, no solo tiene incomparabi-
lidad de suceder Don Joseph de Aveland-
da, sino es tambien Don Joseph lu-
pino, para lo qual se trata el lugar
de Roxas, y las palabras de la parte
7. cap. 1. num. 18. que tal especie no
tace, y tambien se cita a el señor
Castillo, tom. 6. ad cap. 1. y 2. en el
num. 8. que tampoco tace tal especie,
y antes si el mismo Roxas en la parte
7. l. el cap. 6. a el num. 2. tenen
que este vicio de incomparabilidad
non es real, sino in real, sino es me-
re personal, que contradiccion ob-
impedimentos temporales, sino ac-
dentales incomparabilidad, asi no vi-
cia la linea, segun dize el señor ex his
lineas hechas, que se dice en las inscri-
pciones como lleva dicho en el n. 20.
Porque como lleva dicho en el n. 20.
el vicio real, y in real, es, quando va-

Lic. D. Lorenzo de Merdora
Jordan y Ferrnador.

VARIOS
DE
PLEITOS

AYUNTAMIENTO
DE MURCIA
ARCHIVO

EST^e 5

TAB^a B

N.^o 12