

MISC. 17

17

Hyetog

Biblioteca Universitaria
CA
Clase A
Estante 31
Número 114

18

1793/897

JESUS, MARIA, Y JOSEPH.



P O R

DOÑA ELVIRA SALVAGO,

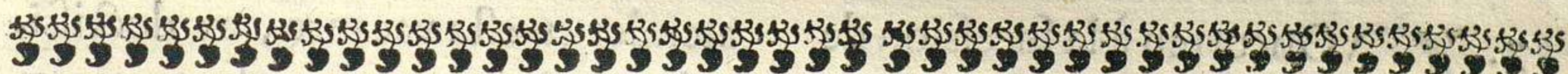
VIVDA DE DON JOSEPH CHINCHILLA,
vezina de Malaga.

C O N

DON JUAN THOMAS SALVAGO, VEZINO DE
dicha Ciudad, y Don Joseph Salvago, vezino de la
de Ronda.

S O B R E

LA POSSESSION DE EL VINCULO, Y MAYORAZGO
que fundò Don Alonso Gamero, y Doña Beatriz
Ximenez su muger.



N.º 1. **R**ETENDE ESTA parte se revoque la sentencia de vista, declarádo aver sele transferido la possession conforme à la ley 45. de Toro, como hermana segunda de Dó Juan Thomas primogenito, y en cuya linea se hallan actualmente otros mayorazgos, por los quales queda excluido de la sucession de este, por expressa, y literal claulula de su fundacion, que dize:

2. En caso que venga à suceder en algun sucessor que tenga otro mayorazgo, ò vinculo, este passe al hermano, ò hermana segunda, si lo tuviere: y si no lo tuviere, al siguiente en grado, que huviera de suceder por muerte del tal, y sus descendientes.

3. El vnico motivo de este pleyto es, averle prevenido Don Juan Thomas, renunciando los mayorazgos que tenian, poco antes de la vancante; los quales recayendo en su hijo,



hijo, pretende quedar con todos, y dexar à su hermana pobre, y sin medios para poderse mantener conforme à su calidad: que era no menos justo q̄ bastante motivo para no atender à su pretension, quando con especial cuidado previnieron los Fundadores, que en caso de concurrir dos en igual grado, fuesse preferido el mas pobre.

4. Reconoce el Derecho no se debe dar lugar à malicias, l. 8. ff. de impensis in res dotal. ni entender engañosa, y fingidamente las clausulas de la disposicion, calumniando su sentido, y captando sus palabras, l. penult. ff. ad exhib. que el sentido de la voluntad de el testador no se ha de entender con tal sutileza, q̄ quede su disposicion burlada: *Ne dum nimia utimur, circa huiusmodi sensus subtilitate ju-*

dicia testamentum defraudentur. Ait text. in l. si quis, C. de inst. & subst.

5. Los actos hechos en fraude de la ley, no pueden valer, Gomez, 2. var. cap. 6. num. 2. vers. 6. La primera ley de la fundacion, es, la voluntad del Fundador, Dom. Castillo, tom. 6. cap. 180. num. 2. & à num. 14. Como, pues, podrá subsistir, que Don Juan Tomas configa con vna renuncia supuesta, quedarse con el mayorazgo q̄ el Fundador quiso para el segundo hermano de el poseedor de otros?

6. Para convencer esta, notoriamente justa, clara, y patente pretension de Doña Elvira, nos obliga el empeño en que nos ha puesto la sentencia de vista contraria, hazer demonstracion de su justicia en estos breves renglones.

§. I.

PROPONESE EL DERECHO DE DOÑA ELVIRA entre los que litigan.

7. **C**oncurren à la sucesion de este mayorazgo D. Juan Thomas primogenito actual, y en quien recayeron los mayorazgos de su casa: Doña Elvira su hermana segunda, que como tal constituye tambien actual linea de segunda genitura, vt dixi ad Roxas, 1. part. cap. 8. num. 37. Don Juan Joseph nieto de hermano segundo de los hijos de Doña Elvira Gamero hija de los Fundadores, y como tal de la linea de segunda genitura postergada: y conseqüentemente de linea que no es de

atender en esta vacante, ex doctissimi mei Roxas probata sententia, 7. part. cap. 6. num. 82. part. 4. cap. 1. num. 89. por que atendiendo à el tiempo de la vacante, quando se causa la incompatibilidad, vt dixi ad Roxas sup. dict. cap. 1. & dixit idem 7. part. cap. 6. num. 28. & sequitur Dom. Olea, in poster. add. ad tract. de ces. tit. 3. quest. 4. es preciso que Doña Elvira, como hermana de el primogenito, donde se causa la incompatibilidad, se prefiera al de la linea postergada, y vença à el de la actual sucesion de otros

ma-

mayorazgos, excluyendo à este, y pre-
firiendose al otro. Para con el primo-
genito : es la razon por que assi como
en los mayorazgos que posee, haze el
hijo mayor linea para si, y sus descen-
dientes, con exclusion de su hermano,
ò hermana segundos, Roxas, 1. part.
cap. 6. num. 153. & seqq.

8. Por la misma razon, y
al mismo tiempo el hermano, ò her-
mana segundos hazen linea para los
mayorazgos incompatibles, con ex-

§.
NO PVEDE OBTENER ESTE MAYORAZGO EL QUE
tuviere otro, aunque lo aya dexado, idest, dolo
possidere desierit.

10. **E**S clara la clausula de in-
compatibilidad, y no la
niega Don Juan Tho-
màs, pues confiesa, que con este mo-
tivo, y para evadirse de la exclusion
hizo la renuncia de los mayorazgos
que tenia, arg. l. 4. C. ad Trebel. quoniam
(ait.) *abia testatoris ex parte scripta heres,*
& rogata restituere : ealiditate, & frauda
repudiavit, ut ad alium nepotem, eundem-
que coheredem de volbatur portio, à quo ti-
bi nominatim non fuerat fideicommissum
relictum. Es digna de observar la for-
malidad deste texto para el caso pre-
sente.

11. Dize la clausula : *En*
caso que venga à suceder en algun sucessor
que tenga otro mayorazgo, ò vinculo ; este
pasçe al hermano, ò hermana segundo: como
si dixera el Fundador : En caso que este
mayorazgo venga à alguno de los llama-

clusion de el primogenito, y la suya,
Roxas, 7. part. cap. 6. num. 25.

9. Quedò, pues, Doña
Elvira, hermana de Don Juan Tho-
màs, constituyendo linea en este ma-
yorazgo, excluyendo à su hermano
mayor, y la suya, Roxas, 5. part. cap. 6.
num. 26. con las mismas reglas que en
la sucession regular el mayor excluye
al segundo en estos mayorazgos de se-
gundos ; el segundo excluye à el ma-
yor, vt dixi ad Roxas, 1. p. cap. 8. n. 30.

II.

dos, que se halle con otro, este pasçe à su her-
mano, ò hermana segundo.

12. Estas palabras estàn
puestas por regla de la sucession, ha-
ziendo los llamamientos regulares
quando los sucessores no se hallan im-
pedidos con otro mayorazgo : y de
segunda genitura, quando los llama-
dos se hallan con otros mayorazgos:
de fuerte, que està llamado el primo-
genito, si no tiene otro mayorazgo;
està excluido si lo tiene: esto dicen las
palabras que se figuen en la clausula.

13. *Y que se guarde, y cum-*
pla por condicion expressa, y prohibicion que
hazemos los dichos Fundadores, y para ello
llamamos desde luego à los tales hijos se-
gundos.

14. Por condicion, por que
los sucessores està llamados, si no tuvie-
ren otro mayorazgo. Y assi, no se les qui-

ra, si nõ no se les dà llamamiẽto, teniẽdo otro mayorazgo: *Non tam adempta, quam non data videtur hereditas, l. legata 48. ff. de cond. & demonst. meus Roxas, 4. part. cap. 1. num. 76.*

15. Prohibicion, por que assi como en el caso contratio tienen llamamiento los hijos mayores; en este caso tienen exclusion pribativa, *l. 10. in princ. l. legatum 24. ff. de adim. legat.* y el hermano, ò hermana segundo llamamiento literal en el caso de la incompatibilidad. De manera, que con la condicion, y prohibicion està prevenidos los dos casos de exclusion de el sucessor actual, ò habitual de otro mayorazgo; *con la condicion*, quando teniendo otro mayorazgo vaca este, y *con la prohibicion*, quando teniendo este, vaca otro: con que en ambos casos queda excluido.

