

Leg. 27. Tom. 8

ATR
4626



Q V I

DILIGITE IUSTITIAM



IUDICATIS TERRAM,

SAPIEN. cap. 1.



INFORMACION EN DERECHO

de Don Juan Manrique de Arana,

CON

Francisco del Hierro, y Doña Catalina su hija.

Son diez exemplares en 3^a Instancia

8

INFORMACION EN DERECHO

1 V 2

LAUDICATIS TERRAM



DIGITIS ILLIUM

2 V B I E N . s b . i .

INFORMACION EN DERECHO
de Don Juan Manuel de Torres
C O N
Manejo de Herencia y Donaciones

Don Juan Manuel de Torres



DON IVAN MANRIQUE DE ARANA, Y DON IVAN SU hijo mayor. En el pleyto con Doña Catalina del Hierro, y su padre. Supplican a V.m. mande advertir.



PARA ESTE PLEYTO se presuppone. Que Iuan de Arana, y Doña Mencia Manrique de Villela su muger hizieron su testamento juntamente. Por el qual mejoraron en el tercio y remanente del quinto de sus bienes a Don Iuan Manrique de Arana su hijo mayor, Confor mandose con la disposicion de las leyes del

Num. 1.
El caso del hecho deste pleyto.

Reyno. Y señalaron para en parte del dicho tercio y quinto vn juro que tenian de seis cientos ducados de renta en cada vn año sobre los estados del Duque de Nagera. Y lo restante en lo mejor parado de sus biens. La qual mejora hizieron por via de Mayoradgo regular y gradual. Y por la misma Clausula usando de la facultad Real que tenian para hazer mayoradgo en vno de sus hijos dada en la forma comun por augmento de la dicha mejora y mayoradgo della, hizieron mayoradgo de mil ducados de réta, y dozientas hanegas de trigo, y ciento de ceuada, ò en su lugar dela dicha ceuada setéta ducados de renta, y treinta carros de leña, y seis cantaros de azeyte, que mandaron comprar de sus bienes para el augmento del dicho mayoradgo. A cuya succession llamaron al dicho Don Iuan y a su descendencia regularmente, y a falta del y de ella a Don Antonio Manrique de Arana su hijo segundo y su descendencia, y a falta á Don Andres su hijo tercero, y su descendencia, y a falta a Doña Maria Manrique de Arana, Doña Mayor, Doña Antonia, Doña Isabel y sus descendencias, que eran los siete hijos é hijas que tenian y dexo el dicho Iuan de Arana al tiempo de su muerte.

Llramientos a la succession del mayoradgo principal.

Capitulaci6n que los testadores hizieron con la provincia de Cantabria acerca de la fundaci6n del Colegio.

¶ Y porque los mismos testadores en vida tenian capitulado con el Prouincial y Prouincia, Guardian y Coruento del Monasterio de San Francisco de la Ciudad de Vitoria de la Prouincia de Cantabria, de hazer vn Colegio para doze Collegiales frayles, y dos Lectores y vna Capilla muy sumptuosa, grauaron al dicho Don Juan que de las rentas del dicho mayoradgo pagasse y cumpliera la dicha capitulacion, haziendo los edificios y las demas cosas necessarias al dicho Colegio y Capilla. Y que en cada vn año para sí pre diese y pagasse al dicho Colegio y para sustento de los dichos doze Collegiales y dos Lectores trezientos ducados de renta y ciertas hanegas de trigo, y otras cosas, como parece por las clausulas del dicho testamento, que tratan de la dicha capitulacion, y dotacion.

¶ Pensando los dichos Juan de Arana y Doña Mencía que dexauan muchos mas bienes de los que dexaron, y que estuieran estables y permanentes, sin que en ellos viera la quiebra y disminuci6n que vno despues de la muerte del dicho Juan de Arana. Señalaron a cada vno de los dichos siete hijos por su legitima, dote y alimentos a cada quatro mil ducados, los quales se auian de pagar de las rentas de todos los bienes que dexaron, y de los mil ducados de renta que mandaron se comprassen para aumento del dicho mayoradgo a quinientas mil maravedis cada año, prefiriendo en la paga las hembras a los varones, y entre ellas las mayores de edad a las menores. Y si se metiesen las hijas o hijos en Religion, a las hijas mandaron a cada ochocientos ducados para su dote, y a los hijos cada quatrocientos entrando en Religion capaz de bienes, y dozieros siendo incapaz. Y a los hijos e hijas que muriesen dentro de la pupilar edad, les substituyeron pupilarmente *El hijo segundo varon que dellos quedasse al tiempo de su muerte, para que sucediese en sus legitimas por via de mayoradgo, y juntamente en el residuo de las que entrassen Monjas o frayles, con los grauamenes y condiciones contenidas en las clausulas del dicho mayoradgo principal. Y las palabras de la Clausula. 50. de la institucion del segundo mayoradgo y substitucion pupilar a la letra son las siguientes. Con que si lo que Dios no permita alguno o qualquier de ellos muriere dentro de la pupilar edad, antes de poder testar, ni llegar a edad de ello, la legitima del que falleciere venga y la herede el hijo segundo legitimo varon que de nos quedare, con que quede vinculado, y vinculamos con las condiciones que ponemos en nuestro mayoradgo.*

Clausula 50. de la institucion del segundo mayoradgo y substitucion pupilar.

radga, que hemos aqui por expressadas y referidas, a que nos referimos, para que perpetuamente queden inagenables, y se compre con ellos, y ponga renta perpetua, y ande de hijo varon legitimo, en hijo mayor legitimo varon y en sus descendientes, y a falta en hembra, hija mayor legitima, y en sus hijos varones, con que siempre el mayor prefiera al menor, y el varon a la hembra. Y mas adelante dize. Los herede el dicho Antonio Manrique de Arana nuestro hijo segundo, y a falta del o de su descendencia, o el que fuere hijo segundo para que con ellos, como dicho esta se compre renta, y ansi comprada, desde agora lo vinculemos por bienes y via de mayorazgo y mejorazgo, con las condiciones, sumisiones, grauamenes, y vinculos del dicho nuestro mayorazgo principal, que hemos aqui por repetidas e insertas, y para que perpetuamente se sean inagenables e sujetas a restitution, e anden de hijo varon en hijo mayor varon, y en defecto en hembra, y en sus hijos y descendientes legitimos de ellos, como dicho esta, prefiriendo siempre el mayor al menor, y el varon a la hembra, y se llame del apellido de Arana y Manrique, y trayga las insignias y armas de Zurbaron y Arana, y apellido de Arana y la de los Manriques de Lara, y Villela, en la forma y con las condiciones del dicho nuestro mayorazgo, &c.

EN diez y nueue de Junio de 1571. murio el dicho Iuã de Arana, y luego la dicha Doña Mencia su muger hizo inuétario solemnne de todos los bienes que quedaron por muerte del dicho Iuan de Arana y ella tenia, los quales montaron 12. quentos y 983 y 292. marauedis, como parece por el dicho inuentario, y esta probado muy bastantemente y con mucha distincion.

¶ Despues de lo qual parece que a todos estos bienes vuo muchos acreedores de deudas sueltas, fianças, y censos, las quales se pagaron, en lo qual y en que algunos de los bienes que dexaron y se inuentariaron salieron inciertos, y se consumieron y gastarõ en pleitos, y en cumplimiento de las almas y testamento mas de 6. quentos 931 y 073. marauedis, como esta muy sufficientemente probado.

¶ De los dichos siete hijos q dexarõ el dicho dicho Iuan de Arana y Doña Mécia murieron dos en la pupilar edad, que fuerõ Dõ Andres y Doña Isabel despues de la muerte del dicho su padre, y en vida de la dicha su madre. Y Doña Antonia entro en Religion y professo de edad de mas de 22. años, y al tiempo de la profesiõ renuncio su legitima en el dicho Don Iuã Manrique de Arana su

Que D. Mécia hizo inuét. luego q murio Iuã de Arana su marido,

Diminuciõ de hacienda despues de la muerte del testador.

D. Andres y D. Isabel murieron e la pupilar edad en vida de su madre.

her

Obligacion q̄ hi-
zo D. Iuã à D. An-
tonia su herma-
na Mõja por la re-
nũciacion de le-
gitima q̄ en el hi-
zo.

Demanda de D.
Catalina del Hie-
rro.

D. Iuã respõde a
la demanda.

que las legitimas
se han de reduzir
a la cantidad ver-
dadera q̄ los te-
stadores dexarõ.

hermano. Cõ que se obligasse como se obligo a pagar la dote, y en-
tradas, y darle el vestuario, y axuar neccessario, y mas en cada vn
año durante su vida treinta ducados de renta, como todo ello pa-
rece por la dicha renunciacion presentada en este pleyto.

¶ Al tiempo que murieron los dichos Don Andres y Doña Isa-
bel pupillos y entro Monja la dicha Doña Antonia era viuo el di-
cho Don Antonio Manrique de Arana hijo segũdo de los dichos
fundadores. Despues de lo qual en vida del dicho Dõ Antonio mu-
rio la dicha Doña Maria Manrique de Arana muger del dicho Frã-
cisco del Hierro, y madre de la dicha Doña Catalina del Hierro.
Y muchos meses despues murio el dicho Don Antonio Mãrique
de Arana hijo segundo, sin dexar hijos ni descendiẽtes legitimos,
por cuya muerte se començo este pleyto ante la justicia de la ciu-
dad de Vitoria. Ante la qual el dicho Francisco del Hierro por la
dicha Doña Catalina del Hierro su hija puso demanda al dicho
Don Iuan Manrique de Arana, diziendo ser successora del dicho
segundo mayorazgo, por auer muerto sin hijos don Antonio Mã-
rique, y como tal vuo y ha de auer ocho mil ducados de las dos le-
gitimas de padre y madre de Don Andres y Doña Isabel que mu-
rieron en la edad pupilar, y tres mil y dozientos ducados del resi-
duo de la legitima de Doña Antonia Monja, y que Don Iuan fue-
se condenado a los pagar y restituir, y ansí mismo a comprar vn
parral que dize se señalo para edificar vna casa para el dicho segũ-
do mayorazgo, o en caso de no cõprarle fuesse condenado en diez
hanegas de trigo de renta, con lo corrido dellas. A que respondió
el dicho Don Iuan, que el era y es el successor legitimo del dicho
mayorazgo. Porque el llamamiẽto del hijo segundo varõ fue per-
sonal, y que a falta del y de sus descendientes tiene llamamiẽto ex-
presso, y que las dichas Doña Catalina ni su madre no solamente
tienen llamamiento, pero que estan exclusas de la dicha successiõ
por ser hembras, y por otras razones que por su parte se dizen y
elegan y se fundaran en derecho, y quando el no lo sea, lo será Dõ
Iuan Manrique de Arana su hijo mayor, o Don Antonio Manri-
que de Arana su hijo segundo. Y que las dichas legitimas no pu-
dieron ser en cantidad de los dichos quatro mil ducados respecto
de la dicha disminucion que vuo en los dichos bienes, quiebras y
deudas que vuo y se pagarõ luego despues de la muerte del dicho
Iuan de Arana, y que ansí se han de reformar y reduzir a la canti-
dad justa conforme a los bienes que quedaron en ser sacado el ter-
cio

3
cio y quinto. Y que las legitimas que se han de adjudicar a el se-
gundo mayorazgo, han de ser tan solamēte las paternas de don
Andres, y doña Ysabel pupillos, y no las maternas por auer
muerto los dichos pupillos en vida de su madre. Y que el dicho
residuo de la legitima que le puede pertenecer a la dicha doña An-
tonia monja se le ha de aplicar a el por la dicha renunciacion, por
que no pudo ser grauada, ni los testadores le pudieron disminuir
su legitima, sino es en favor del primero y principal mayorazgo
para cuya fundacion pidieron, y se les concedio la dicha facultad.
Y no lo hizieron. Y que la manda del parral no valio por falta de
bienes, y porque los fundadores lo mandaron pensando que era
suyo no lo siendo, sino de otro mayorazgo, de lo qual ni las diez
anegas de trigo de renta de su estimacion. Y que por razon de
las dichas quiebras, y disminucion de hacienda hasta agora, ni
aū agora a tenido, ni tiene de que pagar las dichas legitimas por
no auer se comprado los mil ducados de renta que los testado-
res mandaron comprar para su primer mayorazgo, de cuyos fru-
ctos se han de sacar y pagar el principal dellas. Y en qualquir can-
tidad que ayan de ser, se han de yr pagado en dineros, y por años.
como consta del dicho testamento y clausula del.

Por la justiciia de Vitoria, se dio sentencia en que declaro per-
tencer la succession del segundo mayorazgo a la dicha doña Ca-
talina del Hierro, y condeno al dicho don Iuan en las dos legiti-
mas paternas que pertenecieron a los dichos don Andres, y do-
ña Ysabel que murieron en la pupillar edad, y por ellas en quatro
mil ducados, y de todo lo de mas pedido contra el, le absoluió y
dio por libre, de que ambas partes appellaron para esta real au-
diencia, a don de se oppusieron a este pleyto don Iuan Manrique
de Arana hijo mayor, y don Antonio Manrique de Arana,
hijo segundo del dicho don Iuan, y en ella se dio sentencia de vi-
sta, por la qual se confirmo la de la justiciia ordinaria, en quāto de-
claro a doña Cataline por successora del dicho segundo mayoraz-
go, y pertenecerle los quatro mil ducados, y en lo de mas se reuo-
co. Y se declaro pertenecerle otros tres mil y dozientos ducados
de la legitima de la dicha doña Antonia, monja, y el dicho par-
ral, o por el diez hanegas de trigo de renta, y en lo de mas se con-
firmo la dicha sentencia, de la qual esta suplicado. Lo qual supue-
to se fundaran por parte del dicho don Iuan cinco articulos.

Sentencia de la justiciia ordinaria de Vitoria.

Salen a este pleyto don Iuan, y don Antonio hijos de don Iuan

Sentencia de vista.

Diuide la informacion en cinco articulos.

B El

1. *Articulus*

El primero, que el segundo mayorazgo que fundaron los dichos Juan de Arana, y D. Mencia Manrique de Villela en el dicho D. Antonio su hijo segundo pertenece al dicho D. Juan Manrique de Arana, y que la dicha doña Catalina del Hierro ningun derecho tiene para pretender la succession del.

2. *Articulus.*

El segundo, que al dicho mayorazgo tan solamente se deuen y han de aplicar las legitimas paternas pertenecientes a Don Andres y Doña Isabel que murieron en la pupillar edad, y en vida de la dicha su madre, y que quanto a esto se ha de confirmar la sentencia de la justicia de Vitoria, y la de vista dada en confirmacion de ella.

3. *Articulus.*

El tercero, quanto a la legitima de la dicha Doña Antonia Monja, que por la sentencia de vista esta declarado pertenecer al dicho segundo mayorazgo tres mil y duzientos ducados, se ha de reuocar, y moderar la dicha legitima, como esta dicho, y se ha de confirmar assi mismo la sentencia de la justicia de Vitoria que absoluió, y dio por libre al dicho don Juan,

4. *Articulus*

El quarto, que las legitimas paternas de don Andres, y Doña Isabel pupillos, que solas pertenecen y se han de aplicar al segundo mayorazgo, han de ser hasta en la cantidad que justamēte les pudo pertenecer conforme a los bienes que verdaderamēte quedaron al tiempo que murio el dicho Juan de Arana, considerada la disminucion respecto de las deudas que se pagaron, gastos y quiebras que huuo en la dicha hazienda. Y que las pagas se hā de acomodar respecto de la dicha hazienda que quedo. Y en quanto al residuo de las legitimas de D. Antonia Monja se ha de hazer lo mismo, y tener la misma consideracion. Y en este articulo se tratara de los intereses que pretende, y se piden por parte de la dicha Doña Catalina del Hierro.

5. *Articulus*

El quinto, que assi mismo se ha de reuocar la sentencia de vista, quanto al parral, o diez hanegas de trigo de renta por el, confirmandose la de la justicia ordinaria, que le absoluió y dio por libre.

PRIMVS ARTICVLVS. 4



QVANTO al primer Artículo, Don Iuan Manrique de Arana tiene fundada su intencion por ser Reo, y porque Doña Catalina del Hierro es Actora, y ha de probar como esta llamada en el caso que succedio de auer muerto Don Antonio Manrique de Arana sin hijos ni descendientes. cap. 1. §. notandum, qui feudum dare possunt, ibi. *Si specialiter dictum sit quod ad eos pertineat, & quia heres iuste opponit in casu qui euenit de te non loquitur substitutio.* vt cum Ioan. Andre. inquit Socin. consi. 62. nu. 14. & consi. 69. volumi. 3. late Mieres. 2. par. quæst. 6. num. 28. vbi inquit quod regulam & præsumptionem pro se habet qui dicit substitutionem non comprehendere casum de quo conteditur. Y por que no se mostrando el caso de la substitucion ha de obtener Don Iuan, aunque de su parte no se mostrasse cosa alguna. l. 1. §. 1. ff. si pars diæritatis petatur vbi actor necesse habet concludere ex iure persona & iure non autem ex persona possessoris. l. si cum alijs. i. C. de re iudic. vincere enim eo iure quo possessores vincere solent. Quanto por que el ultimo poseedor a quien se ha de mirar para la proximidad es el dicho Don Antonio primero substituto, y respecto de preferirle Don Iuan a Doña Catalina en todas quatro obseruaciones que se consideran en la succession de los mayoradgos, que son Linea, Grado, Sexo y Edad. vt in l. 2. titu. 15. part. 2. vbi notauit Greg. glo. 18. q. 6. & expressius Molin. lib. 3. de primog. cap. 4. nu. 103. & 14. sin que de esto se dude por la parte contraria. Pero dize, que por la clausula que queda referida tiene llamamiento expresso e indiuidual, y le tuuo la dicha D. Maria su madre en aquellas palabras. *El hijo segundo legitimo varon que de nos quedare, & ibi. O el herede el dicho Antonio Manrique de Arana nuestro hijo segundo, y si falta del o de su descendencia, O el que fuere hijo segundo.* Y que con forma a esta clausula succedio Don Antonio como hijo segundo por la primera substitucion, y que en falta del y de sus descendientes esta substituydo el que fuere hijo segundo, y que esta calidad no ay quien la tenga sino la dicha Doña Catalina y Doña Maria su madre, porque entre ella y don Antonio no ay otro en medio, Y segundo se dize respecto del primero, que fue Don Iuan, & tantum abest que esta clausula y palabras della seã en su favor, que son muy claras y expresas en favor del dicho Don Iuan. Y en respuesta de lo que

Num. 3.
Que D. Catalina por ser Actora tiene obligacion de mostrar que tiene llamamiento para esta succession.

Num. 4.
Que respecto del ultimo poseedor D. Iuan funda por linea y grado, sexo y edad.

Num. 5.
Resp. a lo que dize D. Catal. que tiene llamamiento por las palabras, o a falta del y de su descendencia.

Primus Articulus.

que dize Doña Catalina se yranaduiriendo los fundamētos que tiene esta parte.

Num. 6.
El llamamiento del hijo. 2. varon fue para el ingreso de este mayorazgo, y para hazer en el la cabeza de la successiō, y no passa a los otros hijos q̄ pretēden ser segundos.

