











Canuda, 24  
Tel. 93 317 01 44  
08002 Barcelona







XVII

1209

INSTITUTO

DE ESTUDIOS

DE LA ORDEN DE

SAN BENITO

CON.

EL CONVENTO DE VESTIA

de San Benito

de San Benito

SOBRE LA MISIÓN Y POSICIÓN

de los bitones de la casa de los Malcomos que poseía

don Diego Vique y Malcom









P O R  
DON IVAN

GERONIMO MASCO,  
olim Vives, de la Orden de  
Alcantara.

CON

EL CONVENTO DE NUESTRA  
Señora de la Murta.

EN EL PLEITO,

SOBRE LA MISSION EN POSSESSION  
de los bienes de la casa de los Mascones, que posehia  
don Diego Vique, y Mascò.



CON LICENCIA,

En Valencia, por Bernardo Noguès, junto al molino de  
Rovella, año 1660.



POR  
DONIVAN

GERONIMO MASCO

olim Vives, de la Orden de

Alcantara.

CON

EL CONVENTO DE NUESTRA

Señora de la Mar.

EN EL PLEITO,

SOBRE LA MISION EN POSSESION

de las piezas de la casa de los Misiones, que posehia

don Diego Vique y Males.



CON LICENCIA,

En Valencia, por Bernardo Nogues, junto al molino de

Rovella, año 1660.





L Sindico del Convento de nuestra Señora de la Murta, con petició de 18. de Mayo 1557. que dà principio al pleito, suplica sea puesto en possession como a heredero escrito de don Diego Vique, y Mascò, de todos los bienes que este possehia al tiempo de su muerte de la casa de los Mascones, q segun supone, consisten en catorse censos que responde la Generalidad del Reyno, y vna casa en la presente Ciudad, parrochia de san Martin, dicha vulgarmente de los Mascones, en la calle llamada tambien de los Mascones.

La referida instancia se notificò al Procurador de don Ioan Geronimo Mascò, olim Vives, por parte del qual con petició de 5. de Setiembre del mismo año fol. 10. se ha hecho contradicion a la pretension del Convento, suplicando juntamente se le mande dar la possession, no solo de dichos bienes, sino generalmente de todos los que fueron de los Mascones, que possehia dicho don Diego Vique, por aver sucedido en aquellos, iure fideicommissi, en fuerça de los testamentos de don Pedro Maça, olim don Luis Mascò, y de don Pedro Iuan Mascò su hijo, y quando no por estos, por el testamento de doña Maria Mascò.

Y aunque se halla concebida en esta forma dicha peticion de 5. de Setiembre, pero don Geronimo solo ha tratado de justificar su instancia con el testamento de doña Maria Mascò, apartandose tacitamente de la pretension en virtud de los testamentos de don Pedro Maça, y de don Pedro Iuan Mascò, y provando que la sucecion se ha de regular por el testamento de doña Maria, en que està llamado, y no por los otros referidos: porque en la herencia, y vinculo de aquella, recahen dichos censos, y casa, y como a tales les han possehido doña Blanca de Castellvi, y don Digo Vique, y con auto de 3. de Julio passado, se ha apartado expresamente de dicha pretension, declarando, que solo suplicava la possession en fuerça del testamento de doña Maria: con que se ha reduzido el pleito a dichos bienes en particular, y generalmente a todos los que recaigan en dicha herencia, y vinculo que possehia don Diego Vique.

Y para



Y para que se proceda con claridad, se dividirá esta alegación en tres partes, provando en la primera: que don Geronimo ha sucedido en los bienes, y herencia de doña Maria Mascò: en la segunda, que dichos censos, y casa recahen en dicha herencia, y vinculo de doña Maria: y en la vltima, que ha de ser preferido don Geronimo al Convento, y puesto en posesion de los sobredichos bienes: con toda la brevedad que se pudiere, imitando al Emperador Iustiniano *in l. vnica, C. de sentent. que pro eo quod interest proferuntur.*

## Parte Primera,

*Que por muerte de don Diego Vique, ha sucedido don Gerouimo en los bienes, y herencia de doña Maria Mascò.*

**D**Oña Maria Mascò con su vltimo testamento testificado por Martin Miguel Orti Notario, a 20. de Noviembre 1577. dispuso en la forma siguiente.

*En tots los altres meus bens mobles, è immobles, sehents, è semovents, dentes, drets, y accions mies, è a mi pertanyents, è pertanyer podents, lluny, ó prop, per qualsevol titol, causa, manera, è rahó, hereda mia propria, è vniversal, encara general, fas, è institubeixch per dret de institució a la amada dona Blanca de Castellvi, y de Vich, muller del ilustre don Alvaro Vich, Comanador de Santiago, de vida sua tan solament, y que puixa testar de mil lliures de la dita moneda a sa voluntat, è apresobit de aquella hereu meu propri institubeixch, y a aquella substitubeixch lo fill machor mascle de aquella llegitim, y natural ab pacte, vincle, è condició, que se haja de nomenar de cognom de Mascò, y pendre les armes de Mascò: è ab pacte, vincle, y condició, que morint aquell quant que quant sens fills llegitims, y naturals, è de llegitim, è carnal matrimoni nats, è procreats, ço que a Deu no placia, tots los dits bens de la mia herencia sens disminució de ilegítima, falcidio, trebellianica, è altre qualsevol dret vinguen, è tornen al segon fill mascle llegitim, y natural, naxedor de la dita dona Blanca de Castellvi, ab los mateixos pactes, vincles, y condicions en la institució de hereu*

del



del primer fill de aquella expressats, y ab la mateixa obligació de pendre lo cognom, y armes de Mascó. Y si casfos, que algu dels institubits, y substitubits en la dita mia herencia no volgues pendre lo cognom, y armes de Mascó, per dita raho vull perda la dita mia herencia, y passe al altre substitubit en la dita mia herencia ab los mateixos pactes, vincles, y condicions de super expressats: y aixi es segueixca en tots los institubits, y substitubits fills de aquella dona Blanca de Castellvi, fins al darrer morint, servant tots tēps orde de primogenitura. E ab pacte, è condició, que si qualsevol dels fills de aquella li serà rebel, y desobedient, al qual de dret la mia herencia li pervingues, vull, è man, que estiga en facultat de aquella dita dona Blanca de Castellvi, paga nomenar en hereu en lloch del fill desobedient, è per mi institubit, al qual la mia herencia per orde del present meu testament pervingues, al altre fill de aquella segō, y al qual per mort del dit fill inobedient la dita mia herencia, iuris ordine servato, avia de pervenir, y aço se entenga en tots los fills mascles de aquella. E si cas fos que la dita mia hereva, per lo que Deus fos servit, moris sens fills mascles llegittims, è naturals, de llegitim, è carnal matrimoni naxedors, è procreadors, lo que a Deus no placia, en tal cas puixa dispondre de tots los bens de la dita mia herencia en ses filles, vel alias a ses planes, è lliberes voluntats. E vull, è man, que ningu dels meus hereus institubits, è substitubits puixa demanar conte, ni rahò alguna a la molt amada senyora dona Castellana Bellvis, y Mascó, mare mia, de la administracio, y herencia del illustre don Pedro Juan Mascó, quondam monsenyor, y pare, y en cas se li demanas, y se li alcanças alguna cosa, ab lo present linfas llegat de tot ço que se li alcanças per dit conte; com ma intenciò sia, que de dita ma senyora no tinga molestia per dita raho alguna.

2 Doña Blanca de Castellvi, sobrina de doña Maria Mascó, y su heredera en primer lugar, poseyò los bienes de dicha herencia hasta que murió: y usando de la facultad que le diò doña Maria, de poder elegir al hijo que le fuesse mas obediente, eligiò, y nombrò en heredero a don Diego Vique, y Mascó su hijo primogenito, a quien tocava dicha herencia, segun lo dispuesto por doña Maria, con los pautos, vinculos, y condiciones contenidos en dicho testamento, lo que admitiò don Diego, como se ve por la clausula del testamento de doña Blanca, que passò ante Bartolome Simancas Notario, a 5. de Março 1609. y por el auto de la publicacion de aquel que estan en



4  
el pleito, fol. 156. y 157. y para mayor seguridad en 20. de Diciembre 1613. obtuvo declaracion por el Iuez ordinario de aver sucedido en los bienes, y herencia de doña Maria, por muerte de doña Blanca su madre, y como hijo primogenito de aquella, en fuerza del vinculo, y fideicomisso instituido por doña Maria, y con los pautos, vinculos, y condiciones contenidos en dicho su testamento, como consta por dicha declaracion, fol. 94.

3 Y por aver muerto don Diego sin hijos se ha seguido el caso del fideicomisso, cõ que estuvo gravado a favor del hijo segundo varon de doña Blanca, en que està comprehendido, y llamado don Geronimo, como nieto varon de aquella, por ser hijo de doña Maria Vique, hija de dicha doña Blanca, y de dõ Alvaro Vique, del matrimonio que contraxo con don Joseph Vives: por lo que, y por no estar hijo alguno, ni otro nieto varon de doña Blanca, al tiempo de la muerte de don Diego, en quien pudiesse tener lugar dicho fideicomisso, ha sucedido en los bienes, y hereucia de doña Maria.

4 Y porque a don Geronimo, que dize està llamado a dicho fideicomisso, incumbe verificarlo Fular. *de fideicommiss. substitut. quest. 615. num. 1. Cyriac. controvers. forens. controvers. 522. num. 1. & 2. tom. 3.* Lo que depende de la averiguacion de dos dudas: la vna, *utrum* en los fideicomissos a favor de los hijos, que comunmente llaman activos los Doctores, *filiorum appellatione veniant nepotes*: y la segunda, *utrum appellatione filiorum masculorum veniant nepotes masculi, ex foemina*: se provará, que entrambas se han de decidir afirmativè, con que quedará fundada la comprehension de don Geronimo, en dicho fideicomisso.

5 Y tratando de la primera, aunque *Cyriac. controvers. 8. à num. 37. tom. 1. Calanat. cons. 34. num. 8. & cons. 58. num. 44.* y otros que refiere Fular. *de fideicommiss. substitut. quest. 319. num. 3.* constituyen regla negativa per text. in *l. quid si nepotes 6. ff. de testam. tutel. §. fin. instit. qui test am. tut. dar. pos. l. posth. morã 13. vers. ne ergo. ff. de in iust. rupt. irrit. testam.* pero la contraria opinion, que defiende la inclusion de los nietos, es mas probable, y recibida, y se funda en los textos in *l. filij appellatione 84. l. iusta 201. l. liberorum 220. §. sed & Papyrius 3. ff. de verb. signific.*

*l. lucius*



l. Lucius Titius 85. ff. de hered. instit. l. uxorem 41. §. concubinae. ff. de legat. 3. l. filium habeo 14. ff. ad Macedon. Nata cons. 602. à n. 12. p. 3. Peregrin. de fideicom. art. 22. num. 61. & art. 1. num. 32. & cons. 31. num. 14. & 16. lib. 2. & cons. 59. num. 1. lib. 5. Surd. de aliment. tit. 9. quest. 36. à num. 7. Cras. recept. senten. §. fideicommissum. num. 5. in prin. & vers. contrariam in fine. Sesse decis. 53. num. 15. & decis. 64. à num. 13. tom. 1. Fular. dicta quest. 319. à num. 1. & num. 11. vers. ex his habemus, ubi latè Alex. Trentacinq. var. resolut. lib. 1. resolut. 1. de estatut. num. 2. vers. secundo infertur. Philip. Pascal. de virib. patr. potest. p. 4. cap. 9. num. 81. Castillo controvers. iur. lib. 5. cap. 66. num. 31. & cap. 92. num. 39. Farinal. decis. 426. num. 4. in novissim. Robles de representat. lib. 2. cap. 29. num. 23. & lib. 3. cap. 1. num. 8. Ramon cons. 15. num. 69. Pelaes à Mieres de maiorat. p. 1. q. 15. à num. 4. Anton. Fab. in suo C. lib. 6. tit. 19. de verb. signific. d. affin. 4. los quales refieren otros muchos, y casi todos, & precipue Fulario, afirman ser esta la mas comun opinion, y que se deve seguir, consulendo, & iudicando, y assi lo declarò esta Real Audiencia, a favor de Tomas Perdiguier; y contra Ioseph Puig, con Real sentencia publicada por Felix Monçó a 8. de Mayo 1654. ibi: *Quia in iure tritum, & vulgatum est in testamentis, & ultimis voluntatibus sub nomine filiorum nepotem intelligi, & ibi: Quia iuxta veniorem sententiam in testamentis, & ultimis voluntatibus sub nomine filiorum comprehenduntur nepotes.*

6 Y si concurren algunas conjeturas, que persuaden la inclusion de los nietos, es sin duda se contienen, filiorum appellatione, dict. l. liberorum, §. sedet. Papirius, ff. de verb. signific. Mantie. de coniect. ultim. volunt. lib. 8. tit. 8. num. 3. Farin. decis. 507. num. 6. p. 2. in recent. Fontanel. de pact. nuptial. claus. 4. gloss. 9. part. 3. num. 24. tom. 1. Castillo dict. cap. 66. num. 34. Fular. dict. q. 319. num. 11. vers. quia autem, & quest. 320. num. 1. Addent. ad Molin. de Hispan. primog. lib. 1. cap. 6. num. 28. & 29. in prin. Barbol. de appellat. verb. appellat. 99. num. 99. Ioan. Anton. Bellon. cons. 2. num. 11. y en nuestro caso se hallan muchas que aseguran la comprehension de don Gerónimo.

7 Primeramente, que al tiempo de la muerte de don Diego Vique, y delacion de la sucesion, no avia hijo alguno va-



ron de doña Blanca, como se ha dicho, en el qual caso se comprehenden los nietos, sub filiorum nomine, Menoch. *conf.* 215 *num.* 38. Fular. *dict.* q. 320. *num.* 60. Peregrin. *conf.* 53. *num.* 15. *lib.* 1. Mieres pluribus comprobans de maiorat par. 1. q. 15. á *num.* 40. vsque ad 77. Sesse *decis.* 64. *num.* 88. 99. 105. & 108. maximè quando nec filij, nec nepotes fuerunt cogniti testamenti tempore, vt cum Socin. Sen. Cephal. & Riminald. Iun. tenent Addent. ad Molin. *dict.* *lib.* 1. *cap.* 6 *num.* 28. & 29. *vers.* quinta, como al presente que estan llamados los hijos que han de nacer.

8 Y esto procede con mayor razon quando la disposicion a favor de los hijos està concebida condicionalmente, y conferida in incertum futurum eventum, porque en tal caso el testador no pudo tener certeza si al tiempo de deferirse la sucesiõ se hallariã hijos, ò nietos, y asì se presume aver entendido tambien de estos, ne alias fuesse de ningun efeto su disposicion, si tan solamente extasen nietos, y tambien porque es muy verosimil tuvo igual afecto a todos en dicho caso, l. Lucius Titius 85. de hered. instit. Simon de Præt. de interpret. vltim. volunt. *lib.* 3. *interpret.* 3. *dub.* 4. *solut.* 1. *num.* 57. Magon *decis.* Florent. 71. *num.* 12. *vers.* at hic dispositio, Surd. de aliment. tit. 9. q. 36. *num.* 35. Peregrin. de fideicom. art. 22. *num.* 50. & *conf.* 31. *num.* 15. *lib.* 2. Cras. *recept. sent.* 5. fideicommissum q. 10. *num.* 6. Molin. de Hispan. primog. *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 29. vbi Addentes *vers.* Septima, Fular. q. 320. *num.* 15. & 16. Castillo *controvers. iur.* *lib.* 5. *cap.* 92. *num.* 37. & *cap.* 132. *num.* 3. Barbos. *dict.* *appel.* lat. 99. *num.* 100. el señor Regente Leon in *iur. respons.* p. ost. *decis.* 173. *num.* 5. & 6. tom. 2. Marta de succes. legal. p. 1. q. 2. art. 5. *num.* 42. Sesse *decis.* 64. *num.* 45. & 108. tom. 1. Bellon. *conf.* 2. *num.* 33. Ludovic. Bel. *conf.* 89. *num.* 20. Casar Mantenti *decis.* Mantuan. 3. *num.* 4. Casanate *conf.* 33. *num.* 33. Ioseph de Rusticis ad l. cum avus, ff. de condic, & demonst. *lib.* 6. c. 12. *num.* 4. & *num.* 13. vbi quod opinio pro hac coniectura est verior, & communior, & adeo canonizata, vt absurdum sit ab ea recedere, sequitur Rota apud Clemẽtem Merlin. *decis.* 206 *num.* 16. & *decis.* 228. *num.* 3. & *decis.* 460. *num.* 17. *lib.* 1. y asì se declarò en esta Real Audiencia, en favor de doña Francisca Català, como refieren Menoch. *conf.* 215. *num.* 99. Alexand.