16. Prosiguen los Fundadores, y dizen en este caso: *Y para ello desde luego llamamos à los tales hijos segundos, y terceros de los tales sucessores, y à sus sucessores de los tales hijos, ò hijas segundos.*

17. Cuyas palabras excluyen qualquier tiempo en que pudiesse consistir este mayorazgo en el hijo mayor. Desde luego entra el llamamiento de el hijo segundo. Luego no puede darse tiempo de la sucession en el hijo mayor. Luego no ay caso en que se puedan juntar ambos mayorazgos, dizelo la fundacion: *Sin que, como dicho es, se pueda juntar, ni agregar con otro.* Mas arriba dexaban dicho: *Siempre que este mi mayorazgo pudiese estar apartado sin juntarse, ni agregar*

se à otro, se haga assi. Prohiben *se junte*, prohiben *se pueda juntar*. Luego prohiben la retencion, y la adquisicion; el derecho de poderlo adquirir, el de poderle retener. Luego absolutamente prohiben la junta. Luego el sucessor de otro mayorazgo, ni puede tener derecho para adquirir, ni que se le desiera este, ni derecho para retenerle, optimè D.M. Roxas, 7. part. cap. 4. num. 48.

18. Observamos esta literal interpretacion de la clausula para este juicio possessorio; el que no tiene derecho para que se le desiera el mayorazgo incompatible, no puede intentar el remedio de la ley 45. de Toro, que solo quiere se traspasse la possession civil, y natural en el sucessor, que *segun la voluntad del Fundador debiere suceder*: segun la voluntad de el Fundador no debe, no puede, y està prohibido suceder el hijo mayor quando tiene otro mayorazgo. Luego no se le puede transferir la possession conforme la ley de Toro: deseamos ver la *decis. 311. part. 14. recent.* que ha de ser formal para esta especie, y de ella se infiere, que en los casos que no solo està prohibida la retencion, si no la adquisicion; no se puede dar la possession al sucessor de otro mayorazgo en los que està prohibida, solo la retencion si.

19. Dizen en contrario, corria todo lo que hemos sentado, si Don Juan Thomas tuviesse otros mayorazgos, no los tiene por averlos dexado: luego es sucessor de este mayorazgo, por el llamamiento regular que

que

que tiene puro sin embaraço alguno, no teniendo otros mayorazgos quando este vacò.

20. Respondemos brevemente: Don Juan Thomas ha estado poseyendo los otros mayorazgos como legitimo suçessor de ellos; los dexò para entrar en este, y cerrar la puerta de la suçesion à su hermana. Luego dolo, & caliditate desijt possidere, dict. l. 4. C. ad Trebell. & ratio apud Gloss. ibi: *Litt. L. in fine: Resp. hic non erat aliàs repudiatura, nisi ut noceret fideicommissario.*

OPOSICIONES DE DON JUAN THOMAS.

23. **O**ponen, lo primero, que en la linea de Doña Elvira Gamero no ay incompatibilidad, y quando la aya, no es tan real absoluta, y lineal, que priva al suçessor que tenga otro, de la dación, y adquisición de este, si solo de la retencion, ex illis verbis: *En caso que venga à suceder en algun suçessor que tenga otro, este passe à el hermano, ò hermana segundo.* Como que estas palabras: *Venga à suceder*, dizen precissa actual suçesion del mayorazgo incompatible.

24. Lo segundo, que aunque fuesse la incompatibilidad real, absoluta lineal, no debe quedar excludido de este mayorazgo, por tener

3
Luego se debe tener por possedor Don Juan Thomàs, como si no huviesse renunciado. *Semper enim qui dolo fecit quominus haberet pro eo habendus est ac si haberet. l. ad ea 199. ff. de regul. iur. l. parem 192. ff. eod. l. sin autem 27. §. Sed si, ff. de rei vindic. l. si bonæ fidei, ff. de noxal. act. l. sed si lege, §. Pro inde, ff. de petit. heredit.*

22. Para dar respuesta à los fundamentos que se han propuesto por Don Juan Thomàs en este punto, nos dilatarèmos en la solution de las oposiciones siguientes.

III.

otro el que se halla con llamamiento, si le dexa, y renuncia; pues no pudiendo negarsele la facultad de elegir: quando se desiera el incompatible, puede (para adquirirle) dexar los que posee, y suceder, adquirir, y retener este: como que pende de la voluntad del possedor de otros mayorazgos los llamamientos de este.

25. A estos dos medios se reduce la fabrica de la pretension de Don Juan Thomas; mas atendiendo à la verdadera inteligencia de la clausula, confessamos, *neque contextu totius scripturae, neque mentem testatoris eam esse. ut ait cons. in l. Mabia 44. de manumis. testam.*

B RES

QUE EN LA LINEA DE DOÑA ELVIRA GAMERO

ay incompatibilidad absoluta.

26. SE pretende convencer lo contrario por D. Juan Thomàs, por el motivo, de que à el tiempo de la fundacion ya estaba casada con Don Juan Salvago, que poseia los mayorazgos que oy està en la linea de Don Juan Thomàs su nieto; y sin embargo llamò el Fundador à sus hijos, y descendientes.

27. Este es buen argumento para probar lo contrario, suponiendo, que despues de los llamamientos, està puesta la condicion de la incompatibilidad, con que los comprende à todos; y si quisiera exceptuar alguno, era preciso lo dixerá: *argum. l. unic. §. Sin autem, C. de caduc. tollend.*

28. En estos mismos terminos dixo Carl. Ant. de Luca, *de lin. leg. 2. part. art. 76. num. 10. vers. Confirmantur*, que del mismo hecho de saber el Fundador, que el llamado podia tener otros mayorazgos; es sospecha previno la incompatibilidad, por que no se juntasse su mayorazgo cõ ellos. Supo que podian concurrir, y sin embargo puso la clausula general, y no limitada: luego excluyò al sucessor, es mas legitima consecuencia: *Nam testator, dize, nedum previdit, verum etiam ordinavit coniunctem dictę Portię filię dict. Carol. senioris, & nihilominus prohibuit unionem fideicommissorum in iungendo separationem unius, fideicom-*

missi ad favorem secundum geniti.

29. Que no es presumible que el Fundador, que quiso el lustre mayor de su familia, intentasse con la fundacion de su mayorazgo excluir à sus descendientes de otros mas opulentos, que dan mas lustre al poseedor. Es otro motivo, que se propulo à vista de el pleyto, con el lugar singular de el Carden. Luca, *de fideicomis. discurs. 7.* Lo qual es impracticable en España, y tiene contra si la razon final de los que previenen el caso de la separacion, que es, ò por conservar el lustre de su familia la memoria de su apellido, y conservacion de su casa, ò por que se socorran muchos, y no quede el primogenito con todos los mayorazgos, y los demàs hijos perezcan, conforme à los motivos q̄ tantas vezes pondera mi abuelo Roxas, *de incomp. 1. p. c. 8. n. 37. & alibi.*

30. At qui mientras mas opulento fuere el mayorazgo que sobreviene al sucessor, mas suprime, y borra la memoria de el mayorazgo pequeño, y obscurece el nombre de sus Fundadores. Ergo.

31. Y mientras mas suficiente fuere el mayorazgo que posee, con mayor razon debe dexar el incompatible para el hijo segundo. Ergo.

32. No se puede negar esto, pues el Fundador no mira tanto el lustre de el poseedor, como la con-

ser-

servacion de su nombre. En el ultimo
vale de la vida, no hallando ya tiem-
po para mas palabras, dixo aquel
cortefano tan observado de Pedraça
en su Hospital Real de la Corte: *Ape-
llido, y armas*, olvidado de el fin a que
fue criado; acordandose de la dispo-
sicion de sus bienes hizo memoria de
solo el fin de la disposicion.

33. Convencida, pues, es-
ta leve coniectura, que tanto se pon-
derò, queda sin duda alguna, que este
mayorazgo no se puede juntar con
otro; en que estàn ya por mejor plu-
ma ponderadas las palabras de la clau-
sula, *que siempre que este mayorazgo pu-
diere estar apartado, sin juntarse, ni agre-
garse con otro, se haga assi.*

34. Que esta incompatibilidad sea
absoluta, y de tal calidad, que no dexé al pri-
mogenito, y sucessor de otros mayorazgos de
recho para suceder en este, ni por un mo-
mento, es vnicamente el punto del pley-
to; por que no teniendo llamamien-
to en este caso el hijo mayor, poco
importa dexé los mayorazgos que
pòsee; y en el que no ay palabra en
toda la clausula que no esté à nuestro
favor.