LO primero, porque la substitucion y llamamientos q̄ se hizierō por los dichos fundadores para esta successiō, *Del hijo segundo varon que de ellos quedasse*, y del dicho Don Antonio que al tiempo de la dicha disposiciō era el hijo segundo varon fue personal y dirigida al ingreso y asiento del dicho mayorazgo en la persona del dicho Don Antonio Manrique y de sus descēdientes, O del otro hijo varon que en caso que Don Antonio muriesse, O en vida de los testadores, O antes de succeder el caso de la substitucion pupilar por muerte de los pupilos quedasse por su hijo segundo, el qual era Don Andres. Pero la dicha substitucion no fue calificada para que a falta del dicho Don Antonio y su descendencia o del hijo varon que quedasse por hijo segundo de los testadores, auiendo succedido el caso de auer succedido en el dicho mayorazgo, passe la dicha successiō a los otros hijos de los testadores que por muerte de los dichos dos varones pretēden ser segundos, antes en este caso quedo el dicho mayorazgo regular y ordinario, asy por disposiciō de derecho, como por los llamamientos de las dichas clausulas, por las quales disposiciones Don Iuan es el que tiene el derecho para esta successiō. Porque presupuesto que Don Andres y Doña Isabel murieron pupilos en vida de Dō Antonio por su muerte succedio el caso de la substitucion pupilar, y luego Don Antonio tuuo derecho llano y asentado para las legitimas pertenecientes a los dichos pupillos aplicadas al dicho mayorazgo, no embargante que no vuisse tomado la possessiō de ellos, porque como la possessiō de los bienes de mayorazgo no puede estar ni esta inpendenti, sino que la ley de su proprio ministerio la transfiere en los que estan llamados. l. 4. §. Tauri, y en ella siempre es cierta de quien es el verdadero successor, y llamado haze luego la execuciō, y la transfiere en el que verdaderamente lo es, ita vt nec per momētū vacet quia quando lex differt ipso iure successiōnem non est medium inter mortem & acquisitionē, vt docet Bal. in l. fratres, num. 6. ff. de iure deliberan. vbi Corne. num. 4. & pluribus relatis Tiraquel in tracta de morte. 3. parte, declaratione. 6. num. 10. Molina lib. 3. cap. 12. num. 20. ex quo dicit optime Mier. de primogen. 2. par. quæst. 9. numer. 10. in fine, quod si posthumus cui delata est maioría nascatur viuus, & post. 24. horas moriatur, quia tamen partus legitimus est, iuxta. l. 13. Tauri, etiam se agnos-

Num. 9.
Que la proximi-

ccere

gere non potuit maioriā nec sciret sibi delatam fecit tamen proximitatem & gradum para los successores de allí adelante, & hoc ante eum licet non sic aperte sensit Greg. Lopez in l. 9. titu. 1. par. 2. verbo, de su finamiento, versic. ex hoc probatur, & idem Grego. in l. 3. titu. 13. par. 6. verbo, mugeres, colum. 4. versic. sed pone, atē to eodem temate dicit quod proximitas debet considerari respectu eius qui secundum veritatem naturæ debebat surcedere in maioratu licet possessionem non apprehenderet nec sciuerit sibi delatam. Y en los propios terminos de que tratamos, que si el que es llamado al mayorazgo muriere aunque sea antes de entrar en la posesiō actual y aun de acceptarle, nihilominus se le passa la posesiō y la adquiere, y assi vaca por su muerte, lo dixo Grego. Lopez in l. 7. titu. 4. par. 5. glo. magn. versic. sed si iste in quem. Y auiedo vacado por la del dicho Dō Antonio la dicha successiō se diffirio y traspasso en Don Iuan assi, porque en el concurrē las dichas quatro obseruaciones con los dichos llamamientos.

¶ Y q̄ el hijo segūdo varō solo esté llamado para la entrada, y asieto del dicho mayorazgo se prueba por la dicha clausula, en la qual auiedo señalado la cātidad q̄ auia de auer cada vno de los hijos por su legitima, substituyo pupilarmente a qualquier que dellos muriesse dentro de la pupilar edad antes de poder testar, y en ella vsaron destas palabras. *Y lo herede el hijo segundo legitimo varon que de nos quedare,* Y adelante tratando de los mesmos bienes, y legitimas de los hijos que muriesen dentro de la pupilar, dizē. *Los herede el dicho Don Antonio Manrique de Arana, nuestro hijo segundo, y a falta del, o de su descendencia, o el que fuere hijo segundo &c.* Y desta manera de disponer resulta que el llamamiento de Don Antonio, o del hijo segundo varon que quedasse de los testadores al tiempo de su muerte fue para aquel primer ingresso, y entrada de la successiō, en caso que muriesen los hijos dentro de la pupilar edad, sin que ay a disposiciō alguna, cerca de que succediendo Don Antonio por la pupilar, y muriendo el despues de auer succedido, pudiesse succeder otro hermano segundo, porque aquella palabra, y a falta del, o el que fuere hijo segundo, es condicional, id est. Si faltasse Don Antonio, quando succediesse el caso de morir los hijos en la pupilar edad, como si dixera. Si non superfuerit. l. á testatore cum alijs. ff. de condition. & demonstrat. & eo ipso, que viuia quando murieron sus hermanos, y que se succedio por la pupilar, sigue se, que se acabo allí el llamamiento del hijo segundo, l. vnica. §. fin

C autem

dad se atiende respecto del q̄ succedio etiā per momentum.

Num. 10.

Que la proximidad se considera respecto del, q̄ segun la verdad de uia succeder. aunque no succedio.

Num. 11.

Aunq̄ el sucesor no tome posesiō de los bienes, vaca por su muerte el mayorazgo.

Num. 12.

Pruebase q̄ el llamamiento del hijo 2. varon fue solo para la entrada.

Num. 13.

Que los testadores a falta de los pupilos dizē, q̄ lo herede D. Antonio, y vsarō de esta palabra, herede.

Num. 14.

Que la substituciō de D. Antonio, o del q̄ fuesse hijo. 2. varō fūe

Primus Articulus.

condicional, y q̄
expiro luego q̄
succedio el caso
de viuir D. Ant. al
tiempo q̄ murierō
los pupilos.

Num. 15.

Que la palabra,
à falta, en el caso
deste pley. no in-
duce cōpēdiōsa
y fideicōmi. sub-
stitucion.

Num. 16.

Si la qualidad de
la superexistēcia
se junta à verbo
de futuro, se regu-
la segū el tiempo
del verbo.

Num. 17.

En duda la substi-
tucion se presume ter-
minate & nō inter-
minate.

Num. 18.

Refierēse los Do-
ctores.

autem aliquid sub conditione. C. de caducis tollendis. l. qui hæred. §. Plautius. ff. de conditionib. & demonstrat. & in his terminis de substitutione facta, aliquo non superstitite, vel si non superfuerit quod sit conditionalis, & cesset si tempore quo casus euenit fuerit superstites, & quod amplius non detur locus substitutioni, resoluit Socin. In nior consil. 180. num. 38. & seqq. vol. 2.

Y si se dixere que la palabra, in defectum est apta, comprehendere non solum vulgarem & pupillarem substitutionem, sed etiam fideicommissariam in vim compendiose: De manera que este cōprehendido no solo el tiempo y caso de ser muerto, y no succeder Don Antonio, hijo segundo, sino tambien aunque succediese muriendo despues en qualquier tiempo sin hijos: Ex Paris. consil. 18. nu. 14. & 15. vol. 2. Decio. consil. 480. Mench. consil. pro Tribultijs n. 369. Respondemos, que aunq̄ segun algunos Doctores, la palabra in defectum, vel ex eo non existēte, vel viuentē, puedan importar, e induzir substitucion fideicōmissariam, esto no ha lugar quando se limito, o señalo tiempo cierto para la succession, como en nuestro caso, adonde la entrada y substitucion del hijo segūdo se confirió para si los hijos muriesen dentro de la pupilar edad, y las palabras de que si faltasse Antonio, van juntas con las de la substitucion: nempe, que a falta del, y de su descendencia, herede el que fuere hijo segundo. Y assi se ha de regular respecto de aquel tiempo, nam si qualitas superexistētiæ adjiciatur, verbo, substitutionis, debet qualitas verificari tempore verbi, & intelligi secundum illud. l. in delictis §. si extraneus. ff. de noxalib. l. 2. ff. de auro & argento legato. l. Titius. ff. de militari testamento. Alexand. consil. 59. versi. contrariam sentiam, vol. 5. & interpretatio voluntatis testatoris, fit secundū tēpus, quo dispositio applicatur ad actum l. penult. ff. de testamentaria tutela. Bart. in l. si ita num, 1. ff. de auro & argento legato, & vt inquit Socinus consil. 6. num. 2. volum. 1. non debet sumi interpretatio post actum perfectum, atque ita inspecto tempore futuro, sequitur Menoch. consil. 106. num. 229. & 330. Y no solo quando ay palabras tan claras de que se quiso entender, respecto del tiempo de la muerte de los hijos a quien se substituyo (pero en duda) se ha de entender, non indeterminatē, sed terminatē, & restrictiuē ad tēpus quo euenit casus substitutionis, & sunt in proposito plures Doctorum decisiones, & primō Petrus de Anchar. consil. 226. donde vn testador para en caso que se muriesen sus hijos, sin hijos, substituyo a Benedicto, y en falta del, y
sus

sus hijos, substituyo a los pobres. Resuelue, que aquella condicion
 sino vuisse, o faltasse Benedicto, se restringe al tiempo de la muer
 te de los hijos, y que si entonces viuia Benedicto que succedio por
 la substitucion derecha, quedan totalmente exclufos los pobres, y
 que no pueden ser admitidos por la compendiosa ni fideicommissa
 ria. secund. Abb. conf. 40. vol. 1. dōde el testador instituyo a los
 hijos. Et si filij non starent, substituit Federicum, & eo non flante
 suos filios, & si Federicus & eius filij non starent, substituit Leo
 nelum. Concludit Abb. que porque succedio Federico espiro la
 substitucion de Leonelo, aunque murio despues Federico, sin hi
 jos. Tertio Socin. Iun. d. conf. 180. nu. 64. vol. 2. vbi testator ama
 bilix hæredi institutæ decedenti substituit Catherinam eius foro
 rem, & ea non superstite, filios ipsius Catherinæ, concludit condi
 tionem importatam, per illa verba, ea non superstite, non absolu
 té accipi, quando cūq. nō superfuerit, sed determinate tēpore mor
 tis amabilix; cui facta fuit substitutio, & in simili casu cōsultit Pa
 rsius conf. 74. num. 16. volum. 2. & hæc conclusio quod conditio
 non existentix restringatur ad tempus mortis, in casu vulgari, seu
 pupillaris tantū dixit Menoch. post Ancharr. Abb. Alex. Corneus,
 Socin. Parisi. & alios conf. 496. nu. 11. & facit illud vulgare de quo
 supra quod in dubio contra actorem est pronunciandu, quoniam
 ei incumbit concludenter probare euenisse casum fideicommissi.
 Y porque Socino alega a Corneo consejo 186. vol. 3. y a Alexādro
 consejo 22. vol. 3. y a Iason conf. 130. vol. 1. y a Decio consejo 63.
 No se refieren los casos en que acōsejaron, y todos ellos son en los
 propios terminos de nuestro pleyto. Y de mas de los que quedan
 repetidos y de Alexandro d. conf. 22. que lo resoluió assi quādo pu
 sola palabra in defectuum, lo tiene con ella misma Alciato conse
 jo 130. lib. 9. Y aunque el pone el caso en que vuo la diction tunc
 que temporis extremitatem importat. l. 4. §. fin. ff. de conditionib.
 & demonstrationib. pero los demas lo resueluen sin aquella pala
 bra, y Decio d. conf. 63. siente ser lo mismo en el vn caso, que en
 el otro: y Socino Iunior d. conf. 180. num. 70. & antea num. 50.
 Y los mismos Doctores que tuuieron que se induze substitucion
 fideicommissaria, o compendiosa, por las palabras in defectuum,
 o eo non existente, se limitā si tacita, o expressamente no se restrin
 guio el testador a algun tiempo particular, vt patet ex Doctolib.
 supra citatis. Et ex Petro Surdo conf. 110. num. 10. Roland. conf.
 39. vol. 4. nu. 57. notanter Socin. vbi supra num. 71. & 72. y aquí
 los

Primus Articulus.

los fundadores que llamaron a Antonio Manrique, y en falta del, al hijo segundo, siempre fueron mirando al tiempo y caso de morir los hijos dentro de la edad pupilar.

Num. 19.
Que la opini6n de arriba no tiene duda quando la substituci6n se concluyo por palabras directas.

¶ Quæ omnia proculdubio verissima sunt, quando (vt in clausula huius nostri casus contigit) substitutio est concepta per verba directa, como lo son las palabras, *herede*, de que usaron los fundadores, ibi *Y la herede el hijo segundo.* & iterum, ibi. *Los herede el dicho Don Antonio Manrique, y en falta del el que fuere hijo segundo,* & hæc esse verba directa communis Doctorum opinio concludit in l. Centurio. ff. de vulgari, vbi Galiaula, num. 510. Michael Grassus de successione in verbo, substitutio, quæstione. 5. nume. 2. vbi late agit quæ dicantur verba directa & communia. Y assi aunque se confessasse ser substitucion compendiosa, que no lo fue, pero estando como esta hecha por palabras directas no contiene fideicommissaria, antes vale ante pubertatem, vt pupillaris post nullo modo. glo. in l. verbis civilibus. ff. de vulgari, & in l. Centurio. ff. eo. titu. glo. in cap. si pater, verbo, absque deductione, de testamen. in sexto, & est pro hac opinione expressa lex, l. 2. titu. 5. par. 6. ibi, *Mas si muriere después desta edad, estonces el substituto no heredara ninguna cosa de los bienes,* tradit quam pluribus citatis Couarru. in cap. Reinuntius. §. 9. num. 15. conclusionem. 4. Especialmente estando como queda dicho restringida y referida al tiempo cierto, quo casu non comprehenditur fideicommissaria, vt inquit Socin. vbi supra num. 81. vbi exemplificat in casu super existentia, ni los testadores pudieran en ningun caso hazer fideicommissaria substitucion a sus hijos pupilos, por ser grauamen de legitima, como se fundara latissimamente en el segundo articulo desta informaci6n, al qual nos remitimos. Y el dezir que esta disposicion tiene tracto successiuo y es mayorazgo, no lo niega la parte de Don Juan, por que cosa llana es que estos bienes han de ser de mayorazgo perpetuo: y lo que dize es, que el primero llamado es el hijo segúdo que estuuiere viuo quando llego el caso de morir los hijos dentro de la edad pupilar, y que ya succedio, por que quando murieron Dó Andres y Doña Isabel era viuo el dicho Don Antonio, y assi aquella substitucion se verifico, y quedara este caso de ser como el era viuo, y de auer succedido como succedio, no esta llamado otro hijo segundo de los fundadores, y que despues que succedio el dicho Dó Antonio quedo hecho vn mayorazgo regular assentado en su cabeça, y ha de tener tracto successiuo para que se succeda conforme

Primus Articulus.

7

me a derecho sin q se quiera ni pueda dezir q no embargante qya vna vez succedio D. Antonio como hijo segundo, y que se aplico en el la cabeza y linea deste segundo mayorazgo q por auer muerto sin hijos auia y vuo de succeder otro hijo segundo, y començar desde alli el mayorazgo regular, que es lo que bien sin fundamento pretende Doña Catalina siendo assi que a los fundadores no les passo por el pensamiento siendo viuo, y succediendo Don Antonio a los hijos pupilos darle por substituto otro hijo segundo sino solo para en caso que el faltasse quando llegasse el caso de la sucesion pupilar. Y esto adierte bien Socino en el consejo que queda referido.

¶ Lo segundo, quando cessara lo que queda dicho en el primero fundamento, y sin embargo de auer succedido D. Antonio. He quisiese dezir que esta llamado otro hijo segundo de los fundadores es indubitable, que no tiene llamamiento la dicha Doña Catalina, ni le tuuo Doña Maria su madre, porque ninguna dellas tiene la calidad de hijo segundo, ni Doña Maria lleo a ocupar la segunda genitura, porque antes della vuo otro hijo varon, y Doña Catalina por su persona tã poco la tiene, porque es cierto, y no niegan los contrarios que aquella calida de hijo segundo, es, y se entiende respecto de los fundadores, y demas de que es muy claro por las palabras de la clausula de derecho, es que se deuen referir ad testatorem, nõ ad grauatum. gloss. in verbo, sua, in l. ex facto ff. ad Trebel. quæ exponit verbum sua, scilicet rogantis, quam sequuntur ibi. Bart. Paul. Alexand. & Immol. & in l. cum testamento, per text. ibi, ff. de auro & argēto legato. Marfilis singulari 21. Tullus Fernandez in l. 27. Taur. num. 7. cum alijs. Y la calidad de hijos segundos no cõuiene ni se puede aplicar a los nietos, nam quando filij sub aliqua qualitate vocantur filiorum appellatione nepotes non comprehenduntur, vt aduertit Alexan. consi. 4. num. 7. volu. 4. & consi. 123. num. 2. volu. 1. Iason in l. quis potest, num. 41. ff. de laquirenda hæreditate. Acoſta de maiorat. bonor. patrimon. num. 11. & cum Decio, Ruino, Curtio, & alijs tradit Anto. Gabri. lib. 6. commun. opinion. titu. de verbo. significatio. conclu. 1. num. 70. & in terminis Alciat. consi. 28. num. 6. versicu. rursus moueor. lib. 4. vbi dicit, quod si Princeps donauit Hugoni pro se & filijs, videlicet primogenito, & deinde vni post alium ordine genituræ quod non veniunt nepotes. quia ordo genituræ non consideratur in nepotibus, neque eis quadrant prædicta verba, sequitur Menochius

Num. 20.

Que aunque estu- uieran substituy- dos los hijos segú- dos, no fue substi- tuida D. Maria madre de D. Cata- lina, la qual ja- mastuuu la dicha calidad de hijo. 2.

Num. 21.

La palabra, hijo segundo, se entie- de el hijo. 2. de los testadores. Y las palabras se hã de referir al testa- dor, y no llama- do.

Num. 22.

Quãdo los hijos son llamados cõ alguna qualidad como de mayor ò segundo: de ba- xo del nõbre, hi- jo, no se cõprehē den los nietos.

D de

Primus Articulus.

Otro exéplo de la dicha doctrina

Num. 23.
Cócluye se q̄ D. Catalina no tiene llamamiéto por su persona.

Num. 24.
Que doña Maria madre de D. Catalina nunca fue hija segunda, por q̄ murió en vida de D. Antonio hijo. 2.