xand. Raudens. *variar. resolut. cap. 38. num. 6.* 7

9 En el testamento de doña Maria, el hijo segundo varón de doña Blanca, está llamado para en caso que el primogenito muriese sin hijos, y las substituciones del hijo tercero, y demas estan concebidas en la misma forma, y así son todas condicionales conferidas in incertum futurum eventum, y tambien lo es la substitucion del hijo primogenito, pues está llamado despues de la muerte de doña Blanca su madre, *l. 1. §. 2. ff. de condition. & demonstr. iuncta, l. dies incertus 75. ff. eod. Fontanel. decis. 575. num. 14. tom. 2.*

10 Sin que pueda obstar no aver nacido, ni sido concebido don Geronimo viviendo doña Maria, para que tenga lugar esta conjetura. *Surd. de aliment. tit. 9. q. 36. num. 35. Puz. loco citato num. 47. Cras. dict. quest. 10. num. 10. y otros que refiere, y sigue Fular. q. 320. num. 19. & q. 321. num. 53. Sesse decis. 53. num. 20. & decis. 64. num. 94. Peregrin. cons. 31. num. 18. lib. 2. & cons. 59. num. 3. lib. 5. Bellon. cons. 2. n. 49. Marta dict. p. 1. quest. 2. art. 5, num. 42. Ludovic. Bel. cons. 89. num. 15.* Porque en los fideicomissos condicionales, y otras disposiciones conferidas in incertum futurum eventum, basta que el llamado exte al tiempo que cedit dies relictus, *l. cum pater 77 §. hereditatem filius, ff. de leg. 2. l. eum qui 104. vbi gloss. & DD. ff. de condit. & demonstr. late Fular, q. 318. a num. 29. Peregrin. de fideicommiss. art. 22. num. 69. Menoch. cons. 186. num. 27. & 81. Cras. in dict. §. fideicommissum, quest. 16. que es el que se cumple la condicion, y llega el caso de la disposicion, *l. cedere diem 213. ff. de verb. signif. Fular. q. 601. n. 3.**

11 Y en nuestro caso estan llamados los que avian de nacer como se ve por la disposicion a favor del hijo segundo de doña Blanca, *ibi: Al fill segon mascle llegitim, è natural, naxedor de la dita dona Blanca de Castellvi,* y no aviendo nacido el segundo, es cierto que el hijo tercero, y demas substituidos no eran nacidos: y siempre que estan llamados los que han de nacer, sumus in claris, como dize Fular *cum alijs dict. quest. 321. num. 56.* porque entonces se contiene en la disposicion la condicion, *si nascentur argum. tex. in l. 1. §. fin. ff. de condit. & demonstr. que obra que antes de nacer, non cedat dies relictus. Socin. Iun. cons. 172. num. 30. tom. 2. Peregrin. de fideicommiss. art. 22. num. 76.*



8  
Bellon dict. conf. 2. á num. 50. Faciunt tradita à Fusar. dict. quæst. 318. á num. 86. & quæst. 467.

12 De que resulta otra conjetura muy recibida que favorece la comprehension de don Geronimo: porque quando al fideicomiso estan llamados los hijos que han de nacer, continentur nepotes filiorum appellatione, porque entonces no se puede considerar mayor afecto en orden a los hijos, que a los nietos, Menoc. conf. 95. num. 107. & conf. 1035. num. 2. & de presump. lib. 4. presump. 94. num. 28. Farin. decis. 426. num. 4. in novissim. Cras. in dict. §. fideicommissum, quæst. 10. num. 9. Sord. de aliment. tit. 9. quæst. 36. num. 36. & 53. Præst. de interpret. ultim. volunt. lib. 3. interpret. 3. dub. 4. solut. 1. num. 57. Fusar. q. 320. num. 23. Honded. conf. 70. num. 36. lib. 1. Castillo controvers. iur. lib. 4. cap. 9. num. 26. Barbof. dict. appel. 99. num. 105. Bellon dict. conf. 2. num. 35. Addent. ad Molin. ubi supra vers. quarto. Merlin. dict. decis. 460. n. 17. lib. 1. Ramon conf. 16 num. 11. Casanat. conf. 33. num. 33.

13 Y es muy parecida a esta otra conjetura que se deduce de que doña Maria instituyendo a los hijos de doña Blanca, providit descendentiæ ignotæ, en el qual caso, filiorum nomine comprehenduntur nepotes. Molin. de Hispan. primog. lib. 1. cap. 6. num. 29. Avendaño in l. 40. Tauri, gloss. 10. num. 5. Ramon conf. 16. n. 36. & conf. 17. num. 5.

14 Deinde, en el testamento de doña Maria estan puestos los hijos en condicion muchas vezes, pues el primogenito se halla gravado si muriese sin hijos de restituir al segundo, y este con la misma condicion al tercero, y así todos los demas: y es cierto, que en la dicha condicion, si sine filijs, entendió tambien doña Maria de los nietos, y otros decendientes, iuxta tex. in dict. l. Lucius Titius 85. ff. de hered. instit. iuncta, l. 1. C. de condit. insert. Peregrin. de fideicom. art. 28. num. 32. & art. 22. num. 46. Sesse decis. 64. num. 5. tom. 1. Præst. dict. dub. 4. solut. 2. num. 52. el señor Regente Leon in iuris respons. post. decis. 173. num. 13. lib. 2. luego en las demas partes del testamento en que llama a los hijos, se ha de juzgar entendió tambien de los nietos, cum vna pars testamenti per aliam declaretur, l. virum. 23. ff. de petit. heredit. l. qui filiabus 17. ff. de legat. 1. ita interminis arguunt Socin. Sen. conf. 250. num. 4. vol. 2. vers. secundo loco.

Craveta

vna pars



Craveta *conf.* 155. *num.* 8. *lib.* 1. & comprobatur extraditis a Fufar. *quest.* 321. *num.* 61. *vers.* decima quarta est coniectura, & ex eo; que para el efeto de la comprehension de los nietos, sub verbo filiorum, æquiparantur casus conditionis, & vocationis Peregrin. *de fideicom.* *art.* 25. *num.* 7. Castillo *controvers.* *jur.* *lib.* 5. *cap.* 132. *num.* 2. *infra.* Ludovic. Bel. *late conf.* 89. *num.* 20. 21. & 22.

15 Y si el testador llama a los hijos con palabras vniverfales, como omnes, vel quoscumque filios,, se entienden llamados tambien los nietos, porque dichas palabras por su vniversalidad son comprehensivas de diversidad de personas, y grados, y obran que se incluya en la disposicion, lo que alias ex propria significatione non contineretur, *l. librorum* 51. *S. quod tamen Casius, l. Iulianus* 68 *ff. de legat.* 3. Peregrin. *de fideicom.* *art.* 22. *num.* 49. Surd. *de aliment.* *tit.* 9 *quest.* 36. *num.* 56. Fufar. *cum alijs, dict.* *quest.* 320. *num.* 66. Sella *decis.* 64. *à num.* 40. *vsque ad* 44. & *num.* 106. & 107. mayormente quando estan llamados omnes filij nascituri, Mantica. *de coniect.* *ultim. volunt.* *lib.* 8. *tit.* 8. *num.* 22. Menoch. *lib.* 4. *presumpt.* 94. *num.* 28.

16 En el testamento de doña Maria estan llamados los hijos que avian de nacer de doña Blanca, con la palabra, todos, no solo vna vez, sino dos vezes, como consta por las palabras: *E aixi es segueixca en tots los instituhits, y substituhits fills de aquella dita dona Blanca de Castellvi, & ibi: Y aço se entenga en tots los fills mascles de aquella.* Luego con mayor raçon tendrà lugar la cõjetura en este caso, quia verba geminata ostendunt magis enixam, & deliberatam voluntatem, *l. Ballista* 32. *ff. ad Trebel.* Roland. a Valle *conf.* 43. *num.* 11. & 12. *tom.* 4. Ansaldo. *conf.* 140. *num.* 113. Gargiar. *conf.* 81. *num.* 13. *lib.* 2. Casanate *conf.* 4. *num.* 146. Don Iuan Francisco de Castillo *decis.* 152. *n.* 126. *tom.* 2. y tambien, porque versamur, como queda dicho, en fideicomisso activo, y no xsta hijo alguno de doña Blanca, en quien pueda tener efeto la disposicion, en los quales casos: *sumus in claris, quod appellatione omnium filiorum veniant nepotes,* como sienta Cyriaco con otros, *controvers.* *forens.* *controvers.* 522. *num.* 44. & 45. & *controvers.* 521. *num.* 53. *tom.* 3. aunque en el fideicomisso passivo defiende lo contrario.



17 Tambien quando en los nietos milita la misma razon de dileccion, ò otra, ò se halla la misma calidad que se considerò por el testador en los hijos, se contienen, *appellatione filiorum, l. filium habeo 14. ff. ad Macedon. Mantic. de con. et. vltim volunt. lib. 8. tit. 8. num. 17. Paul. Paris. cons. 75. num. 67. & cons. 78. num. 11. tom. 2. Surd. dict. tit. 9. quest. 36. num. 38. & 39. Fular. dict. quest. 320. num. 36. & 87. Francisc. Molin. de rit nupt. lib. 3. quest. 9. num. 26. Casanate cons. 33. num. 33. Mieres de maiorat. part. 1. quest. 15. à num. 37. vsque ad 39 & à num. 78. vsque ad fin. quest. Addent. ad Molin. de Hispan. primog. lib. 1. cap. 6. num. 28. & 29. vers. sexta. Castillo controvers. iur. lib. 5. capit. 92. num. 42. Robles de represent. lib. 3. capit. 1. num. 9.*

18 Y al tiempo del testamento de doña Maria, no estavan el hijo segundo, y demas de doña Blanca, respeto de los quales no se puede considerar mayor afecto, que a los nietos, *Mantic. vbi proximé. Zevallos commun. cont. commun. quest. 694. num. 4. to. 1. & dictum est supra num. 12. y milita la misma razon en los vnos, que en los otros para comprehenderse en la disposicion, Cras. in dict. s. fideicommissum, quest. 10. num. 6. y de aver llamado doña Maria, a los hijos de doña Blanca, no se puede dar otra razon, supuesto lo que se ha dicho, quam ratio sanguinis, quæ pariter militat in nepotibus. Addent. ad Molin. loco citato. vers. quarta, ò el afecto que tenia a dicha doña Blanca su sobrina, y sus descendientes, que igualmente tiene lugar en los hijos, y nietos. Paris. dict. cons. 75. num. 67. & 69. y han de obrar lo mismo que si se huviesse expressado por no poderse dar otras, l. quamvis 15. vbi gloss. & Bald. C. de fideicommiss. Decius cons. 372. num. 6. tom. 2. Fontanel. decis. 93. num. 4. tom. 1. y tambien se halla en don Geronimo la calidad de varon, que se considerò en los hijos, y tan habil como estos para cumplir con la condicion que les impuso de tomar nombre, y armas de Mascò, à que atendió doña Maria, llamando a los hijos varones de doña Blanca, y excluyendo a las hembras.*

19 Y teniendo don Geronimo la regla en su favor, y tan subsistentes conjeturas, sin otras que se podian ponderar, parece cierta su comprehension en dicho fideicomisso, mayormente <sup>no</sup> aviendose de considerar separatim, & vnaquaque de  
perse,



perse, sed simul iunctæ, adinvicem enim fulciuntur, & una corroborat alteram. Merlino. *decis.* 206. *num.* 32. & *decis.* 228 *num.* 26. *lib.* 1. porque en materia de conjeturas, es liano tiene lugar la regla, quæ non profunt singula, collecta iuvant argum. *text. in l. vnic. C. qui numero tutel. l. cum scimus, C. de agricol. & censit. lib.* 11. *Petra de fideicom. quest.* 9. *num.* 186. *vers.* Septimus, est casus Gregor. XV. *decis.* 315. *num.* 9. vbi addentes Gratian. *discept. forens. tom.* 1. *cap.* 183. *num.* 19. Molin. *de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 42. Nogueroi *allegat.* 25. *num.* 88.

20 Y aunque queda bastantemente fundada la pretension de don Geronimo, pero se hará mas evidente la justicia q̄ le assiste, respondiendo a los argumentos que se pueden allegar en contrario. Y primeramente obsta, que siempre que los hijos estan llamados con la calidad de primogenito, y secundo genito de cierta persona, no se comprehenden los nietos filiorū nomine, como defienden Socin. *lun. cons.* 108. *num.* 18. & 27. *vol.* 2. Alciat. *cons.* 2. *lib.* 8. *secundum Venet. impres. & secundum Lugdun. cons.* 98. *num.* 12. los quales escrivieron en la causa gravissima que se ventilò en esta Real Audiencia, entre don Sancho de Cardona, Almirante de Aragon, y don Carlos de Borja Duque de Gandia, y segun sus Consejos se juzgò cõ la Real sentencia que refiere el señor Regente Leon *decis.* 60. *à num.* 44. *tom.* 1. donde se hallan expressados los motivos, que fue confirmada en el supremo Consejo de Aragon, como consta por la misma decision, *num.* 47. por lo que como a ley se ha de seguir en los casos semejantes, privileg. 2. S. & atento serenissimi Regis Ioannis Secundi, in corp. privileg. fol. 204. & privileg. serenissimi Regis Petri Secundi, cap. 59. fol. 119. *l. fin.* *C. de legib. l. filius* 14. *ff. ad leg. Cornet. de fals. Castillo controvers. iur. lib.* 5. *cap.* 89. *num.* 98. Mastril. *decis.* 290. *num.* 83. *lib.* 3. el señor Regente Leon *decis.* 10. *num.* 24. & 25. *tom.* 3.

21 A mas que hallandose aprovada la opinion de Socino, y Alciato, por este doctissimo Real Senado, (quem laudat Menoc. *cons.* 215. *in prin.* & Raudens. *variar. resolut. cap.* 37 *in prin.* & *num.* 205.) no necessita de otro apoyo para que se deva admitir, vt dixit Raudens. vbi proximè *num.* 205. hablando de cierta opinion de Castrense, ibi: *Quid igitur amplius volumus? Quid expectamus? Si habemus sententiam Valentini Senatus*



*presupponentem veram esse decisionem Castrensis*

22 Y no solo se halla abraçado el sentir de dichos Doctores, con la referida Real sentencia, sino tambien con otra que se promulgò en favor de la Duquesa de Veraguas, y contra dõ Felipe de Cardona, como se ve por dicha *decis. 60. à num. 28.* y lo mismo defien de el señor Regente Leon, tratando del testamento de Don Rodrigo de Borja *num. 43. 47. & 48.*

23 En nuestra disposicion estan llamados el hijo mayor, segundo, y demas de doña Blanca, que es lo mismo que primogenito, y segundo genito, &c. Tiraquel. *de primogen. quest. 40. num. 12.* Castill. *controvers. iur. lib. 3. cap. 19. num. 325.* Antonin. *de Amat. variar. resolut. 1. num. 1.* Fular. *quest. 387. num. 47* y está dispuesto expresamente se aya de guardar entre ellos siempre el orden de primogenitura. Luego D. Gerónimo queda excluido.