35. Es proposicion for-
mal. Entònces es la incompati-
bilidad lineal, Real, y absoluta,
que impide, no solo la retencion, si
no tambien la adquisicion, quando
en el caso de la incompatibilidad no
tiene llamamiento la linea de el pri-
mogenito, y el que tenia regular, le
tiene revocado en este caso, como si
no fuera llamado. D. meus Roxas, 7.
part. cap. 4. num. 48. vbi optimè, § 4.

4.
part. cap. 1. à num. 62. & dixi ibid. num.
8. ibi. *Et exheredatio non tantum exclu-
dit à successione, sed etiam ab spe successio-
nis.*

36. Item etiam, quando
concorre la razon de exclusion, y mo-
tivo que tuvo el Fundador para que
no se juntasse su mayorazgo cò otro,
part. 7. cap. 6. num. 35. Dom. Olea, in
poster. addit. ad tractat. de cess. tit. 3.
quest. 4. & dixi part. 8. cap. 7. num. 20. §
21. ad Roxas.

37. Item etiam, por que
en el caso de incompatibilidad se ha-
llan llamados los hermanos, ò los de
otra linea, vt post Roxas acriter con-
vincit Dom. Olea lup. & dixit Roxas,
dict. 4. part. cap. 1. num. 87. § part. 8.
cap. 7. num. 18. § 19. Y es la razon,
por que entonces quedan excluidos
los hijos, por que el Fundador no cò-
siderò derecho alguno en el padre que
transferit en ellos: vt omnes notant.
Sed in nostro casu concurrerit todas
estas circunstancias, no como quiera,
si no copulativè. Ergo.

38. Probatum minor, que
no tiene llamamiento, y està exclui-
da la linea primogenita in casu incò-
patibilitatis, ya està probado, y aora
lo repetimos, ex illis verbis: *En caso
que venga à suceder en algun sucessor que
tenga otro mayorazgo, este passé al herma-
no, ò hermana segundo.*

39. Notefe la propiedad
de las palabras: *Venir à suceder, y passar
al hermano segundo.* La diferencia que
ay de *venir*, *venire à llegar* per *venire*,
ay en *vacar*, y *deferirse* la sucession,
quando viene vaca, quando llega, se
defie-

deferre *venire* propriamente es la ac-
cion, y movimiento de salir de vna
parte para otra, sin atender à aver lle-
gado toda via; conforme à aquel sen-
tido de el vers. de Virgil. en el 1. georg.
Nec tibi regnandi veniat tam dira Cupido.
Exod. 9. vers. 24. *Veniam ad te, & bene-
dicam, &c.* Llegar, *per venire*, es aver
llegado con efecto. Así lo dizen los
Jurisconsultos, l. 71. ff. de verb. signif.
l. 16. §. ult. eod. y así entiende en las
stipulaciones aquella formula: *Quanta
pecunia ad te ex hereditate per venerit.* l.
50. ff. de verb. oblig.

40. De suerte, que lo que
el Fundador previene por aquellas pa-
labras es, que en caso que vaque el ma-
yorazgo, y venga por la regular su-
cesion à el sucesor que tenga otro,
no llegue este à suceder en él, si no
passe al hermano legüdo; y no es duda-
ble, que esta palabra: *Passe*, quita el
llamamiento de el hijo mayor, y le
passa al hermano segundo, text. in l.
sicut 5. ff. de adempt. leg. & *translat. iunct.*
l. si ita sit in princ. ff. de legat. 1. ibi: *Quod
ademptum est nec datum videtur.* & in l.
5. ibi: *Sicut adimi legatum potest, ita &
ad alterum transferri, & paulo post, que
res in persona Titij tacitam ademptionem
cominet.*

41. Ex quibus evidenter evin-
citur, que en el caso de incompatibi-
lidad no tiene llamamiento el prime-
ro para la sucesion, ex verbis Funda-
toris.

42. Probatur etiam, que
no tiene derecho, ni se le puede defe-
rir la sucesion de las palabras de la
clausula, ibi: *Testo se guarde, y cumpla*

por condicion expressa, y prohibicion que
hazemos, &c.

43. Ex quibus, explican
los Fundadores mas su voluntad, por
que llamando à los sucesores, si no
tuvieren otro mayorazgo condicio-
nalmente, si tuviere otro, quedan ex-
cluidos. l. 1. in princ. ibi: *Nam legatum
sub conditione datum sub contraria condi-
tione videtur ademptum.* l. 24. ff. de adempt.
leg. mejor la l. 1. ff. de his, que in testam.
de l. quam observat meus Roxas, 4.
part. cap. 1. num. 76. in illis verbis
*Non tam adempta, quam non data vide-
tur hereditas.* Con que teniendo otro:
mayorazgo, no tienen llamamiento.

44. Con que no tienen
do llamamiento, no pueden suceder,
por que la condicion haze no se les
pueda deferir el mayorazgo, l. *legata*
40. ff. de cond. & *demonst.* Y la prohi-
bicion les impide la sucesion, vt no-
tavit meus Roxas, 7. part. cap. 4. num.
48. & dixi, ibi in *Addit. num. 64.* ibi:
*Nisi vocatio secundi maioratus, ita concep-
ta sit. Vt alium successorem vocet, & eum
excludat, qui alterum maioratum possidet.*
En este caso dixe no avia delacion; y
este es el caso de la clausula, donde no
ay solo exclusiõ de el sucesor de otro
mayorazgo, si no llamamiento de los
hermanos segundos de el excluido, vt
prosequitur clausula: *Y para ello desde
luego llamamos à los tales hijos segundos, y
terceros de los tales sucesores de los tales hi-
jos segundos.*

45. Y así, por todos me-
dios, la exclusion es lineal, Real, ab-
soluta, y que impide la adquisicion, y
retencion en la linea habitual del pri-
moge-

mogenito que tuviere otro mayorazgo, digo en la *habitual*, por que en ella concurre la razon formal de exclusi6n, como despues se probarà, tratandose de la renuncia.

46. Probatur idem, por que concurre la razon de la exclusi6n, siendo el vnico motivo de los Fundadores proveer à otra linea de sus descendientes con este mayorazgo, prefiriendo al pobre, y excluyendo al que està acomodado con otros mayorazgos, como lo dispusieron en aquellas

RESPUESTA A LA SEGUNDA.

SOBRE LA ELECCION, Y RENUNCIACION.

48. **D**izen por parte de Don Juan Thomàs en esta segunda oposicion, que en este mayorazgo no se le prohíbe à el sucessor que use de el remedio de elegir entre los mayorazgos el que quisiere; con que dexando los que tenia, puede suceder en este.

49. En esta oposicion se dicen muchas proposiciones, à que es necessario dar solucion, ò apuntar la resolucion juridica, por cuyo medio quedará desvanecida la pretension contraria.

50. Lo primero dicen, que en los mayorazgos incompatibles ex dispositione hominis, tan leños està, que adquiriendo el vno, queda excluido de la sucesion de el otro, que despues se desiere, que antes concurren en el sucessor.

51. Lo segundo, que con-

52
palabras de la fundacion (fol. 46.B.)
Y si el vno fuere rico, se le dà à el otro que no lo fuere tanto. Et in hoc casu loquuntur in terminis Roxas, de incompatib. 7. part. cap. 6. num. 52. & alij referendi infra num. 88.

47. Denique, se prueba con la exclusion de los descendientes de el poseedor, por que era absurdo pribarlos, si el padre tuviera derecho à este mayorazgo, como ya hemos dicho: con que por todos medios es evidente la proposicion.

curriendo, le es licito dexar el que quisiere, y quedarse con el otro, conforme à la facultad legal de la l. 7. tit. 7. lib. 5. Recop.

52. Lo tercero, que si esto es licito, con mucha mas razon será permitido prevenir la sucesion de el mayorazgo incompatible, renunciando los otros, para hallarse capaz à el tiempo de la vacante.

53. Lo quarto, que siendo esto así, la renuncia que hizo D^o Juan Thomàs antes de la muerte de el vltimo poseedor fue valida.