Num. 25.
Que la qualidad de hijo. 2. la requirieron los testadores al tiempo de su muerte. Y por ser así es preciso conforme a derecho que la dicha qualidad la téga el q̄ viere de suceder al dicho tiempo.

de præsumptionib. lib. 4. præsumptio. 154. num. 11. Corne. confi. 290. num. 5. verbo, hoc persuadetur, lib. 4. qui dicit, quod si testator alienationem prohibuit sine licentia fratrum suorum quod sub eo nomine non continentur nepotes, quia eis non cōuenit dispositio, y es muy assentado de derecho, que quando esta llamado el hijo segundo q̄ fuere viuo, precisamente se requiere que se tenga esta calidad al tiempo que se defiere la successio, y no basta q̄ diga el nieto que basta auerla tenido su padre, quia verba illa qui superstes fuerit habēt vim taxationis, & inducunt veram atque propriam demonstrationem super uiuentis, & tantum in eius persona demonstrata verificatur, ex l. cum certos. ff. de vino, tritico, & oleo legato, aduertit Iason in l. Stichum, qui meus erit, notabili 1. ff. de leg. 1. vbi Paulus num. 4. & Cuman. in l. seruos in principio. ff. de leg. 3. de forma que por su persona Doña Cathalina es imposible que se pueda dezir que tiene llamamiéto ni la calidad que requirieron los testadores de hijo segundo. Y reconociendo esto los abogados contrarios dizen que la tiene representando la persona de la dicha Doña Maria su madre, que respecto de Don Antonio fue hija segunda, por q̄ aunque tuuo otros hermanos, son ya muertos. A lo qual dezimos, que Doña Maria no lleuo a ser hija segunda, porque murio en vida de Don Antonio que lo era, y aun respecto del quando se quisiese entrar por la substitucion fideicomisaria, tã poco era ni fue hija segunda, porque estaua en medio don Andres, y así es imposible que pueda Doña Catalina representar a su madre con la dicha calidad de hijo segundo, que es la q̄ precisamente se requiere para poder succeder, excluyendo a los q̄ fundan de derecho, vt patet ibi, *El hijo segundo varon q̄ de nos quedare, & rursus, Los herede el dicho Antonio Manrique de Arana nuestro hijo segundo, y a falta del o de su descendencia, o el que fue hijo segundo.* Requiriendo aquella qualidad de hijo segundo tempore delatę successiois, quia cum testatores se referunt ad tempus mortis eorū illa qualitas filij secundo geniti debet adesse tempore delatę successiois. §. proximus, instit. de legitima agnato successio. l. interuenit. ff. de legat. præstand. l. Titius & ibi Bart ff. de testament. milit. & sic solum intelligitur vocatus filius secundo genitus qui tempore mortis testatoris fuerit secundo genitus, argumento text. in l. ex facto. §. penult. ff. ad Trebellian. cuius l. argumento dixit Bald. in l. 2. C. de iure emphiteu. colu. 1. ad finem, verbo, item an valeat, num. 5. emphiteusim acceptam cum pacto, quod non transeat, nisi

si ad primogenitum: debere intelligi de eo qui tempore mortis reperitur primogenitus, quem sequitur Alexand. in dict. l. ex facto. §. pœna, num. 3. & ibi Vincentius Herculanus, notabili. 1. Socinu. in l. si cognatis, nu. 5. ff. de rebus dubijs, versic. ex quo inferitur, latissime Roland. a Valle consi. 39. numer. 49. & 50. & 51. libro. 4. & in terminis secūdi geniti vocati ad fideicommissum quod debeat habere prædictam qualitatem tempore delatæ successione. Alcia. consi. 560. alias. 101. filium Agnetis, num. 3. & 4. lib. 9. Menoch. consi. 269. num. 24. lib. 3. idem Bald. consi. 275. colum. penult. lib. 2. dixit quod vita defunctus non potest dici primogenitus vt succedere possit quem sequitur Ancharra. consi. 82. num. 6. Decius consi. 443. num. 19. Menoch. consi. 269. num. 16. lib. 1. Y siendo así que la dicha Doña Maria Manrique nunca fue hija segunda en su vida, ni jamas tuuo la primera causa de poder succeder en este segundo mayorazgo, ni pudo transmittir, ni se puede representar lo que jamas fue. l. nemo plus iuris. ff. de regul. iur. l. qui in aliena. §. interdum. ff. de acquirenda hæreditate, ibi. *Per eum quis existere necessarius non potest.* Vnde dixit notabiliter in proposito Cassaneus in consuetudinib. Burgund. rubri. 10. §. 1. verb. le plus, nume. 12. & 13. quod quando á principio non est certa persona simpliciter vocata, sed cum qualitate, sed cum qualitate temporis in futurum, quod dispositio non comprehendit præ defunctum, neque eius liberos mediante representatione. Lo qual es el caso deste pleyto a la letra pues los fundadores llamaron a su hijo segundo varon: y dixeron que este fuesse Antonio Manrique de Arana, o el que quedasse por hijo segundo: De manera que llamaron al hijo que quedasse por segundo varon. Y este llamamiento no fue simple, sino cum qualitate depēdenti á tempore in futurum. Por lo qual la dicha Doña Maria, que jamas fue hija segunda, ni tuuo este lugar no puede ser representada de la dicha Doña Catalina su hija, sequitur Tiraquel. de retract. linag. §. 1. glo. 9. num. 102. Moline. io consuetudinib. Parisiensibus, titu. 1. §. 8. gloss. 1. num. 12. Peralta in l. cum pater. §. á filia, num. 68. delegat. 2. Moline. in consuetudinib. Parisiensis, tit. 1. glo. 1. num. 12. Molina lib. 3. cap. 7. num. 1. 2. & 3. ibi. *Non enim concedimus representationem primogenituræ parentis in filio cuius pater aliquo tempore ius primogenituræ non habuit quo secundo genito excluso inclusit se, & omnes ex sua linea procedentes* Hoc ipsum in terminis de quibus agimus decidit Matthæus de Afflict. c. 1. de Gradibus successione in feudo, num. 12. vbi inquit, *Quod tunc fingitur secundum*

Cósejo de Alcia:
to en proprio ster
minos.

Num. 26.

Que no se pue
de representar la
qualidad de hijo
2. q jamas concu
rio en D. Maria.

Doctrina de Cas
saneo.

Doctores q figu
a Cassaneo.

Doctrina de Mo
lina.

Doctrina de Affl
ctis.

Primus Articulus.

Doctrina de Antonio Canesio.

cundo genitus, primo & tertio genitus, secundus, quando primus praede-
 cessisset in vita secundi, vel secundo genitus in vita tertij geniti, sed
 non quando secundo genitus vel tertio genitus praedecesserunt ante pri-
 mogenitum. & latius in eisdem terminis tradit Antonius Canesius
 in extrauaganti si aliquem. §. quia tamen exclusa, fol. 269. nume.
 21. vbi haec verba, *Et fortius procedit in casu quando secundo genitus
 moritur ante primogenitum, quia tunc nec uia nec fide dicitur pri-
 mogenitus, vere non, quia procedebat primogenitus, fide etiam non, quia
 nunquam dictus secundo genitus obtinuit locum primogeniti cum dece-
 serit ante primogenitum, & num. 11. subiunxit rationem huius dicti di-
 cens filium secundo genitum, uiuente primogenito mortuum nullum ius
 seu spem probabilem succedendi habuisse, quod in filium transmittere potue-
 rit, vel ab eo in illum deriuari. Prout ipse ibi latius probat, & ibi nu-
 mer. 12. profitetur quod Afflictus in dict. decisione nullum habet
 contradictorem. Quod etiam tradit Roland. á Valle consi. 39. nu-
 mer. 49. 50. & 51. & haec omnia euidentissima ratione probantur,
 quia cum representatio sit quaedam fictio translatiua quae transfert
 gradum parentis in filium, in ea duo extrema considerantur, uide-
 licet, extremum á quo scilicet pater, & extremum ad quem uideli-
 cet filius, haec enim extrema habilia debent esse, alias si ambo ha-
 bilia non sint fictio cessat. l. bonorum. ff. rem ratam haberi, quem
 text. ad hanc conclusionem notat Bart. dicens scribendum literis
 aureis in l. si is qui pro emptore, num. 3. ff. de usucapio. Pro qua co-
 clusione addit etiam l. necessario. ff. de periculo & comodo rei. l. eú
 qui stipulatur. §. fin. ff. de verbor. obligatio. ibi, *Quia homine mor-
 tuo desinit esse res in quam Scius obligatur.* Y si ansies que Doña Ma-
 ria madre de Doña Catalina que es el extremo á quo se ha de diri-
 uar la representacion en su hija Doña Catalina, que es el extremo
 ad quem, ni fue varon, ni jamas fue hija segunda de los fundado-
 res, porq̄ murio en vida de Antonio Manrique su hermano segun-
 do, cosa clara es que cessa totalmente este extremo á quo, porque
 no ay persona ni qualidad que se pueda representar, facit optimus
 text. in l. Scia. 42. ff. de donatio. cau. mortis, ibi. *Incurrerat hesitatio
 extorquenda donationis, qua nondum in persona filiorum initium acce-
 perat. l. tunc inutile. ff. de peculio legato. ibi. Tunc inutile legatum pe-
 culij sit cum seruus uiuo testatore deceffit.* Et pro hac opinione faciunt
 verba legis. 40. Tauri. ibi. *O de aquel a quien pertencee, ex quibus de-
 ducitur precisé requiri ad representatione quod ius sit certú & in-
 uariabile, neque sufficere si consistat in spe remota quae transmitti
 non**

Num. 27.
 La representació
 es fictiõ, y como
 tal requiere dos
 extremos habiles
 extremum á quo
 & extremum ad
 quem.

Póderase la l. 40.
 de Toro para es-
 ta opiniõ de q̄ se
 va hablando.

Primus Articulus.

9

non valet, vt per text. in l. 2. ff. de iniusto rupto dixit Bart. in l. is potest, num. 9. ff. de acquirenda hæreditate quod posse succedere nõ transmittitur quando non est aliquod ius de præsentí, idem Bart. in l. post emancipationem. §. illud, num. 1. ff. de liberatione legati.

¶ Todo lo qual es mas sin duda, atento que no solo esta sustituyendo el hijo segundo en la dicha calidad de segundo genito, sino con la de superexistencia, nempe que fuere viuo, y esta excluye totalmente la representacion, porque estas palabras qui superstes fuerit, necessariamente se ha de referir al hijo que verdaderamente era viuo al tiempo que murio el vltimo poseedor del mayorazgo, neque verificari possunt in filio prædefuncto cum præmortuus non sit superstes neque nepos ex præmortuo vere filius, neque habeat qualitatem superexistentiæ illo tempore requisitam ex dicto relativo qui superstes, de cuius natura est restringere dispositiones. l. omnes populi, cum vulgatis. ff. de iustitia & iur. dict. l. Stichum qui meus erit, & quod ille solus comprehendatur in substitutione qui superexistenciam certo tempore requisitam habuerit, & quod ad prædefunctum & eius filium non referatur ea dispositio, sed ad vere superstitem, per quamplura iura defendit Auenda. in dict. l. 40. Tauri. gloss. 8. num. 12. & 13. & in sequentibus numeris late demonstrat inducit veram conditionem eamque deficere in persona prædefuncti & transmissionem impediri, & quia ibidem videri poterunt eius fundamenta non transcribimus.

¶ De manera que dos cosas eran necessarias para que D. Maria vuisse podido hazer cabeça de linea, y que pudiesse ser representada. La primera, que fuesse hijo segundo, y nunca lo fue. La segunda, que estuuiesse viua quando succedio el caso, y no lo estaua.

¶ Y conforme a esto aunque la ley de Toro da representacion, assi entre descendientes como entre transuersales, y basta auer tenido aptitud de poder succeder, vt patet ex eadem. l. & quæ circa eam notant Doctores ibi Couarru, practica. quæstio. cap. 38. Molina lib. 3. cap. 6. & 7. Pero esto se entiende respecto del grado y de la persona que se pretende representar, pero no de la calidad que no se representa si ella no la tuuo. Barto. in l. liberorum, num. 13. ff. de verbo. significat. vbi inquit, quod quamuis gradus representetur non vero qualitas, & in l. 1. §. si sit filius. ff. de conuiscendis cum emancipato liberis, Auenda. vbi supra glo. 18. num. 24. & glo. 7. per totam, ni tampoco ha lugar quando estan llamados los hijos primo ò segundo, ò tertio genitos con calidades superexistentiæ,

Num. 28.

Que no solo esta llamado el hijo 2. en calidad de segundo genito, sino q̄ fuere viuo al tiempo de la muerte de los testadores.

Num. 29.

Esta palabra, el hijo segundo varõ que de nos queda re, restringe la disposiciõ, y requiere esta calidad al tiempo de la muerte de los testadores.

Num. 30.

Que no ha lugar la l. 40. de Toro en este caso.

Primus Articulus.

vt superius diximus. Y siendo afsi como es sin genero de dificultad que Doña Catalina no puede tener derecho por representacion de su madre, mucho menos tiene por su persona, pues no es secundo genito de los fundadores, ni podra hazer cabeza para la succession deste mayorazgo, pues quien la auia de hazer era el hijo segundo que tuuiesse esta calidad al tiempo que llego el caso y se defirio la succession por muerte de los hijos pupilos, o por lo menos quando se pudiesse dar lugar a la fideicomissaria, que no puede, era forçoso que para hazer cabeza en la dicha succession uiesse de tener la dicha calidad quando murio dō Antonio Manrique. Ni tampoco se podra ayudar del llamamiento de los descendientes, porque estan llamados los que lo fueron del hijo segundo en quiẽ entrare y se assentare la succession, por auer tenido y tener la dicha calidad de secunda genitura, la qual (como esta dicho) no tuuo la dicha Doña Maria, ni la tiene la dicha Doña Catalina, que agora litiga.

Num. 31.

Que D. Maria y D. Catalina no solo no estan llamadas, pero excluydas.

¶ Lo tercero dezimos, que Doña Catalina del Hierro, ni por su persona ni de la de Doña Maria su madre aunque alcançara a ser viua al tiempo que se defirio la succession, y cessara lo que queda dicho en los fundamentos precedentes, por otra razon tambien llana a nuestro parecer no puede tener ni tiene llamamiento, porq̃ el que se hizo del hijo segundo, que es por donde quiere tener entrada, fue con calidad de que uiesse de ser varon, ibi. *Y la herede el hijo segundo varon que de nos quedare, & ibi. Los herede el dicho Dō Antonio Manrique de Arana nuestro hijo segundo, y a falta del o el que fuere hijo segundo.* Y por estas palabras y llamamientos no se dio ni puede dar lugar a las hébras. *Hæ enim voces masculis siue viri restringunt dispositionē ad masculos, & stant exclusiue ad fœminas, por que aunque aliás la palabra, hijos, comprehende promiscuamente varones y hembras, lege liberorum. ff. de verbor. significatione. l. cognoscere. §. liberorum eo titulo. l. finali. C. de suis & legitimis hæredibus. Parisius consi. 39. num. 1. volumi. 2.* Esto se limita quando con la palabra, hijos, se junta la palabra, varones, porque entonces stat restrictiue & qualificatiue á solo los varones, para que no se comprehendan todos los hijos sino solo los que fueren varones, y tuieren esta calidad y juntamēte estan exclusiue a las hembras que no la tienen. l. 1. C. de adult. ibi. *Sed ab id quod masculis iure mariti accusandi facultatem detulisset non idem fœminis priuilegium detulit.* *Hæc enim vox masculus seu vir non potest ad fœminas pertinere*

Num. 32.

Esta palabra, varon, es exclusiua de las hembras.

tinere, secundum Alciat. in l. 1. num. 3. & 4. de verbor. significat. est enim præcise significationis masculinæ, & mulieris exclusiuium. Siluan. consi. 1. num. 5. & 8. etiam si apponatur in contractibus. l. scripturas, & ibi Baldus numero. 4. C. qui potiores. Decius in l. foeminae. numero 32. de regul. iuris, & inclusio virorum est exclusio foeminarum, teste Baldus l. maximum vitium, numero. 2. C. de liberis præteritis, vbi ait, quod vocatio virorum habet duo capita, vnum inclusiuum virorum, & alius exclusiuum foeminarum. Bartol in l. 2. §. videndum num. 2. ff. ad Tertul. quia inclusio vnus, est exclusio alterius, & ius datum viri, foeminis censetur ademptum secundum Barto. ibi, & Socin. iuni. consi. 30. nume. 34. volumi. 1. & expressio facta de masculis foeminas excludit, & ad masculos tantum dispositionem restringit. Ruin. consi. 102. num. 1. volumi. 1. quem refert & sequitur Anton. Ciofius. consi. 24. num. 5. lib. 1. quod etiam tenet Parisius. consi. 22. num. 26. & 27. lib. 3. & certo certius est, quod appellatione filij masculini nemo intelligit foeminam imo esset, quid supinum dicere oppositum, verba sunt Abbatis consi. 39. num. 4. volumi. 1. late Anton. Peregrin. de fideicomis. articu. 25. num. 11.

Num. 33.
La incluíó de va-
ron, es exclusion
de las hembras.

¶ Y no obsta dezir, que en la misma clausula 50. los testadores absolutamente llamaron a su hijo segundo, sin añadir aquella calidad de varón, como parece della. ibi, *Los herede el dicho Antonio Manrique de Arana nuestro hijo, e a falta del, ó su descendencia, o el que fuere hijo segundo.* Y que en estas palabras, y llamamiento absoluto de el hijo segundo, esta hecho el de la hija segunda: quia masculinum foemininum concipit. Y porque la calidad de varón en ninguna manera se hade repetir, ex pluribus adductis per Molinam lib. 3. cap. 5. num. 56. & 57. Peregrinum de fideicommiss. dict. artic. 25. nu. 28. verbo, contraria vero.

Num. 34.
Que no obsta de
zir q̄ de baxo de
la palabra hijo se-
gundo se cõpre-
hende hija segun-
da.

¶ Porque se responde, que la dicha calidad de varon, se entiende estar repetida en el dicho llamamiento absoluto, el hijo segundo y la razon es llana. ¶ Porque los testadores en la dicha clausula 50. instituyeron el dicho segundo mayorazgo, con vna pupilar substitucion, que hizieron a los pupilos que muriesen en la pupilar edad, y llamaron a la succession dellas, a su hijo segundo varon, y declarandose mas, dixeron: que el hijo segundo varona quien llamauan, era a Antonio Manrique de Arana su hijo segundo. Pero porque tenian otros hijos varones, y podia succeder que don Antonio Manrique de Arana hijo segúdo, primer llamado, se muriesse,

Num. 35.
Que en el caso de
este pleyto se ha
de tener por re-
petida tiepre la ca-
lidad de varon.

Primus Articulus.

Por muchas razones se ha de repetir la calidad.
La primera.

se, o en vida de sus padres, o despues antes que los pupilos, llamaron al hijo varon que por muerte del dicho Don Antonio quedasse por su hijo segundo varon, y ser forçoso hazerse la repetición de esta calidad, se muestra por muchas razones. La primera, porque la vna parte de la dicha clausula se ha de declarar por la otra l. qui filiabus. l. si seruus plurium. §. fin. ff. delegat. 1. de la misma manera que vna parte de el testamēto por otra. l. vtrum. ff. de petitione hereditat. quo fundamento ita in terminis tenet Abb. consi. 36. vide tur primo lib. 1. quem sequitur Cumanus, Barba. Curtius Senior, Guido Papę, Iaso, Doctores, Gratus, Ruinus, & alij plures relati ab Anto. Gabriele titu. de testamentis, conclusionē. 10. num. 1. & alios retulit Menochi. conclusi. 95. num. 81. & consi. 204. nu. 43. & numero. 53. de præsumptio. lib. 4. præsumptione. 84. num. 5. vbi se ipsum refert Molina lib. 3. c. 5. nu. 56. La segunda, porque esta palabra absoluta de hijo segundo esta puesta en vna misma clausula y oración, quia declaratio nominis æquiuoci, positi in eadē oratione sumitur á precedētibus vel sequētibus, videlicet vt declaretur, & accipiatur prout testator declarauit in eadē oratione, vel in principio, vel medio, vel fine. Y pues en el principio de la oración, y llamamiento pusieron por regla los testadores, que el successor fuesse *El hijo segundo varon que de nos quedare*: clara cosa es, que aquellas palabras, *O el que quedare por hijo segundo*, se han de declarar por la misma oracion, conuiene a saber. *El que quedare por hijo segundo varon*, facit optim. text. in l. in oratione. §. si filio. ff. ad l. falcid. ibi. *Vim capiunt et formam, et originem, ita plures substituti sub du- et a persona pupilli, reuocandi sunt ad intellectum institutionis.* Ita sequēdo Abbatis consilium per hanc rationem, ex Bartoli de Cirina in l. Seixæ. §. Caio. ff. de fundo instructo, tenent Cumanus, Curtius Zephalus, Gozadinus, & alij plures Doctores in varijs consilijs quos refert & sequitur Marcus Antonius Peregrin. dict. art. 25. num. 29. La tercera y principal, porque en la dicha clausula 50. assi en el principio della quando los testadores llamaron a la dicha sucesion al hijo segundo varon, que dellos quedasse, como en el fin en las dichas palabras, *O el que quedare por hijo segundo*, siempre trataron de vna misma substitucion y de vna misma persona que fue de su hijo segundo, y siendo assi que este llamamiento de su hijo proprio segundo le hizieron con esta calidad, que fuesse varon, es cosa indubitable que en aquellas palabras, *O el que quedare por hijo segundo*, se ha de repetir calidad de varon, porque de otra manera seria

La segunda.

La tercera.

seria dar contrariedad y repugnancia en vna mesma clausula, y en vna misma oracion, y en vna misma persona. l. nihil. ff. de coniungend. cum emancipat. lib. eius, ibi, *Sed potest superior sermo, & ad hunc casum referri.* l. 1. §. si quis sub conditione. ff. vt legatorum seu fideicommissio nomina caueat. ibi, *Easdem causas & conditiones inesse,* & in proprijs terminis ita tenet Rubeus consi. 31. num. 6. & consi. 71. num. 6. & consi. 141. num. 3. & 7. Ruinus consi. 104. numer. 6. lib. 2. & consi. 168. num. 13. lib. 3. Æmilius Ferret consil. 11. num. 9. Curtius Iunior consi. 112. colum. 3. & consi. 114. colu. 2. Menoch. consi. 95. num. 83. lib. 1. Anton. Gabrie. lib. 3. commun. opinio. titu. de testamen. conclusio. 10. num. 3. & his non relatis, Molina lib. 3. ca. 5. num. 60. Menochi. de præsumptio. lib. 4. præsump. 84. numero. 7.