24 Pero se responde, que el caso de Socino, y Alciato, y de dicha primera Real sentencia, es muy diferente del nuestro, porque en aquel pretendia Don Sancho de Cardona estar llamado en la donacion que Don Alonso de Aragon avia hecho a D. Hugo de Cardona, y sus hijos, por ser nieto de Don Juan de Cardona hijo primogenito de dicho Don Hugo, y la disposicion a favor del hijo primogenito, en que fundava Don Sancho su inclusion, avia tenido efeto en dicho Don Juan de Cardona, como se vè por el hecho que refieren Alciat. *in prin. dict. conf.* el señor Regente Leon *dict. decis. 60. num. 4.* por lo que no podia iterum tenerle, ni proceder en Don Sancho: nam si *dispositio fuit effectum sortita in filijs, consumitur, nec profertur ad nepotes, argum. tex. in l. boves, 89. s. hoc. sermone, ff. de verb. signif.* Alciat. *dict. conf. num. 22.* Leo *dict. decis. 60. num. 48.* & *decis 209. num. 60. tom. 2.* Rustic. *ad l. cum avus, ff. de condit. & demonstr. lib. 6. cap. 14. num. 24.* Peregrin. *conf. 31. num. 12. lib. 2.* & *conf. 59. num. 4. lib. 5.* Bellon *conf. 12. num. 61.* Casanat. *conf. 58. num. 1.* Gratian. *discept. forens. tom. 4. cap. 765. num. 1.* Ramon. *conf. 15. num. 5.* Sesse *decis. 64. num. 95.* Farin. *decis. 486. num. 24. part. 1. in recent.* Magon. *decis. 71. num. 12.*

25 Mas en dicho caso se tratava de la inclusion de segundo nieto de Don Hugo, y no de nieto, lo que tiene mayor dificultad.



facultad, Socin. *dict. cons. num. 15.* & quod appellatione filiorum numquam veniant pronepotes, tenet cum alijs, Cyriac. *controvers. 522. num. 31. tom. 3.* y no se tratava de disposicion hecha en testamento, sino en la referida donacion: y en los contratos y donaciones, filiorum nomine non veniunt nepotes, Socin. *ubi proximè, Alciat. num. 29. Peguera decis. 163. num. 2. Hondeco. cons. 54. num. 42. tom. 1. Barbof. de appellat. verb. appellat. 99. num. 86. Caldas Pereyra de nominat. emphyt. quest. 19. num. 13.*

26 Y en la causa de la Duquesa de Veraguas, segun lo q se puede colegir de lo que refiere el señor Regente Leon, no era nieto el que pretendia, y avia la disposicion tenido efeto en los hijos, y se tratava, no de substitution activa a favor de los hijos, sino pasiva, pretendiendo, que assi como el hijo estuvo gravado a la restitution, lo estava tambien el nieto, lo q no procede, Peregrin. *cons. 59. num. 2. lib. 5. Pascal. de virib. patr. potest. part. 4. cap. 9. num. 86. Fusar. quest. 322. num. 1. ubi latè,* y las mismas circunstancias concurrían en la pretension de D. Iuan de Borja, en virtud del testamento de D. Rodrigo de Borja, segun consta por dicha *decis. num. 2. & num. 48.*

27 En nuestro caso aunque la vocacion del hijo primogenito, ya tuvo efeto en D. Diego Vique, pero no la del segundo, y demas hijos de doña Blanca, en que se funda la inclusion de D. Geronimo, en los quales terminos tiene lugar la comprehension de los nietos, nec relevat quod alias admisi sint filij, Fusar. *quest. 321. num. 36.* y no se trata de substitution pasiva, sino activa, ni se verifica alguna de las demas circunstancias de los referidos casos, antes bien muchas diferentes que favorecen a D. Geronimo, como se infiere de las conjeturas que se han alegado, por lo que no pueden obstar los dichos exemplares, y Reales sentencias, nam vt exempla aliquid operentur, debet esse omnimoda similitudo, Menoch. *cons. 2. num. 207. & cons. 1031. num. 7. ex facto enim ius oritur, & modica etiam facti mutatio totum ius mutat, l. si ex plagis 52. §. inclivo, ff. ad leg. Aquil. & quælibet causa suos habet terminos, sensus, & arbitriū iudicandi. Castell. controvers. iur. lib. 5. cap. 89. num. 98.*



28 Y la opinion de Socino, y Alciato, quidquid sit en el dicho caso en que escrivieron, parece que general, y absolutamente no es verdadera, y que no puede proceder al presente. Para prueba de lo qual supongo, que dichos Doctores, como se ve por sus consejos, hablan sin texto, ni fundamento juridico, y Alciato no dà razon alguna, sino que solo dize: *Quod in filijs primi gradus cadit ordo genituræ*: y Socino funda su sentir *num. 18.* en que los nietos no pueden considerarse primogenito, secundo genito, & de incept del abuelo, quia non sunt propriè, & immediate ab eo geniti, sed mediate, scilicet per mediam personam filij: de que infiere se podrán llamar primogenito, y segundo genito tan solamente de su padre. Y en el *num. 27.* dize: *Quod ordo genituræ proprie cadit inter fratres, quia vnus post alium ab eodem est genitus, pero no entre el hijo, y nieto, cum non sint geniti ab eodem.*

29 Y aunque estos Doctores hablan sin texto, ni razon juridica, pero Menochio que sigue su opinion, *cons. 328. num. 5.* allega el *tex. in cap. Ioseph de verb. signif.* y a san Pablo *in epistola ad Roman. cap. 8. ibi: Ut ipse sit primogenitus in multis fratribus:* y se puede tambien provar con la regla de la ley final, *C. de natural. liber.* que dispone, que siempre que los hijos estan llamados con alguna calidad que no se halla en los nietos, no se contienen estos filorum appellatione *Rustic. ad dict. l. cum avus lib. 6. cap. 14. num. 13.* por lo que quieren algunos, que sub vocatione filij primogeniti non comprehendatur nepos, *Fusar. q. 321. num. 152. Castill. lib. 5. cap. 92. num. 28. & 29.* donde haze mencion de dichos consejos de Socino, y Alciato, y en el *num. 30.* dize: *Que esto fortius, & extra omnem dubitationē procede, quando a mas de la calidad de primogenito, ò secundo genito, se halla la palabra meus, ò suus, ò se dize hijo de tal persona, porque estas palabras son restrictivas, & significant quandam immediatatem, por lo que los nietos en estos casos non veniunt filiorum nomine.*

30 Pero parece que todas las dichas razones, y fundamentos no son relevantes, y en primer lugar pondere, que las palabras, primogenitus, mayor, secundo genitus, &c. no tienen calidad de limitar la disposicion, sino antes bien de ampliarla, y de comprehender mas personas que las llamadas expressamente,



mente, de tal manera, que sienten muchos, quod ex vocatio-  
ne maioris, vel primogeniti censetur in ductum perpetuū  
fideicommissum, en corroboracion de lo qual juntò 22. Do-  
tores Menoch. *cons.* 1006. *num.* 49. y lo mismo defienden idem  
Menoch. *cons.* 1099. *num.* 13. Mieres de maiorat. 2. *part. quest.*  
4. *illat.* 3. *à num.* 4. *vsque ad* 10. Molin. de Hispan. primog. *lib.*  
1. *cap.* 5. *num.* 20. 21. & 22. Valenzuel. Velazq. *cons.* 69. *num.*  
6. *tom.* 1. Ioan. Anton. Bellon. *cons.* 2. *num.* 13. y otros mu-  
chos que refieren Fusar. *quest.* 390. *num.* 2. & *quest.* 480. *nu.*  
36. Addent ad Molin. *dict.* *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 22.

31 Y si bien es dudoso si lo dicho induze perpetuo fidei-  
commissio, pero al menos no se puede dudar, que la palabra  
primogenito, ò secundo genito, no repugna a la compren-  
sion del nieto, lo que basta, *argum. text. in l. talem institutionem*  
*51. in fin. ibi: Neque verba omnino repugnant: ff. de heredib. in-*  
*stit. l. ab omnibus 104. §. 1. ff. de legat. 1.* y si repugnara es llano  
no huvieran dicho tantos, y tan graves Doctores, que amplia-  
va la disposicion, y obrava fideicommissio perpetuo; y aunque el  
señor Regente Leon *dict.* *decis.* 60. *num.* 43. dize, que los Do-  
tores que allega Menoch. *dict.* *cons.* 1006. *num.* 49. no hablan  
en caso de estar llamado el hijo mayor, sino quando ingenere  
est vocatus maior, primogenitus, vel antiquior, pero desto  
mismo se infiere, que la palabra primogenitus, vel maior, no  
puede obstar, y que segun sentir de dicho señor Regente, lo  
que impide la inclusion es la palabra hijo: y que esta sea com-  
prehensiva del nieto, queda provado supra bastantemente: y  
quando no fuera assi, la palabra primogenito, ò mayor, la  
ampliara, *Castill. controvers. iur. lib.* 5. *cap.* 132. *num.* 8. *vers.*  
*maioratus, ibi: Idque etiam quia interminis illis Speculatoris clau-*  
*sula non dicebat, hijo varon mayor, sed hijo varon simpliciter, quod*  
*verbum minus efficax, minusque comprehensivum fuit, quia verbum*  
*hijo mayor, ò primogenito, extendit verbum hijo ad quemcumque*  
*descendentem.*

32 A mas, que muchos de los Autores que cita Me-  
noch. hablan en terminos de estar llamado el hijo mayor, y  
tambien hablan en los mismos terminos dicho Menoch. *dict.*  
*cons.* 1099. Mieres, Molina, Bellonus, & Addent. ad Molin.  
*locis nuper citatis*, y en particular, quod appellatione filij maio-



ris comprehenditur nepos, tenent Christophor. Torniol. *conf.* 83. à num. 21. *vsque ad* 26. Mieres de *mviorat.* 2. part. *quest.* 4. *illat* 3. num. 5. Raudens. de *analog.* lib. 5. cap. 15 num. 276. *vers.* *sed questionis est* Castill. *dict.* lib. 5. cap. 29. num. 36. & 37. & cap. 93. §. 1. num. 17. & 18. & cap. 129. num. 39. & cap. 132. num. 4. y quando està llamado el hijo mayor que ha de nacer in incertum futurum eventum, como al presente, defien de lo mismo Avendaño in l. 40. *tauri*, *gloss.* 10. num. 5. cuius verba refert, & sequitur Ramon *conf.* 16. num. 36. & *conf.* 17. num. 5. y se dio por constante en la Real sentencia referida supra num. 5. en favor de Tomas Perdiguier, cõtra Ioseph Puig, pues estando llamado el hijo mayor varon de don Iuan Abella, se declarò estava comprehendido en la disposicion el nieto varon de aquel: y en el Real consejo supremo de Aragon se declarò, que appellatione de la hija mayor de D. Luis Vique, estava comprehendia la nieta, con Real sentencia publicada a 15. de Febrero 1599. en favor de don Pedro Vique, y contra D. Ramon de Rocafull. Confert quòd representatio non censetur exclusiva, ex eo quod filius vocetur cum qualitate primogeniti seu maioris, Molin. *lib.* 3. cap. 8. n. 18. Mieres 2. p. in *init.* n. 102. Castill. *lib.* 3. cap. 19. n. 326. & *lib.* 5. cap. 93. §. 1. à num. 16.

33 Y indubio la palabra primogenitus, vel maior, quando està llamado el hijo con esta calidad, no se ha de entender puesta restrictivè, de tal manera, que solo incluia al hijo, sino demonstrativè. Flores Dias de Mena in *addit. ad decis.* Gam. 308. part. 2. *vers.* *que obtinent*, refert, & sequitur Castill. *lib.* 3. cap. 19. num. 334. & 335. & *lib.* 5. cap. 92. num. 57. y es regular, que las palabras en duda siempre se han de juzgar demostrativas, y no restrictivas, Marescot. *variar. resolut.* lib. 1. cap. 51. num. 29. Altograd. *conf.* 52. num. 33. Cancer. *variar. resolut.* lib. 3. c. 7. de *pacl.* nu. 111. Marta *conf.* 106. à num. 7. *vsque ad* 13. maximè, en nuestro caso, que alomenos es cierto que el hijo segundo, y demas despues deste, no erã nacidos al tiempo del testamento; y supuesta la voluntad de doña Maria, de que sucediesse vno despues de otro, y no todos juntamente, no pudo dar a entender, ni demõstrar, qual dellos avia de suceder primero, y qual despues, sino es con la calidad de hijo segundo, tercero, &c.



34 Y el argumento de la ley fin. C. de natural liber. procede solo quando el hijo se halla nombrado con alguna calidad odiosa, como filius naturalis, vel spureus, vt in dict. l. fin. pero no quando la calidad es favorable, como primogenitus, vel mayor. Iacob. à Saa in terminis intract. de primogen. seu de prelat. inter patrum, & nepotem, num. 45. donde propone el argumento de dicha ley final con estas palabras. *Libet hoc loco illorum reprehendere vanitatem, qui dum volunt contra nepotem ostendere decisionem textus in l. fin. C. de natur. liber. vbi dicitur quod quando in aliqua lege fit mentio de filio cum certa qualitate, numquam appellatione filij comprehenditur nepos, & ibi: Et cum lex dicat, filius maior, qui eo tempore fuerit, consequetur bona illa, vel lent fortasse dicere, quod in illis verbis stat qualitas ista, eo quod dicit maior, & quod ideo non potest comprehendi nepos eo quod nominatur filius cum qualitate per tex. in dict. l. fin. y responde no tiene lugar quando la calidad es favorable, como la de que se trata, y lo prueva con Bart. Bald. & ceter. scribingent ad eund. tex. y concluye con estas palabras: Ergo lex illa finalis de naturalibus liberis intelligitur secundum iuris dispositionem quod nepos appellatione filij non comprehenditur quando filius nominatur per legem respectu alicuius qualitatis odiosae, secus vero quando filius nominatur per legem respectu alicuius qualitatis favorabilis; quia tunc venit nepos expresse ex propria significatione vocabuli. Raudens. de analog. lib. 1. cap. 15. num. 277. cum seqq.*

35 Tambien Ioseph de Rustic. juzga muy leve, y insubistente en nuestros terminos el argumento de dicha ley final, in tract. ad l. cum auvs, ff. de condit. & demonstrat. lib. 6 cap. 4. vbi num. 1. & 2. duda si por estar nombrado el hijo gravado con la calidad de mayor se impedirà la transmision, y allega algunas razones pro sententia affirmativa, y en el num. 2. pondera que los nietos no se comprehenden sub vocatione filiorum, quando estos estan llamados con alguna calidad, que no conviene a aquellos per dict. l. fin. pero la resuelve negativa, y el num. 6. responde a las razones contrarias en quanto a la transmision con estas palabras: *Sicque coniecturam dictae qualitatis levem, & ieiunam arbitrabitur, de transmissione non erit aliquid agendum, non enim quaelibet frivola ac exilis coniectura conditionem praedictam submovebit, nec omne testantis verbum nepotes succes-*



Successione privabit, puta quod gradatum testator maiorem natu vocet, vel ex propria consuetudine, vel ut ipsi maiorem animi affectum ostendat, vel quia eundem honorificet, aut fortuito. Y en quanto a dicha ley final con las siguientes: *Qualitas autem quæ circa vocem filiorum ipsos anepotibus distinguit, talis esse etiam debet, quæ significationem concludenter dimoveat, ad filiosque tantum illam constringat, exemplum patet in dict. l. fin. C. de nat. liber vbi lex circa filios disponit non quia filios simpliciter, sed quia filios spureos, Bart. in dict. l. liberorum, col. 4. ante num. 7. vers. item prædicta vera de verb. sign. Hæc profecto constrictio non facile ac passim inducitur.*

36 Y dicho argumento quando fuera subsistente tan solamente pudiera tener lugar en caso que extara hijo en quien pudiese tener efecto la disposicion, y fuera primogenito, ò mayor respeto del nieto, porque concurriendo hijo natu mayor, y nieto natu minor, no se verificaria en este la calidad de primogenito, ò mayor: y en estos terminos hablan, y se han de entender precisamente todos los Doctores que niegan la representacion, ò comprehension del nieto, quando est vocatus filius maior, vel primo genitus, ex tradit. à Surd. cons. 403. num. 24. 35. 42. 48. 51. 60. & 65. & cons. 455. num. 1. Gama decis. 307. num. 4. & 5. Molin. de Hispan. primogen. lib. 3. cap. 8. num. 18. Castill. controvers. iur. lib. 3. cap. 19. num. 328. Cappyc. Galeot. controvers. 48. num. 16. & 17. lib. 1. Tiraq. de primogen. quest. 40. num. 223. Fusar. quest. 387. num. 56. Gratian. discep. forens. cap. 695. à num. 11. Emanuel Costa de success. Regn. Portugal. fol. 110. vers. & primo non obstat, ibi: *Et primo non obstat primum argumentum quo dicebatur, appellatione filij venire nepotem, nam Alexand. cons. 4. ponderatis num. 7. lib. 4. Philip. Dec. cons. 443. num. 20. responderunt quod licet id verum sit generaliter: non tamen appellatione filij maioris venit nepos minor argum. l. fin. C. de natur. liber sed quoniam hæc responsio non concluderet, si nepos esset natu maior quam patruus: ego respondeo, quod filij appellatione nõ potest nepos venire nisi quando filius non extiterit.*

37 Pero si al tiempo de la delacion de la succession, en que se ha de atender quien sea entonces primogenito, ò segundo genito, para incluirse en la disposicion, l. ex facto 17. S. si quis



*si quis autem susceperit*, ff. ad Trebel. §. proximus instit. de legitim. adgnat. succes. Valenz. Velazq. conf. 23. num. 17. & conf. 69. à num. 8. tom. 1. Surd. conf. 403. num. 17. Castill. lib. 5. cap. 93. §. 1. à num. 30. Addent. ad Molin. lib. 1. cap. 5. num. 20. & 21. Antonin. de Amat. variar. resolut. 1. num. 16. Leo decis. 209. num. 8. 9. & 10. tom. 2. porque segun prueva con muchos Mieres de maiorat. 2. part. quæst. 4. illat. 3. num. 1. la disposicion del primogenito, non respicit illum tantum, qui primo natus est, nec sentit omnino de certo homine ab ipso initio natiuitatis, sed de certificando tempore delatæ successione; no exta hijo, ni otro alguno de los que pueden estar comprehendidos en la disposicion, que sea nacido antes que el nieto, se verificará en él la calidad de primogenito, ò mayor; ille enim dicitur primus, quem nemo antecedit, argum. text. in l. certarum 3. C. de posthum. hered. instit. Ioan. Le Cerier. in tract. de primogen. quæst. 4. num. 1. lib. 1. Tiraquel. in eodem tract. quæst. 1. num. 6. Castill. lib. 5. cap. 93. §. 1. num. 6. & num. 33. Valenzuel. Velazq. dict. conf. 23. num. 18. Mart. de succes. legal. p. 1. quæst. 11. art. 1. num. 1. Amat. dict. resolut. 1. num. 1. y por configuiente se comprehenderá en la disposicion a favor del primogenito, ò mayor: nam cui conveniunt verba, convenit & dispositio, l. vlt. ff. ad Trebel. l. 4. §. toties, ff. de damn. infect. Surd. conf. 336. num. 6. Cyriac. controvers. forens. controvers. 523. n. 36 tom. 3. Ramon. conf. 13. num. 17.