54. A estos quatro medios se reduce la oposicion, y estos se deducen de ella. A todos està ya respondido con lo que se ha dicho: Por que siendo cierto, que en los mayorazgos incompatibles ab homine, quando no solo està prohibida la adquisicion, y retencion, si no la delacion;

C

no

no tiene llamamiento el sucessor de otro mayorazgo, en el q̄ tiene la prohibicion de suceder, por estar excluido, y prohibido de suceder, y tener el llamamiento condicional: se sigue, que no pueden concurrir ambos mayorazgos en la persona excluida. Y no concurriendo, cessa la eleccion; y no ayendo eleccion, mucho menos se permitirà prevenir la sucession en perjuizio de los llamados en el caso de la incompatibilidad; y consiguientemente no obrarà efecto alguno la renuncia de Don Juan Thomàs, en perjuizio de Doña Elvira su hermana.

55. Esto es claro, y sin controversia alguna, sin embargo se fundarà para mayor comprobacion, y que se reconozca quan poco pueden ofender las autoridades que se pueden traer de contrario, consideradas, no in abstracto como se proponen, si no inconcreto con la clausula à la vista.

I. PROPOSITIO.

56. La primera conclusion tiene contra si la decisio[n] de la *Clementin. gratie, de rescriptis*; con que se prueba en los mayorazgos incompatibles, que el que tiene esperança cierta de la sucession de vn mayorazgo incompatible, si aceta otro, es visto, renunciarle; pues no ignoraba, que con adquirir este, perdia el derecho de suceder en el otro.

57. Esta resolucio[n] confesamos tiene controversia, pues aunque la defienden el se[ñ]or Valéquel. Ve

lazq. y el se[ñ]or Castill. la impugnan el se[ñ]or Solorzano, y los Add. al se[ñ]or Molin. Y de la verdadera resolucio[n] tratò mi abuelo, toto *cap. 4. de incomp. part. 7.* Y aunque allí defiende la opinion de los Add. està por nuestra parte en la limitacion, en que confiesa es cierta la sentenc[ia] de el se[ñ]or Castilllo, ait enim *num. 48. Sed non prætèrmittam, quod in uno, seu speciali casu admitti potest opinio D. Ioannis del Castillo in dièct. cap. 179. scilicet quando ille qui habet maioratum cum alio incompatibilem nõ esset vocatus imò exclussus est: v. g. si institutor dicat per verba negativa, si uè exclussiba: non succedat in hoc meo maioratu ille qui alium quemlibet maioratũ possideat: ille, qui in alio successerit: sed ille qui alium non habeat, quia tunc iste qui realiter, & cum pacifica possessione habeat maioratum licet postea successio alterius maioratus deferatur, optio, seu electio ei, non competit, quia ad successionem in hoc casu non est vocatus. & post longam disquisitionem idem à me traditum in Add. num. 64. vers. Nisi vocatio secundi.*

58. Esta limitacion tiene seguro fundamento en la expresa voluntad de el Fundador, que no necesita de la presumpta renuncia del mayorazgo incompatible en que se funda la decisio[n] de la *Clement. Gratie*; por que lo que no tiene, ni se le puede adquirir, no es necessario renunciarlo: con que ni requiere ciencia cierta del mayorazgo incompatible, ni esperança fixa de su sucession: aunque falten todas estas circunstancias no sucede el que adquiere otro mayorazgo incompatible, por que en el incom-

com:

compatible està excluido : y consiguientemente no concurren en su persona, ni pueden concurrir ambos mayorazgos.

II. PROPOSITIO.

59. De que se infiere para la segunda proposicion, que como en este caso faltan los requisitos en que la l. 7. tit. 7. lib. 5. Recop. funda la eleccion, y obcion que dà al suceffor de dos mayorazgos incompatibles en aquellas palabras: *El hijo mayor que en las dichas dos casas, assi juntas por via de matrimonio podia suceder*, que son concurso de ambos mayorazgos en la persona de el hijo mayor, ibi: *Assi juntas*, y derecho de poder suceder en ellos, ibi: *Podia suceder*: es consecuencia, que no puede elegir, ni optar entre los mayorazgos que posee, y el incompatible, vt dixit meus Roxas sup. *optio, seu electio ei non competit. Et decisum testatur Dom. Larrea, decis. 51. num. 16. vbi verba decisionis. Et primogenitum possessorem unius maioratus non posse illum omittere, & alterum eligere: nisi quando expresse concedatur; & comprobatur à nu. 33. & dixi in add. part. 1. cap. 5. num. 36. & part. 7. cap. 4. num. 48. & 53. & 8. part. cap. 6. num. 7. & cap. 7. num. 3.*

60. El argumento de los beneficios incompatibles, en que se dà eleccion, no corre en este caso, vt latè probavi in *dict. cap. 4. part. 7. de incompatib.* por que en los mayorazgos incôpatibles, quo ad acquisitionem, & quo ad retentionem, no ay concurso, como en los beneficios; en estos, la

8. incompatibilidad nace post acquisitionem, ob impotentiam residendi. En los mayorazgos nace ante acquisitionem alli, es causatiba, à causa, aqui es nativa ex ipsa voluntate Fundatoris producta, vt ex bona Rotę decisio de beneficijs loquens, *part. 15. recent. decis. 357. num. 4. probatur.*

61. Lo mismo corre en las encomiendas de Indias, en que conforme à las nuevas leyes de la Recopilacion està reprobada la opinion de el señor Solorçano, por que son incompatibles entre si, quo ad acquisitionem, ex l. 2. tit. 11. lib. 6. Recop. Indiar. & quo ad retentionem, ex l. 26. tit. 8. eod. lib. Aquella dize, *no quisiesse, ò no pudiesse suceder por entrar en Religion, ò tener otros Indios. Esta. Si el encomendero la acetare solamente con la acetacion, declaramos la primera por vaca.* De que se infiere, que està probada por esta ley la decisio formal de la *Clementina Gratia*, y reprobada la opinion de Solorçano; pues absolutamente dize la ley, que el que tiene vnos Indios no puede suceder en otros, y consiguientemente no puede renunciar los que tiene para suceder en otros, como se prohibe por la l. 16. tit. 8. l. 10. tit. 11. l. 13. eod. lib. 6. Recop. Indiar. exceptuando solo el caso de juntarse por matrimonio dos encomiendas, en que se observa la disposicion de la l. 7. tit. 7. lib. 5. vt optimè observat vnus Valencuel. *cons. 63. num. 144.* y en este sentido es verdadera, y practicable la opinion del señor Solorçano.

62. Tampoco haze à el caso, que el poseedor adquiriera el ma-

yorazgo simple, y sin condicion alguna, y despues vaque el incompatible, vel econtrà, vt ex interpretatione, text. in l. mater 19. ff. de inofic. testam. voluit inducere D. Sebastin. de Orteg. in Comment ad labeon. lib. 5. ad l. fin. de acceptil. vbi in actibus incompatilibus posterioris ius amitti, & non econtrà, optima jurisprudencia docuit, por que demàs de no estar admitida esta resolucion en los mayorazgos incompatibles, vt dixi ad meum Roxas, dict. 7. part. cap. 4. num. 23. & dixit Roxas 3. part. cap. 5. num. 39. & 5. part. cap. 6. num. 115. La razon es clara, por que si primero sucede en el mayorazgo incompatible eo ipso es visto renunciar otro qualquiera por la ciencia de la incompatibilidad que tiene, en que entran los terminos de la Clement. Gratie, que en este caso habet locum in maioratibus, & est certum apud omnes, si primero entra en otros mayorazgos eo ipso ex voluntate Fundatoris in maioratu incompatibili non est vocatus imò exclusus. vt dixit meus Roxas. Ergo.

III. PROPOSITIO.

63. A la tercera proposicion dezimos por ilacion de lo que se ha fundado, que quando no tiene derecho el sucessor de elegir, y optar entre los mayorazgos incompatibles, no puede renunciar el que tiene para prevenirse à la sucession; es configuiente à la opinion de el señor Valençuela Velazquez, y el señor Castillo. Y en el caso presente es de la limitacion de Roxas, y los que le siguen.