¶ Y no obsta las determinaciones q̄ se traē para q̄ no se aya de repetir la calidad de varō, porq̄ todas ellas son en casos differentisimos, nēpe quando la instituciō ò substituciō son de diuersas personas, y hecha en diuersas clausulas como si auiendo hecho el testador vna disposicion ò vn mayorazgo en que llamasse varones, hiziesse por el mismo testamento otro, y los llamamientos de diuersas personas por palabras comprehēsiuas de varones y hembras, en este caso la qualidad de varonia puesta en los llamamientos del primero mayorazgo, no se repetira en el segūdo, y aun en este caso tiene la contraria opinion Peregrino. d. artic. 25. num. 34. 35. y siguientes.

¶ Lo quarto, porque los dichos fundadores declararon su volū- tad, y especificaron quien auia de ser el hijo segundo varō que llamauan a la succession del dicho mayorazgo, y dixeron que fuesse Antonio Manrique de Arana, ibi. *Y los herede el dicho Antonio Manrique de Arana nuestro hijo segundo.* Quo casu proculdubio masculinum non concipit foemininum imo est impossibile, quod Antonius secūdo genitus possit esse masculus, & foemina. Ita Decius in l. foeminæ, num. 97. ff. de regul. iur. Anto. Gabrie. titu. de verbo. significatio. conclusio. 6. num. 117. Menoch. dict. præsumpt. 84. num. 10. Y siendo assi que vna parte de la alternatiua, ha de declarar la otra. l. 1. ff. de rebus dubijs á quellas palabras, *O el que suere hijo segundo,* se ha de interpretar por la narratiua, y pues en el principio de la clausula los testadores llamaron a su hijo segundo varon, y en el medio de la dicha clausula declararon que el dicho hijo segundo varon era Antonio Manrique de Arana su hijo segun-

Num. 36.
Respõ. a los q̄ tu uierõ la cõtraria opinion q̄ no hablan en este nuestro caso.

Num. 37.
Que por nõbre proprio declararõ quien auia de ser el hijo. 2. y en este caso el masculino no cõcibe el feminino.

Nota.

F do,

Primus Articulus.

do, clara cosa es, y que no recibe duda, que la otra parte y vltima de la dicha clausula, que continuo el mismo llamamiento, ibi. *O el que fuere hijo segundo*, se ha de entender o el que fuere hijo segundo varon.

Num. 38.
Significaciõ pro-
pria de la palabra
hijo segundo.

¶ Lo quinto, porque esta palabra, hijo segundo, de su propria significacion esta in genere masculino, y en este caso no se comprehenden las hembras, porque tienen su proprio y particular vocablo, conuiene a saber, la hija segunda, y en este caso que masculinũ non concipiat foemininum, tenet Fulgo. in l. quicumque. C. de seruis fugiti. & post Decium, Corneum, & alios in proprijs terminis de mayorazgo a que estaua llamado el hijo segundo que no tenga llamamiento la hembra, ni se comprehenda debaxo de el nombre masculino de hijo segundo, lo resuelue Deciano responso. 7. num. 47. & 51.

Nota.

¶ Y por lo que dizen los contrarios, y es ordinario en successiõ de mayorazgos en que ay semejantes llamamientos de que prefiera el varon a la hembra, y el mayor al menor, que se entienda estando en la misma linea y grado, no se responde al fundamẽto de que vamos tratando: porque no dezimos que despues de assentado el mayorazgo en la cabeza q̄ vuiere de dar o dio principio a la successiõ del aya de ser de varon, y con exclusion de hembras, aunq̄ los varones esten en grado mas remoto, porque desto no se trata agora, y lo que dezimos es, que en la entrada y para assentar el mayorazgo, y que aya de hazer cabeza el hijo segũdo que llamaron los fundadores fue con la dicha calidad de varon in predictis verbis, *Y la herede el hijo segũdo legitimo varon*, y las palabras que estan mas abaxo, ande de hijo varon legitimo, en hijo mayor legitimo varon, y en sus descendientes: y a falta, en hembra hija mayor legitima, y en sus hijos varones, con que, siempre el mayor prefiera al menor, y el varon a la hembra: son y se entiẽden, de los hijos y descendientes del hijo segundo varon, en quien ya vuiere entrado el dicho mayorazgo, en los quales se ha de guardar la ordinaria manera de succeder, y conforme a los llamamientos, y cõ las condiciones del mayorazgo principal, a que fue llamado el dicho Don Juan, sin que se puedan entender en el ingreso, y primera substitucion. Para la qual es certissimo que se requiere que sea hijo segundo varon, y que estãdo llamado con esta calidad, no viene la hembra, y aun bastara dezirse solo hijo segundo, para que el masculino no comprehenda al femenino, como lo dixo bien Deciano

Num. 39.
Para el ingreso
de este mayorad-
go es necessario,
q̄ aquel en quien
se assentare le va-
ron.

ciano

ciano dict. consi. 7. num. 4. 7. & 31. Y assi aunque se confiese que las hembras no estan omnino exclusas, y que tienen llamamiento, y que la exclusion dellas es en la forma ordinaria por los varones de la misma linea y grado, esto es y se entiende en el progreso de la succession, y entre los descendientes y successores del hijo segūdo varon en quien se vuiere assentado la succession del dicho mayoradgo.

¶ De todo lo que queda dicho se faca la respuesta q̄ tiene el fundamento principal de la parte contraria, que en effe cto es dezir, q̄ ya succedio el primer caso y substitution de Don Antonio Manrique, y que agora se trata de la segunda por auer muerto el dicho Don Antonio sin hijos ni descendientes, y que ha de succeder el q̄ fuere hijo segūdo, y que respecto del lo fue y es Doña Maria, por que no ay otro ninguno hermano en medio, y que Don Iuan que fue el hijo primero no puede en manera alguna ser hijo segundo, antes dicen, que quando vuiera sido segundo, si viniere a quedar primero por muerte del hijo mayor, tampoco tuuiera substituciō, y a este proposito traen al consejo de Alciat. 101. lib. 9. Ripa in rubrica de secundis nuptijs, num. 8. y en el responso. 131. aliās primo sub rubrica de substitutionib. quas & alias refert Mantica de coniectur. lib. 8. titu. 10. nume. 7. 8. & sequent. Y que quando se ha de succeder por orden, como es primero o segundo siempre ay subrogacion, y que assi en la disposiciō en que esta llamado el primogenito muriendo el, succede el segundo genito, y quando estan llamados los segundos genitos faltando ellos, succedē los terciogenitos, porque vienen a tener la calidad de secundo genitura, y que si Dō Antonio por el llamamiento expresso que tiene para el primer mayoradgo llegara a succeder en el, perdiera luego el derecho de poder succeder en el segundo mayoradgo que en el fundaron sus padres, porque muerto el primero, dexara de ser hijo segundo, y no se cumpliera con el fin de los fundadores que fue hazer dos mayorazgos distintos para dos hijos diferentes, y que por el mismo caso que llamaron al hijo segundo, fueron vistos excluir al primero. Esto es en substancia todo lo que se dize por parte de Doña Catalina.

¶ Para exclusion y respuesta deste fundamento basta lo que esta dicho cerca de la entrada y assiento que ya tuuo este segundo mayoradgo en la persona de Don Antonio en quien se verifico el llamamiento de hijo segundo, y que desde alli adelante quedo hecho,

Num. 40.
Fundamento principal de la parte contraria.

Num. 41.
Respuesta al dicho fundamento principal de la parte contraria.

Primus Articulus.

cho, y es vn mayorazgo regular por los llamamientos ordinarios, y que no esta ni fue llamado el otro hijo segundo, sino en defecto de no ser viuo Don Antonio al tiempo q̄ succedio el caso de la substitution pupilar. Y que quando la substitution passara adelante, y por auer muerto Don Antonio sin hijos se quisiera y pudiera tener por compendiosa y fideicommissaria no se podia verificar en Doña Catalina, pues es sin duda que no fue hija segunda, ni en D. Maria su madre, porque era muerta en vida de D. Antonio, y no la podia ni puede representar con aquella calidad de secundo genito, pues no lleugo a tenerla, ni tampoco con la de varon que se requiere en el que vuisse de succeder para hazer cabeza deste segundo mayorazgo, para lo qual todo son muy expresas las palabras de las clausulas no las queriendo hazer violencia, y muy conforme a ellas las determinaciones de derecho q̄ quedan referidas ex abundanti tamen, prosiguiendo el mismo intento para mas clara satisfacion respondemos.

Num. 42.
Resp. a la objection cõtraria.

Nota.

¶ Lo primero, que como esta dicho, y no lo niegan los contrarios, este mayorazgo no fue ni se instituyo para los secundo genitos de los successores, y solo se requirio la calidad de la secundo genitura en la primera entrada y asiento, y para hazer la cabeza del, y demas de q̄ esto es indubitable, por las clausulas se muestra, porq̄ si fuera mayorazgo de secundo genitos precisamẽte se auia de dezir, q̄ si esta successiõ se radicara en D. Antonio Manrique, ò en falta del, en D. Andres, y estos tuuierã hijos q̄ no auia de succeder en este mayorazgo su hijo mayor, sino su hijo segundo, lo qual es cõtra los llamamientos expessos que hizieron los testadores, porq̄ juntamẽte con Don Antonio Manrique llamaron a todos sus descendientes en dos partes: La vna, ibi, *Y los herede el dicho Don Antonio Manrique de Arana nuestro hijo segundo, y a falta del y de sus descendientes*, qui licet positi cententur vocati in hac perpetua maioratum successione. Molin. libr. 1. cap. 6. numer. 2. y esta palabra collectiua descendientes comprehende a todos in infinitum. l. fin. C. de suis & legit. hæred. Y fueron vistos ser llamados ordine successiuo, eo ordine succedendi quo ab intestato succeditur. l. fin. C. de verbor. significat. & secundum modum succedendi in maioratib. Hispaniæ. l. 2. tit. 15. part. 2. cum testatores fuerunt visi se conformare. l. hæredes mei. §. cum ita. ff. ad Trebell. Molina dict. cap. 6. num. 10. La otra ibi, *Por via de mayorazgo y meyorazgo*, debaxo de la qual fueron llamados, ordine successiuo, todos los descen
dien

dientes del hijo segundo gradualmente, segun las leyes del reyno, luego si fuesse verdad que los testadores debaxo de aquella palabra, *O el que fuere hijo segundo*, quisieron llamar a esta succession a los hijos segundos, seria contra estos llamamientos expressos, por los quales llamaron al hijo mayor del hijo segundo: y assi in infinitum, a los hijos mayores, y no a los segundos. Y mas abaxo, *Y ande de hijo mayor varon, en hijo mayor varon*, por lo qual precisamente se ha de dezir que el intēto, y voluntad expressa de los testadores, fue fundar este mayorazgo en Don Antonio Manrique su hijo segundo, y a falta del, en Don Andres, que en su lugar era hijo segundo, y en sus descendientes, y a falta dellos, es legitimo successor Don Iuan, el qual para esta succession tiene dos llamamientos expressos. El vno, debaxo de aquella palabra, *Succeda por via de mayorazgo*, porque supuesto que ha de ser perpetuo, tam ex verbis expressis dispositionis, quam ex natura verbi maioratus. Molina libr. 1. ca. 4. acabados los hijos segundos de los testadores, que fueron Don Antonio y Don Andres, este mayorazgo ha de boluer a Don Iuan, quia finitis personis expresse nominatis succedunt alia, quæ secū dum ius possunt succedere, vt inquit idē Molina dict. cap. 4. num. 17. vbi si ex verbis, vel mente testatoris constat quod voluit quod maioratus fuisset perpetuus deficientibus expresse nominatis bona non remanerent libera, sed in eis succederent alij descendētes testatoris, in terminis proprijs ita tenet Mieres lib. 2. quæstio. 3. num. 103. vbi dicit, quod si primogenitus fuit exclusus propter secundo genitum, quod mortuo secundo genito succedit primogenitus, y es decision muy llana para el caso deste pleyto al punto que se confiesse como necessariamente se ha de confessar que quedo hecho mayorazgo regular despues de la entrada, y estar assentada, como se assento en el hijo segundo, que despues de el, ya esta dado lugar, y se le da el derecho al hijo mayor que antes auia sido excluso por el segundo para poder succeder, y declarandose mas los testadores para en caso que faltassen sus hijos segundos y su descendencia llamaron expressemente a Don Iuan, ibi. *Y ande de hijo mayor varon en hijo mayor varon*, como esta dicho y fundado, lo qual fue y es conforme a su voluntad. Porque los fundadores no excluyeron expressemente a Don Iuan de esta succession, sino tacitamente llamando a ella al que quedasse por su hijo segundo varon, de la misma manera que tacitamente excluyeron a Don Antonio de la succession del primo

Nota.

Nota.

Num. 42.

Que D. Iuan tiene dos llamamientos en dos partes para esta succession.

Num. 43.

Que D. Iuan fue excluso tacitamente deste. 2. mayorazgo, como D. Antonio del primero.

Primus Articulus.

mero mayorazgo llamando a ella a Don Iuan y su descendencia, pero a falta de Don Iuan y de su descendencia llamaron expresamente a la dicha succession del primero mayorazgo a Don Antonio Manrique, como parece de la clausula de la fundacion de el dicho mayorazgo, ibi, *E si del dicho Don Iuan de Arana nuestro hijo no quedaren, è faltare succession e descendencia legitima de legitimo matrimonio, nombramos è instituymos en el dicho mayorazgo por successor y tenedor en el a Antonio Manrique de Arana nuestro segundo hijo.* Quisieron que ambos mayorazgos se vniesen en vna misma persona, como se prueba de la dicha clausula. 50. que tracta del dicho segundo mayorazgo, ibi. *Los herede el dicho Don Antonio Manrique de Arana nuestro segundo hijo.* De las quales dos clausulas juntas se prueba que estos dos mayorazgos conforme a la voluntad expresa de los testadores se pudierõ vnir y juntar en vna misma persona, y de derecho dos mayorazgos son compatibles, y tres y quatro. l. 7. tit. 7. lib. 5. Recop. per argumentum á contrario sensu. Molina lib. 2. capit. 14. numero. 28. luego ha se de dezir que de la misma manera que los fundadores solamente excluyeron a Don Antonio de la succession de el primero mayorazgo por Don Iuan que era el primogenito y su succession, y la dicha tacita exclusion de Don Antonio fue temporal, y no mas que vna suspensio, y luego tuuo llamamiento a falta de Don Iuan, que de esta misma manera D. Iuã fue tacitamente excluydo de la succession de el dicho mayorazgo por Don Antonio hijo segundo, o por el que fuesse hijo segũdo y su succession, pero a falta de ellos tuuo el llamamiento legal por aquellas palabras de que en estos bienes succediesse *Por via de mayorazgo, y por llamamiento especifico y particular, y ande de hijo mayor varon en hijo mayor varon.* Y en este caso quisieron los testadores que se vniesen estos dos mayorazgos como quisieron q̄ se vniesen a falta de D. Iuan y de su descendencia, vt contrariorum eadem sit disciplina, y porque vna parte del testamento se declaro por otra parte del testamento, y no vna clausula por otra clausula. l. qui filiabus. §. 1. l. si seruus plurium. §. fin. ff. de legat. 1. l. vtrum. ff. de petitione hæredita. ibi, *Sequentem clausulam:* mayormente que no se prueba dar razon de diferencia para que los testadores expresamẽte permitiesen la vnion de estos mayorazgos en caso que Don Antonio succediesse en el primero mayorazgo, y que no lo quisiesen en el caso que por falta de don Antonio, o del que fuesse hijo segundo succediesse Don Iuan, y quando

Num. 44.
Dõ Antonio fue llamado al primer mayorazgo y en el se pudierõ vnir.

Nota.

Nota.

Nota.

do se vuisse de dezir que este es mayorazgo de secundo genitos, y que fue calidad requerida para todas las successiones, el legitimo successor no fuera Doña Cathalina en quié no concurre esta calidad ni ninguna otra de las que se requieren, sino el hijo segundo de Don Iuan, por lo que se dize en la informacion que se da a parte, aunque a nuestro parecer no ay q̄ llegar a esto, por ser muy llana la justicia de Don Iuan.

¶ Lo segundo, quando sea ansi que estando hechos los llamamientos con calidad de primogenitura, o secundo genitura, & de incept, se admitta subrogacion, ita vt mortuo primogenito, secundogenitus dicatur primogenitus, & mortuo secundogenito, tertio genitus dicitur secundo genitus. Lo qual no passa sin contradiccion, porque las palabras primogenito, secundogenito, y terciogenito se entienden naturaliter & ciuilitur, naturaliter proprie porque aquel es primogenito que nace primero, y secundogenito, que nace segundo, y ansi del tercero y quarto, y los demas, y en este sentido no se da subrogacion, pero ciuilitur, & per fictione la reciben, porq̄ muerto el primogenito se llama primogenito el segūdo, y muerto el segūdogenito, se llama el terciogenito, segūdo genito. Y q̄ las palabras de los fundores se ayā de entēder natural, y no ciuilmente lo tuuieron muchos Doctores referidos por Tiraquelo de primogenitura q. 1. & 3. Menoch. consi. 97. lib. 1. Pero esta dificultad cessa en el caso deste pleyto, porque la segundagenitura, no es calidad perpetua para todos los tiempos, y casos que han de succeder sino temporal para la entrada, y asiento del mayorazgo, quo casu, basta que la aya al tiempo de la substitution: & sic tempore delatae successions maioratus, in conditionibus enim considerandum est principium primæ existentiæ, vt dixit Bald. in l. precibus, num. 6. C. de impuberum, & alijs, & in Authentico, sed & si quis, num. 6. C. secundis nuptiis, & facit. l. si quis hæredē. C. de institutionibus, & substitutionibus. Y cõforme a este sentido cierto y verdadero de las clausulas, no es perpetua, ni se ha de continuar en todos los successores la calidad de la secunda genitura, ni ay que tratar de si se subrogan los secundogenitos, sino que assentada la succession del mayorazgo, en el hijo segundo, que ya tuuo la dicha calidad, como lo fue Don Antonio se ha de succeder conforme a derecho.

¶ Lo tercero, las determinaciones que se trahe en cõtrario no se applican al caso deste pleyto, porque el responso de Francisco de Ri-

la y . lib . oles . la
omnino . lib
y . q̄ . de . lib
61

Num. 45.
En el caso de este pleyto no ay subrogacion, ni subingression de secundo genitos, porque el 2. hijo solo fue llamado para el ingresse deste mayorazgo.

Nota:

Num. 46.
Resp. al consejo de Ripa, y refiere

de Ri-

Primus Articulus.

el caso del, y es
diferentissimo
del de este pley-
to.

de Ripa. 1 3 1. num. 1 4. sub titulo de secundis nuptijs, y lo que di-
xo en la rubrica. C. eo titu. num. 8. es a otro proposito muy diffe-
rente. Porque el caso de aquel pleyto fue que Iuan Claramonte in-
stituyo por heredero vniuersal a Diego de Claramonte su hijo, y
si muriessse sin hijos varones substituyo al hijo segundo de la ca-
sa de Claramonte habiles ad succedendum, & quod non esset ec-
clesiasticus, & quod portaret arma de Claramonte. Succedio el ca-
so de la substitucion, porque Diego y Iuan de Claramonte murie-
ron sin hijos varones, y de Tristan de Claramonte que era el señor
de la casa de Castro Nouo quedaron tres hijos varones, Francis-
co de Claramonte Cardenal y Legado Apostolico en Auinion, que
era primo genito, por auer muerto su hermano primogenito Luis
de Claramonte, y Pedro de Claramonte tercio genito y Guidõ de
Claramonte quarto genito. En la dicha casa de Castro Nouo, tam-
poco podia succeder ecclesiastico. Vno pleyto sobre esta successiõ
entre Pedro de Claramonte tercio genito segun naturaleza, pero
primogenito por ficcion, por auer muerto su hermano mayor
Luis, y ser incapaz el Cardenal, y como tal possieya el mayoradgo
y casa de Castronouo, y su hermano quarto Guidon. Franc. de Ri-
pa aconsejo en fauor de Guidõ, y los fundametos principales fue-
ron tres. El primero, que el testador quiso llamar y llamo al segun-
do genito por ficcion, & non per naturam, y assi al que per fictio-
nem fueffe secundogenito tempore mortis, y que este era Guidõ.
Porque por la misma ficcion, Pedro de Claramonte era hijo pri-
mogenito de Tristan de Claramonte, y possedor del mayoradgo
de Castronouo. El segundo, porque en vna persona no podian
concurrir primogenito y segundo genito, primo genito para here-
dar la casa de Castro Nouo, y segundo genito para heredar este
mayoradgo, mandado al segundo genito de la casa de Claramonte
que en substancia es lo primero, que es dezir, que no se ha de aten-
der en la primogenitura a la natural, sino a la ficciõ, porque aquel
se dira primogenito y segundo genito, qui obtinet locum primi
vel secundi geniti propter mortem vel incapacitatem primogeni-
ti. El tercero fue por la confusion del apellido y armas, pues no po-
dian concurrir en vna misma persona el apellido Claramonte y
de Castro nouo, y las armas, y que la presumpsta voluntad de el te-
stador fue separar las casas y el apellido y armas. Estos son los fun-
damentos de aquel consejo: el qual en ninguna manera conuiene
a nuestro caso, y solo en vno se pudiera applicar, y es si por falta
de

de Don Iuan, Don Antonio viera succedido en el mayorazgo primero y principal, y teniendole succediera el caso del segundo, por morir los pupilos, y Don Antonio litigara cō Don Andres su hermano, diziendo que era el hijo segūdo, y que tenia especial y particular llamamiento, y le quisiera excluir, por dezir que como primogenito por ficció podia tener el primero mayorazgo, y como segundo genito por naturaleza y llamado auia de tener el segūdo. En este caso parece que la causa de Don Andres tuuiera mucho simbolo y semejança con el consejo de Ripa, y aun no tuuiera justicia. Porque el testador en quanto a las armas nombre y apellido mandò que este segundo hijo traxesse el apellido de Arana y Villela y Manrique y Zurbaran, y las armas de estos linages, y lo mismo mādò al hijo mayor, y assi cessa la razon de la incōpatibilidad por las armas y apellido, pero demas de esto nuestro caso es muy diferente, porque D. Iuan no litiga con ningun hijo segundo varon del testador, sino con vna hembra, que no es hija segunda sino hija de la hija, y con hembra exclusiva desta succession, alomenos para la entrada de la succession.