38 Y al tiempo de la muerte de D. Diego Vique, como se ha dicho, no estava hijo alguno, ni otro nieto varon de doña Blanca, que D. geronimo, y assi en él se verifica, ex predictis, la calidad de segundo, respeto de don Diego, que fue el primero, como lo considerò doña Marià; & omnis qui nõ est primus dicitur secundus, vt constat ex rub. C. de secund. nupt. vbi scribent. Randens. variar. resolt. cap. 37. num. 91. Menoch. conf. 97. num. 116. Castill. dict. cap. 93. §. 1. num. 32.

39 De todo lo dicho resulta, que la palabra primogenitus, maior, vel secundo genitus, ni la dicha ley final no pueden obstar al nieto: y mucho menos obsta lo que dize Socin. dict. conf. num. 27. que el hijo, y el nieto, non sunt geniti ab eodem. Porque nepos dicitur genitus ab avo sicut filius, vt constat Mattehi cap. 1. vbi cavetur, quod Ioram genuit Oziã,



& inter vtrumque fuerunt Ochozias, Ioas, & Amazias, vt patet, ex lib. 4. Reg. y se prueua tambien ex tex. in l. Lucius Titius 85. ff. de hered. instit. pluribus comprobant Paul. de Cast. in l. 1. C. de condit. insert. num. 5. Menoch. conf. 124. num. 101. & 102. Tiraq. de primogen. quest. 40. num. 36. & 37. Fusar. quest. 329. num. 1. & 2. latissimè Iacob á Saa de primogen. nu. 44. 46. 47. & 53. vbi quod hoc procedit de necessitate iuris veré, & naturaliter.

40 Con que toda la fuerça del argumento contrario parece consiste en estar llamado hijo primogenito, y segundo, de cierta persona, por significar esto causa inmediata, y no ser el nieto genitus ab avo propriè, & immediate, como supone Socin. dict. conf. num. 18. y en lo que dize Castill. dict. lib. 5. cap. 92. num. 30. que siempre que el hijo està en la disposicion con la calidad de meus, vel tuus, ò de tal persona, no se comprehende el nieto, por significar tambien esto, quandam immedietatem. Pero todas estas razones, salva pafe tantorum Doctorum, son de menos subsistencia, porque el dezirse en la disposicion hijo mio, suyo, ò de tal persona, no es para restringirla a solo el hijo, sino para demostrar de que hijos entienda el testador, pues sino se hiziera mencion de los padres, no se pudiera saber de que hijos hablava, y por consiguiente por la incertidumbre fuera de ningun efeto la vocacion, per tex. in l. duo sunt. Titij, ff. de testam. tutel. y si procediera el sentir contrario, jamas los nietos venirent appellatione filiorũ, pues no se hallarà disposicion a favor del hijo, que no estè demostrado con la palabra meus, suus, ò de tal persona, y en estos terminos hablan quantos Dotores han escrito por la comprehension del nieto, sub filij appellatione, en particular en decisiones, y consejos Fusar. de fideicommiss. substit. quest. 321. num. 28. ibi: Contrariam sententiam probarunt Alexand. conf. 37. num. 1. lib. 6. Paris. conf. 75. num. 65. lib. 2. Prat. conf. 56. nu. 12. lib. 1. Peregrin. conf. 31. num. 4. & seqq. lib. 2. & in his terminis loquuntur omnes, qui consulverunt pro nepotibus, & verior opinio mihi videtur, quia semper est necesse exprimere nomen patris filiorum vocatorum. Rota apud Merlin. decis. 206. nu. 33. vers. minus etiam, lib. 1. Sesse decis. 64. à num. 47. vsque ad 50. el señor Regente Leon in iur. respons. post decis. 173. num. 10. tom.



2. y se declarò con las reales sentencias referidas num. 32.

41 Y el nieto non est genitus ab avo mediate, sino immediate, quia in ipso est sanguinis continuatio, Bald. in l. 1. num. 3. C. de condit. insert. immediate enim dicitur fieri quod per rerum naturam continuative vnum est, & idem l. cum acutissimi 30 C. de fideicom. Tiraq. de primogen. quest. 40. nu. 36. Suelves conf. 5. num. 65. tom. 2. semicent. 2. Fusar. quest. 321. num. 17. y aunque el nieto sit iterum natus, & genitus a patre, esto no impide quin per prius fuerit natus, & genitus ab avo, & huiusmodi iterata nativitas non tollit nec obumbrat veritatem primæ argum. tex. in l. filio quem 23. ff. de liber. & posthum. l. adsumptio 6. ff. ad municip. Tiraq. dict. quest. 40. num. 37. Jacob a Saa de primogen. num. 53. y como provarè infra, el nieto est portio paterni corporis, & vnus cum patre ipso.

42 Y caso negado, el nieto non esset proprie, & immediate genitus ab avo, ni seria hijo del abuelo, proprie, & immediate, sino de su padre, y se seguiria tambien por la misma razon que en ningun caso se comprehendiera filij nomine; atqui es sinduda, que esto no obsta para que se comprenda luego de la misma manera no pudiera obstar, que non esset genitus proprie, & immediate ab avo, para la inclusion sub vocatione filij primogeniti, vel secundo geniti, l. illud questu 32. ff. ad leg. Aquil.

43 Y lo que defienden dichos Doctores es lo mismo que han dicho otros, que siempre que estan llamados los hijos q han de nacer de cierta persona, como en el testamento de doña Maria el hijo segundo con estas palabras: *Al segon fill masculle legitim, è natural naxedor de la dita dona Blanca de Castellvi:* quedan excluidos los nietos, porque la diction de ò ex, significa causa inmediata. La opinion de los quales està comunmente improbada, y aunque se llamen los hijos que naceran de cierta persona, vel ex eius corpore, se comprehenden los nietos, dict. l. Lutius Titius 85. ibi: *Ex se natum*, ff. de hered. instit. Paul. de Cast. in l. 1. C. de condit. insert. num. 6. Surd. decis. 73. num. 18. & 19. Peregrin. de fideicom. art. 28. num. 34. y muchos otros que refiere, y sigue Fusar. quest. 320. num. 25. quest. 321. à num. 16. quest. 327. à num. 7. & quest. 413. à nu. 8. Mieres de maiorat. part. 1. quest. 15. nu. 9. Menoch. conf. 1037. num. 8.



num. 8. Suelves *conf.* 5. num. 65. tom. 2. *semicet.* 2. Rustic. *ad dict. l. cum avus lib.* 6. cap. 13. num. 4. 11. & 14. Castill. *lib.* 5. cap. 129. num. 39. *ir fin.* Ramon *conf.* 15. num. 73. & *conf.* 16. num. 40. Cancer. *variarum resolut.* lib. 3. cap. 21. *de transmiss.* numer. 279. & 280. Ludovic. Bel. *conf.* 89. num. 9. 10. & 11.

44 Porque no menos, dicitur nasci nepos ex corpore avi, quam ipse filius, no mediate, sino inmediate, propter sanguinis continuationem, vt tenent Doctores nuper citati, & dictum est num. 41. y tambien porque el hijo, est portio paterni corporis, & vnus cum patre ipso, *cap. iam itaque 1. quest.* 4. *l. cum scimus 22. §. 1. C. de agricol. & censit. lib.* 11. *l. fin. C. de impuber. & alijs substituit.* Gama *decis.* 160. num. 6. & 7. Ansaldo. *conf.* 27. num. 35. Menoch. *conf.* 124. nu. 99. Tiraq. *dict. quest.* 40. num. 31. & 32. & *in l. si vnquam, C. de revocand. donat. in prelat. num.* 15. Iacob. a Saa *in dict. tract.* num. 44. 46. & 47. Peregrin. *conf.* 38. num. 18. & *conf.* 39. num. 5. *lib.* 1. Castill. *lib.* 3. cap. 19. num. 52. Robles *de represent. lib.* 1. cap. 6. num. 18. & *cap.* 7. num. 2. 3. 10. 21. & *fere per totum Censal. in observat. & addit. ad Peregrin. de fideicommiss. art.* 21. *vers. decimo tercio, observo Tendut. quest. & resolut. civil. cap.* 89. nu. 3. el señor Regente Leon *decis.* 109. num. 10. tom. 1. Fusar. *quest.* 387. num. 20. & sicut filius est pars viscerum patris, ita nepos est pars viscerum avi, Molfes. *ad consuetud. Neapol. p.* 13. *de succes. ex testam. quest.* 18. num. 3. Menoch. *dict. conf.* 1037. num. 8. por lo qual el nieto es primogenito del abuelo, como lo era el hijo, Castill. *lib.* 5. cap. 93. §. 1. a num. 16. no solo por representar a su padre, sino tambien ex persona propria, Tiraq. *dict. quest.* 40. n. 173. & 197.

45 Y sia la comprehension del nieto no obsta estar llamado el hijo con la calidad de nacido, ex certa persona, vel ex eius corpore, no obstante que esto signifique causa inmediate: luego se ha de comprehender tambien, sub nomine filij primo geniti, vel secundo geniti, mei, sui, aut certæ personæ, aunque estos modos de disposicion habeant respectum ad patrem inmediate; pues no se puede dar juridica razon de diferencia, pulchre Christophor. Torniol. *conf.* 83. num. 24. *ibi: Et licet non sit eius, scilicet avi primogenitus, est tamen primogenitus*

nitus



nitus filij, ideo comprehenditur pro vt comprehenderetur sub illis verbis, ex se, ve ex suo corpore, &c. dict. l. Lutus, licet dictio ex denotet causam proximam, & immediatam, vt per Bart. in dict. l. liberorū colum. pen. Bald per illum tex. in l. i. C. de condit. insert. Alex. & Rip. in l. ex facto §. fin. ad Trebel. Socin. cons. 17. & 51. col. 2. lib. 4. Corn. 94. col. 4. lib. 1. Alex 43. col. fin. lib. 3. Curt. lun. 113. col. 2. Rip. respons. lib. 1. cap. 1. fol. fin. col. 3. in prin. cum alijs concord. Doct.

46 Mas el nieto sublato padre de medio tenet locum filij, §. cum filius instit. de hæredit. que ab intest. defer. l. posthumorum 13. ff. de iniust. rupt. l. sed si conditioni 6. §. nepotes, ibi: Et si redigantur ad filij conditionem, ff. de hæred. instit. Tiraq. dict. quest. 40. num. 50. & 65. Rustic. ad dict. l. cum auus, lib. 6. cap. 14. n. 5. vers. secundo, Molin. de Hispan. primogen. lib. 2. cap. 11. num. 35. & 39. Menoch. cons. 1037. num. 12. Fontan. decis. 584. num. 7. tom. 2. Robles de represent. lib. 3. cap. 1. num. 5. y es hijo como lo fuera el padre si viviera, Bart. in l. liberorum, §. diuus, ff. de verb. signif. Iacob. a Saa in dict. tract. num. 18. y hermano de los otros hijos como el mismo padre, vt probatur Genes. cap. 13. donde Abraham a su sobrino Loth ex fratre Aram præmortuo, pro vt cõstat Genes. c. 11. llama hermano cõ estas palabras: Ne sit iurgium inter me, & te, fratres enim sumus Castell. lib. 3. cap. 19. num. 47. lo mismo se prueva Genes. cap. 10. y otros lugares que pondera Robles de represent. lib. 1. cap. 5. num. 5. & 6. Hodiern. ad Surd. decis. 73. num. 3. 6. & 7. vbi quod dicitur suus avo, & de filijs primi gradus. Luego sublato filio de medio, se podrá llamar el nieto primogenito, ò secundo genito del abuelo, pues entonces subintiat locum filij, y se llama hijo, y hermano de los demas hijos, Torniol. dict. cons. 83. num. 25. el señor Regente Leon decis. 109 num. 10 tom. 1. Fular. quest. 387. num. 29. vers. responderur facit, que la disposicion del primogenito, extenditur ad illum qui loco primi subrogatur argum. text. in l. filia 28. §. Attia, ff. de condit. & demonst. Castell. lib. 5. cap. 93. §. 1. num. 40. & 41. y don Geronimo ocupa el lugar de doña Maria Vique su madre, Robles de represent. lib. 1. cap. 7. a num. 20. vsque infin. lo que no puede obstarle para que suceda ex persona propria, Castell. lib. 3. cap. 19. num. 168. Fontan. decis. 584. num. 15.



tom. 2. Torniol. dict. conf. 83. num. 26. Robles in dict. trad. lib. 2. cap. 16. num. 99. & 100.

47 Y supuesto que el ser primogenito, ò segundo genito, consiste en aver nacido antes, ò despues, como se ha provado num. 37. & 38. no puede el orden de genitura considerarse tan solamente entre los hermanos, sino que antes bien tendrá lugar entre todos aquellos en quien se verifique el nacimiento anterior, y posterior, pues el nacido despues respeto del que nació antes, es fuerza confessar se ha de llamar secundo genito, y otro posterior respeto de este tertio genito, prius enim, & posterius in tempore consistunt, l. *Avescusa* 15 ff. de stat. homin. Castell. lib. 5. cap. 93. §. 1. num. 29. & ideo dixit Bald. conf. 257. quod pro regula, num. 6. lib. 2. quem sequitur Tiraq. de primog. quest. 1. num. 7. quod primogenitus significat filium, secundo genitus nepotem: y aunque Menoch. dict. conf. 328. num. 5. impugna a Baldo diciendo, que habló sin texto ni razon, pero ex proximè dictis se infiere lo contrario, y la dicha impugnacion retorquetur contra ipsum Menoch. pues el texto in cap. *Ioseph. de verb. signif.* y san Pablo in epistola ad Roman. cap. 8. no limitan el orden de genitura a los hermanos, solo pruevan tener lugar entre ellos, lo que no se duda: y assi in effectu loquutus est sine iure, & ratione.

48 Y si procediera la opinion contraria, a ningun fideicomisso perpetuo, ni a qualquier otro, en que no estuviessen tan solamente llamados hermanos, se podria adaptar el orden de genitura; y es cierto que en casi todos se halla ordinariamente dispuesto, se haya siempre de guardar dicho orden: y sucede en muchos casos, averse de considerar aquel entre los comprehendidos en la disposicion, aunque no sean hermanos, como, inter patruum, & nepotem, y otros, para averiguar a quien conviene la calidad de primogenito, y deve ser preferido, en particular quando está llamado el primogenito, mayor, vel antiquior de domo, seu familia. Y está tan lexos de limitarse a solo los hermanos, que defiende Bello; no con muchos, conf. 2. num. 13. que de aver llamado el testador los hijos con condicion que se huviesse de guardar siempre el orden de primogenitura, como en nuestro caso, se sigue la comprehension de los nietos, y demas descēdientes en la



la disposicion. Faciunt Casanat. *conf.* 20. *num.* 13. & que dicta sunt *num.* 30. *cum seqq.* y caso fuera verdad que el orden de genitura solamente tuviesse lugar entre los hermanos, procederia tambien en el nieto muerto el padre, pues entonces ocupa su lugar, y se dize hijo del abuelo, y hermano de los demas hijos, como esta provado *num.* 46.

49 Y tambien se atiende, todo el argumento contrario consiste en vna sutileza muy agena de los testadores, los quales de subtili interpretatione non cogitant, Mieres de *maiorat.* 2. *p.* in *init.* *num.* 249. por lo que en sus disposiciones non est nimis subtilizandum, posset enim perniciose, errari, *l. si quis heredem* 7. *C. de instit. & substit. l. si seruum* 91. *S. sequitur ff. de verb. obligat. l. sicut.* 8. *S. si debitori* 16. *ff. quib mod. pign. vel hypoth. solut. Petra de fideicom. quest.* 9. *num.* 8. Peregrin. *conf.* 45. *num.* 11. *lib.* 1. por lo que, y por lo demas que se ha dicho; de aver llamado doña Maria a los hijos de doña Blanca en dicha forma, no se puede inferir quiso excluir los nietos, si solo dar a entender era su voluntad, fuesse preferido siempre en la sucesiõ el que tuviesse mas edad, ò fuesse primero en el orden de genitura, que es a lo que atienden los testadores llamando siempre al primogenito, ò mayor, Grat. ~~conf.~~ *conf.* 6. *num.* 13. *tom.* 1. *Costa de succes. Reng. Portugal fol.* 11. *vers. secundo, considero Menoch. conf.* 442. *num.* 19. & 20. Tiraq. de *primogen. quest.* 1. *num.* 10. 11. & 12. *Surd. conf.* 455. *num.* 1. & *conf.* 403. *n.* 40. *Robles de represent. lib.* 3. *cap.* 14. *à num.* 20. *Capyc. Gaileot. controvers.* 48. *num.* 20. *lib.* 1. *Addent. ad Molin. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 22. y a don Geronimo asisten las conjeturas que se han ponderado, que son mas eficaces que la dicha, y demas que se pueden allegar en cõtrario; por lo que estas han de quedar vencidas, tamquam debiliores, *l. diuus* 7. *ff. de in integr. restit.* Merlin. *decis.* 206. *num.* 36. *lib.* 1.