64. En los terminos la enseñò el señor Larrea, dict. decis. 51. num. 35. ibi: Nec vt excludatur concursus, & incompatibilitas evitetur poterit maioratum possidens eligere, vt prediximus, aut renuntiare maioratum delatum, vel alium quem possidet ex prædicta ratione, quia ad alium lineam voluit transferri institutor primogenij incompatibilis sucessionem, & iure improbatu repudiatio, qua quis propter alienam institutionem propria omisit. Pondera el señor Larrea muchas razones legales, mas entre todas es expreso el texto en el cap. fin. de renūtiat. lib. 6. Vbi renūtiatio præbendę minoris non admittitur, vt ad maiorem possit perveniri si alteri, qui ius ad eam habeat adeptio impediatur ex illo textu tenuerunt Paz de Terut. cap. 57. n. 216. D. Valę. cons. 83. n. 75. Dom. Castell. dict. cap. 178. num. 15. sequitur etiam noviter Carol. Anton. de Luca, de linea leg. lib. 2. artic. 76. à num. 9. illis verbis: Aut vult negligere pinguiorem illam primogenituram sibi per substitutionem delatam in fraudem secundo geniti illustris Ducis, & non potest. l. 1. §. penult. & l. Iul. ff. si quis omnis caus. testam. Lo mismo de fiende D. Juan de la Torre, de pact. primog. & maiorat. post hæc visus, 1. part. cap. 33. §. 5. latius agens.

65. Añadimos, no se pueden alegar en contra, el señor Sorlogano, Moez, y otros referidos apud Roxas, & add. 7. part. cap. 4. por que todos hablan en el caso de tener eleccion el sucessor de dos mayorazgos incompatibles, quando no ay llamamiento para el caso de la incompatibilidad; por que aviendole, como

mo por la eleccion se le quita la sucesion al llamado , no vale la renuncia, como dize el señor Larrea:cui addendus Card.Luc. de fideicommiss. tom. 13. discurs. 12. num. 6. ibi: Atque ubi variatio redundaret in preiudicium eius, cui ex dicta electione iam quesitum esset ius in uno ex alternatis per ipsum eligentem neglecto.

IV. PROPOSITIO.

66. De que inferimos à la quarta proposicion con segura resolucio, que en el punto de derecho tiene sentados principios, que Don Juan Thomas no pudo dexar los mayorazgos que tenia para hazerse capaz para este incompatible, y quedarse en su linea con todos.

67. Lo primero, por que esta renuncia fue en perjuicio de Doña Elvira, que està llamada en este caso, vt docet Dom. Larrea sup. & conferunt ad textum in l. cum pater, §. A filia, ff. de leg. 2. Dom. Molin. lib. 2. cap. 4. à num. 23. Valasc. consult. 102. Card. Luca, de fideicommiss. art. 33. num. 15. & 15. vbi addit, quod hæredi non conceditur ex renuntiatione prævertere ordinem à testatore præscriptum, l. unum ex familia, §. Sed & si fundum, ff. de legat. 2.

68. Fue dolosa, por pretender quedarse con todos los mayorazgos, los primeros en cabeça de su hijo primogenito, y el incompatible en la suya l. 1. §. Et si non, ff. si quis omis. caus. testam. en terminos de Encomiendas de Indias està prevenido por la l.

7. 16. tit. 8. lib. 6. Recopilat. Indiar. iunct. l. 16. tit. 5. eod. lib. ibi: Sin dar titulo de encomienda al hijo hasta que muera su padre. & l. 10. tit. eod. & prævidit meus doctis. Roxas, 4. part. cap. 1. num. 66. daretur enim (ait) quod pater exclusus remaneret in possessione duorum incompatibilium apud se maioratum, possidens unum iure proprio, & alterum tanquam pater familias, &c. Et post. Et per raro contingeret illa separatio, atque divisio, quam institutor desideravit quocumque casu.

69. Fue inutil, por que debe juzgarse por poseedor Don Juan Thomas, como si no huviera renunciado, dict. l. 1. §. Et si, ff. si quis omis. ibi: Dolo autem malo fecisse videtur quo minus possideat, qui ad alium transtulit possessionem per fraudem, §. Pen. eod. ibi: Non minus delinquere eum, qui non incipiat possidere, quam eum qui desinat.

70. Y por que para los efectos de derecho no haze al caso posea, ò no actualmente los bienes quando està en la linea habitual de primogenitura, que es la excluïda en el mayorazgo incompatible, argum. text. in l. 2. tot. ff. de hæred. vend. l. 4. §. 1. ff. solut. matrim. l. 23. ff. de action. empt. Y esto no lo puede variar, posea, ò no los bienes, optim. text. in l. eum, qui 18. §. fin. ff. de his, que vt indign. ibi: Neque enim rationem iuris, ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis.

71. Fue valida en su perjuizio, para que se quede sin mayorazgo alguno, optim. text. in l. cui servus 15. ff. si quis omis. caus. ibi: Cui servus ipsius substitutus est, servum suum

D ade=

adire iussit, si idcirco fecit ne legat a presta-
ret; utraque prestabit, & quia heres est,
& quia ommissa causa testamenti possidet ex
substitutione hereditatem. l. fideicommissi, C.
de transact. Gomez, Peregrin. Fulsar.
apud Rotæ, decis. 240. num. 33.

72. Por que si quiere este mayorazgo incompatible, se excluye à si, y à su linea de los que dexa, por que no puede à vn tiempo ser capaz para ambos, y deben passar à su hermana, como descendiente de los Fundadores; y que quitada la linea de su hermano, como si no fuera, debe suceder, *optima lex Indiar. decima, tit. 11. lib. 6. ibi: En tal caso sea arvido por no successor. Quia incapax, vel impeditus nõ obstat sequentibus in gradu, nec lineam constituere potest, dixi ad Roxas, 8. part. cap. 7. num. 36.* Y en este no puede suceder, por que està excluido, *vt pater ex clausula.*

73. Fue *ineficax*, por que solo renunciò la commodidad, no el derecho del mayorazgo, que quedò radicado en su persona, como si no huviera renunciado! Y esto suenan las palabras de la renuncia, *ibi: Desde luego hazia, y hizo dexacion de dicho mayorazgo, y vinculos, y renuncia de la possession que tiene tomada, y adquirida de sus bienes; y se aparta de el gozo, y aprovechamiento de sus frutos, y rentas, y de los derechos, y acciones, que à todo ello tiene.*

74. Dexamos de ponderar otros defectos que tiene, por ser revocable, sin tener respecto à persona alguna, que la pudiesse aceptar, y solo notamos, ay gran diferencia de renunciar, abdicandose de el dere-

cho de la sucesion, ò renunciar, dexando el gozo, y aprovechamiento de los frutos; por que en este caso la renuncia mira à la commodidad, y percepcion de los frutos, quedando el derecho de percebirlos en el successor: en el primero es la renuncia abdicativa totalmente, y extintiva de el Derecho de el successor: en el segundo, no como se observa por el señor Olea, *de cess. iur. tit. 3. quest. 5. per totam, & dixi Roxas, 7. part. cap. 5. num. 61. & seqq.*

75. La renuncia que se haze de el mayorazgo ya adquirido, nunca puede quitar el derecho de successor ya adquirido por el poseedor, *vt docet Olea sup. tit. 3. quest. 5. num. 38. vbi Dom. Molin. Castell. & dixi in Add. ad Roxas 7. part. cap. 5. num. 66.*

76. Manifiestamente esto, por que en el caso de renunciar el mayorazgo, no ay fixa, ni verdadera vacante hasta la muerte de el que renunciò; y assi es corriente, que aunque se le de la possession de el mayorazgo al siguiente en grado mas proximo, que se hallare à el tiempo de la renuncia: esta es revocable, si otro naciere, que sea mas proximo al tiempo de la muerte de el que renunciò, *optimè Dom. Olea sup. num. 39. vbi alij.*

77. La razon es, por que ni ay vacante verdadera, ni el que renuncia puede perjudicar con su acto voluntario al verdadero successor, *optimè text. in l. si mulier, §. Ex à se, ff. de iur. dotium, ibi: Quas transferre ad alium, quam cui debet fideicommissum, heres non potest. Dom. Molin. Castell. Solorçan. & alij*

& alij

& alij apud Olea, nu. 38. Con lo qual queda la renuncia ineficaz indeterminada, por que no se sabe à quien se hizo.