¶ Ni tampoco el consejo. 101. de Alciato filium Agnetis, lib. 9. secundum nouiorem impressionem alias. 560. El caso del qual es que el testador llamo a la succession a Guidon, y a falta de Guidō y sus hijos, al hijo segundo que entonces tuuiesse Ines a falta del hijo segundo de Ines y de sus hijos, al hijo de Francisca. Murio Guidon sin hijos, y aunque Ines al tiempo que se hizo el testamento tenia muchos hijos. Pero al tiempo que murio Guidō no tenia mas que vn hijo, que a falta de hijos mayores era primogenito, este pretendia la succession, y de la otra parte el hijo de Francisca, el qual dezia, q̄ este hijo de Ines no era segundo, sino vnico y primogenito, por auer muerto sus hermanos. El hijo de Ines dezia, q̄ naturalmente era secundo genito, y que tenia llamamiento, y aunque primogenito por ficcion queria como secundo genito naturalmente excluir al hijo de Francisca. Alciato aconsejo por el hijo de Francisca, por dezir que este no era segundo genito, sino primogenito, y que por ser ansi no podia excluir al llamado, que es el caso a la letra de Ripa, y aunque no le alego, pero trae los mismos fundamentos, y assi se responde lo mismo, y estan referidos por Menochi. conf. 97. libr. 1. a donde aconsejo contra ambos a dos y contra Alciato. En el mismo caso Hippolyto Riminaldo conf. 44. y alli desde el num. 235. hasta el num. 252 responde a los fun-

Num. 47:

Ref. al cōsejo de Alciato, y refiere se al caso, al qual es differētissimo del de este pleyto.

Primus Articulus.

dametos de Aleiato. Pero porq̄ ni los consejos de Ripa ni de Aleiato, ni de Menochio, como esta dicho no se pueden aplicar a nuestro caso, porque a falta del hijo segundo estan hechos los llamamientos ordinarios, y estos son en fauor de Dō Iuan. Y Doña Maria y Doña Catalina su hija no le tienen, antes expressa exclusiō, no referimos las respuestas de Riminaldo y Menochio, y ha sido fuerça referir estos consejos, porque los Abogados contrarios hazē en ellos todo su fundamento, tomando por el principal dezir q̄ los testadores quisieron con dos mayoradgos proueer a dos hijos al mayor y al segundo, y que Don Iuan es el mayor, y que no puede suceder en este mayoradgo que se instituyo para el hijo segundo, no aduirtiendo que aunque es verdad que hizieron dos mayoradgos para el hijo mayor el vno, que es Don Iuan, y para el hijo segundo el otro que fue Don Antonio: pero que esta prouisiō respecto del segundo mayoradgo fue personal en Dō Antonio y D. Andres sus hijos segundo y tercero, y de sus descendientes, y que a falta de ellos se entiēde estar llamados los suyos, de la misma manera que a falta de Don Iuan llamo a Don Antonio y don Andres a la successiō del primero mayoradgo, y que Don Iuan no trata de excluir al llamado por los testadores, sino a Doña Catalina, la qual ni Doña Maria su madre no tiene llamamiento en la palabra de *hijo segundo*, y el que se quiere inducir por sus abogados es con muchas especialidades, y todas contra la voluntad de los testadores y determinaciones llanas de derecho, q̄ son. La primera dezir que no solo esta llamado el hijo segundo para la substituciō pupilar, y entrada del mayorazgo, sino tambien para los successores q̄ vniessen de ser de alli adelante. La segunda, que Doña Maria no obstante que aya muerto en vida de los demas hijos y del dicho Dō Antonio aya podido y pueda tener la calidad de secundo genita. La tercera, que debaxo de esta palabra, *hijo segundo*, tēga llamamiento la hija, y que en este caso el masculino contiene el femenino contra la determinacion de Baldo y Deciano. La quarta, que D. Catalina quando su madre pudiera estar comprehendida en los llamamientos, que no lo estuuo, la puedo representar con las calidades de secundo genito y de varon que se requieren por los fundadores. Y los fundamentos que se han traydo por parte de Don Iuan cerca de cada vna de las dichas proposiciones son certissimas en el hecho y en derecho, y basta que lo sea qualquiera dellas para excluir a Doña Catalina y a su madre, sin que en manera alguna se

pue-

Num. 48.

La prouisiō deste segundo mayoradgo fue personal, respecto de los hijos segundos de los testadores, y no mas, y luego fue regular como el mayoradgo principal.

puedan applicar al caso de este pleyto las decisiones de Ripa, Alciato y Menochio. Nota:

¶ Y aunque no era, ni es necesario por ser tan clara la voluntad de los testadores, se ayuda Don Iuan de la probança que tiene, de que fue esta misma, como lo dize respondiendo a la segūda pregunta, fray Francisco de Tolosa, Obispo de Tuy, y Hernan Perez de Arana clerigo, y Diego de Fuyca señor de la casa de Sancta Cruz, y Martin de Vergança clerigo, y Francisca de Arana, y Iuā de Elxpeiti, y D. Fernando de Arana, y Agueda Lopez, y Doña Mayor, y D. Antonia monja, hijas segunda y tercera de los testadores, y hermanas de Don Iuan, y otros muchos que dizē que la substitution pupilar, y fundacion deste segūdo mayoradgo, en caso que viniesse a surtir efecto, no quisieron que se entendiesse quedar substituydas, ni llamadas la madre de la dicha Doña Catalina ni las demas hijas de los fundadores, pues con las legitimas, y alimentos que les dexauan señalados, las dexauan bastantemente remediadas. Y que aun si no fuerap por el dicho Obispo de Tuy, las excluyerā tambien del todo, de la succession del primer mayoradgo. Y de la volūdad de Iuan de Arana, deponen el Obispo de Tuy, y Hernan Perez de Arana clerigo, fol. 215. y de la de Doña Mencia, que declaro su voluntad y disposicion, y la de su marido: deponen todos los dichos testigos que son onze. Qua quidem probatione stante, absque dubio dicendum est, auerte de preferir Don Iuan Manrique de Arana a la dicha Doña Catalina. Cum voluntas testatoris ex hiis, quæ ipse ante, vel post factum testamentum dixit, declaretur. l. quoties. §. 1. ff. de hæredib. instituend. ibi, *Quasi plus nuncupatum sit minus scriptum.* Illum textum ad hanc conclusionem notat Bart. in l. maritus in principio. ff. de vulgar. & ibi Alexand. col. 1. versic. Item in quantum, gloss. fin. in fin. in l. cum proponeretur. ff. de legat. 2. idem. Bart. in l. si quis infundi vocabulo in princ. versic. secundo quæro. ff. de legat. 1. Angel. in l. fideicommiss. §. poena circa finem. ff. de usufructu. Afflict. decisio. 44. nu. 28. & 29. Gualden. de arte testandi. tit. 9. consi. 66. Zephalus cons. 144. nu. 29. & quod voluntas testatoris interpretetur ex dictis per testatorem, etiam si non sit in forma testandi. Angel. in l. hoc iure in princ. 2. notabili. ff. de cuius iuris. text. iuncta gloss. verbo, si extrinsecus in l. 1. ff. de his quæ in testamento delentur. & quod debeat attendi dictum testatoris extra testamentum magis quā scriptura. Barto. in l. precibus. C. de impuber. versic. sexto oppono, plu

Num. 49.
Tiene probado D. Iuan con muchos testigos su pretensión de la voluntad de los testadores.

Num. 50.
La voluntad del testador se declara de lo que dixo antes o despues del testamento.

Primus Articulus.

Bastan dos testigos para declarar la volúntad de los testadores.

res quos refert Burgos de Paz. consi. 13. num. 7. & consi. 14. num. 50. eleganter Molini. lib. 1. cap. 5. num. 40. Y no eran necesarios tantos testigos como Don Iuan tiene presentados, para declarar la dicha voluntad, pues bastauan dos, ita originaliter, & magistratiter tenet Oldrad. consi. 297. domina stella col. fin. & sic pro reg. tradit gloss. verbo posse per text. ibi in l. hæredes palam. §. si quid post. ff. de testam. quam ibi sequuntur. Paulus, Alexand. & communiter Doctores, & in l. quamuis. C. impuber. & in l. præcibus. C. eodem tit. laté Corneus consi. 239. videtur prima facie lib. 2. Parisi. consi. 3. num. 35. lib. 3. & consi. 13. num. 14. eodem libro, & in terminis quod declaratio testatoris sub verbis quæ possunt cõcipere fœmineum voluerit, quod solum masculi comprehendantur, probetur per duos testes, tenet Calcaneus consi. 47. viso dicto casu num. 6. versic. quod ita & sufficere testes singulares text. est in l. Theopompus. ff. de dote prælega. & tenet originaliter Paulus de Castro consi. 395. in causa quæ vertitur colum. 3. lib. 2. Parisi. consi. 94. circa primum num. 44. & 46. lib. 2. Aymon. consi. 73. dicendum videtur num. 33. & plures dixit Alexand. consi. 75. videtur versic. & quod ita fuerit mens lib. 5. quod ad declarationem voluntatum sufficiunt indicia quæ probentur per vnum testem, idem defendit Socion. consil. 37. versic. & pro certo lib. 3. qui dicit quod vnus testis fidedignus, facit magnam præsumptionem voluntatis testatoris, & quod sufficiat vnus de testamentariis testatoris defendit Calcaneus consil. 84. num. 6. Corneus consi. 56. licet in hoc versic. argumento eius quod dicitur lib. 2. optimé Alexãd. consil. 4. attentis narratis versic. concurrunt libr. 7. Socin. consil. 130. visa contingentia lib. 1.

Num. 51.
Resp. a lo q̄ se dize q̄ este. 2. mayorazgo se refiere a los llamamientos hechos en el primer mayorazgo y q̄ hã de ser auidos por expressados en este. 2.

¶ Ni importa dezir, que quando Doña Maria Manrique madre de la dicha Doña Catalina no tuuiera llamamiento individual para la succession de este segundo mayorazgo por las clausulas del, le tenia y tiene por las de el primero mayorazgo que Don Iuan posee, porque dizen que en este segundo mayorazgo los testadores se refieren al primero, y que en este han por repetidas y referidas todas las clausulas de el primero, y llamamientos en ellas hechos, lo qual dizen que se prueba, ibi, *Con las condiciones que ponemos en nuestro mayorazgo, que hemos aqui por expressas y repetidas, a que nos referimos, & rursus, y en la forma y con las condiciones del dicho nuestro mayorazgo.* Y dizen que en el primero mayorazgo los llamamientos son regulares, y que Doña Maria Manrique madre
de

de Doña Catalina tiene expreso llamamiento en el despues de D^o Iuan y de Don Antonio y de Don Andres y sus descendientes, como se prueba en el dicho primero mayorazgo, ibi. *Queremos y llamamos a Doña Maria Manrique de Arana nuestra hija mayor legitima. Y luego, Y queremos que despues de sus dias aya y suceda en el dicho nuestro mayorazgo su hijo varon mayor legitimo e sus descendientes legitimos, y a falta de varones sucedan las hembras en la forma y orden arriba dicha.* Y por estas palabras pretenden que Doña Catalina tiene ansi mismo expreso e indiuidual llamamiento, porque Doña Maria Manrique no tuuo hijo varon.

¶ Porque a esto se responde, que los abogados contrarios reciben en quanto a esto, gran engaño, assi en el hecho, como en quanto al derecho. En el hecho, porque como parece por el testamento de Iuan de Arana, y doña Mencia de Villela su muger, pusieron treze o catorze condiciones a los successores del dicho su primero, y principal mayorazgo, las quales les obligaron a aguardar debaxo de pena de priuacion, de la succession de el, como fueron del Apellido, Armas, casamiento con muger limpia, vivienda en Victoria, y otras muchas que estan en las clausulas, desde la clausula 35. hasta la clausula 51. del dicho testamento. Y lo que en este segundo mayorazgo mandan guardar, solamente es las condiciones del dicho primer mayorazgo, y estas han por expresas, y repetidas en este segundo, pero los llamamientos del primer mayorazgo, ni los repetieron, ni mandaron guardar en este segundo, ni tenian para que, porque cerca de la succession del, los hizieron indiuiduales, y expessos. Y para quitar duda, de que su voluntad era, que en este mayorazgo, solamente estuuiesen repetidas las condiciones del primero, pero no los llamamientos, haziendo diferencia entre las condiciones, y llamamientos: y queriendo declarar, que debaxo de esta palabra, *condiciones*, no se comprehendian los llamamientos que la clausula. 51. que es la que trata de esta succession dize. *Y ansi mismo el dicho Don Antonio Manrique de Arana nuestro segundo hijo mejorazgo que fundamos en el como hijo segundo de las legitimas de los nuestros hijos que murieren antes de llegar a edad de poder testar, o dentro de la pupilar edad, y los successores en el, a que antes que entren en la tenencia y possession ayen de hazer jaramiento en forma, que guardaron y obseruaron todas las condiciones, posturas, sumisiones, vinculos, cargas, pagas, y obligaciones que por esta nuestra institucion y clausulas de nuestro mayorazgo y condiciones del los obliga-*

Num. 52.
Los testadores pusieron. 13. condiciones en el primero mayorazgo que fundaró;

Num. 53.
Pondera se esta clausula, para q se vea q en este 2. mayorazgo solo se repiten las condiciones, y no los llamamientos.

Primus Articulus.

mos. Por la qual clausula literalmente se prueba que los testadores quando dixeron que las condiciones de el primero mayorazgo se guardassen: en este no quisieron dezir que se guardasse el ordẽ de succeder, pues a los successores les grauan a que guarden las dichas condiciones, presupponiẽdo que ya auian proueydo lo tocãte a la dicha successiõ indiuidualmẽte, y por ser assi no dize que los successores guarden el orden de succeder en el primero mayorazgo, sino las condiciones de el; y esto se prueba mas claramente por la misma clausula, en la qual despues de auer llamado a D. Antonio Manrique y a sus descendientes para la successiõ de este segundo mayorazgo. *ibi, venga y lo herede el hijo segundo varon que de nos quedare, con que queda vinculado y vinculamos con las condiciones que ponemos en nuestro mayorazgo, que hemos aqui por repetidas a que nos referimos.* Dize luego. *Y ande de hijo varon en hijo varon, y en sus descendientes.* De lo qual se prueba manifestamente, que los testadores solamente se refieren a las condiciones de el dicho primero mayorazgo, y no a los llamamientos, pues luego despues de auerse referido a ellas hizieron llamamientos particulares para esta successiõ, *ibi. Y ande de hijo varon en hijo varon.* los quales no tenian necesidad de hazer, pues si se refirieran a los de el primero mayorazgo estauan en el hechos ya, extensamente. Y de la naturaleza de aquella diçtion, y por la qual comiençan los testadores despues de auer dicho que el hijo segundo a quien llaman y sus successores guarden las dichas condiciones del primero mayorazgo dizen, *Y ande de hijo mayor,* es que continúa lo precediente, y con diuersidad, como aqui se hizo, porque passaron los testadores a hazer llamamientos a falta del hijo segundo varon que de ellos quedasse. Diçtio, y, ponitur inter diuersa, & continuat diuersas orationes. l. Seia. §. Gaio. ff. de fundo instructo. l. ita stipulatus. §. Grifogo nue. ff. de verbo. obligatio. rubric. ff. de iuris & facti ignoran. rubr. de iusti. & iu. cap. ad audientiam, de electio. Y aunque esto bastaua para no passar a mostrar que los letrados tambien se engañarõ en el derecho. Pero ex abundantia dezimos q̄ se engañaron en el derecho: porq̄ esta palabra, *condicion*, no incluye debaxo de si llamamientos ni substituciones, antes es cosa que se pone para los suspender o anular in eorum defectum vel ad implemẽtum, como se vee por todos los titulos de institutionibus & substit. sub condi. fact. y otros semejantes, y de conditio. insert. de his quæ pœnæ nomi. y otros, y siempre se præsuppone quando ay condiciones o grauame

Nota otra clausula.

Num. 54.
Significaciõ de la diçtion, &.

Num. 55.
La palabra, condiçion, no incluye debaxo de si llamamientos.

nes o penas que han precedido institucion, substitucion o legado, porque a semejantes disposiciones se ponen las condiciones, gra- uamenes, vinculos y posturas. Lo qual prueba la ley. 27. de Toro, en la qual despues que la ley presupone q̄ el padre ha mejorado a al- guno de sus hijos, y se lo permite, dize que pueda poner el padre al hijo, o nieto mejorado los gra- uamenes, vinculos, sumisiones y su- stituciones que quisiere: de manera que la ley vsa de tantos voca- blos y tan diferentes, y que cada vno tiene su significacion diuer- sa para dar a entender que lo que el vn vocablo significa, no lo sig- nifica el otro, ni el vno obra lo que el otro, y assi dezimos q̄ la rela- cion de este segundo mayorazgo al primero fue limitada en quan- to a las cōdicioncs, y no en quāto a los llamamientos, y q̄ no ha de obrar mas, quia limitata causa limitatum producit effectū. I. age cum Germano. C. de transact. l. in agris. ff. de acqu. rer. dom. quo argumento in terminis vtitur Decius consi. 497. nu. 4. & cō- si. 352. nu. 1. Y pues los testadores solamente se refieren a las cōdi- ciones de el primero mayorazgo y no a los llamamientos, es enga- ño en el hecho y derecho querer induzir llamamientos por el di- cho primero mayorazgo para la succession de este segundo.

Ponderase la ley
27. de Toro.

SECVNDVS ARTICVLVS.

ESTE Articulo parecio en la vista del pleyto, y siempre se ha tenido por tan llano, y que al se- gundo mayorazgo no pertenecen ni se pueden aplicar las legitimas maternas de Don Andres, y Doña Isabel, que se pudiera a nuestro parecer dexar de cansar a V. m. Pero porque se entiende que la par- te contraria toda via insiste en la misma pretension, nos ha parecido tratar de ellas.



Y P P V E S T O que los dichos Don Andres y Do- ña Isabel murieron en vida de la dicha Doña Mencía su madre, no llegaron a tener derecho ni legitimas en sus bienes. l. 1. §. si impuberi. ff. de collatione bonor. vbi Bartol. & dicit communem Aretinus in l. Titia, numer. 3. ff. de verbor. obligatio. Socinus num. 31. Iaso. num. 160. in l. 1. ff. de vul- gari. Segura in l. 3. §. fin. num. 115. ff. de liber. & posthum. Padilla in

Num. 56.
Que los pupilos
no pueden pedir
la legitima de su
madre, por auer
muerto en vida
de ella.