50 Obsta en segundo lugar, principalmente el hallarnos en disposicion de transversal, en que filiorum appellatione non veniunt nepotes, vt tenent cum alijs *Fusar. quest.* 321. *à num.* 2. & *conf.* 36. *num.* 9. 10. & 11. & *conf.* 95. *num.* 13. & 14. *Cyriac. controvers. forens. tom.* 1. *controvers.* 8. *à num.* 52. *per tex. in l. liberorum* 220. *S. prater hac, ff. de verb. signif. ibi: Non enim dulciore nomine possumus nepotes nostros quam filij appellare.*



Lo que no se verifica en los transversales, y así parece se declaró con la Real sentencia en favor de doña Francisca Catalá, según sus motivos que refieren Menochio, y Raudens. citati supra num. 8. con estas palabras: *Attento in super quod ex iusta, & legali interpretatione, appellatione filiorum, & filiarum veniunt nepotes, & neptes in ultimis voluntatibus quoties dispositio est favorabilis facta ab ascendente providendo filijs, y en la Real sentencia en favor de la Duquesa de Veraguas, referida por el señor Regente Leon dict. decis. 60. a num. 28. ibi: Maximè quando dispositio à communi ascendente, &c. y en la otra a favor del Duque de Gandia, dict. decis. 60. num. 44. ibi: Præmaximè quando dispositio à communi ascendente, &c.*

51 Pero la sentencia contraria es mas provable, y comúnmente recibida, y Fusar. dict. quest. 321. num. 5. refiere 33. Doctores de muy grande autoridad que la siguen, y entre ellos Peregrin. de fideicom. art. 21. num. 44. & art. 22. num. 61. & conf. 31. num. 11. 14. & 17. lib. 2. Præ. de interpr. ultim. volunt. lib. 3. interpr. 3. dubit. 4. solut. 1. num. 54. 55. & 56. & conf. 56 num. 9. Zevallos comun. contr. comun. quest. 694. num. 2. & 5. quibus addo Rustic. ad dict. l. cum avus lib. 6. cap. 14. num. 20. vers. quamvis, & num. 23. vers. sed certe, Cancer. variar. resolu. lib. 3. cap. 21. num. 279. Robles de represent. lib. 2. cap. 29. num. 24. Gratian. cap. 765. num. 35. tom. 4. Castill. controvers. iur. lib. 4. cap. 9. num. 29. & 65. Mieres de maiorat. part. 1. q. 13. num. 11. Anton. Fab. in C. lib. 6. tit. 19. de verb. signif. diffin. 4. y otros muchos que refieren, y la siguió la Rota apud Merlin. en los casos de las decisiones 206. y 228. lib. 1. como se ve dict. decis. 206. in fin. & 228. num. 16. & 17. donde se hace mension de otras decisiones de la misma Rota.

52 Y se prueba con dos textos expressos, el vno, in l. vxorem 41. S. concubinae, ff. de leg. 3. qui loquitur in testamento omnino extranei, y procede su decision no por causa alguna particular, como quieren algunos, sino ex verborum interpretatione, y por lo regular, quod filiorum appellatione veniunt nepotes, vt bene observant Præ. vbi proximè num. 55. & 56. Rustic. dict. lib. 6. cap. 11. num. 34. y el otro en la ley Lucius Titius 85 ff. de hered. instit. que es en terminos de testamento de transversal, y aunque solo trata de filijs in conditione

tione



tione positis, pero lo mismo tiene lugar quando estan llama-  
 dos, porque como se ha dicho *num. 14.* los casos de la condi-  
 cion, y vocacion, se equiparan para el efeto de la comprehen-  
 sion de los nietos: y Fusar. *quest. 319. num. 1.* y los demas que  
 han escrito pro nepotibus, en el fideicomisso activo, y otras  
 disposiciones en favor de los hijos, se valen principalmente  
 para provarlo del *text. in dict. l. Lutus.* Y se funda tambien in  
*l. iusta, l. liberorum, §. sed & Papyrius, ff. de verb. signif.* que ha-  
 blan generalmente, y assi no se deve distinguir inter descen-  
 dentes, & transversales vulg. *l. de pretio, ff. de public. in rem  
 action. l. 1. §. generaliter, ff. de leg. præst. Castill. lib. 4. cap. 14.  
 num. 5.*

53 Y quando concurren conjeturas que favorecen a los  
 nietos, no puede tener duda, quod veniant filiorum nomine  
 in dispositione transversalis, Merlin. *dict. decis. 206. num. 13.  
 & decis. 228. num. 17. Castill. dict. lib. 4. cap. 9. num. 67:* y si al  
 tiempo de la delacion de la sucesion, no extan hijos, sino nie-  
 tos, procede la inclusion destos intransversalibus, Menoch.  
*de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 94. num. 21. in fin.* y en nuestro  
 caso se hallan las conjeturas que se han allegado, y al tiempo  
 de la muerte de Don Diego no estava hijo alguno varon de  
 doña Blanca.

54 Y aunque la razon del *text. in dict. l. liberorum, §. præ-  
 ter hæc,* no tiene lugar en los transversales, pero desto solo se  
 puede inferir se trata en el tan solamente de los descendientes,  
 pero no la exclusion de los nietos in transversalibus, aviendo  
 otros textos con que se prueva su comprehension. Y en las di-  
 chas Reales sentencias por tratarse de disposicion de ascen-  
 diente, se dize, que en aquella veniunt nepotes filiorum no-  
 mine, pero no se niega, ni se dudò, proceda lo mismo en los  
 transversales, antes bien parece se dà esto por constante en las  
 dos ultimas, ponderando la palabra maximè, que se halla en  
 los motivos, que segun su propria significacion incluye tam-  
 bien el caso mas dudoso, Robles *de represent. lib. 3. cap. 18.  
 num. 73.*

55 Tambien se opone, que comunmente quando se nõ-  
 bra hijo, no entendemos el nieto, y assi en el testamento de  
 doña Maria no se puede dezir està, comprehendido filij ap-

H pelà



pellatione, resistiendo el comun uso de hablar, Fusar. *dict. quest.* 321. num. 62. Menoch. *conf.* 215. num. 62. Pero se respõde negando, quod secundum communem usum loquendi, no se entiendan los nietos en la palabra hijos; y para que desto se pudiesse tener cõsideracion, era preciso provar, que al tiempo de dicho testamento en Valencia nombrado hijo, no se entendia el nieto, Fusar. *dict. quest.* 321. num. 63. Alexand. Raudens. *variar. cap.* 38. num. 11. Rustic. *dict. lib.* 6. *cap.* 14. à num. 48. vsque ad 51. Mieres de maiorat. *part.* 2. *in init.* num. 275. y assi se declarò con la dicha Real sentencia en favor de doña Francisca Català, vt testatur Menoch. *dict. conf.* 215. n. 66. Raudens. *ubi proximè*, lo que no se ha provado.

56 Finalmente obsta, que en el Reyno los testamentos se han de entender a la letra, & pro vt iacent *for.* 51. *rub. de testam.* y donde extatal estatuto los nietos no se contienen verbo filiorum, Menoch. *dict. conf.* 215. à num. 15. vsque ad 18. & *de presumpt. lib.* 4. *presumpt.* 94. num. 15. Fusar. *dict. q.* 321. num. 82. A que se responde: que la opinion a favor de los nietos en dicho caso es mas juridica, vt per Rustic. *ad dict. l. cum avus, lib.* 6. *cap.* 14. à num. 60. vsque ad 68. *ubi latè.* Hodier. *ad Surd. decis.* 73. num. 12. Sesse *decis.* 64. à num. 22. tom. 1. porque por dicho estatuto solamente se puede entèder prohibida la interpretacion frivola, y extensiva, y no la justa, & ex vi verborum, & per viam comprehensivam, Rustic. *dict. c.* 14. num. 65. Mieres *dict.* 2. *part. in init.* num. 191. Menoch. *conf.* 325. à num. 23. vsque ad 32. Casanate *conf.* 15. à num. 51. y los nietos vienen, sub filiorum nomine, non per extensionem, sed per comprehensionem, & iustam interpretationem, Hodier. *dict. decis.* 73. num. 1. & 12. Rustic. *dict. n.* 65. Peregrin. *conf.* 38. num. 24. *lib.* 1. Thesaur. *quest. forens. lib.* 1. *quest.* 92. num. 6. Mieres *p.* 1. *quest.* 15. num. 26. Ramon *conf.* 15. num. 70. 80. & 81. & est inconfesso apud omnes, appellatione filiorum comprehendi nepotes saltem latè sumpto vocabulo, Fusar. *q.* 320. num. 32. *vers.* respondetur enim. Merlin. *dict. decis.* 206. num. 29. & *decis.* 228. num. 28. Surd. *decis.* 73. num. 13. Trencatinoq. *variar. resolut. lib.* 1. *resolut.* 1. *de statut.* num. 2. *vers.* primum est. y muchos defienden, que el nieto propriè est filius, pro vt gloss. *in S. fin. institit. qui test. tut. dar. pos. verb. ap*  
pel-



pellatur Anton. Gabriel tit. de verb. signif. conclus. 1. num. 4. Sesse decis. 64. á num. 4. Mieres dict. quæst. 15. num. 7. & 29. eleganter Iacob. a Saa in dict. tract. num. 18. Ramon dict. conf. 15. num. 69. & conf. 16. num. 38. y quando se hallan conjeturas, como al presente, deduzidas de las palabras del testamento, se ha de dezir está expresamente en la disposicion la vocacion de los nietos, no obstante dicho estatuto, Sesse decis. 65. á num. 28. Addent. ad Molin. de Hispan. primog lib. 1. cap. 5. num. 41. & 42. in fin.

57 Y tratando de la otra duda propuestra num. 4. vtrū scilicet filiorum masculorum appellatione veniant nepotes masculi ex fœmina; se ha de decidir tambien afirmativè, porque son hijos, como se ha provado, y varones, y assi les convienen las palabras de la disposicion, & per consequens ipsa dispositio, vt dictum est num. 37. Y es comun, y recebida sentencia, que en la disposicion en que estan llamados los varones, se comprehenden masculi ex fœmina, & succedunt iure proprio non obstante in habilitate matris, maximè quando non fuit habita ratio agnationis Rustic. ad l. cum avus lib. 6. c. 16. num. 22. Peregrin. conf. 5. num. 11. & 14. lib. 1. Castill. lib. 5. cap. 129. á num. 32. & cap. 132. num. 2. Bellon. conf. 72. num. 23. & 28. Casanat. conf. 23. num. 1. & conf. 38. num. 75. Mantec. de coniect. ultim. volunt. lib. 8. tit. 11. num. 8. & tit. 18. á num. 12. Fusar. quæst. 404. num. 7. Suelves conf. 5. á num. 1. vsque ad 21. tom. 2. semicent. 2. Philip. Pascal. de virib. patr. potest. part. 4. cap. 9. á num. 41. vsque ad 45. Ludovic. Bel. conf. 67. num. 6. cum seqq. & num. 13. Mar. Cutel. tom. 2. de donat. contemplat. matrim. tract. 2. disc. 1. spetial 37. num. 16. & 17. fol. 479 Censal. in observat. & addition. ad Peregrin. de fideicom. art. 26. in prin. fol. 181. & fol. 198. vers. etenim quamvis, Larrea decis. Granat. disput. 34. á num. 11. vsque ad 23. & á num. 29. vsque ad 24. & fere per totam tom. 1. y assi se declarò con la dicha Real sentencia en favor de Tomas Perdiguier.

58 Y en nuestro caso es llano, non fuit habita ratio agnationis, nec propria, nec ficta, no obstante el gravamen de nombre, y armas, y exclusion de las hembras, por ser hembra la testadora, hembra la instituida en primer lugar, y los substituidos descendientes de hembra, y no hallarse llamado agna-



do alguno, Molin. de Hispan. primogen. lib. 3. cap. 5. num. 50. vbi addent. Giurb. decis. 32. num. 15. 20. & 27. vers. respondeatur quarto, Rustic. dict. cap. 16. num. 22. Mantic. dict. lib. 8. tit. 11. num. 8. el señor Regente Leon decis. 1. num. 78. & 83. tom. 3. Fusar. dict. quest. 404. num. 19. Farin. decis. 667. num. 10. p. 2. in recent. Suelves dict. conf. 5. num. 84. & 54. Casanat. conf. 23. num. 4. & 5. & conf. 38. à num. 68. bene Larrea dict. disput. 34. à num. 24. vsque ad 29. & num. 49. & 50. y se declaró tambien con la misma Real sentencia.

59 Y aunque Anton. Fabro de error. pragmatic. tom. 2. decad. 28. error 8. num. 4. & error 10. num. 7. constituia diferencia entre las palabras, liberos, & filios, y defienda, que appellatione liberorum masculorum veniunt masculi ex foemina, secus vero appellatione filiorum masculorum. Pero segun la mas provable, y recebida censura, para el efeto de que se trata no ay diferencia entre dichas voces, y solo se atiende para la inclusion de los varones por hembra, si fuit habita ratio agnationis, Petr. de fidei com. quest. 9. num. 165. & 166. Fusar. dict. quest. 404. num. 7. Larrea dict. disput. 34. num. 68. Castill. dict. lib. 5. cap. 132. per totum, vbi late, y se da por constante en dicha Real sentencia.

## Parte Segunda.

*Que los censos, y casa de que especialmente se pide la mission en possession recaen en la herencia, y vinculo de doña Maria Mascò.*

60 **P**OR pretèderse la mission en possession por entrambas partes en especial de los censos, y casa referidos in principio, que possedia don Diego Vique, incumbe a don Geronimo provar, recaen en la herencia, y fideicomisso de doña Maria Mascò, por lo regular que el fideicomissario deve verificar como a fundamento de su intencion, que las cosas que pide, fuerunt fideicommittentis, Peregrin

de fi.



de fideicom. art. 44. in prin. Menoch. cons. 207. num. 31. & cons. 1111. num. 19. Fusar. de fideicom. substit. quest. 616. num. 1. Surd. cons. 505. num. 1. Ramon cons. 46. num. 26. Argel de acquir. possess. ex remed. l. fin. C. de edict. divi Adrian. col. quest. 8. art. 35. num. 35. Y al convento le asiste la presuncion de que dichos bienes son libres, y no sujetos a fideicomisso, ex text. in l. alcius, C. de servit. & aqua Menoch. dict. cons. 207. num. 24. Mieres de maiorat. part. 3. quest. 20. num. 24. Castillo contro- vers. iur. lib. 4. cap. 9. à num. 1.

61 Pero por tratarse la causa con el dicho Convento he- redero del gravado, no se requieren pruebas muy eficaces, y basta que conste, fuerunt in bonis de doña Maria, sin que sea necesario provar el dominio, seu quasi Peregrin. de fideicom. art. 44. num. 14. & cons. 48. num. 14. lib. 1. & decis. 2. num. 1. Farin. decis. 718. num. 6. part. 2. in recent. Mieres de maiorat. 4. p. quest. 20. num. 2. Petra de fideicom. quest. 12. num. 22. & num. 23. vers. & in super Menoch. cons. 207. n. 31. cons. 1111. num. 20. & cons. 1119. num. 12. Marzar. in epitom. de fideicom. quest. 60. Fusar. dict. quest. 616. num. 4. Gratian. discept. forens. cap. 69. n. 1. tom. 1. Ludovic. Post. post tract. de manuten. decis. 52. num. 1. Censal. in observat. & addition. ad Peregrin. de fi- deicom. dict. art. 44. fol. 465. y en particular procede quando el fideicomissario vniversal pide la possession en virtud del re- medio de la ley fin. C. de edict. divi Adrian. tollen. Peregrin. dict. art. 44. num. 14. con otros que refiere, y sigue Fusar. dict. quest. 616. num. 18. Argel de legitim. contradict. quest. 2. art. 5. num. 178. Farin. decis. 131. num. 1. part. 1. in recent. Censal. vbi proximè fol. 466. col. 1. a quien compete dicho remedio. Cyriac. controvers. forens. lib. 1. controvers. 12. num. 3. Cavaler. decis. 204. num. 4. Ludovic. Post. decis. 216. num. 6. Castill. con- trovers. iur. lib. 3. cap. 24. num. 16. Camil. de Medic. cons. 68. num. 14. Laderch. cons. 156. num. 3. el qual, y qualquier otro que le convenga, es visto aver intentado don Geronimo con las clausulas ordinarias contenidas en el libello extraditis a Barbol. de claus. vsufrequent. claus. 95. num. 12. & 23.