78. Pruebasse lo primero, por que la causa de exclusion de el hijo mayor, y del llamamiento de el hermano segundo, es, la actual sucession de otros mayorazgos debaxo de esta condicion, *si huviere otros mayorazgos*, le debe considerat excluido el primogenito, y llamado el segundo; at qui, basta averlos tenido, quia semel conditio impleta est, *l. hac conditio 10. in princip. ff. de condit. no basta dexarlos, quia ipsius facto conditio deficit, l. in testament. 30. ff. eod. tit. de condit. & demonstr. Ergo.*

79. La razon es juridica, y no admite respuesta alguna, por que la condicion vna vez cumplida, no necessita de perseverancia. Es conclusion comun; en lo especial del caso ay elegantes textos. *Si fuere heredero, sealo de mi hijo*, basta que sea heredero, aunque despues dexa de serlo. Es la especie del texto, in *l. in subst. de vulg. illis verbis: Esse heredem licet postea desinat convenit. l. filius famil. 111. §. Cum quis, ff. de leg. 1. l. cum uxori 4. C. quando dies leg. eod. l. conditionis 89. ff. de condit. & demonstr. l. hac conditio 10. ff. eod.*

80. Es de observar la *l. 11. §. Sic fideicommissum, ff. de legat. 3. cuius verba sunt: Sic fideicommissum relicto; nisi heres meus noluerit, illi decem dare volo, quasi conditionale fideicommissum est, & primam voluntatem exigat, ideoque post primam voluntatem non erit arbitrium heredi dicendi se noluisse.*

81. Todas estas especies son mas eficaces en la sucession de los mayorazgos incompatibles, por que la sucession *actual* de otros mayorazgos no excluye solo al poseedor de la del mayorazgo incompatible, si no tambien à toda su linea, hoc est, à todos aquellos que se comprehenden en su linea actual; y por esta razon el hijo primogenito con la esperança cierta que tiene à los mayorazgos de su padre, queda excluido de el mayorazgo incompatible, como lo està su padre quando ay la causa de exclusion en el que en su padre, probat optimè Carol. Anton. de Luca, *de lin. leg. 2. lib. dut. 76. num. 10. ibi: Stante prohibitione lineali concursus bonorum dum pater ex dispositione testatoris possidens suam primogenituram non potest adeptus secunda per substitutionem, refutare primam primogenito.* Vnde locum habebit doctrina Dom. Solorçan. *lib. 2. cap. 19, à num. 52. & c. Robles, de represent. lib. 2. cap. 6. Dom. Castell. lib. 2. cap. 178. Larrea, decis. 51. y convienen el señor Solorç. lib. 2. cap. 19. meus Roxas, 7. part. cap. 6. num. 52. Idem Carol. Anton. de Luca de lin. leg. 1. part. art. 9. à num. 38.*

82. Pues si en este caso no es necesario posea los mayorazgos el hijo mayor, o los hijos de el poseedor, si solo que estè en la linea actual de ellos eo maximè, quando el Fundador prohibiò el concurso, por socorrer à el hermano segundo, vt docet Roxas, Luca, & alij ab his relati, & simpliciter sine vlla distinctione loquuntur Luca sup. Solorç. Matienç. & alij ab eo relati.

Con

83. Con quanta mas razon debe quedar excluido el mismo actual poseedor de los mayorazgos que constituye la linea actual, por que quedan excluidos sus hijos, aunque despues los dexa, *ex regula, propter quod unum quodque tale, & illud magis.*

88. Ponderase mucho, que en dexar los mayorazgos que posee para adquirir estotra vsa de su derecho, ad text. in *l. si quis 17. ff. si quis omnis caus. test. illis verbis: Nam liberum cuique esse debet, etiam lucrosam hereditatem omitere licet eo modo legata libertatesque intercidant.*

84. Tiene facil respuesta: el primogenito, quando in casu incompatibilitatis esta llamado el hijo segundo, no tiene derecho alguno al mayorazgo, y assi respecto de el mayorazgo incompatible, no vsa de su derecho, sino del que no tiene; no se le haze agravio en lo que tiene, ni se le puede hazer en lo que no tiene, vt alibi dixit Cuiac. in *l. 78. ff. de regul. iur.* y le haze agravio al hermano en lo

que el Fundador le dio, vsando de el derecho que no tiene. Vease aora, que bien se aplica la regla para quitar el mayorazgo incompatible al hermano, y quedarse con todos; quando aunque perdiessse los que tenia, no podia perjudicar a el llamado, *ex illo text. sup. adduct. in cap. fin. de renunt. lib. 6.*

85. Debe, pues, contentarse con los mayorazgos que le tocan, y dexar este a su hermana, pues se lo da el Fundador. Dexar pereciendo esta linea, por que la de Don Juan Thomàs sea mas rica, fuera (aun en caso de igual derecho) iniquidad: assi lo dixo Casiodor. *Iniquum est, ut ex una substantia quibus competit Aequa successio, alij abundanter affluant, alij paupertatis incommodis ingemiscant.* darle mas que los mayorazgos que le tocã absurdo, ad text. in *l. facta 63. §. si sub conditione, ff. ad Trebell. Plus tribui a Praetore ei, qui fideicommissum petit quam testator voluit absurdum est.*

RESPUESTA A LA TERCERA OPOSICION QUE SE HA HECHO VISTO
el pleyto, por el hijo segundo de Don Juan Tomas
Salvago.

86. **P**Retende el hijo segundo de Don Juan Thomàs, excluyendo los litigantes, preferirse en la sucesion de este mayorazgo; y aunque consideramos con lo que ya queda dicho no necesita de mucho reparo la satisfaccion de esta nueva terciaria: sin embargo, por no dexar de responder, y

afiançar las proposiciones referidas; notaremos algunos fundamentos claros de la exclusion de este segundogenito, por la expressa voluntad de los Fundadores, y por los fundamentos de Derecho.

87. *Por voluntad expressa;* por que no hemos visto clausula mas clara de la exclusion Real de toda la
li-

11
92
línea del primogenito, que la de esta fundación, en aquellas palabras: *Pásese al hermano, ó hermana segunda, si lo tuviere; y si no lo tuviere, al siguiente en grado, que huviera de suceder por muerte de el tal, y sus descendientes.*

88. Por Derecho, por que el llamamiento de *hermano, ó hermana segundo*, es exclusión total de los hijos de el Primogenito poseedor de el otro mayorazgo incompatible, expresse meus Roxas de *incompatibilit. 4. part. cap. 1. num. 87. & part. 8. cap. 7. num. 17.* & pluribus alijs relatis modernus Torre, de *maior. & primog. p. 1. cap. 33. à n. 156. ad n. 159.* Carol. Anton. de Luca, de *linea leg. lib. 2. art. 90. num. 7.* Dom. Olea, in *add. ad suum tract. de cessiur. tit. 3. quest. 4. n. 6.*

89. La razón es clara, por que el llamamiento de el hermano segundo, para el caso de la incompatibilidad, es llamamiento de otra distinta línea, que la del hijo mayor, por que el hermano no es de la línea de su hermano, y cada vno constituye línea diversa; optimè Torre, dict. *cap. 63. num. 160. ibi: Et data vocatione secundogeniti, & eius lineæ, penitus dicitur exclussa linea primogeniti, nam quilibet ex filijs, seu fratribus constituit sibi, & suis, lineam, quæ initium sumit à persona filij secundij, & sic filius secundus facit propriam lineam respectu suorum descendentium diversam à linea primogeniti.*

90. El mas escrupuloso en esta materia es este docto Italiano, que quiso supra *num. 155.* distinguir entre el llamamiento de el hermano segundo, y el de el hijo segundo dando à en-

tender, que quando para el caso de la incompatibilidad el Fundador llama el hermano segundo, no tiene duda la exclusión del hijo mayor, y su línea: si el llamamiento es de el hijo segundo, cabe alguna duda si puede entenderse excluido el hijo segundo de el poseedor, ó hijo mayor, y tan solamente llamado el hermano segundo de el tal hijo mayor. Ita *num. 157. Se vero vocatus esset à lege, vel ab homine, non frater, sed filius secundogenitus, tunc diceretur constare de voluntate disponentis, & hic erit admittendus, quia nomen filij verificatur in nepote filio filij maioris cum appellatione filiorum veniant nepotes.*

91. No hizieron reparo los demás, & sic meus Roxas & Dom. Olea quos sequutus sum in *add. part. 4. cap. 1. num. 20.* llanamente, y sin distinción tienen, que quando se llama el hermano segundo, ó el hijo segundo, queda excluido el primogenito, y su línea. La razón es, por que quando consta es Real la incompatibilidad por que el Fundador quiso proveer otra línea distinta de la de el hijo mayor; es cierto que en el concurso de ambos mayorazgos incompatibles no se puede entender el llamamiento de el hijo segundo de los hijos de el poseedor, por que están excluidos; y así es preciso se entienda de el hermano, iuxta opinionem communem, quæ in concursu maioratum incompatibiliu præfert fratrem secundogenitum, & eius lineam; filijs fratris primogeniti, quæ *verissimam sententiam* dicit Olea supra *num. 7.* & fundat Robles, Dom. Castillo, Larrea ab eo relati, reproba-

E tur

rum Dom. Solorgan. quia loquitur iuxta speciales provisiones in commendis.