Secundus Articulus.

in l. si emancipata, num. 32. C. de iuris & facti ignorantia. ex quo sequitur patrem non teneri assignare filio legitimam in vita dicit communem Corrasius in l. filium quem, num. 81. C. familiae herciscundae, Iason in Authentica nouissima. C. de inofficioso testamento, num. 7. Grammaticus decisio. 101. num. 66, Menchaca de successionum creatione. §. 20. num. 285. & num. 291. Vnde fit, quod filio condénato ob maleficiū, pater non cogitur pro eo soluere condénationem pecuniariā etiā ex bonis quæ pro legitima post mortem patris, filio deberentur, nec publicatis bonis censetur legitima publicata. Bart. in dict. §. si impuberi dici receptissimam sententiam Becius consi. 34. num. 22. Menchaca ubi supra, & cum alijs pluribus Petrus a Dueñas, regula. 356. num. 2. Quin procedit etiā si iam esset cum effectu assignata, adhuc non possit auferri pro delicto, quia semper habet illam conditionem si differatur, Ruin. consi. 149. num. 13. versi. 3. quem sequitur Antonius Cucus de legitimi. §. ex substantia, num. 11. Y estos son principios indubitados de derecho, y que no niegan los Abogados cōtrarios, pero dizē por su principal fundamento dos cosas.

Num. 57.
Primer fundamēto contrario.

¶ La primera, que por el testamento y disposicion que hizieron los dichos Iuan de Arana y Doña Mencia su muger, en que señalaron a cada vno de sus hijos para sus alimentos y legitimas quatro mil ducados, y q̄ se fuesen pagando quiniētas mil maravedis en cada vn año, se les adquirio derecho irreuocablemente, y que así la substitution pupilar que hizieron comprehendio tambien este derecho y legitimas maternas.

Segundo contrario;

¶ La segunda, q̄ quando no estuiera adquirido derecho irreuocabilmente, sino conferida la adquisicion en las dichas dos legitimas de la madre, para despues de los dias de ella, adhuc la substitution hecha en fauor del segundo mayorazgo, las comprehende y se estiende a ellas por la tacita vulgar contenida en la expressa pupilar ò en la compendiosa, cui obiectioni breuissime satisfiet ex sequētibus.

Num. 58.
Respuesta a los dos fundamētos contrarios.

¶ Ad primum, por auer se hecho esta assignacion de legitimas y alimentos por los dichos Iuā de Arana y su muger en fauor de sus hijos, y por testamento se siguen dos cosas. La vna, que su efecto esta diferido para despues de los dias de cada vno de los padres respectiuamente. c. cum matre, cum vulgatis, de celebratione Misfarum. La otra, que aunque aya quedado irreuocable por la parte y legitima que pertencio a los hijos en los bienes de Iuā de Arana

na porque le sobreuiuieron, no lo fue, antes quedo reuocable respecto de la legitima de la dicha Doña Mencia, porque es y se juzga por vn testamento el que hazē juntamente marido y muger. *l. eo quod á multis. C. si certum petatur.* Y como si cada vno si solo hiziera el testamento le pudiera reuocar, puede lo mismo, y no se muda la naturaleza por le auer hecho ambos juntos. *l. patris & filij. ff. de vulgari, quibus & alijs rationibus ita resoluunt* Tellez Fernandez in *l. 17. Tauri, num. 13.* Couarru. de testamen. 2. part. rubricæ, num. 8. Padilla in *l. Clari. C. de fideicommissis.* Gregor. Lopez in *l. 2. titu. 15. part. 2. glossa, el mas propinco, colum. 4. versiculo, sed pone quod maritus & vxor.* Mieres. 1. par. quæst. 23. num. 21. Molina libro 4. capitul. 2. numer. 34. Lo qual procede, no solo haziendose en testamento, pero en contracto. *quidquid sit de iure cõmuni.* Por nuestras leyes reales. 44. en mayorazgos y 17. en mejoras. El mayorazgo hecho por cõtracto siempre es reuocable, saluo en tres casos. El primero quando vno entrega de possession. El segundo, quando de escriptura. El tercero, quando se hizo por causa onerosa con otro tercero. Couarru. dict. num. 8. Burgos de Paz in quæstionibus ciuilibus. quæst. 1. num. 14. & in *l. 3. Tauri, num. 125.* & consil. 2. el qual lo estiene aunque el vno al otro se dexassen el usufructo de los bienes. Gutierrez in capit. *quamuis pactum, num. 46.*

¶ Y si se dixere, q̄ estano fue vltima volũtad, ni se deue tener por tal, para la irreuocabilidad, sino por donacion causa mortis: y que assi pues vno clausula en la facultad que el vno sin el otro no pudiesen reuocar, que luego que murio Iuan de Arana quedo irreuocable respecto de la parte y legitimas de ambos. Respondemos.

¶ Lo vno, que este segundo mayorazgo no se instituyo en virtud de la facultad Real que los dichos Iuan de Arana y su muger tuuieron ni usaron della, ni aunque quisierã nolo pudierã hazer, pues auiendo instituydo y fundado el primero y principal mayorazgo, no podian hazer otro segundo, ex resolutione Molin. lib. 2. cap. 4. á num. 47. & 48. vbi contra Greg. Lopez qui contrarium tenuit in *l. 32. tit. 9. part. 6. gloss. verbo, no valdra, inquit quod habens facultatem ad primogenium instituendum in persona vnus ex filijs non poterit ex ea facultate duo primogenio vel plura in personis filiorum suorum instituere.* Y porque tuuieron esto por cierto fundaron el segundo mayorazgo de las legitimas de los hijos que muriesen en la edad pupilar, y por la substitution pupilar

Secundus Articulus.

que hizieron, y quedando como realmente quedo en terminos de testamento, cada vno pudo reuocar por la parte que a el tocava, como lo dizen todos los Doctores que quedã referidos, y no ay forma para que el testamento y vltima voluntad no se pueda reuocar: y aunque en el aya promessa y juramẽto de no reuocar, y estẽ puestas qualesquier clausulas derogatorias. cap. vltima voluntas 13. quæst. 2. l. rem legatam. ff. de adimendis legatis dict. cap. cum marte. l. si quis in principio testamenti. ff. de delegat. 3. l. cum duobus. §. item respondit. ff. pro socio, ibi, *Nec libertatem de supremis iudicijs restringere quis poterit.* l. 25. tit. 1. par. 6. ibi. *Porende ningun ome no puede fazer testamento tan firme q̄ lo non pueda despues mudar quando quisiere fasta el dia de su muerte.* Late Couarru. vbi sup. Burg. de Paz in dict. l. 3. Taur. á num. 1213. Menochi. lib. 4. præsumptione. 166. Molina lib. 4. cap. 2. num. 2. Lo otro, porque la dicha facultad de que el vno sin el otro no pudiesse reuocar el dicho mayorazgo, se ha y deue entender conforme a la disposicion de derecho, si vuieran hecho el dicho mayorazgo por contracto entre viuos, conforme a la l. 44. de Toro, hodie. 4. titu. 7. lib. 5. Recopi. ibi. *Saluo si el que le hiziere por contracto entre viuos, &c.* Pero auendolo hecho por via de testamento siempre quedo reuocable por la parte de la muger que sobreuiuio, como era reuocable el testamento de su naturaleza, aunque vuiera auido entrega, o hecho se el testamẽto por causa onerosa de matrimonio. Porque la irreuocabilidad de los casos dict. l. 44. solamente ha lugar quãdo se haze por contracto entre viuos, pero no quando se haze por via de testamento, ita Gregorius, verbo, maiora. in l. 2. titu. 15. par. 2. Burgos de Paz consi. 2. á num. 14. Baeça de dote. cap. 20. num. 13. Molina lib. 4. cap. 2. num. 20. Matienço in l. 1. titu. 6. lib. 5. Recop. glo. 4. á num. 27. Y mas en terminos de que aunque el mayorazgo hecho con facultad real tenga clausula de que no se puede reuocar, q̄ auiendose hecho por via de testamento, sin embargo se puede reuocar, tradit Molin. dict. cap. 2. num. 3. & 20. & 55. quia testamenti naturalis est vt vsque ad mortem reuocari possit, etiam si rescripto principis confirmaretur cum clausula, vt non possit reuocari. gloss. reuocabile in dict. c. cum Marte, de celebratione Missarũ. Bald. communiter receptus in l. omnium, per text. ibi nume. 3. C. de testamentis, resoluit Iulius Clarius. §. testamentum, quæsti. 94. num. 2. Guillelmus Benedictus in cap. Rainuntius, verbo, testamẽtum, el 2. num. 25. tradit & additio ad Decium in cap. cum accessissent,

ffent, num. 9. litera E. de constitutio. Y la razón es, quia Princeps semper intelligitur rescribere secundum ius. l. ex testamento. ff. de exceptio. rei iudicand. ex quo dixit Bald. in l. si. ff. de constitutio. Principis, loquens in privilegio & dispensatione quod semper eius verba in quantum fuerit possibile debent reduci ad ius, & subijcit quod in eius interpretatione non est recedendum á regulis iuris communis, nisi aliter claré & indubitabiliter sit expressum, quam doctrinam commendat Menochius confi. 335. Alexand. confi. 34. viso num. 5. volum. 6. Afflict. decisio. 361. nu. 57. ¶ Lo otro porque la clausula de la facultad de que el vno sin el otro no pudiesse hazer la dicha reuocacion se ha y deve entender y restringir respecto del primer mayorazgo, como consta della misma. ibi. *Ambos juntos, y no el vno sin el otro podais quitar y acrecentar, corregir, y reuocar y enmendar el dicho mayorazgo &c.* Y no se puede estender a lo que fue la assignacion de alimentos, dotes y legitimas a los demas hijos. Porque respecto desto no ay tal clausula de que el vno sin el otro no la pueda alterar ni mudar, & ex separatim non potest fieri illatio. l. Papinianus exuli de minor. l. final. de calumniato. Y ansi como la assignacion de los dichos aliméto y dotes por la dicha facultad Real era arbitraria, y podria ser menos q̄ las legitimas, como ella misma lo dize, la instituciõ de herederos que en las dichas legitimas hizo la madre por el dicho testaméto, era y es reuocable de su naturaleza, como lo era el mismo testamento.

¶ Rursus no tiene fundamento querer sacar esta disposiciõ fuera de los terminos de testamento, y traerla a los de donacion causa mortis. ¶ Lo vno, porque para juzgar si es testamento ó no, y si los fundadores tuuieron intencion de hazer donaciõ causa mortis, principalmente se ha de mirar las palabras de la escriptura, & an mens & voluntas clara fuerit ad testandum, tunc etenim testamentum omnino censerí debet, vt inquit Speculator in titulo de instrumentorum editione. §. compendiose, colum. 8. verbo, & nota quod cum vltima voluntas. Baldus in l. 1. ff. de iure codicillorum quam si summat dissensus in specie vltimæ voluntatis facit eã nõ valere vt valere potest, & ibi Cumanus inquit censerí testamentũ si in eo adsint subscriptiones, numerus testium, institutiones, & substitutiones, & similia conuenientia testamento, & quod actus a verbis sit dijudicandus tradit late agens de donatione causa mortis Simon de Prætis lib. 2. interpretatione. 1. dubitatione. 1. solutio-

Num. 60.
Resp. que la assignacion de legitimas no es donacion causa mortis.

Secundus Articulus.

tionem. 13. Y en nuestro caso no es necesario, ni se puede llegar a dudar desto. Porque los padres la cantidad que dexarõ a sus hijos fue y la señalaron para sus alimétos, dotes y legitimas. De lo qual se sigue necessaria y precisamente que fueron vistos querer hazer testamento, y dexarselo iure institutionis, etiam si verba essent communia & relata ad dotem, quia ibi omnino trahuntur ad institutionem, vt probat tex. in c. Reinuntius, de testam. secundum Anto. de Butrio, ibi. *Ubi Alterocha filia non fuit honorata aliqua vniuersitate honorum, sed tantum dote & fundo, et tamen intelligitur iure institutionis habere.* quod etiã tradit Angel. consi. 81. Romã. in l. nam quod. §. finali, cum lege sequenti. ff. ad Trabellian. vbi dicit, quod si testator reliquit filijs quantitatem, vel rem aliquam particularem, & iussit eos esse contentos non requiritur, quod aliter exprimat se relinquere iure institutionis, nam hoc ex prædictis verbis satis probatur, tradit notanter, Alexand. consi. 168. num. 7. 9. & 10. volu. 5. Lo otro, porque es imposible que aya podido ser, ni fuesse donacion, caussa mortis, porque no vuo presencia de los hijos, ni acceptaciõ suya, ni de otra ninguna persona en su nombre, como era necesario, para que se pudiesse tener por tal. l. inter mortis. ff. de donationib. caussa mortis: & notatur in l. cum pater. §. Mebio ff. de legatis. 2. declarat Bart. in l. 1. & in l. tam his. §. 1. ff. de donationib. caussa mortis. Alexand. videndus dict. consi. 168. nume. fin. quem & aliõs refert & sequitur, Simon de Prætis. dict. interpretatone 1. dubitatione 1. solutione 12. num. 24. & sequentibus, vbi resoluit ad hoc, vt dici possit donatio caussa mortis requiri stipulationem, seu pactum pro eo in quem disposita in testamento diriguntur ea ratione, quia fieri debet inter præsentem, & præsentia donatarii, non præsumitur etiam si instrumentum dicat, talis donabit tali, si non dicitur tali præsentem & recipiẽti, vt per gloss. ibi firmat Paulus in l. illud. C. de sacrosanctis ecclesiis, Ruin. consil. 154. num. 12. lib. 5. Lo otro, porque quando fuera donaciõ caussa mortis, que no se puede dezir en manera alguna. Era necesario que muriesse primero el donador, pero muriendo el donatario. nihil ad hæredes trãsmittitur, vt cum Baldo, Alexandro, Aretino, lafone, & aliis, testatur idem Prætis vbi supra solutio 14. num. 5. & 6. De forma, que es sin genero de dificultad, q̄ toda esta disposicion fue y quedo en terminos puros de testamento: y que siẽpre fue, y quedo reuocable, respecto de la parte de cada vno, y no pudo tener, ni tuuo efecto, ni auer legitima forma en los bienes de la

la madre, hasta que ella muriese.

¶ Con lo que esta dicho, se responde a lo que ansi mismo dixeron los Abogados contrarios, de que en vida de la dicha Doña Mencia se entregaron estas legitimas a los hijos, y por el configuiente tuuieron derecho adquirido, y assentado, porque en ambas proposiciones, salua eorum pace, es la verdad en contrario, en el hecho, y en el derecho. En el hecho, es cierto, que sin embargo de lo dispuesto en el dicho testamento, la dicha Doña Mencia gozo todos sus bienes, hasta que murio. Y tambien tuuo la administracion de los de su marido, como tutora y curadora de sus hijos, que en el dicho testamento la dexo su marido. Y ansi en esto, ni en otras cosas no surtio efecto, lo contenido en el dicho testamēto, y la dicha Doña Mencia, no solamente de sus bienes, pero de los de su marido jamas dio cuenta, ni hizo entrega dellos a Don Juan, hasta su muerte: como lo declara en su codicillo fol. 27. del proccesso, ni despues de su muerte vuo a quiē se la pedir: y es pura verdad que jamas vuo entrega, ni la pudo auer, porque las legitimas se les auia de pagar de las rentas que dexaron, y de las q̄ cayessen de los mil ducados de renta, y otras cosas que mādaron comprar para el dicho mayorazgo principal, los quales nunca se compraron, ni se podrá cōprar, por no auer auido cō q̄, respecto de la quiebra, y dimi-
nucion que ha auido en los diches bienes. En derecho corren todas las determinaciones que quedan referidas cerca de que fue vltima voluntad, y en consecuencia siēpre reuocable, a lo qual añadimos. ¶ Lo primero, que aunque se vuiera hecho entrega real, suppuesto que es por razon de legitima, no se passa ni trasfiere el señorio en los hijos, sino que siempre queda in peculio pactis, vt cum Baldo & Ripa, tradit Marcus Antonius Cucus in tract. de legitima in rubr. legitima an augeatur aucto patrimonio num. 7. de que se sigue como arriba diximos que los bienes que assi estuuessen assignados por legitima, viuiendo los padres, no se podian tomar, ni executar por condenacion que se hiziesse contra el hijo. ¶ Lo segūdo, esta assignaciō hecha por legitima aunque se vuiesse hecho por donacion entre viuos, y entregados los bienes con efecto, que es el caso mas apretado que se puede figurar (y diferente del nuestro, porque fue por testamento, y aun no se hizo entrega) toda via es y queda en causa reuocable, porque aunq̄ Rodrigo X Suarez in l. quoniam in prioribus, in euidentialibus, parece, que sintio que en el dicho caso de estar entregados los bienes, y

Num. 61.
Resp. a lo q̄ se dice, q̄ en vida de D. Mencia surtio efecto la dona. causa mortis.

Secundus Articulus.

fer por donacion era irreuocable: la verdad es en contrario, nem-
quod talis assignatio pro legitima omnino sit reuocabilis in vi-
ta patris, y demas de su adicionador que tiene contra el, aun-
que el no los alega, lo resueluen assi con Baldo y Ripa Antonius
Cucus vbi supra num. 9. Menchaca de successiõnum resolutione
lib. 2. §. 12. num. 15. Michael Grassus de successiõibus. §. legiti-
ma quæstion. 12. nu. 5. versic. infertur. etiã non valere vbi repro-
bat Rodericum Suarez, id etiam tradit Antonius Peregrinus de fi-
deicommiss. art. 36. num. 15. Lo tercero, porque realmente siem-
pre se entiende la condicion si sobreviuieren los hijos, y llegaren
a deuerse les legitimas, porq̃ si no las llegan a auer, ni heredar no
importa lo que se ouiere hecho por los padres semper enim intel-
ligitur, si hereditas deferatur. l. qui superstitis. l. his qui hæres. ff.
de acquir. hæred. l. 1. ff. de hæredita. vel actio vèdi. & non entis nul-
la est trasmisso. l. vnica. §. sin autem. & §. in nouissimo. C. de cadu.
tollend. tradit Menchac. de successiõ. progressu. lib. 1. §. 9. nu. 11.
Tiber. Decian. respons. 44. num. 99. lib. 3. Y porque para las legi-
timas se considera el tiẽpo de la muerte. l. cum quæritur. C. de inof-
ficioso testamento, vbi Doctores. l. quoties. C. familiæ herciscun-
dæ, cum alijs vulgatis segun el qual todos los bienes de los padres
son legitima de los hijos, excepto el quinto, y entre ellos el tercio,
en que pueden hazer mejora. Y assi no embargante que estuief-
se hecha assignacion a algun hijo para en quenta de la legitima si
succede morir el tal hijo antes que el padre, quedã los tales bienes
assignados por propios del como realmente antes lo eran, y pa-
ra los demas sus hijos, como puntualmente lo decide en nuestros
propios terminos Ayora de partitionibus. 2. par. quæst. 34. num.
21. Donde auiendo puesto la quæstion en lo donado por quenta de
la legitima, dize, que si el hijo que lo recibio murio en vida del pa-
dre, se ha de boluer y restituir a los demas sus hijos, como patri-
monio y bienes propios de el padre, y que por su muerte les per-
tenecieron ea ratione, quia videtur datum sub ea conditione si su-
peruixerit patri multa enim est hæreditas viuentis nec filius ha-
bet legitimam nec ei debetur in vita patris. dict. §. si impuberi, au-
thentica nouissima. C. de inofficio testamen. ibi. *Ex substantia de-*
ficientis, authentica vnde si parens. C. eo titu. Y de aqui es que aũ-
q̃ el hijo de consentimiento del padre, y por causa lucratiua o one-
rosa y quanto quiere irreuocable aya hecho donacion y renũcia-
cion en fauor de alguna persona de sus legitimas paterna o mater-

na con juramento, se entiende debaxo de la dicha condicion si el tal hijo sobreviuere al padre, y llegare a heredar, porque muriendo el primero, ningun derecho tiene la persona en cuyo fauor renuncio y le tienen los demas hijos y herederos del padre, quibus tempore mortis defertur hæreditas, neque in eorum præiuditiũ quidquam valere debet renuntiatio filij præmorientis, & hæc est communis opinio ex pluribus adductis per Couarru. in cap. quamuis pactum, de pactis, lib. 6. 3. part. §. 2. num. 4. §. 3. num. 6. & Rodericus Xuarez in l. quoniam in prioribus. 4. limitatione ad legem Regiam. Antonius Gomez in l. 22. Tauri. num. 10. Rolandus á Valle confi. 11. num. 1. & seq. volu. 1. Anto. Thesaurus decisio. Pedemon. 138. num. fi. Fran. Franch. decisio. 77. Conforme a lo qual es imaginacion querer hazer y fingir legitimas que nunca llegaron a serlo, para querer augmentar con ellas el segundo mayorazgo.