62 Y dichos censos consta fuerunt in bonis de doña Ma- ria; porque aviendose declarado por el luez ordinario en 23. de Agosto 1575. aver aquella sucedido juntamente con don



Luis Margarit, y doña Mencia Margarit, así en todos aquellos 21000 suel. de que hizo donacion don Pedro Maça, olim don Luis Mascò a don Geronimo Mascò su hijo, con auto que pasó ante Melchor Bort Not. a 10. de Noviembre 1545 como tambien en todos los bienes de la vniversal herécia de dicho don Pedro Maça, es a saber, la dicha doña Maria en las dos partes, y los dichos don Luis, y doña Mencia Margarit en la otra parte, segun la declaracion que está en el pleito fol. 158. dividieron los bienes de dicha herencia, con auto por Iuan Guardiola Not. a 8. de Octubre 1575. fol. 160. y tocaron a doña Maria, entre otros, 13. de los dichos censos, de que se pide la misión en possession, seis de los quales con auto por el mismo Guardiola a 7. de dicho mes de Octubre, fol. 159. avian transportado los dichos don Luis Margarit, y doña Mencia Margarit, como a herederos de don Geronimo Mascò, a ellos mismos, y a la dicha doña Maria Mascò en nombre de herederos del dicho don Pedro Maça, olim don Luis Mascò.

63 El otro censo de dichos 14. que es el que se paga en 17. de Noviembre, y antes en 14. de Março, y Setiembre, Mayo, y Noviembre, no fue cargado por la Generalidad, y procede de dos censos, el vno de los quales cargaron don Iuã Esllava, y Carroz, y otros a don Bernardo Centellas, con auto por Iuan Bellot Notario a 12. de Março 1546. y este perteneciò a doña Maria Mascò, con el auto que está en el pleito fol. 168. testificado por Nicolas Orti Notario a 28. de Setiembre 1555. otorgado por el heredero de dicho don Bernardo Centellas: y el otro fue cargado por dicho don Pedro Maça, olim don Luis Mascò, don Iuan Esllava, y otros con auto por Pedro Benito Garcia Notario a 12. de Noviembre 1549. y perteneciò a la parte de dicha doña Maria en la referida division: y el responderles la Generalidad se origina de aver otorgado vn auto de indemnidad por razon de dichos dos censos a favor de dicho don Pedro Maça, que pasó ante el Escrivano de la Diputacion a 27. de Febrero 1554: de todo lo qual consta tambien por la copia de la execuciõ, que instò doña Blanca de Castelvì, en nombre de heredera de dicha doña Maria, por la Corte de la Governaciõ el año 1584.

contra



contra la Generalidad, que està en el pleito fol. 167. y por el examen, y averiguacion que se hizo a instancia desta parte, con iniuncion de la adversa, en los libros de los censales que responde la Generalidad, en execucion de la real provicion de 21. de Julio 1659. segun la certificatoria del Bserivano de la causa, fol. 181.

64 Et per instrumenta acquisitionum fideicommitentis probatur bona fuisse in eius bonis Peregrin. de fideicom. art. 44. num. 4. & cons. 48. à num. 6. lib. 1. Fusar. quest. 618. num. 4. Rot. apud Merlin. decis. 244. num. 11. lib. 1. y tambien se prueba lo mismo por el instrumento de division hecho entre el testador, y otro, Peregrin. dict. cons. 48. num. 6. Decian. cons. 76. num. 9. lib. 3. Menoch. cons. 1111. num. 23. Fusar. dict. quest. 618. num. 17. Mascard. de probat. conclus. 778. num. 21. tom. 2.

65 Y por dicha certificatoria, y averiguacion hecha en los libros de la Generalidad conste, que doña Maria poseyò todos los dichos censos, cobrando las pensiones annuas, menos el que se ha hecho mencion num. 63. por no aver empeçado a pagarle la Generalidad, hasta que doña Blanca de Castelví executò, como se ha dicho, el año de 1584. como se ve por la misma copia de la execucion, y por el mandato que se despachò por dicha Corte de la Governacion, y provision de los Diputados, fol. 183. con lo que se prueba, fuerunt in eius bonis, l. bonorum appellatio 49 ff. de verb. signif. Peregrin. dict. art. 44. num. 3. Petra de fideicom. quest. 12. num. 1. & num. 23. vers. in super. & num. 27. y aunque no se dize les poseyò hasta el tiempo de su muerte, pero esto basta, por presumirse continuada la possession, vsque ad mortem, Peregrin. ibidem num. 16. Menoch. de presumpt. lib. 6. presumpt. 64. à num. 1. Mascard. dict. conclus. 778. à num. 33. Mar. Mut. decis. 24. num. 38. Petra dict. quest. 12. num. 11. Merlin. dict. decis. 244. num. 8. Fusar. quest. 616. num. 6. & 7. Censal. in observat. & addition. ad Peregrin. dict. art. 44 fol. 365. col. 2. maxime, constando les posseieron doña Blanca, y don Diego en nombre de herederos de dicha doña Maria: quia probatis extremis, probata erunt, & media, & sic testatorem tempore eius mortis posse disse. Censal. & Fusar. vbi proximè. Mascard. num. 36.



66 Y así doña Blanca de Castellvi, heredera en primer lugar de doña Maria, como don Diego Vique heredero segundo, y último poseedor, poseieron todos los dichos censos como herederos de aquella, y confesaron diferentes vezes recaian en su herencia: lo que se prueba por el auto de concordia del fol. 161. recibido por Juan Guardiola Notario a 6. de Setiembre 1580. con el qual dicha doña Blanca, como heredera de doña Maria, consignò a doña Castellana Bellvis, y de Mascò, usufrutuaria de la mitad de los bienes de aquella, dos de los referidos 14 censos, confesando expressamente recaian en dicha herencia: y tambien por la referida averiguacion que se hizo en los libros de la Generalidad, y certificatoria del Escrivano de la causa, fol. 181. pues por aquella se ve que doña Blanca poseiò todos los dichos censos, esto es, los 13. como a heredera de dicha doña Maria, y en virtud de dicho su testamento testificado por Martin Miguel Orti Notario a 20. de Noviembre 1577. y el otro que se paga en 17. de Noviembre referido num. 63. en virtud de vn mandato por la corte de la Governacion, contenido en vna provision hecha por los Diputados a 4. de Enero 1585. que està en el pleito con inserta de dicho mandato, fol. 183. que fue despachado por execucion de la sentencia que obtuvo doña Blanca contra la Generalidad en la dicha causa de execucion, que instò como heredera de doña Maria, segun dicha copia del fol. 167 en la qual para justificar los derechos activos, y pasivos hizo fe de los dos censos, y auto de indemnidad, de que tiene origen el de que se trata, de la declaracion que obtuvieron doña Maria, y don Luis, y doña Mencia Margarit, y del testamento de doña Maria: con que es llano poseyò tambien este censo doña Blanca en dicho nombre de heredera.

67 Don Diego Vique despues de muerta doña Blanca poseyò dichos 13. censos como heredero de doña Maria, en virtud de la declaracion provehida por el Iusticia Civil a 20. de Deziembre 1613. con que fue declarado, averle pertenecido todos los dichos bienes, y herencia en fuerza del vinculo, y de comisso contenido en el dicho testamento de doña Maria, segun consta por dichas averiguacion, y certificatoria: y el otro censo de 17. de Noviembre en virtud de diferentes mandatos



mandatos despachados por la Corte de la Governacion, y en particular del que se halla en la provision hecha por los Diputados a 9. de Março 1621. fol. 185. que fue instado por dicho Don Diego en nombre de heredero, iure vinculi de doña Maria, y en execucion de dicha sentencia del año 1584. confessando recaia este censo en dicha herencia.

68 Y aviendo pretendido la Generalidad en esta Real Audiencia, no le tocaria pagarle, y mandado a Don Diego provasse lo contrario; por su parte se hizo fè de los dos censos, y indemnidad, de que procede, de la dicha execucion, que instò doña Blanca, de la declaracion, que obtuvo doña Maria juntamente con Don Luis, y doña Mencia Margarit, del auto de division que firmaron de los bienes de la herencia de D. Pedro Maça, olim don Luis Mascò, de la dicha transportation que hizo el heredero de don Bernardo Centellas a doña Maria, y de la declaracion que obtuvo don Diego el año 1613. confessando expressamente le pertenecia este censo en dicho nòbre de heredero, y como a tal avia cobrado las pensiones, y que en los mismos titulos cobrava otros censos de la Generalidad, consta por la copia del fol. 170.

69 Y en quanto a dichos 13. censos se verifica tambien con las copias de dos mandatos, que se despacharon a instancia de Don Diego, por el presente tribunal, para que se le pagasen las pensiones, no obstante ciertas consignaciones, que estan fol. 162. & 164. en los quales expressamente se dize, y confessò Don Diego, recaen en la herencia de doña Maria: y aunque vna de dichas copias no esta autentica, se le ha de dar fe, por hallar se hecha memoria del mandato que contiene en los libros de la Generalidad, y continuada vna clausula de aquel con las mismas palabras, que està en la copia, y la misma registrada, como consta por dicha averignacion, y certificatoria, y estar corroborada con muchos otros adminiculos que se han ponderado con auto de 19. de Noviembre 1659.

70 Y constando, que doña Blanca, y Don Diego poseyeron dichos censos como herederos de doña Maria, y confessado recaian en su herencia, no se puede dudar, fuerunt in eius bonis, *Petra de fideicom. quest. 12. num. 1367. cum seqq.*

K

quest.



*quest.* 13. *num.* 302. & 317. bene Menoch. *conf.* 202. *nu.* 106.  
 & *conf.* 207. *num.* 8. Mascard. *de probat. conclus.* 778. *num.* 26.  
*tom.* 2. Fusar. *quest.* 618. á *num.* 34. Mantic. *de tacit. & ambig.*  
*lib.* 23. *tit.* 5. *num.* 13. *tom.* 2. Merlin. *decis.* 244. *n.* 10. & *decis.*  
 262. *num.* 9. a la qual confesion no puede contravenir el Cō-  
 vento, hallandose heredero de don Diego, y por su medio de  
 doña Blanca, *argum. text. in l. cum amatre* 14. *C. de rei vendic.*  
*cap. 1. in authen. de iure iur. amorien. præst.* Peregrin. *de fi-*  
*deicom. art.* 43. *num.* 6. Fusar. *vbi proximè Bellon. conf.* 31. *num.*  
 1. Mantic. *dict. tit.* 5. *num.* 13. Surdo *decis.* 72. *num.* 9. Petra  
*dict. quest.* 13. *num.* 201. Menoch. *dict. conf.* 202. *num.* 106.  
 ni pretender, que doña Maria no fue señora de dichos bienes,  
 Peregrin. *art.* 44. *num.* 26. Marzar. *in epitom. de fideicom. quest.*  
 60. Mascard. *dict. conclus.* 778. *num.* 16. Gratian. *discept. forens.*  
*cap.* 69. *num.* 12. *tom.* 1. Petra *dict. quest.* 12. *num.* 23. *vers. in-*  
*super*, del modo que no pudieran dichos herederos gravados,  
 como sienten dichos Doctores por las razones que alegan, y  
 por serles impermitido venir contra *propriam confesionem*,  
*l. cum profitiaris* 4. *C. de revocan. donat.* Mantic. *loco citato*, Mal-  
 tril. *decis.* 245. *num.* 5. & 6. *lib.* 3. Cancer. *variæ. resolut. tom.*  
 3. *cap.* 2. *de invent. num.* 4. & etiam quia *emolumentum quod*  
*eis placuit in eorum personis, in alterius persona odisse nō de-*  
*buerunt, l. 1. C. ne fisc. rem quam vendidit evincat.*

71 La casa se prueba estuvo en bienes de doña Maria por  
 el auto de venda que passò ante Iuan Guardiola a 7. de Octubre  
 1575. de que se ha hecho fe fol. 171. por el qual se vè, que di-  
 cha casa recayò en la herencia de D. Pedro Maça, olim Don  
 Luis Mascò, y tocarò las dos partes a doña Maria, segun la  
 declaraciõ referida *num.* 62. y que de la otra tercera parte, q̄  
 tocò a D. Luis Margarit, y doña Mencia Margarit, le hizierò  
 venda aquellos por precio de mil libras; y como se ha prova-  
 do *num.* 64. *per instrumenta acquisitionem fideicommittenti-*  
*tis probatur rem fuisse in eius bonis.*

72 Tambien en los inventarios que hizo doña Blanca  
 de los bienes recayentes en la herencia de doña Maria, que es-  
 tan fol. 172. inventariò como a tal la casa, en que murió di-  
 cha doña Maria; cõ lo que se prueba, fuit *in eius bonis*, Pere-  
 grin. *de fideicom. art.* 44 *num.* 2. Bellon. *conf.* 31. *num.* 7. Fusar.  
*quest.*



quæst. 618. num. 1. Mascard. dict. conclus. 778. num. 20. Cancet. dict. cap. 2. de invent. num. 4. y tambien cõ los codicilos de aquella, fol. 173. en los quales dize, ser suya la casa en que habitava, la qual asercion prueva contra el heredero, Peregrin. conf. 48. num. 5. lib. 1. Marzar. in epitom. de fideicom. quæst. 53. Mascard. dict. conclus. num. 14. Petra dict. quæst. 12. num. 23. vers. in super. Merlin. decis. 262. num. 12. lib. 1. Y que la casa, en que habitava, y murió doña Maria, fuesse la que està en la presente Ciudad, Parroquia de san Martin, en la calle de los Mascones, y de que se trata, consta por los autos de la publicacion de dichos codicilos, en que se dize fueron publicados en la casa en que murió doña Maria en dichas Parroquia, y calle.

73 Y supuesta la possession de doña Maria de dichos censos, y casa, y el titulo de herederos de aquella, que tuvieron doña Blanca, y D. Diego, se presumiera averles estos posehido en dicho nombre, y que recaian en dicha herencia, y vinculo, aunque no extaran los autos, y confesiones que se han ponderado, no constando de otro titulo, con que pudieran averles adquirido, l. 1. C. de repud. heredit. Cyriac. controvers. forens. controvers. 14. num. 9. lib. 1. Peregrin. decis. 2. num. 1. & decis. 120. num. 1. & conf. 48. num. 8. lib. 1. Casanat. conf. 40. num. 15. Facit quod quando aliquid est factum, nec apparet ex qua causa, & vna tantum appareat, ex illa factum presumitur, l. vltima, ff. vbi pupil. educar. deb. Casanate dict. conf. 40. num. 16.

74 Sin que obste no se auria provado la identidad de la casa, como es preciso, Fusar. q. 616 num. 20. Peregrin. dict. conf. 48. num. 2. Merlin. decis. 476. num. 2. lib. 1. per suos cõfines duos aut tres iuxta, tex. in l. forma 4 ff. de censib. & doctrinam Bartol. in l. demonstratio falsa 17. in fin. ff. de condit. & demonstr. Porque se responde, que in antiquis, se prueva la identidad, per indicia, & coniecturas. Mascard. dict. conclus. 778. num. 1. Menoch. dict. conf. 200. num. 100. & de presumpt. lib. 6. presumpt. 15. num. 35. Mieres de maiorat. 4. part. quæst. 20. num. 6 7 & 14. Peregrin. dict. conf. 48. num. 15. Merlin. decis. 262. num. 8. & decis. 294. num. 3. & 4. & decis. 237. num. 7. Gregor. XV. decis. 172. num. 6. & ibi Beltramin. num. 10. lit.

D. Y



D. Y aunque sea arbitrario, quod tempus dicatur antiquum in materia probationum. Menoch. *conf.* 207. *num.* 10. pero se deve arbitrar lo es el demas de 80. años, que han passado desde el dia de la muerte de doña Maria, extraditis per Affli&. *decif.* 83. *num.* 7. Genua *de verb. enunciat. lib.* 2. *quest.* 1. *num.* 46. *cum seqq.* Menoch. *vbi proximè.* Valenzuela Velazques *conf.* 105. *num.* 24. *tom.* 2. Beltramin. *vbi proxime.* Merlin *dict.* *decif.* 294. *num.* 4.

75 Y en nuestro caso se hallan muchas conjeturas, y pruevas claras de dicha idemtidad: porque la casa de que se pide la mission en possession, està en dicha Ciudad, Parroquia, y calle, con lo que conviene con la mencionada en dichos autos, y se llama vulgarmente de los Mascones, como confiesa la parte en la suplicacion del fol. 1. y por dicho auto de venda, y demas referidos consta, que la casa contenida en aquellos, fue de los Mascones, pues recayò en la herencia de don Luis Mascò, y la posseyò doña Maria Mascò, y assi le conviene tambien dicha denominacion, y es muy verosimil se llamó assi en tiempo de doña Maria; con lo que se prueba la idemtidad, pues con dificultad se hallaran en vna calle dos casas que se llamen con vn mismo nombre, como de los Mascones. Farin. *decif.* 131. *num.* 6. *part.* 1. *in recent.* Mascard. *dict.* *conclus.* 778. *num.* 41. & 42. Menoch. *conf.* 202. *num.* 101. & *de presump. lib.* 6. *presumpt.* 15. *num.* 32. Mieres *de maiorat.* 4. *part.* *quest.* 20. *in prin.* & *num.* 5. & 9. Peregrin. *de fideicom.* *art.* 44. *num.* 45. & *dict.* *conf.* 48. *num.* 18. Merlin. *decif.* 244. *num.* 12. *lib.* 1. y el tener dicho apellido, es para diferenciarla de las demas, dandose por constante no ay otra casa en la misma calle que aya sido de los Mascones.