92. De que infiere el señor Olea, que la contraria nunca puede ser cierta, por que si la incompatibilidad es Real, así el hijo mayor de el primogenito, como el segundo, y todos los demás quedan excluidos, como lo está su padre; y si es personal, puede suceder el hijo mayor del primogenito, pues no le comprehende la exclusión: & consequenter nunca puede suceder el segundo. Ita D. Olea sup. quia si exclusio propter incompatibilitatem linealis, & Realis est, tam filius primogenitus, quam secundogenitus pro exclusis haberi debent admissio patris ad successionem, si vero exclusio personalis sit, filius primogenitus succedet.

93. El llamamiento de el siguiente en grado, puro, y sin mas explicacion es equivoco, y solo se debe entender de aquel que en el caso de la incompatibilidad, debiera suceder segun la voluntad de el Fundador, iuxta text. in l. 45. Taur. & quæ dixi ad Roxas, part. 4. cap. 1. num. 3. Y así en rigor, ni excluye la linea de el primogenito. Como algunos quisieron; ni se puede dezir que la llama, como dixeron otros, vt apud doctis. meum Roxas sup. dict. cap. 1. & alibi plur. in locis Carol. Anton. de Luca eo laudat. tract. de lin. legal. art. 9. num. 39. & Dom. Olea, in post. add. sup. num. 5. optimè modernus Torre sup. 167. vbi ita pro nostra opinione concludit.

94. Y así es preciso con-

siderar de las circunstancias de la fundacion, si el primogenito, y su linea, tienen exclusion en el caso de el concurso, ò la exclusion es personal, por que si tienen exclusion: el siguiente en grado se entiende, el que quitada la linea de el primogenito, debe suceder en el grado inmediato à ella; facit Torre sup. num. 263. ibi: Nam cum agatur de successione in qua primogenitorum linea est exclusa, recipiendo hoc nomen subsequens iuxta subiectam materiam ad notata per Castillo, &c. Nec de primogenito ipso ratio est habenda, quia tanquam exclusus non facit proximitatem, aut gradum. Palaez. &c. Nec resistit, quod idem secundogenitus non sit de linea primogeniti, quia dictio sequens in maioratu irregulari non predicatur de illo, qui est in linea, aut gradu, sed de illo cui convenit substituto quamvis in linea non sit, neque in gradu proximiori.

95. En esta inteligencia, y estando à la propria naturaleza de la exclusion Real, que en este mayorazgo tiene el poseedor de otro, no era necessaria mas expresion: mas para quitar toda duda, prosiguió el Fundador, explicando al siguiente en grado, que él entendia, y quiso fuesse el que huviera de suceder por muerte de el poseedor, y sus descendientes. Vease cómo claridad excluye al poseedor, y sus descendientes. Luego ni él, ni sus hijos mayor primogenito, segundos, ò terceros, tienen capacidad alguna para suceder.

96. Dos questiones tratã los DD. en este punto, quando es Real la exclusion de el poseedor de otro

otro mayorazgo en el caso de la incompatibilidad? Y si teniendo el padre otro mayorazgo quedara él, no solo excluido de el incompatible, si no tambien su hijo primogenito; en esta segunda parece que dan à entender ay capacidad para suceder los demás hijos, aunque el primogenito, que verdaderamente se considera poseedor del mayorazgo incompatible, por la esperanza cierta q̄ tiene, queda excluido, *latè meus Roxas, part. 4. cap. 3. num. 30. & ferè per totum.*

97. Quando el mayorazgo que tiene la condicion de incompatibilidad, no entra en la linea de el poseedor de otro mayorazgo, es ociosa la question segunda; por que no teniendo derecho de suceder el padre, no tiene que transferir à los hijos, *vt supra diximus, & observabimus in Add. ad Roxas, 4. part. cap. 1. num. 9. & part. 8. cap. 7. num. 22.*

98. De otra suerte fuera absurdo dezir, que el excluido en el caso de la exclusion podia constituir linea à sus hijos, y darles el derecho que no tenia, *optimè Torre sup. dict. cap. 33. num. 85. & seqq.*

99. Mas quando la incompatibilidad es personal, ò que la causa alguna condicion, que aunque el padre no la pueda cumplir, puede el hijo del poseedor como la condicion de armas, y apellido: entonces entra la segunda question, si el hijo mayor podrà suceder sin embargo de

la esperanza cierta que tiene el mayorazgo que posee su padre, y que si fuera sucesor actual del, quedara excluido; *latè meus Roxas supra iunct. quæ dixit 7. part. cap. 6. per tot. optimè, & in speciali casu Torre, de maior. part. 2. cap. 53. per totum.*

100. Y assi, supuesta la incompatibilidad personal, entra la duda, si no pudiendo suceder el padre, se admitirà su hijo mayor, ò su hijo segundo, ò su hermano, que todos resuelven por las reglas generales de la primera question, considerando, que si es Real la exclusion, se ha de preferir el hermano; si es personal, se ha de preferir el hijo mayor, y nunca el hijo segundo, como quiso el señor Olea, & meus Roxas contra Solorçan. *sup. Torre sup. num. 128. Luca, de lin. art. 9. num. 34. & cæteri ab his relati.*

101. De lo dicho se reconoce quan ociosa es la tercera que se ha intentado por el hijo segundo de Don Juan Thomàs, y que aun en el caso que se debiera admitir, ya concluso el pleyto, contra vulgaria principia, no podia embarçar el derecho claro de Doña Elvira, hermana de dicho Don Juan Thomàs, para que sin embargo de la afectada renuncia, se declare aversele transferido en la susodicha la possession civil, y natural de los bienes de este mayorazgo, reservando à las partes su derecho para el juicio de la propiedad. Y assi lo esperamos, salva, &c.

*Lic. D. Fernando Alfonso
del Aguila y Roxas.*

la espousa cierta que tiene el in-
 yorazgo que posee la padre, y que la
 fuerz lucello agnato, queda ex-
 cluido: pero para Rozas fuera in-
 que dize y parte de parte de
 de in hereditate cum tunc de hereditate
 rumpit super tunc.

Y de la misma la in-
 comparabilidad por la misma la du-
 da si no pudiendo lucer el padre,
 la misma la in hereditate, o la hijo
 reuocan por las reglas generales de
 la primera que son, considerando
 que hereditate la exclusion, de la de
 present el mismo: si es por el, de
 de present el mismo: y nunca
 el hijo legando, como dice el
 Olo de Rozas contra el contrario.

sup. Tunc super tunc. 1. 2. Inca de her-
 itate. 2. 4. de hereditate ab intestato.

de lo dicho se ve
 que para ocioso es la tercera que se
 ha tratado por el hijo legando de
 la misma la in hereditate, y que en el
 caso que se debia admitir, ya con-
 cluido el pleito, contra vulgaris prin-
 cipio, no podia empasar el derecho
 de la Don Juan Thomas, para que in-
 embargo de la misma la in hereditate,
 de la misma la in hereditate, en la in-
 hereditate la posesion civil, y natural
 de los bienes de este mayorazgo, de
 acty in hereditate la parte de derecho para
 el hijo de la in hereditate. Y de lo
 especifico de la in hereditate.

oro mayorazgo en el caso de la in-
 comparabilidad: Y si teniend el pa-
 dre oro mayorazgo, queda el, no
 solo excluido de el in comparabile, si
 no tambien el hijo primogenito: en
 esta segunda parte que dan a enten-
 der en capacidad para lucer los de-
 mas hijos, aunque el primogenito
 que verdaderamente lo considera por
 heredo del mayorazgo, in comparabile,
 por la espousa cierta que tiene, queda
 excluido, como en Rozas parte de
 2. 4. de hereditate per tunc.