¶ Quanto a lo segundo que se dize por parte de la dicha D. Catalina, que aunque las legitimas maternas de los dichos Dõ Andres y Doña Isabel no pertenezcan al segundo mayorazgo por este derecho le pertenecen por la substitucion pupilar, quæ traditur ad omnia bona pupili. l. & si plures. §. ad substitutos. ff. de vulgari. cap. si pater, de testamentis lib. 6. l. 7. titu. 5. part. 6. ibi. *Hereditas tal substituto como este, todos los bienes del moço donde quiera que los aya.* Y q̄ quando no sea por la pupilar, alomenos por la tacita vulgar comprehendida en la substituciõ compendiosa qual dizen auer sido la deste mayorazgo. Quia in compendiosa continetur tacita vulgaris substitutio, quæ habet locũ quocunque modo institutus, non sit hæres, siue quia noluit vel non potuit, siue quia mortuus sit viuo testatore ex Bartolo in l. Centurio, num. 32. versi. sed si esset facta. ff. de vulgari, vbi Ripa num. 148. Y que se ha de juzgar desta substitucion vulgar comprehendida en la compendiosa, como si de por si estuiera hecha por palabras expresas. ex eodem Barto. in l. hæredes mei. §. cum ita, circa finem. versi. si vero loquimur. ff. ad Trebellianum, cui quidem obiectioni pluribus modis. Respondemus.

¶ Lo primero, si se considera en quanto substitucion pupilar hecha por el padre, bien tuuo efecto en las legitimas que Don Andres y Doña Isabel llegaron a auer y heredar de ellos, y ansi mismo en los demas bienes que ellos llegaron a tener y adquirir. dict. §. ad substitutos cum alijs superius adductis. Pero no podra entenderse y comprehender las legitimas maternas: porque, como queda fundado, no llegaron a heredarlas, y la assignacion virtualmen

Nota.

te

Secundus Articulus.

te estauá conferida para despues de los dias de la madre, & sub ta-
cita conditione si hæreditas deferatur, & hæc proculdubio verissi-
ma sunt ex superius adductis. Y si se quiere considerar como taci-
ta vulgar comprehēdida debaxo de la pupilar hecha por el padre
o de la compendiosa, tampoco puede estenderse a las legitimas ma-
ternas. ¶ Lo vno, porque co ipso que tuuo effecto la pupilar, se
suppone por antecedente necessario que se accepto la herencia,
additio enim requiritur ad effectum & validitatem pupilaris. l.
2. §. adeo. ff. de vulgare. Antonius Gomez. 1. tomo variarum, cap.
4. numero 2. Y luego que se accepto la herencia, expiro la vul-
gar. l. post additam. C. de impuberum, & alijs, vbi glo, & Doctores
omnes. Y es imposible que auiendo tenido effecto la pupilar, que
como esta dicho suppone acceptacion de herencia se pueda dar ni
de lugar a la vulgar, que es para en caso que no se accepte, vt pa-
tet in l. 1. ff. de vulgari. l. 1. & 2. titul. quinto partit. 6. ¶ Lo otro,
porque por la substitucion vulgar hecha por el padre, aunque
fuera expressa, cosa cierta es, que solo se podia succeder en sus bie-
nes, y por ella no podria el substituto pretender los demas bienes
del pupilo que vuisse auido por legitimas de parte de su madre
o en otra manera, quia per eam directo succeditur testatori, notat
Bart. in dict. l. 1. & in dict. ff. ad substitutos, & quod tacita vulgaris
etiam cōprehensa sub pupilari sicuti nec vulgaris expressa ad bo-
na ipsius pupili minime extendatur, cum substitutus intelligatur
per vulgarem ipsius testatoris hæres tradit notanter Mantica de
coniecturis lib. 5. titu. 5. numer. 3. ni tampoco succediendose por
la fideicommissaria se comprehenden los bienes del pupilo, sino
tan solamente los de el testador. l. cohæredi. §. cum filia. ff. de
vulgari qui est bonus textus pro cognoscenda differentia inter
substitutionem pupillarem, vulgarem, & fideicommissariam,
quia pupillaris est fauor filii, & per eam succeditur filio in om-
nibus bonis vndecumque pro venientibus, sed per vulgarem,
seu fideicommissariam, succeditur testatori, & tantum veniunt
eius bona, & sunt expressa verba dicti §. cum filia, ibi, *Nec fidei-
commissa propria facultates filij tenebuntur.* capit. Reynant. de te-
stamentis. l. Papinian. §. sed nec impuberis. ff. de inofficioso testa-
mento, per quæ & alia iura cum Baldo, Angelo, Saliceto, & alijs
tradit X Suarez. dict. l. quoniam in prioribus. i. limitation. num. 13.
versic. intellige quod pater. Y ansi es muy cierto, que en quanto
subitucion hecha por Iuan de Arana, tuuo efecto la pupilar, ex-
pressa

3. 0

f. 26

pressa en los bienes y legitimas que entonces tenian adquiridos los hijos, y que no se puede hazer fundamento en la vulgar comprehendida debaxo della, ni debaxo de la compendiofa tanto: por que auendole acceptado la herécia, no es posible succederse por la vulgar, quanto, porque por ellas no puede auer ni succeder el substituto, sino tan solamente en los bienes propios del testador, y no en los demas que de otra parte tienen los hijos: specialmente como luego diremos. La substitucion vulgar, y fideicommissaria, no se pueden hazer en las legitimas de los hijos.

¶ Lo segundo, considerando esta substitucion, como hecha por la madre que es, lo que verdaderamente se deue considerar, pues se trata de sus legitimas, no valio en fuerza de pupilar, porque para ella se requiere patria potestad. l. 2. ff. de vulgari, vbi Doctores omnes in principio institut. de pupillari substitutione. Costa in casi pater. 1. part. §. 1. num. 65. Sforzia de substitutionibus, quæst. 4. quod procedit etiam hodie, licet sit sublata differentia emancipationis & patriæ potestatis, quia in successione ex testamento nihil est immutatum, & sic communiter teneri tradunt Zasius de pupillari substitutione. versic. tertium requisitum Menchaca. de successionum progressu. §. 14. num. 81. vnde sequitur matrem non posse pupillariter substituere. Bart. in dict. l. 2. vbi Ripa, & Socin. num. 41. Zasius num. 28. & in dict. tractatu de pupillari. 3. requisito versic. quid si autem, & est expressa dict. l. 5. tit. 5. part. 6. ibi, *Si fueren en su poder siendo ellos de aquella edad.* Y aunque la glosa in l. verbis civilibus. ff. de vulgari, y algunos Doctores por ella, y por la ley Scebola. y l. ex facto, in princip. ff. ad Trebell. quisierõ dezir, que la pupilar hecha por la madre, traditur ad fideicommissariam. Pero esto cessa en el caso de que vamos tratãdo: quia agitur de legitima filiorum, in qua non valet talis substitutio fideicommissaria, vt inferius latius dicemus. Et in proposito hoc notanter aduertit Xuarez in l. quoniam in prioribus limitat. 1. num. 14. & inquit vidisse super hoc, Aduocatos errare. Y por la misma razón, no se puede tener por vulgar tacita, pues no ay pupilar en que se comprehenda, y quando se quisiera confessar q̄ valiera en su principio la substitucion pupilar, hecha por la madre, y que se pudo hazer por ella, y que fuesse tal que comprehendiesse la tacita vulgar, es certissimo que luego que murierõ los hijos, primero que la madre, se caduco la substitucion y espiró totalmente. l. quod si filius. ff. de captiuis, & post liminum reuerfis. ibi, *Si filius ante mortatur ne-*

Secundus Articulus.

hil est quod de secundis tubulis tractari possit. Gloss. Bart. & Doctores per textum ibi, in l. lex Cornelia. ff. de vulgari. Y respecto de la substitucion hecha por la madre, no puede auer ni ay cuda: pero aunque sea en la pupilar, hecha por el padre, que muriendo primero q̄ el hijo, expire la tacita vulgar, comprehēta sub pupillari, es la mas cierta y verdadera opiniō, ex Dino in l. 1. ff. de vulgari. Y quando se quiera seguir la opinion de Bartolo, que es la mas apretada, in dict. l. lex Cornelia num. 3. se consideran por el tres casos. El primero quādo pupilus, decessit fiēte & spes pupilaris substitutio nis non omnino deficit viuo testatore, & tunc tacita vulgaris non extingitur, & ita procedit Glos. in d. l. lex. Cornelia. & hic primus casus nostro non conuenit. El segundo quādo filius vere decessit & pater modico tempore superuixit, ita vt non potuerit facere aliud testamentum. Et sibi prospicere, & tunc similiter locum habet tacita vulgaris á qua pater non præsumitur recessisse. l. si pater filium vbi glossa. ff. de vulgari. El tercero quando Pater diutius superuixit, ita vt potuerit facere aliud testamentum. Et sibi prospicere, & tunc præsumitur noluisse substitutum sibi succedere ex tacita vulgaris, & intelligitur extincta vna cum pupulari, & sic intelligit Bart. opinionem Dini, & dictam legem quod si filius eamque distinctionem, probat per textum in l. tractabatur. ff. de militari testamento, & etiam tradit in l. 1. nu. 3. 2. ff. de vulgari. Y pues doña Mencia murio despues de los hijos tātotiempo que pudo mudar su testamento quando se siga la opinion de Bartolo que es la mas apretada, y concurriera el requisito de la patria potestad, que precisamente es forçoso para la substituciō pupilar auia cessado ella, y la tacita vulgar, pero aun es mas llano porque contra esta opiniō de Bartolo, y siguiendo la de Dino, que muriendo el pupilo en vida del testador cesse y se acabe la tacita vulgar lo refueuen Baldo. conf. 151. & consil. 441. volum. 4. & consil. 170. n. 1. volu. 5, & videri communem & sequendam in iudicandum testatur Iason in d. l. 1. n. 58. de vulgari, & Soeinus ibidem nu. 36. & idē consuluit Angelus conf. 41. num. 2. & 3. notanter Petrus de Ripa inter consilia Bald. consil. 156. volumi. 4. qui eam extendit ad tacitam vulgarem cōprehensam in pupulari, quæ ab initio fuit inutilis, vt quia facta á matre. Y toda esta controuersia aun pudiera auer lugar en los bienes que fueran extra legitimam. Pero los que tuuo y dexo la dicha Doña Mencia pertenecieron todos a los otros hijos que eran viuos quādo ella murio, y los muertos no llegaron a heredar ni a tener cosa alguna.

Q. a. P.

f. 28.

¶ Y por tacita vulgar comprehendida debaxo de la cõpendiosa tiene mucho menos fundamento, así por lo que queda dicho, como porque la compendiosa, no se considera respecto de la madre, porque la calidad de ella es, que comprehenda todos los tiempos, y todas las substitutiones, scilicet, tempus pupilaris ætatis, & pubertatis, & quod filius sit in potestate, ita vt ei conueniat pupilaris, vt tenet glossa in l. precibus, C. de impuberum, & alijs Bart. in dict. l. Centurio, num. 9. Zasius de substitutionibus tractatu de compendiosa, verbo, super. Sfortia eodem tractatu de compendiosa. 4. part. art. 4. num. 3. ex quo sequitur que la compendiola propriamente se haze al hijo pupilo, y que esta en poder del padre, vt inquit prædicta glossa quam communiter esse receptam, testatur Couarru. in cap. Reinuntius. §. 2. num. 2. vbi inquit respectu matris nõ posse appellari compendiosam, sequitur Michael Grassus §. substitutio, quæstio. 60. num. 1. & 2. Y demas que por no concurrir el requisito de la patria potestad, y ser la madre quien hizo la substitution no puede ser ni llamarse compendiosa aun por las palabras de la disposicion es engaño dezir que lo sea, porque teniendo hecha los testadores la substituciõ pupilar en aquellas palabras *Murieren algunos dellos antes de llegar a edad de poder testar dentro de la pupilar edad, añadieron luego las siguientes, O abintestato sin dexar hijos ni descendientes legitimos.* Por las quales solo se pudo inducir vna fideicommissaria substitution para en caso que despues de auer succedido y heredado y passado de la pupilar edad muriesen abintestato, y sin descendientes legitimos, que esto importa a quella palabra, *O abintestato*. ex l. 1. ff. de suis & legitimis hæredibus vbi intestatus intelligitur qui testari iam poterat, & non fuit testatus. Y lo mismo significan las otras palabras, *Sin dexar hijos ni descendientes legitimos*, scilicet, en edad que pudiendo sostener no los tuuiesen, que es despues de la pupilar edad, ex glo. fideicommissi, in l. precibus. C. de impuber. notat Bald. in l. ex tribus, nume. 4. C. de inofficio testamen. Quia natura conditionis est, vt referatur ad casum, qui se habeat adesse, & non esse. l. ex facto. §. fina. ff. ad Trebellia. & quia quando dispositio loquitur aliquid præsupponendo intelligi debet in casu quæ præsuppositum illud possit verificari. Gloss. Salicetus, & Fulgos. in l. mancipia. C. de seruis fugitiuis. Y por esto en la l. pater Seuerinã de condiçtio. & demonstratio. Aquella condicion si non nupserit, se entiende id est si viri potens non nupserit. Y por el consiguiente en nuestro caso aquella

Secundus Articulus.

condicional. *O abintestato sin dexar hijos ni descendientes legitimos.* Se ha de entender sino viuiessen despues de la pupilar hecad auiendo ya sucedido en caso que muriessen abintestato sin hijos, ni descendientes legitimos. Y assi es imposible, y engaño manifesto dezir que debaxo de aquellas palabras se comprehendio la substucion vulgar, pues va hablando la disposicion en el caso contrario despues de auer ya sucedido, y heredado y expirado la vulgar. *Vt in. l. post additam hæreditatem. C. de impuber. cum materia.* Y siendo assi que se quito hazer substucion fideicommissaria, Esta no valio, no solo por lo que tãtas vezes queda dicho de q los hijos no llegaron a tener legitimas, sino porque en las legitimas no vale la fidei cõmissaria vt sequenti fundamento dicemus.

¶ Lo tercero, porque quando cessasse todo lo que queda dicho, (*quod quidem videri nostro non cessat, sed iuridicis ac verissimis fulcitur fundamentis*) Y si confessase que no expiro la tacita vulgar, y fue compendiosa, y que la pudo hazer la madre, que todo es contra verdad. Adhuc. Dezimos que la substucion vulgar no se pudo hazer ni valio en las legitimas de los dichos don Andres, y doña Isabel. Porque aunque es verdad que haziendose el mayorazgo se cumple con dexar alimentos, y legitimas desminuydas a los demas hijos. Pero lo que assi se les dexa in locum legitimæ subrogatur eiusque naturam in omnibus sequitur, vt quam pluribus citatis tradit Molina lib. 2. cap. 15. num. 2. Y assi ha se de dar absque vilo onere & grauamine & quodcumque apponatur ipso iure reiicitur. *d. l. quoniam in prioribus. l. 11. tit. 4. part. 6. vbi Gregorius & tradit Molina vbi supra nu. 11.* Y aunque ha sido disputado si en la legitima se puede hazer substucion vulgar, y muchos han querido dezir que si: porque no queriendo aceptar el hijo no se le haze agrauio. Y assi lo tienen Alexandro Aretino, y Iason, y otros in. *l. si posthumos. §. quod vulgo. ff. de liberis & posthumis.* Segura in *l. ab exhæredati substituto, nume. 46. ff. delegat. 1 & in l. cohæredi. §. cum filia, num. 98. ff. de vulgari.* Sarmiento in *l. si filius hæres, num. 10. ff. de liberis & posthum.* Menchaca. §. 10 num. 421. y Rodrigo X Suarez in *dict. l. quoniam in prioribus, limitatione. 3.* en las palabras finales no se quiso acabar de resolver, teniendole por articulo dudoso. Pero la contraria es mas verdadera, y la siguen Baldo, Paulo, y Saliceto *dict. l. quoniam in prioribus: & cum Socino esse magis communes testatur Antonius Gomez. 1. thomo. cap. 3. num. 17, Costa in cap. si pater*

3. P.

f. 29.

ter. 2. parte, verbo, debitæ, num. 2. Augustinus Beroius in dict. c. Raynuntius. 45. & in terminis legis. 27. Taur. Tellus Fernandez & Gomez Arias ibi num. 5. Matienço in l. 11. titulo. 6. lib. 5. Reconciliationis. glo. 9. nu. 3. Y respecto de la substitucion fideicomisaria es totalmente indubitado que no vale ni se puede poner en la legitima, y si se pone habetur pro non adiecta. glossa in dict. l. quoniam, & est opinio non solum communis, sed indifferenter recepta, vt testatur Iason in dict. authentica nouissima, nume. 43. Xuares vbi supra, limitatione. 1. num. 13. & 14. Menchaca dict. §. 10. num. 418. quia fideicommissum est onus. dict. §. cum filia, vbi Segura, & in l. vnum ex familia. §. sed si fundum, num. 163. ff. deleg. 2. Grassus in §. legitima. q. 39. num. 3. Y conforme a esto justissimamente esta absuelto Don Iuan de Arana respecto destas dos legitimas por las dichas dos sentencias.

TERTIVS ARTICVLVS.

CERCA del tercero articulo en que se trat. de tres mil y docientos ducados que pide la dicha Doña Catalina por la legitima de D. Antonia Monja, la sentencia de la justicia de Vitoria absoluo y dio por libre della al dicho Don Iuan, y por la de vista se reuoco, y esta condenado en los dichos tres mil y dozientos ducados, y que e esta se aya reuocar, probatur ex sequentibus.

PRIMO, porq̄ aunque es ansi q̄ conforme a la dicha facultad real Iuan de Arana y su muger pudiesen disminuir y moderar las legitimas de sus hijos y esto quedo a su aluedrio. Pero esta diminucion q̄ auian de hazer auia de ser en fauor del primer mayorazgo, q̄ conforme a la dicha facultad real hizieron en el dicho Don Iuan, y de los llamados a el, pues para solo esto se les dio la facultad de disminuir las dichas legitimas, como se prueba de la misma facultad. Pues auiendo precedido en ella, que se da para hazer mayorazgo de mil ducados de renta, y dozientas hanegas de trigo, y cierto de ceuada, y ciertos carros de leña, y arreas de azovete. Dize luego, *Con tanto que seais obligados a dexar y dexeis a me*

N *stros*

Num. 62.

Que el r. fiduo a la legitima de D. Antonia Monja se ha de adjudicar a D. Iuan.

Tertius Articulus.

stros hijos alimentos, aunque no sea en tanta cantidad como les podria pertenecer por su legitima, &c. Y la excepcion necessariamente ha de ser de la regla. l. nam quod liquide. §. fina. ff. de vino, tritico & oleo legato. Couarru. 2. Variar. cap. 5. á nume. 6. & 15. Mieres. 1. part. quaestio. 21. y se ha de referir a lo antes en ella dispuesto. cap. secundo requiris, de appellatio. l. talis scriptura. ff. de leg. 1. y en fauor del primer mayorazgo que auian de hazer, pues para hazer la dicha disminucion en fauor de otra persona no tuuieron poder ni facultad, porque la que tuuieron para la dicha disminucion fue limitada respecto del dicho primer mayorazgo, y assi ha de producir efecto particular y limitado. l. age cum Geminiano. C. de transact. l. in agris. ff. de acquiren. rerum dominio. Y porque siendo como la dicha limitacion y disminucion de legitima es especie de exheredacion y contra derecho del Reyno, por el qual se dispone que todos los bienes del padre sean legitima de los hijos, no se puede estender, antes se deue limitar y restringir respecto y en fauor del primer mayorazgo, argumen. l. cum quidam, de liber. & posth. l. quod vero. l. quod contra. ff. de legib. l. 3. §. hæc verba. ff. de negot. gestiis. quia verba rescripti, & priuilegij non extenduntur ultra personas in eo expressas. cap. P. & G. de offi. delega.