76 Pruevase tambien dicha idemtidad con la presuncion que resulta de aver posseido doña Maria vna casa en dicha calle, y ser D. Diego Vique, posseedor de la que se trata situada en la misma calle, su heredero: quia si testator fideicommittens possedit in aliqua villa, vel loco bona aliqua, presumendum est adversus heredem gravatū bona quæ ipse in eodem loco possidet fuisse testatoris, maximè in antiquis. eleganter Peregrin. pluribus comprobans *dict.* *conf.* 48. á *num.* 8. *vsque ad* 16. & *de fideicom.* *art.* 44. *num.* 22. & 23. & *decif.* 1. *num.*



num. 1. & decis. 120. num. 1. Menoch. dict. lib. 6. pres. 15. n. 34. Mascard. dict. conclus. num. 44. Farin. dict. decis. 131. num. 5. Merlin. dict. decis. 244. num. 13. & 19. & decis. 262. num. 3. & decis. 327 num. 2. Fular. quest. 618. num. 45.

77 Y el gravado está tenido a dar cuenta, y razon al fideicomisario de los bienes que han recaído en el fideicomiso, *l. cum tale 72. §. Titius cum seq. ff. de condit. & demonstrat.* Anton. Gomez *variar. resolut. tom. 1. cap. 5. num. 10.* Censal. *in observat. & addit. ad Peregrin. dict. art. 44. fol. 467. col. 1.* la qual obligacion passa a su heredero, Fular. *quest. 514. num. 1 per tex. in l. vnic. C. vt action. ab hered. & cont. hered. l. 1. C. si cert. petatur.* Carleval. *de iudic. lib. 1. tit. 3. disput. 9. num. 2.* Mantic. *de tacit. & ambig. lib. 11. tit. 5. num. 10. tom. 1.* y no mostrando que los bienes que posehia dicho gravado, son diferentes de los que poseyò el testador en el mismo lugar, y que está tenido a restituir; queda convencido de que son los mismos. Peregrin. *dict. cons. 48. num. 4. 10. & 17.* el qual consejo es en terminos decisivo de dicha duda sobre la prueba de la idempitud, y se declaró quedar provada, *vt cavetur in fin. cons.*

78 Y quando el heredero gravado no ha hecho inventario como tiene obligacion, Anton. Gom. *dict. cap. 5. num. 10* Cancer. *dict. cap. 2. de invent. num. 1. cum seqq.* se presume todos los bienes que possede recaen en el fideicomiso, Mieres *de maiorat. part. 4. quest. 20. num. 60.* y D. Diego no consta le hiziesse, y doña Blanca solo inventariò la casa en esta forma: *La casa gran situada, &c.* sin dezir en que puesto, ni que linderos, y afrontaciones tenia (aunq̄ de averse allado en ella los bienes muebles que estan inventariados, se infiere era la que habitava, y en que murió doña Maria,) y los demas bienes, y censos con estas palabras: *Prosequint en fer los inventaris dels bens de dita herencia, troba recaure en bens de dita herencia los bens, deutes, drets, è accions, è censals infra segvents:* sin estar declarados, ni continuados estos bienes, como se requería para que fuesse subsistente el inventario, Fular. *quest. 512. num. 1.* y asy si es lo mismo que sino se huviera hecho, *paria enim sunt aliquid non fieri, vel non iurè fieri, l. non putavit. §. non quævis, ff. de bon. posses. cont. tab. Argel. de adquir. posses. quest. 8. art. 35. num. 8.*



79 Y no puede dudarse eran muchos los dichos bienes, que recaian en dicha herencia, pues se hallan despues de dichas palabras doze hojas en blanco para continuarles en las notas de Martin Miguel Orti Notario, como consta por la averiguacion que desto se hizo con injunciõ de la parte, segun el auto, y certificatoria del Escrivano de la causa, fol. 191. y en el protocolo del año 1580. de Iuan Guardiola Notario, que con dicho Orti recibio el inventario, està solo el principio de aquel continuado, con 21. hojas despues en blanco, como consta por otro auto, y certificatoria de dicho Escrivano fol. 193.

80 Lo que no se puede atribuir a otro, que a culpa, y negligencia de doña Blanca, en no aver declarado dichos bienes, pues no es crehible que aviendolo hecho, dos Notarios tuvieran el descuido de no continuarles: por lo que quando con toda claridad no constara recaer los censos, y casa en la herencia de doña Maria, fuera causada la obscuridad por hecho, y culpa de doña Blanca, y por consiguiente estos bienes, y los demas que aquella, y su heredero poseyeron, se devia provar eran libres, alias de todos procediera darse la posesion a Don Geronimo fideicomissario. *Fular. quest. 618. num. 49.*

81 Sin que pueda ser relevante contra lo allegado en esta segunda parte si se dixesse: que la dicha casa, y censos, menos el que transportò a doña Maria, el heredero de D. Bernardo Centellas, le pertenecieron en fuerza de la disposicion que hizo en su favor, y de don Luis Margarit, y doña Mencia Margarit, don Geronimo Mascò de los bienes de la herencia de don Pedro Maça, olim don Luis Mascò, segun se ve por la dicha declaracion del año 1575. y por el testamento de D. Geronimo, de que se ha hecho fe con auto de 3. de Julio passado: y que este no tuvo libres dichos bienes, como se declarò en la Real sentencia que se ha presentado por la parte, publicada por Gaspar Melià, a 21. de Março dicho año 1575. *ibi: Et ex consequenti vigore vinculorum in testamento dicti nobilis Ludovici Mascò appositorum ad dictum nobilem Hieronymum Mascò omnia bona iura, & acciones recadentia in dicto vinculo, & fideicommissio pertinere, & spectare cum eisdem pactis, vinculis, & condi-*



41

*conditionibus in dicto testamento adiectis:* y que assi no pudo disponer de aquellos. , ni doña Maria, Don Luis, y doña Mencía adquirirlos.

82 Porque constando que doña Blanca , y Don Diego poseyeron dichos censos, y casa , como herederos de doña Maria , y confesado recaian en su herencia, y no aviendo hecho ostension de otro titulo con que pudieran averles pertenecido , no puede el Convento de la Murta su heredero, oponer dicha excepcion , como se ha provado. Y en dicha Real sentencia no se tratò de la libertad de los bienes, sino solamente si por muerte de D. Pedro Iuan Mascò, hijo, y heredero en primer lugar de don Luis Mascò, avia sucedido en ellos Don Lorenço de Castellvi, nieto de dicho Don Pedro Iuan ex foemina, ò don Geronimo: que estava llamado en caso de morir aquel sin hijos, ni decendientes varones, y se declarò en favor de Don Geronimo, y el aver añadido: *Cum pactis, vinculis, & conditionibus* , &c. fue por hallarse llamados los hijos, y decendientes varones de aquel, y muriendo sin ellos, estar substituida doña Violante Maria Mascò su hermana de vida tan solamente , y para en caso de suceder esta dada facultad a ciertas personas de disponer de dichos bienes en la forma contenida en el testamento de dicho dñ Luis Mascò, testificado por Bautista Vidal Notario a 7. de Octubre 1556. de q se ha hecho fe con dicho auto de 3. de Julio.

83 Pero don Geronimo no dexò hijos , ni decendientes algunos, como consta por dicha declaracion, y se infiere tambien de su testamento, y le premuriò la dicha doña Violante Maria Mascò su hermana, substituida para en dicho caso, como se provò en dicha declaracion, y consta por el testamento de dicha doña Violante, y por la publicacion de aquel, que se han exhibido con dicho auto: y quando no exsta alguno de los substituidos al tiempo de la muerte del gravado , es llano no puede este disponer de los bienes alias sujetos a fideicomiso, *l. cum pater 77. §. libertis 27. in fin. l. qui solidum 78. §. prediũ, ff. de legat. 2. l. vnica, §. pro secundo 4. C. de caduc. tollen. Fusar. quest. 551. num. 1. & quest. 565. num. 1. Fontanel. decis. 575. num. 5. & 15. tom. 2. Peregrin. de fideicom. art. 52. n. 2. Cyriac. controvers. forens. tom. 3. controvers. 521. num. 4. & 522. num.*



12. Nogueñol *allegat.* 25. num. 10.

84 Y la facultad que don Luis Mascò diò a dichas ciertas personas de disponer de sus bienes, y herencia, muriendo D. Geronimo sin hijos, ni decendientes varones, no fue absoluta, sino limitada para en caso q̄ en su herencia huviesse sucedido doña Violante, como se halla declarado en dicho testamento, ibi: *Pera en lo cas que la mia herencia vinga en la persona de la dita dona Violant Maria filla mia, & ibi: Pera en lo cas de la mia herencia, vinga en la persona de la dita dona Violant Maria,* y se hallan repetidas otras muchas vezes las palabras: *Pera en dit cas,* y no aviendo llegado, ni sucedido dicho caso, por aver p remuerto doña Violante a Don Geronimo; es cierto que daron en èl libres los bienes, y que en el caso contrario, que se siguiò, de no llegar dicha herencia a doña Violante, no pudo tener lugar dicha facultad. por ser impertida la extension de casu ad casum, maximè *disimulem, vel contrarium,* Casanat. *conf.* 4. num. 75. & 76. Ramon *conf.* 100. n. 85. en particular hallandose palabras restrictivas, Casanat. *dict.* *conf.* 4. à num. 127. *vsque ad* 136. quales son las sobredichas: *Pera en dit cas,* que limitan la disposicion al caso expreso, y individuo, y prohiben toda extension, etiam *ex similitudine, vel idemtitate rationis,* Castill. *lib.* 5. *cap.* 181. num. 14. *cum seqq.* Suelves *conf.* 5. num. 71. tom. 2. *semicent.* 2. Gargiar. *conf.* 72. num. 1. *lib.* 2. Anfald. *conf.* 140. num. 124. Cyriac. *dict.* *controvers.* 521. num. 12. & 522. num. 5. Ramon *conf.* 100. num. 57. Hect. Capyc. *Latr. decis.* 108. num. 15. y mas hallandose tantas vezes repetidas; *verba enim geminata, vt dictum est num.* 16, *magis enixã, & deliberatam voluntatem ostendunt.*

85 Y siendo assi que D. Geronimo tuvo libres los bienes de la herencia de don Luis Mascò, no se puede dudar sucedieron en aquellos doña Maria Mascò, don Luis Margarit, y doña Mencia Margarit, a favor de los quales dispuso expressamente en dicho su testamento, dexando las dos partes a doña Maria, y la otra a D. Luis, y doña Mencia, y mas aviendose declarado por el Iuez ordinario con dicha declaracion, aver sucedido aquellos en todos los bienes, y herencia de D. Luis Mascò en fuerça de la disposicion de D. Geronimo.

86 Siguese de todo lo dicho, que los censos, y casa de q̄ se trata



se trata recaen en la herencia; y vínculo de doña Maria, y que como a tales les poseyeron doña Blanca, y D. Diego, y por consiguiente por el testamento de doña Maria se ha regular la succession en aquellos, y no por los testamentos de don Luis Mascò, y de Don Pedro Iuan Mascò.

### Parte Tercera.

*Que a Don Geronimo se ha de conceder la mission en possession que suplica, denegandola al Convento de la Murta.*

87 **A** Siste al Convento heredero escrito de D. Diego Vique, ultimo posehedor, la disposicion de la ley final, *C. de edict. divi Adrian. tollen. y del fuero 41. de testam.* y allegará tambien, que D. Geronimo no es legitimo contradictor para impedirle la mission en possession en virtud del fideicomisso, porque para que el fideicomissario lo sea contra el heredero escrito, se requiere, *quod legitime, & sine vitio possideat, & quod incontinenti docent de iure suo.* El señor Regente Leon *decis. 24. num. 23. & 24. lib. 1. Fusar. de fideicom. substit. q. 613. n. 10. 13. & 14. Marta de succes. legal. p. 4. quest. 16. art. 2. num. 49.*

88 Que D. Geronimo no ha verificado alguno de dichos requisitos, porque de los censos no tiene possession, y aunque la tomó de la casa, pero no la obtuvo à manu hæredis, por lo que no es legitima, sino viciosa. *Fusar. dict. q. 613. n. 5. Fontanel. decis. 48. num. 5. lib. 1. Cavaler. decis. 106. num. 6. Hect. Capyc. Latr. decis. 108. n. 4.* ni ha constado de iure suo, porq̄ si bien pretende que por aver muerto D. Diego Vique sin hijos, le tocarian dichos bienes en virtud del fideicomisso, a que estuvo gravado por doña Maria Mascò, en dicho caso, pero q̄ no se halla nombrado en el testamento de aquella, ni se prueba el fideicomisso a su favor, *ex sola lectura testamenti, & ex solo verborum cortice,* y funda su intencion en la interpretacion de las palabras, lo que requiere *altiozem indagi-*

M nem.



nem. Gozad. *conf.* 7. num. 17. Argel. *de legitim. contradic.* q. 2. art. 2. n. 57. & art. 5. num. 179. Tondut. *quest. & resolut. civil.* cap. 53. num. 4. & 5. Castill. *controvers. iur.* lib. 3. cap. 24. num. 93. Carleval. *de iudic. lib. 1. tit. 3. disp. 5. num. 21.* Mieres de maiorat. p. 3. q. 15. n. 30. el señor Regente Leon *decis.* 209. num. 7 tom. 2. y que es muy dudoso si está comprehendido en el dicho fideicomiso, y si los bienes de que se trata recahen en la herencia, y vinculo de doña Maria Mascò.

89 Y que este juicio es sumarisimo, y executivo, y se ha de terminar, celeriter, & de plano, vt per scribent. *in dict. l. fin.* Simon de Præt. *de interpre. vltim. volunt. lib. 5. interpr. 2. dub. 3. num. 18. & 19. fol. 516.* Peregrin. *de fideicom. art. 48. nu. 56.* Castill. *dict. lib. 3. cap. 24. num. 88.* Carleval. *dict. disput. 5. num. 14* y no tienen lugar las excepciones que requieren *altam indaginem.* Castill. *dict. cap. 24. num. 92.* Argel *de legit. contradic. quest. 2. art. 2. n. 56. & art. 6. n. 187.* Leo *dict. decis. 24. á n. 20.* Mieres de maior. p. 3. q. 15. n. 43. & 53. quales son las dudas in facto, aut in iure. Argel. *dict. quest. 2. art. 6. n. 206. & 207.* Tondut. *dict. cap. 53. n. 6. & 27.* Castill. *dict. cap. 23. num. 94.* y si tiene alguna dificultad, si el que pretende iure fideicommissi; está llamado, y comprehendido en la disposicion, no se puede impedir al heredero la possession, Peregrin. *conf. 24. num. 9. lib. 4.* Fusar. *quest. 613. n. 27.* Noguerol *allegat. 25. n. 17.*

90 Dirà tambien, que D. Geronimo, aunque constará clarè, & liquidè del fideicomiso a su favor en dichos bienes, no puede aver intentado accion, ni remedio alguno para que se le dè la possession, no aviendo precedido restitucion alguna, sin la qual no passan al fideicomissario los derechos, y acciones, *l. 1. §. de illo 8. l. restituta 37. l. facta 63. ff. ad Trebel.* Mastril. *decis. 72. num. 8. lib. 1.* Peregrin. *de fideicom. art. 48. n. 12.* Alexand. Ambrosin. *decis. 5. n. 9. p. 1.* Argel *de adquir. possess. q. 8. art. 1. á num. 15.* Fusar. *q. 603. n. 1.* Castill. *lib. 3. c. 24. num. 33.* Gratian. *discept. forens. cap. 731. num. 25. & 29. tom. 4.* Latro *dict. decis. 108. num. 8.*

91 Y finalmente, que doña Maria dexò libres a doña Blanca mil libras, la detraccion de las quales compete al Còvento, por hallarse heredero de dicha doña Blanca, por medio de D. Diego Vique, a quien aquella instituyò heredero segun  
la



la clausula de su testamento que ha exhibido la parte con auto de 6. de Abril 1660. y siempre q̄ al heredero del gravado cōpete alguna detracciō, no es legitimo cōtradietor el fideicomissario, ni se le puede dar la possessiō. *Castill. dict. lib. 3. c. 24. n. 175. & 177. Argel de legit. contradict. q. 10. art. 9. n. 125. Latro dict. decis. 108. n. 9. Surd. decis. 333. n. 8. vbi Hodier. n. 1. Maref. cot. variar. resolut. lib. 1. c. 1. n. 16. Tondut. dict. c. 53. n. 7.*