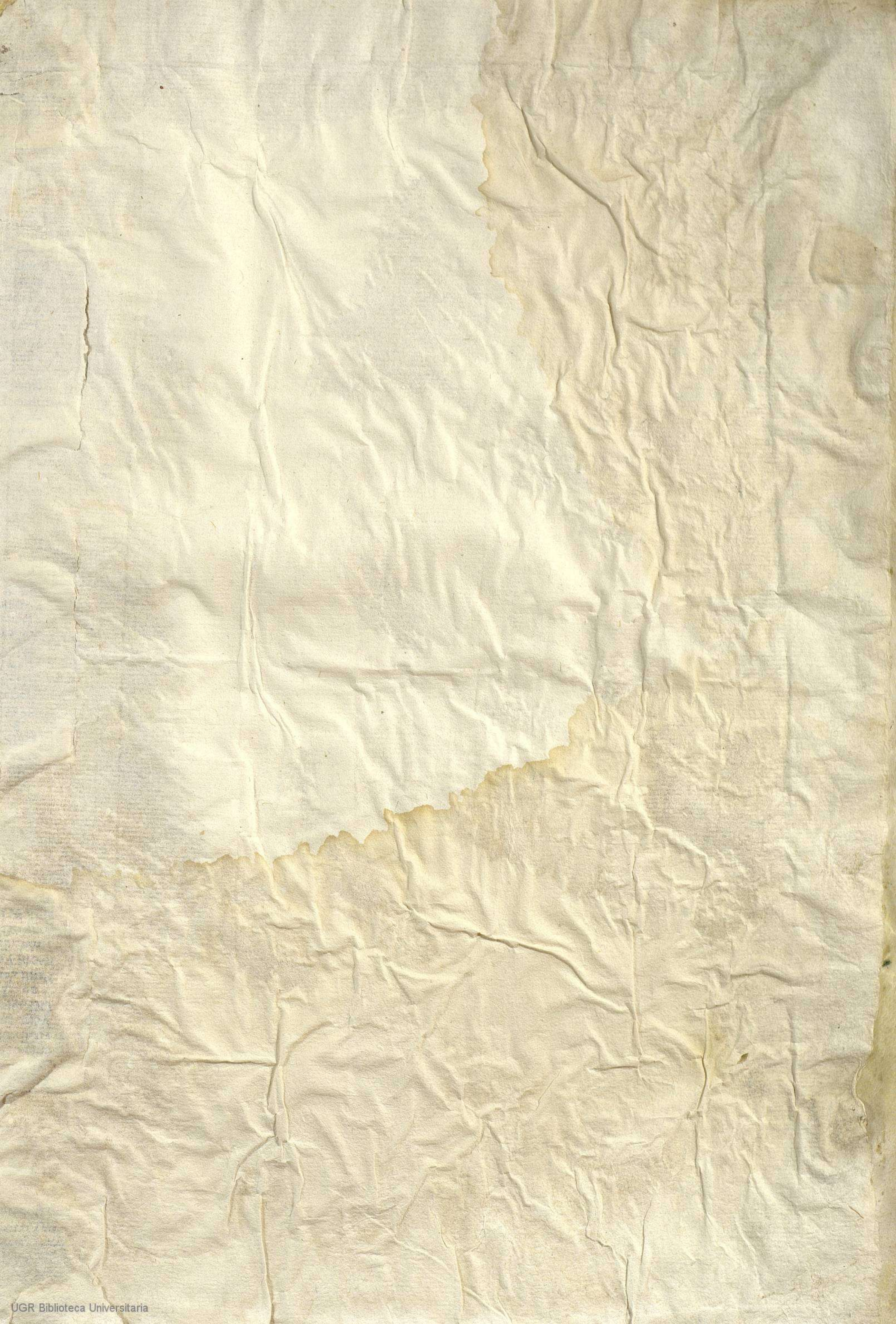
27. Quando el mayoraz-
 go que tiene la condicion de in com-
 parabilidad, no esta en la linea del
 poseedor de oro mayorazgo, es
 ociosa la cuestion segunda: por que
 no teniendo derecho de lucer el or-
 de, no tiene que transmitir a los hi-
 jos vt supra diximus, de obsequiis
 in in Ad. ad Rozas, 4. part, cap. 1.
 num. 2. de part. 8. 7. num. 1. 2.

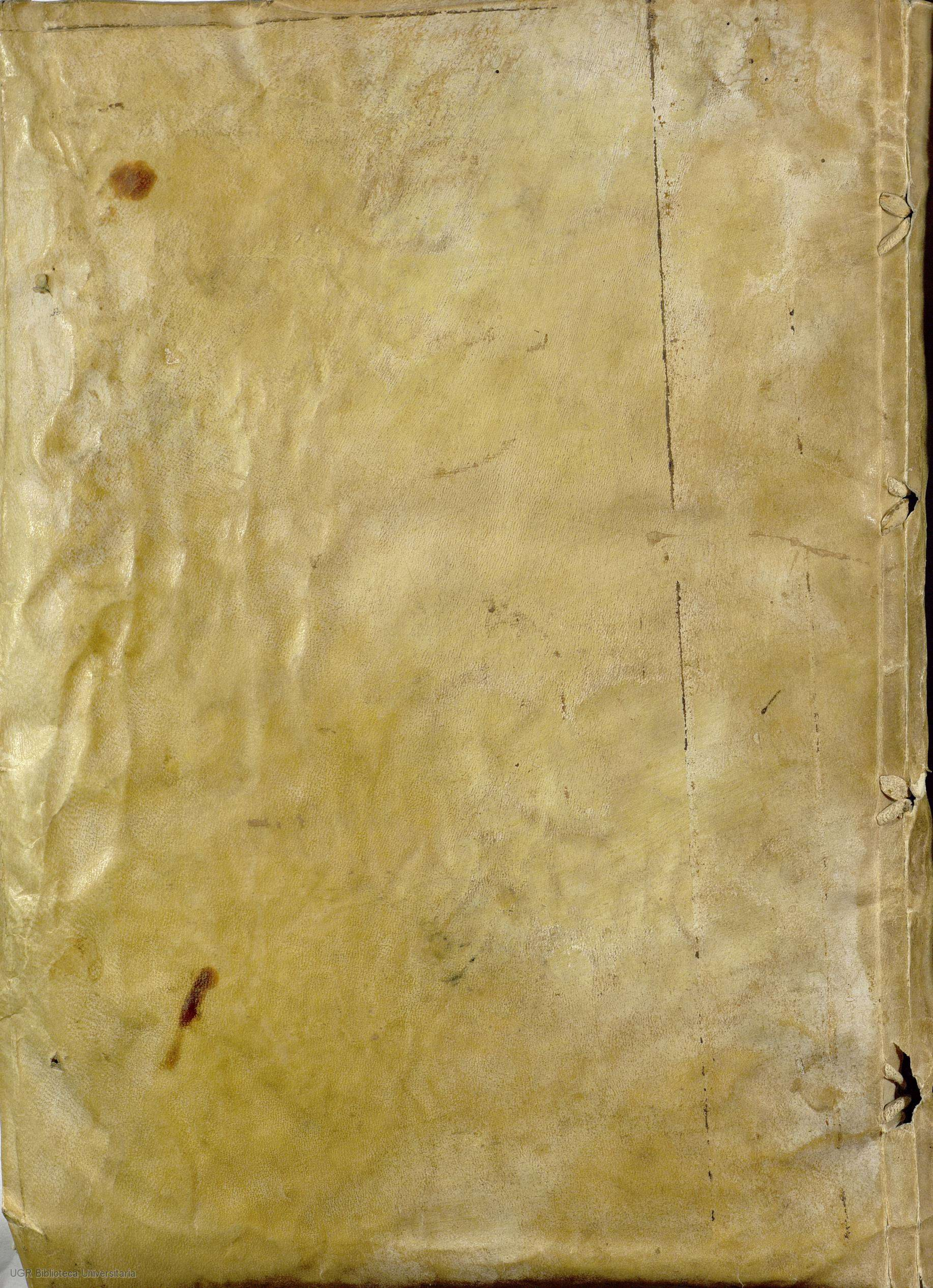
28. De otra parte lucer
 el hijo de la exclusion por la in comparabile
 hasta los hijos, y de la el derecho
 que no tiene, optat. Tunc super tunc.
 cap. 2. num. 8. 2. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12.

29. En quando la in-
 comparabilidad es ociosa, no queda
 en la misma condicion, que en el
 el padre no la puede cumplir, puede
 el hijo del poseedor como la condi-
 cion de otras, y apellidado: entonces
 contra la segunda cuestion, si el hijo
 mayor puede lucer en embargo de
 la in comparabile.

Don D. Fernando Alfonso
 de Aguilar y Rozas







37

37

Nº A
31-114