¶ Lo segundo, porque si diessimos que Iuan de Arana y su muger uieran podido disminuir la dicha legitima en fauor de otro hijo siendo assi, y que la dicha facultad se dio en fauor del hijo en quien se hiziesse el primer mayorazgo, retorcerse ya en su odio contra la l. quod fauore. C. de legibus, quo argumento in simili casu vtitur Alciatus consi. 96. num. 3. ¶ Quanto mas que dado caso sin perjuyzio de la verdad que Iuan de Arana y su muger pudieran auer disminuido la dicha legitima en fauor de otro hijo, y no del dicho Don Iuan Manrique y primer mayorazgo. Dezimos, q̄ en la forma que dispusieron, no lo pudieron hazer, porque lo que hizieron fue poner pena y priuacion a sus hijas que entrassen en Religion de tres mil y dozientos ducados, que en este caso les quitaron, priuando les de ellos en caso que entrassen en Religion, como parece de las palabras de la clautula. 40. ibi. Y en este caso reuocamos lo demas del nombramiento de los dichos quatro mil ducados. La qual condiccion y disposicion penal y priuatiua, como impeditiua del estado de la Religion, y en consecuencia torpe y mala, reijciatur de institutione. §. sed hoc præsentis, in authetica de sanctissimis Episcopis, ita in terminis tenet Abb. in cap. in præsentia, de proba-
tio.

no. numer. 42. & Decius ibidem nume. 196. & 197. quos refert & sequitur Couarruias libro. 1. Variarum resolutio. capit. 19. num. 10. versi. quamobrem primum infero, que habla en estos propios terminos. ¶ Y aunque en la otra question cerca de si el testador dize que dexa a su hija ducēta si nupserit, & centū si ingrediatur religionem, de qua Couarr. ibidem nu. 9. aya variedad de opiniones; y Anto. Gab. lib. 4. commun. opinio. tit. de legat. conclu. 2. tiene contra Bal. y Cobarru. Que la mas comun es sin embargo, la hija conseguira los dociētos, aunque entre en religion: y esta es mas comun opinion, y latissimamente la disputa, y tiene alli Gutierrez in quæstionibus Canonicis practicis quæst. 32. num. 25. cum pluribus sequentibus. Y Rolāndus dize, que esta nititur maioribus fundamentis & authoritate plurimorum doctorum maiorum numero pondere, & mensura consil. 35. lib. 5. per totum maxime num. 16. ¶ Pero en nuestro caso no tratamos de esta question sino de muy diferente, pues auendo Iuan de Arana y su muger, simpliciter asignado a sus hijos y hijas, a cada quatro mil ducados despues in modum pœnæ & priuationis, los priua de tres mil y duciētos ducados si entraren en religion, que es el caso de Abb. y Decio referido, y en este no vale la dicha disposicion y condicion como torpe impeditiua del estado de la religion. Y el mismo Couar. Que tuuo la contraria en esta caso va llano, y tiene con Decio y Abb.

¶ Lo tercero, esto es sin dificultad, suppuesto que Iuan de Arana y su muger, no viaron de la dicha facultad para hazer el segundo mayorazgo, ni aun pudieron sino de la substitucion pupilar como esta dicho. Y la pupilar respecto de la Doña Antonia, no surtio efecto pues sobreviuio despues de los doze años: y professo cū adueniente pubertate expiret. l. in pupilari. ff. de vulgar. s. m. a sculo, instit. de pupilari. l. 10. tit. 5. part. 6. Y en quanto substitucion vulgar tampoco pudo auer ni vno lugar, assi porque no se pudo poner como porque ella accepto la herencia y legitima y asimismo la vulgar. d. l. post addictam, y como fideicomissaria tampoco pudo valer ni valio, porque es grauamen q̄ se quita ipso iure de la legitima como lo dexamos fundado en el articulo precedente, y es verdad indubitada. Y assi la dicha doña Antonia pudo disponer de los quatro mil ducados, que como á los demas le fueron señalados por legitima sin embargo de la dicha condicion que en favor de otro q̄ del successor del dicho mayorazgo, aun en caso q̄ se viera podido poner (que no pudo) viera valido. Y assi pudo re-

nun.

Quartus Articulus:

nunciar como renuncio su legitima con consentimiento del monasterio en el dicho don Iuan.

QVARTVS ARTICVLVS.

Num. 63.
Que las legiti-
mas paternas de
los pupilos se há
de reduzir a la cá-
tidad verdadera
de la hazienda q̄
dexaron los testa-
dores.



POR las legítimas paternas de Don Andres y Doña Isabel, y por el residuo de las de Doña Antonia Monja (quando se vuisse de adju- dicar á este segundo mayorazgo, que no ha lugar.) De ninguna manera pertenece ni se puede aplicar a el, la cantidad que los dichos Iuã de Arana, y D. Mécia su muger dis- pusierõ: sino q̄ hecha cuenta de la hazienda q̄ verdaderamente quedó al tiempo de su muerte, y teniendo res- pecto al mayorazgo principal, y a los hijos que dexaron (que como esta dicho fueron siete) se haga la adjudicacion a las legítimas, dis- minuyendo pro rata de cada vna dellas, respecto de lo que vale de menos la hazienda. Porque en el hecho es cierto que los pa- dres dispusieron, entendiendo que tenían doblada mas hazienda de la que dexaron (y sin hazer caso de las muchas deudas que se pagaron quiebras, y gastos, que vuo en ella.) Y como se dixo en los euidenciales, y esta prouado concluyentemente pagadas deu- das, y cumplimiento de alma, y otros gastos y quiebras, no que- do de hazienda sino de catorze á quinze mil ducados. Y supuesto que fue adjudicacion y señalamiento de legítimas, y estas no se de- uen nisi deducto hære alieno. l. Papinianus. §. quarta autem, ff. de inofficioso testamento. l. sub signatum. §. bona, de verbor. significa. Affli. decisi. 161. reciben aumento y disminucion hasta la muer- te. l. cum quæritur. l. omni modo. C. de inofficioso testamento. Y co- mo estando señalada la legítima por los padres si se augmétan los bienes, se puede pedir aumento de legítima, la son in l. si quan- do. §. illud, & in authentica nouissima. num. 10. C. de inoffitioso testamento Couarr. in cap. Reinútius. §. 1. nu. 8. de testamentis, assi tambien se ha de desminuir si diminutæ reperiuntur facultates pa- tris temporis mortis ipsius. Paulus in l. in ratione, la tertia. num. 5. ff. ad. l. falcidiam & ibi Alexander nu. 7. Antonius Peregrinus de fideicommiss. art. 16. num. 18. Gutierrez in cap. quamuis pa- ctum, verbo, á filia, nu. 10. como por la mesma razon se dismi-
nuye

tuye la mejõra de tercio y quinto, por las deudas que despues
 sobreuienen y se descubren. l. 21. Tauri, hodie. 5. tit. 6. lib. 5 Recopi
 lat. cum traditis a Peralta. nu. 11. Sarmiento num. 19. in l. cum au
 tem. ff. de legat. 2. Molina lib. 1. ca. 2. a nu. 13. & cap. 10. eodem nu
 me. Gutierrez. lib. 2. Practicarum. quæst. 58. Y conforme á esto no
 se han de traer en consecuencia las determinaciones ordinarias
 de quando se desminuye la cosa sobre que esta impuesta alguna
 carga que ella no se deua desminuyr, assi porque allitodo es cosa
 particular, y no recibe aumento ni diminucion, como porque ha
 blan quando se desminuyo post mortem testatoris, quia tunc di
 minutio patrimonij nec legatarijs nec alijs nocet. l. in ratione in
 principio. ff. ad l. falcidiam, & in l. in quattitate eodem tit. vbi Bart.
 & doctores. Y en nuestro caso es assignacion de legitimas que re
 ciben aumento y diminucion, y para ellas se deue mirar precisa
 mente al tiempo de la muerte. ex Doctoribus superius citatis. Y
 porque si el dicho Iuan de Arana despues de auer hecho el prime
 ro y principal mayorazgo señalo tan grandes alimentos y legiti
 mas á los demas sus hijos fue con falsa estimacion de que pensa
 uua dexauã tres tanta hazienda mas a sus hijos, donde auiendo
 salido aquello incierto cõsequens est que se les aya de disminuyr
 pro rata acudiendo mas al mayorazgo é hijo mayor á quien sus pa
 dres quisieron mas dexar y fauorecer. ex l. si patronum. 44. de bo
 nis liberto. ibi. *Vt vndique Patronus ius suum foueat imminutum.*
 Paul. & Alex. in l. illud. C. de collatio. Alex. nu. 6. & omnes in l. in
 ratione. ff. ad l. falcid. per tex. ibi Angulo de melioratio. in l. 7. glo.
 3. cū & vitiandum sit quod testator disposuit si falsa opinione du
 ctus fuit. l. fin. ff. de hæred. instit. Bero ius consil. 15. num. 52. li. 3.
 Petrus Surdus consilio 107. numer. 15. Mantica libro tercero
 de coniectur. tit. 10. nu. 6. Menoch. lib. 4. præsupcione 4. segun lo
 lo qual las dos legitimas paternas de don Andres y doña Isabel
 que se han de adjudicar al segundo mayorazgo. Se han de redu
 zir cada vna a menos de mil ducados. Y la de D. Antonia Monja
 no se le puede aplicar por lo que esta dicho, aunque se ha de resu
 mir hasta la cantidad verdadera que le pudo pertenecer.

Y de la mesma forma q̄ se ha de disminuyr la cantidad de las
 dichas legitimas se ha de alargar proporeionãdo el tiempo para
 la paga de ellas, pues los padres quisieron que las fuesse pagãdo su
 hijo de los fructos y rentas de su mayorazgo. Y assi rentãdo mas
 que la mitad por medio menos de lo que sus padres pêsaron por
 la falta de hazienda q̄ le dexarõ se ha de passar otro tãto y mastiẽ
 po

T.R.

f. 32.

Quartus Articulus.

4 R
po adelante, porque auiendo tenido como tuuieron facultad Real para hazer el dicho primer mayorazgo. En virtud della, pudieron mandar que se fuesen pagando las legitimas de los fructos y rentas del mayorazgo, y dando tiempo y dilacion al poseedor de el para que commodamente las pudiesse pagar, ex. l. Firmio Eliodoro in princ. ff. quando dies legati vel fideicomissi cedat, ibi. *Et fructibus fundi relicta pecunia non perceptis libertatem esse necessariam secundi anni.* Vt eleganter in terminis defendit Menchacalibr. 1. de successio. creatio. §. 10. numer. 394. antea Molin. in consuetudinibus Paris. tit. 1, §. 8. glos. 4. nu. 15. allegans rationem quia Reipublice interest vnita bona manere ad conseruationem & honorem, familiae. l. 1. §. penult. ff. de ventri in speciem, ibi. *Publice enim interest, partus non subijci ut ordinum dignitas familiarum que salua sit,* Vbi glos. verbo familiarum, & notat Mieres 1. part. quaest. 1. nu. 9. & ex l. 10. tit. 29. par. 2. ibi. *Porque no menguassen ni se desfizessen.* Y porque como en virtud de la facultad Real se podria desminuyr la cantidad de la legitima y alimentos, vt patet ex clausula ibi. *Aunque no sean en tanta cantidad quanta les pudiera pertenecer por su legitima.* Dexádoles mil ducados á cada vno, q̄ son mas de los q̄ en rigor les podia pertenecer enteramente por legitima de padre, en la condicion y manera de la paga, mandando que se pagassen de los fructos del mayorazgo se pudieron desminuyr, cū Menchaca supra, ne alias facultas regia frustratoria redatur quem admodum minuitur legitima & dos filiarum stante statuto de filiabus excludendis propter masculos, vt eleganter probat Bartolomeus Socin. cons. 288. n. 15. volu. 2. Paul. cons. 108. li. 1. Molin. d. cap. 5. num. 38. Baeça de dote cap. 1. num. 16. vers. hinc infero. y Xuarez in l. quoniam in prioribus. 2. limitatione. numero. 13. ad l. Regni, quæcita Molina dicto cap. decimo quinto. num. 11. pro contraria sententia. Bien mirado, antes tiene esta que vamos fundâdo, quod pater virtute facultatis Regiae potest grauare filios non solum in quantitate, sed in tempore, modo, & forma soluendi legitimam. Y lo mismo tiene Gregor. quod potest grauare in tempore & dilacione in l. 2. titu. 4. part. 6. verbo, libremente, quaest. 4. y Baldo y Paulo que cita Molina hablan quando se les dexasse menos que legitima, que es muy diferente de nuestro caso, pues aqui les señalaron mas de lo que les podia pertenecer por legitima. y Palacios Rub. Antonius Gomez, Couarruias y Tello que tambien cita Molina no hablan en mayorazgo hecho con facultad Real. si

no del quinto que se deve al espurio por sus alimentos que no puede prohibir el padre que no paffe a sus herederos: y así ninguna cosa alega Molina que sea de fundamento, y es mas juridica y verdadera la de Menchaca, que en virtud de la facultad real pudo señalar los dichos alimentos y legitimas para que se pagassen de los fructos del mayorazgo.

Capitulo de los intereses,

TAMBIEN tiene pretension Doña Catalina, que se le han de pagar intereses de las dichas legitimas, alomenos desde la contestacion del pleyto, porque dize, que aunque se mandan pagar en dinero, succeden los intereses en lugar de los fructos y rentas de los padres, en que se les devian fructos. l. Papinianus. §. si conditione. ff. de inofficioso. glossa in l. fideicommissaria. ff. ad Trebellianum. Y quanto a esto ninguna justicia tiene, y se han de confirmar las sentencias dadas en fauor del dicho Don Iuan. Lo vno porque estas legitimas en qualquier cantidad que ayan de ser, se han de ir pagando en dineros y por años, y de los fructos y rentas del mayorazgo principal, y consitiendola herencia y legitima que se pide en puro dinero, no se deuen intereses ni fructos, citra morã, nec mora absque interpellatione committitur, vt cū Cephalo consi. §. 6. num. 49. & §. 10. versicu. 1. Capra consi. 1. §. 3. num. 10. & Romanos consilio. §. 17. numero quarto & quinto tradit Antonius. Cucus. dict. tractatu de legitimæ in rubrica. legitima pleno iure relinquenda nu. finali. versicu. vbi tamen hæreditas, y no solo concurre esta calidad de ser dinero lo que se deve y puede pedir, pero que procede como esta dicho de fructos, y rentas de bienes, cuyo señorío y propiedad fue y quedo para el, desde su principio, y siendo fructos los que tuuo obligacion de restituyr no deve intereses dellos. l. cum qui tacitum. ff. de hijs quibus vt indignis, ibi. quod si fructus in usu habuit eorum præiudicium restituit satis erit, & ibi. fructus dumtaxat debent non etiam usurariorum.

¶ Lo otro porque Don Iuan no ha estado en mora ni contra el se puede considerar por la causa justa que ha tenido y tiene de litigar y defenderse, y al que con justa causa se defiende, & litem contestatur non est in mora, neque potest in vris, seu interesse cõdemnari, bonus textus in l. si quis solutioni. ff. de

Quartus Articulus.

82
29
vsuris, ibi. Non fuisse videtur moram utique si iuste ad iudicium pro-
uocabit iuxta enim litigandi causa excusat à mora et ab interesse.
glo. in l. in hac. ff. de conditio tristicia, verbo, more, versic. nec pla-
cet illud. Bald. in c. 1. nu. 6. qui successores teneantur, vbi dicit, qd iu-
sta causa excusat à mora, & ab interesse. Menoch. de recup. remed.
5. nu. 55. & de arbitra. iudi. casu. 220. nu. 50. & est aduertēdū, qd la cau-
sa justa de que hablo el texto in d. l. si quis, solutioni, no es necessa-
rio que sea tan justa, que por ella quede el reo absuelto, y basta que
sea probable, vt optime dicit ibi Bald. Y que aya litigado y litigue
justamente Don Iuan, bien llano es, tanto por la justicia, que tiene
en el articulo principal de la succession deste segundo mayorazgo
quanto por las legitimas maternas, en que tiene sentencias en su
favor. ¶ Lo otro, porque siendo como es assi misma justa su preten-
sion, de que pro rata de la diminucion y falta que vno de ha-
zienda, se han de disminuir las legitimas, y liquidarse lo que se ha
de aplicar a cada vno de los dichos dos mayorazgos, no se pue-
de dezir que esta en mora, ni que deue intereses, quia in liquidan-
dis mora non contrahitur, ex Bald. in l. acceptam, num. 11. versic.
sexto oppono. C. de vsuris, Alexander consil. 49. num. 3. volumine
2. Matthæus de Afflictis decision. 205. num. 1. Menochius consil.
121. num. 109. volumine. 2. Decianus consil. 60. num. 43. volumi.
2. & quia non dicitur morosus qui nesciens quantum debeat litē
contestatur, et per tex. ibi inquit Bartol. in l. non potest videri, vbi
etiam Decius. ff. de reg. iu. Y esto es mas sin duda, atento que Do-
ña Catalina no las pide por derecho de legitimas que a ella se le de-
niessen en los bienes de sus abuelos, sino por dezir que esta substi-
tuyda en las que se deuieron y vieron de auer sus tios, que es
muy differente.

QVINTVS ARTICVLVS.

QVANTO a este Articulo se ha de reuocar la
sentencia de vista quanto al parral, ô diez ha-
negas de trigo de renta por el, confirmã-
dose la de la justicia ordinaria de Vitoria que absol-
uio y dio por libre al dicho Don Iuan.

Porque



PORQUE aunque la dicha Doña Catalina pretenda que ya que el dicho parral sea de mayorazgo del Licenciado Hernan Perez de Arana, y como tal no se puede comprar por ser ageno é inalienable, que alomenos Don Iuan tiene obligacion de pagar la estimaciõ del, y que esta es diez hanegas de trigo de renta. l. cum alienam. C. delegatis. §. nõ solum institut. de legatis l. 10. titu. 9. part. 6. ¶ Se responde q̄ Iuan de Arana y su muger mandaron el dicho parral pensando que era suyo, por el derecho que creyeron que tenia de le poder comprar y redimir del Licenciado Hernan Perez de Arana, como parece de la clausula. §. 4. ibi. *OTROS I* por quanto el Licenciado Hernan Perez de Arana mi señor y padre por via de mayorazgo mando al señor Licenciado Hernan Perez de Arana mi hermano sus casas con el horno y parral de la villa de Suso. Y despues por me hazer merced por testimonio de Andres de Anda, me mando el dicho parral, con que yo al dicho señor Licenciado mi hermano le comprasse diez fanegas de trigo de renta en esta ciudad a mi voluntad. Con que quedassen subrogadas en lugar del dicho parral, para el dicho mayorazgo. Mando que se compren las dichas diez fanegas de trigo de renta, y se den al dicho Licenciado mi hermano, y con tanto quede el dicho parral por mio proprio. Ponderanda sunt enim verba illi. Y despues por me hazerme merced me mando el dicho parral, que inuõit existimasse iam rem suam esse. Y en este caso ni se deue el dicho parral, ni su estimacion. dict. l. cum aliena. & dict. l. 10. ibi. Mas si el testador a la sazõ que la mando cuydasse que era suya e fuesse agena entonces el heredero no es tenido de la comprar ni de la estimacion della. Ratio est quia si testator sciuisset rem alienam esse forte non legasset cum difficilius testatoris legent res alienas grauando hæredes eas emere, & legatarijs præstare, quam res proprias. l. vnum ex familia. §. si rem. ff. de legat. 2. §. non solum instituta de legatis, hanc rationem probabunt in dicta. l. cum alienam Bart. Ba. & cæteri Doctores quos refert ibi Iason. nu. 4. ¶ Ni obsta si replicare que por auer mandado el dicho parral a su hijo segundo, vale la manda, aunque Don Iuan de Arana y su muger ignoraran que era ageno. d. l. cum alienam, ibi. *Contun. Et per sonæ.* dict. l. 10. ibi. Si fuesse fecha manda de tal cosa a tal persona que ouiesse allegança con el fazedor del testamento.

¶ Porque se responde, quod legatum rei alienæ factum personæ

Que D. Iuan no esta obligado a comprar el parral, ni a dar el trigo de renta q̄ se pide por la recompensa.