92 Pero no obstante todas las dichas razones procede la missiō en possessiō, que suplica D. Geronimo: porq̄ por los instrumentos que se han presentado en el pleito, y averiguaciones q̄ se han hecho con iniuncion del Convento, consta, como se ha provado en la segunda parte, q̄ los dichos bienes recahen en la herencia, y vinculo de doña Maria Mascò, y q̄ como a tales les posseyerō doña Blanca de Castelvī, y D. Diego Vique: y con las deposiciones de los testigos q̄ se han producido, se ha verificado, que D. Diego murió sin hijos, ni otros descendientes, que D. Geronimo es nieto de doña Blanca, y q̄ al tiempo de la muerte de D. Diego no estava hijo alguno de aquella: y assi en el hecho no se puede dezir se halla alguna duda; *quod enim exactis, & processu, & ex instrumentis constat dicitur notorium, & probatio probata, Castill. controvers. iur. lib. 2. cap. 16. num. 4. cum seqq. Salgad. de protect. Reg part. 2. cap. 18. num. 62.*

93 Y segun lo allegado en la primera parte, assi ex vi de la palabra *hijo*, como por las conjeturas que se han pōderado, deduzidas de las mismas palabras del testamēto de doña Maria, està comprehendido D. Geronimo en el fideicomisso en favor del hijo segundo, y demas de doña Blāca, para en dicho caso de morir D. Diego sin hijos; con que es evidente tiene expreso fideicomisso a su favor; *satis enim evidēter expressum dicitur, quod ex vi verborum, vel per probabiles coniecturas à verbis ortas colligitur, l. licet imperator 74 ff. de leg. 1. l. si locuples 57. in fin ff. de manumis. testam. l. quidam testamento 30. ff. de vulg. Mantic. de coniect. n. l. im. volunt. lib. 6. tit. 1. n. 8. Tondut. dict. c. 53. n. 21. cum seqq. Castill. lib. 4. c. 6. n. 52. & c. 8. n. 2. & 3. Robles de represent. lib. 1. c. 13. n. 12. cum seqq. Carleval. de iudic. lib. 1. tit. 3. disput. 5. n. 10. & 15. Capyc. Galeot. controvers. 48. n. 61. lib. 1. Sesse decis. 65. à n. 28. tom. 1. Casanat. cons. 20. n. 6. Mieres latissimè*



tísimé de maiorat. p. 2. in init. á n. 22. y si in iurè tuviessé alguna dificultad la comprehension de D. Geronimo, no pudiera decirse, requiere altiorem indaginem, quia ius semper est certú, y se deviera decidir en este juicio, Laderch. *conf.* 123. n. 5. Ioan. Francisc. de Ponte *conf.* 20. n. 39. Mieres 3. p. q. 15. n. 69. Argel. de legitim. *contradiçt.* q. 2. art. 6. n. 194. & de *acquir. posses.* q. 2. art. 4. num. 7. cum *seqq.* vbi latè Facit Cancer. *variar. resolut.* tom. 2. cap. 3. de *instrum. guarent.* num. 53.

94 Y constando como consta in promptu del buen derecho de D. Geronimo, tiene lugar la regla: Hodie constat de fideicommissó, hodie agamus, l. si is aquo 3. ff. vt in *posses. legat.* D. Francisc. Merlin. *controvers. forens.* c. 10. n. 16. tom. 1. Cyriac. *controvers. forens. controvers.* 12. n. 1. tom. 1. y quando no posee alguna de las partes, como al presente respeto de los censos, porque de la casa tiene possession don Geronimo, y está mantenido en aquella, segun consta por la firma de derecho que ha obtenido; se ha de averiguar a qual de aquellas asiste mejor derecho, para q̄ se le dè la possession. Nogueroi *allegat.* 25. n. 228. mayormente tratandose la causa en este Real Senado, Leo *dict. decis.* 24. n. 16. & 17. Cyriac. *dict. controvers.* 12. n. 76. pulchre Sacca. *conf.* 5. num. 105. vers. *sextaratio vsque ad num.* 110. tom. 1.

95 Y siempre que como al presente consta de bono iure fideicommissarij clarè, & liquidè, no puede dudarse es legitimo contradictor, para impedir la possession al heredero escrito, ex traditis a Nogueroi *dict. allegat.* 25. n. 173. & 216. Castill. lib. 3. c. 24. n. 165. Tondut. *dict.* c. 53. n. 13. Ponte *conf.* 20. n. 54. Camil. de Medic. *conf.* 68. á n. 3. Latro *dict. decis.* 108. n. 45. aunque no posea. Nogueroi *dict. allegat.* 25. n. 233. y se le ha de ceder la possession, denegandola al heredero, para evitar inuitiles rodeos, y sin atender a las solemnidades del derecho. Latro *dict. decis.* 108. n. 41. & 46. Medic. *dict. conf.* 68. n. 5. Merlin. *dict.* c. 10. num. 10. & 15. Mart. de *succes. legal.* p. 4. q. 16. art. 2. num. 47. Farin. *decis.* 116. num. 3. part. 1. *inposum.* Mieres de *maiorat. part.* 3. *quest.* 15. num. 76.

96 Mas D. Geronimo ha sido citado al pleito por el Cõvento, notificandole la instancia que dà principio a la causa, por lo que sin duda alguna es legitimo contraditor, Argel. de  
legitim.



*legitim. contradic̃t. q. 3. art. 1. à num. 19. Castell. dic̃t. lib. 3. cap. 24. n. 161. Surd. conf. 114. num. 3. Mart. dic̃t. p. 4. quæst. 16. art. 3. num. 42. Merlin. dic̃t. cap. 10. num. 10.*

97 Y supuesto dicho fideicomisso, y q̃ recaen en aquel los bienes de q̃ se trata, es cierto no extan en la herencia de don Diego. Fontanel. *decis. 48. n. 23. cum seqq. lib. 1.* y assi respeto de aquellos no compete al Convento su heredero el remedio de dicha ley final, que solo tiene lugar en los hereditarios, Argel *de legitim. contradic̃t. q. 19. art. 1. n. 25. Latro dic̃t. decis. 108. n. 43. Noguero. d. allegat. 25. n. 204.* porq̃ D. Diego heredero gravado no pudo instituirle en dichos bienes, ni disponer de forma q̃ impidiessse llegasen al fideicomissario, Argel *de legitim. cõtradic̃t. q. 2. art. 5. n. 181. & q. 7. art. 7. n. 142. Noguero. dic̃t. allegat. 25. n. 13.* alias le seria permitido venir contra el hecho, y disposicion de doña Maria, lo que no pudo, *l. cum a matre 14. C. de rei vendic. Argel. dic̃t. art. 5. n. 182. Mantico. de tacit. & ambig lib. 23. tit. 5. n. 13. tom. 2. Surd. decis. 93. n. 9. Cyriac. controvers. 402 n. 5. & 6. tom. 3.* por la qual razon no se han de entender comprendidos en la institucion vniversal. Fontanel. *dic̃t. decis. 48. à num. 10. Surd. conf. 572. num. 68. Leo decis. 58. n. 4. & 5 tom. 1.*

98 De que se infiere: que el titulo en que se funda el Convento, es del todo irrelevante, por lo que no es legitimo contradictor para impedir la possession a don Geronimo, q̃ le tiene subsistente, y exclusivo de aquel. Noguero. *dic̃t. allegat. 25. num. 13.* y en concurso de dos titulos, de q̃ consta incontinenti, vno del que dexò el fideicomisso, y otro del vltimo possedor gravado, prevalece el primero, y se ha de dar la possession al fideicomissario, prefiriendole al que pretende en virtud del segundo, *ex defectu potestatis hæredis gravati, Argel. de legitim. contradic̃t. q. 10. art. 22. n. 278. & q. 7. art. 7. num. 135. cum seqq. Noguero. dic̃t. allegat. 25. n. 13. 106. & 208. cum seqq.* y al heredero del vltimo possedor tan solamente se deve dar la possession de aquellos bienes, *in quibus bonum ius fovet. Latro dic̃t. decis. 108. num. 41.*

99 Y segun lo dicho obsta al Convento notorio defecto de derecho en la propiedad que se puede oponer en este juicio, Peregrino. *de fideicom. art. 48. n. 30. Leo decis. 24. n. 13 tom. 1. & decis. 209. num. 58. tom. 2. Mieres de maiorat. 3. p. q. 15. nu.*

© Biblioteca Valenciana (Generalitat Valenciana)



77. cum seqq. Nogueroi. dict. allegat. 25. n. 225. Ponte cons. 21. n. 24. tom. 1. Camil. de Medic. dict. cons. 68. num. 6. habet enim admixtam causam proprietatis, Leo dict. decis. 24. n. 16. y procede de la excepcion dolo petis quod statim restiturus es, l. dolo 8. ff. de dol. except. l. vltim. §. nullo, ff. de liber. hom. ex hib. Gratian. discept. forens. c. 731. n. 9. tom. 4. Cyriac. controvers. 12. n. 12. & 13. tom. 1. Leo dict. decis. 24. n. 15. Farin. decis. 116. n. 3. p. 1. in posthum. Argel. de legitim. contradict. q. 10. art. 16. n. 225. Laracha cons. 72. n. 7. Medic. dict. cons. 68. n. 5. Surd. decis. 333. num. 7.

100 Y don Geronimo no solo contradize la pretension del Convento, directè, & per modum exceptionis, sino también indirectè, & per modum actionis, suplicando se le de dicha posesion en fuerça del testamento de doña Maria, posehedora q̄ fue de dichos bienes, valiendose del mismo remedio de la ley final: lo que obra, que se aya de conocer de los derechos de entrambos plenamente, y dar la posesion a don Geronimo, que la tiene mejor, ex latè traditis ab Argel. de legit. contradict. q. 2. art. 5. à num 270 vsque ad 184. & probat text. in dict. l. fin. C. de edict. divi Adrian. tol. ibi: Sin autem aliquis contradictor extiterit, tunc in iudicio competenti causa in possessionem missionis, & subsequæ contradictionis, ventilentur: & ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit.

101 Sin que sea necessaria la restitucion para intentar dicho remedio, y otra qualquier accion, para conseguir dicha posesion, assi por no estar en vso, Peregrin. de fideicom. art. 2. nu. 62. Post. decis. 216. n. 7. post tradt. de manuten. Cyriac. controvers. 12. n. 28. tom. 1. como porque nos hallamos en caso en que el fideicomissario agit contra hæredem gravati, en que no se requiere, Post. dict. decis. 216. num. 7. y tambien porque no tiene lugar entre dos fideicomissarios, como don Diego, y don Geronimo, porque de vno fideicommissario in alium transeunt iura, & actiones ipso iurè, l. sancimus 7. §. cum autem, C. ad Trebel. Fusar. q. 603. n. 7. Peregrin. de fideicom. art. 2. n. 58. & 59. Argel. de acquir. possess. q. 8. art. 10. per tot. & art. 1. num. 54. cum seqq. Honded. cons. 26. n. 11. tom. 1. Marescot. variar. resolut. lib. 1. cap. 1. num. 17. y porque segun equidad Canonica, que se observa en el Reyno, Leo decis. 84. num. 12. tom. 1. & decis. 136. n. 16. cum seqq. & decis. 209. à num. 2. tom. 2. pasan al fideicomissario



fario los derechos, y acciones sin restitucion alguna, Cyriac. dict. controvers. 12. num. 25. Mastril. decis. 72. n. 5. lib. 1. Fusar. dict. q. 603. n. 15. Gratian. discept. forens. cap. 245. n. 6. tom. 2. Post. dict. decis. 216. num. 7. Laderch. conf. 156. num. 3. por lo que pudo tambien don Geronimo tomar la possession de la casa propria authoritate, siendo asi que no la posehia otro. Peregrin. de fideicom. art. 48. num. 16. Cyriac. dict. controvers. 12. num. 10.

102 Y don diego Vique en la declaracion que obtuvo el año 1613. de aver sucedido en los bienes de doña Maria, segun lo dispuesto por aquella en dicho su testamento, confesó esta van sujetos a vinculo, y fideicomisso, pues asi la conclusion de la petició, como de la sentencia se halla concebida con estas palabras: *Ab les obligacions, pactes, vincles, y condicions contenguts en dita clausula de herencia;* y como se ha provado en la segunda parte con este titulo poseyó los bienes de que se trata, confesando recahan en dicha herencia: por lo que el Convento su heredero no es persona legitima para impedir la possession a D. Geronimo fideicomissario, Cravet. conf. 822. num. 6. Rodrigo Suarez sobre la declaracion de las leyes del Reyno de Castilla, en el titulo de las herencias a num. 16. Parlador lib. 2. rer. quotit. cap. 5. num. 18. Noguero al legat. 25. num: 207. Castill. controvers. iur. lib. 3. cap. 24. num. 59 & 40. que doctamente ponderó el señor don Braulio Esteve en lo allegado en la causa de Castellar a num. 159. donde eruditamente, y con juridicos sellos, y no vulgares fundamentos se halla establecida la sentencia en favor del fideicomissario en nuestros terminos. Y en dicha conformidad se declaró en la referida causa de Castellar cō Real sentencia publicada por don Francisco Alreus a 14. de Mayo 1644. con estas palabras: *Attento etiam quod in viam iuris; quoties ab vltimo possessore bona sunt confessa fideicommissio esse subiecta, haeres illius scriptus non est legitimus contradictor ad impediendam possessionem vocato in fideicommissio.*

103 Menos se puede impedir la mission en possession a don Geronimo, por razon de la pretendida detraccion de las mil libras; porque aunque fuesse subsistente, y no tuviesse duda alguna, solo podria obrar, por ser de cantidad cierta, se pagasse al Convento, Farin. decis. 562. num. 4. p. 2. in recent. que se podria

dria



dria cō facilidad de las pensiones cahidas de los censos que responde la Generalidad, que estan embargadas, ò que se le diese se la possession in tantundem pro indiviso, Argel. *de legitim. contradict. quest. 10. art. 9. à num. 134* & *quest. 13. art. 6. à num. 70. Post. dict. decis. 216. num. 13. Hodiern. ad Surd. decis. 333. num. 14. cum seqq. Farin. dict. decis. 562. num. 4. Cyriac. dict. controvers. 12. num. 48.*

104 A mas, que no procede: porque doña Bláca de Castellvi estuvo pagada de dichas mil libras, asì con los bienes muebles, como con los demas que en el inventario confesò recaher en la herencia de doña Maria, de q̄ tan solamente se tiene noticia extan los censos, y casa de que se trata, siendo asì eran muchos mas, pues se dize en dicho inventario avia censos, deudas, derechos, y acciones: y no aviendose hecho en la devida forma, como se ha provado, y hallandose dicha confesion, y estando su heredero tenido a dar cuenta de todos; se ha de presumir contra aquel, que los bienes que no extan fueron bastantes a pagar dichas mil libras, y le incumbe provar lo contrario, *ex tradit. ad Argel. de acquir. possess. quest. 8. art. 35. num. 8. & num. 73. cum seqq.* y almenos, por lo que se ha dicho, parece cierto, es dudosa la pretendida detraccion, y que requiere altiore*m indaginem*; por lo que no obstante aquella, se deve dar la possession a don Geronimo, salvo iure al Convento, si alguno le puede competir, *l. ille aquo 13. S. quid ergo, ibi: Credo interdum audiendum fideicommissarium, si cognitio prolixiore tractatum habeat, ff. ad Trebel. l. in hac. 3. S. ibidem, ff. ad exhiben. latè Cyriac. dict. controvers. 12. à num. 2. Post. de manuten. obser. 47. num. 9. & decis. 150. num. 10. & decis. 216. num. 14.* y asì espera esta parte se declarará, salva, &c.

Imprimatur:

M. Roig. F. A.

El D. Fernando Rebollo











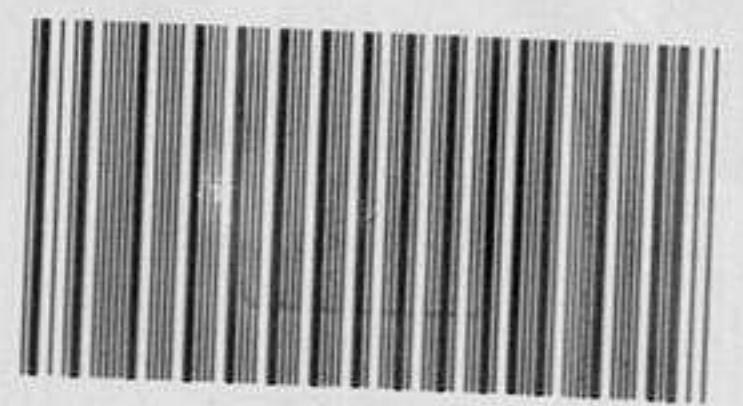








Biblioteca  Valenciana



31000006668910







