

IESVS, MARIA, IOSEPH.

ALEGACION EN HECHO,
FVERO, Y DRECHO.

IN PROCESSV
REVERENDI LICENTIATI
PETRI TRASLARRIC.

SVPER APPREHENSIONE.

DEL ESTADO, Y CONDADO DE MORATA.

POR EL EXCELENTISSIMO

SEÑOR DON CARLOS DE ALAGON,

ESPES, LVNA, Y GVRREA, DVQVE DE

Villahermosa, Conde de Luna, y Ficallo.

*SOBRE QUE DEBE RECIBIRSE SV PRO-
posicion, por aver contravenido la señora D. Ana Man-
rrique de Luna a la prohibicion condicional expresa de
agenar, puesta en el Vinculo, y Mayorazgo contenido en
el Testamento de su Madre, que tiene expressamente
aprobado, y en el llamamiento personal
dicho señor Duque.*

1 **A**VIENDO vendido dicha señora Doña Ana
Manrrique de Luna, Marquesa de Malpica, to-

dos los Lugares, Villas, y Castillos que componen el Estado de Morata, con el Titulo de Conde; imaginando no se tendria noticia, por averse otorgado la vendicion en la Villa de Madrid con toda prevencion, y recato, se introduxo a instancia de vn Censalista de la Casa este processo, con fin de obtener en èl sentencia por la possession, y dominio que alegò en su proposicion, passando en silencio los Vinculos, y substitutiones con cuyo gravamen los ha posseido, para q̄ despues de sus dias pudiesse el comprador reponerse en las instancias ganadas a su parecer con libertad: tuvo mi parte noticia del disinio, y con la diligencia que se aplicò, se encontrò la vendicion, y dos otras que antecedentemente avia otorgado de los Lugares de Baltorres, y la Vilueña, y de las Casas principales del Mayorazgo. Reconocidos sus Vinculos, y hallando, q̄ el Duque tiene el inmediato, y especifico llamamiento en ellos (y el mismo en otros antiguos) pareció empeño forçoso atajar disposicion tan prevenida, y perjudicial, manifestando ser bienes sujetos al fideicomiso, que se lee en la clausula del Testamento de la madre, de la parte contraria, cuyo tenor es como se sigue.

CLAUSVLA, Y VINCULO DEL TESTAMENTO de Doña Ana Martinez de Luna, Condesa, que fue de Morata.

2 **I**TEM dexo de gracia especial, y con los Vinculos, gravamenes, y condiciones infra scriptos, y **NO SIN ELLOS, NI DE OTRA MANERA** a la dicha Doña Ana Manrique de Luna hija mia, Marquesa de Malpica, los Castillos, Villas, Lugares, Casas,

fas, y bienes infraSCRIPTOS, y siguientes. Ponense entre otros bienes los aprehensos, y prosigue en dicha institucion en la manera siguiente. I T E M dexo a la dicha Marquesa de Malpica todo lo sobredicho con vinculo, y condicion, que todos los dichos Castillos, Villas, y Lugares con el dicho Titulo de Conde de Morata, sus terminos, jurisdicciones, derechos, y rentas dominicales, y de las dichas casas se aya de fundar, y funde, segun que yo dicha Testadora fundo, con, y por tenor, y titulo del presente mi ultimo testamento; assi para la dicha mi hija, como para los demas abajo nombrados, y en falta dellos para quien dixere, y declarare un Mayorazgo perpetuo, gradual, y sucesivo, en el qual despues de mis dias, y con los cargos, vinculos, y substituciones, y llamamientos, gravamenes, y obligaciones de este mi ultimo Testamento declaradas, Y NO SIN ELLAS, NI DE OTRA MANERA, aya de suceder, y suceda por via de Mayorazgo, perpetuo, gradual, y sucesivo la dicha Doña Ana Manrique de Luna mi hija, Marquesa de Malpica, y despues de ella sus hijos, y descendientes legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, y no legitimados por subsiguiente matrimonio, dispensacion Pontificia, NI DE OTRA MANERA; y esto perpetuamente de mayor en mayor, guardando orden de primogenitura, prefiriendo siempre el varon a la hembra en paridad de grado, aunq̃ ella sea mayor de edad, y la linea del ultimo poseedor a las demas; y faltando, y siempre que faltare la dicha mi hija, y los dichos sus hijos, y descendientes, aya de suceder, y suceda en el dicho Mayorazgo el dicho Don Enrique de Alagon, Conde de Sastago, y sus hijos, y descendientes legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, y no legitimados por subseiguiente matrimonio, dispensacion Pontificia, ni en

otra manera, y esto perpetuamente por via de Mayorazgo de mayor en mayor, guardando orden de primogenitura, prefiriendo siempre el varon a la hembra en paridad de grado, aunque ella sea mayor de edad, y la linea del ultimo poseedor a las demas, y con cargo de los gravámenes, vinculos, y condiciones contenidos en este mi ultimo Testamento, y no sin ellos, ni de otra manera; y faltando, y siempre q̄ faltaren, assi el dicho D. Enrrique de Alagon Conde de Sastago, como los dichos sus hijos, y descendientes, aya de suceder, y suceda en dicho Mayorazgo D. CARLOS DE GURREA, Y BORJA, hijo legitimo, y natural de Don Fernando de Gurrea, y Aragon, y Doña Luisa de Gurrea, y Aragon coniuiges, Duques de Villahermosa, nieta que es la dicha Doña Luisa de Doña Catalina de Luna, hermana de Don Miguel Martinez de Luna, Conde de Morata, que goze de gloria mi señor, y Padre, y muger que fue de D. Blasco de Alagon, Conde de Sastago, y sus hijos, y descendientes legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, y no legitimados por subsiguiente matrimonio, dispensacion Pontificia, ni en otra manera, y esto perpetuamente por via de Mayorazgo de mayor en mayor, guardando orden de primogenitura, prefiriendo siempre el varon a la hembra en paridad de grado, aunque ella sea mayor de edad, y la linea del ultimo poseedor a las demas, y con cargo de los gravámenes, Vinculos, y condiciones contenidas en este mi ultimo Testamento, y no sin ellas, ni de otra manera; y faltando, y siempre que faltaren, assi el dicho Don Carlos de Gurrea, y Borja, y los dichos sus hijos, y descendientes ayan de suceder, y sucedan en dicho Mayorazgo D. Manuel de Gurrea, y Aragon su hermano, hijo de los dichos Duques de Villahermosa, y sus hijos, y descendientes legiti-

timos, y de legitimo matrimonio procreados, y no legitimados por subsiguiente matrimonio, dispensacion Pontificia, ni en otra manera, y esto perpetuamente por via de Mayorazgo, de mayor en mayor, guardando orden de primogenitura, prefiriendo siempre el varon a la hembra en paridad de grado, aunque ella sea mayor de edad, y la linea del ultimo possedor a las demas, y con cargo de los gravámenes, Vinculos, y con las condiciones contenidas en este mi ultimo Testamento, y no sin ellas, ni de otra manera.

3 Profigue haziendo otros llamamientos, y para fenecidos los descendiētes de los arriba nōbrados, llama a la Iglesia, y Cofadria de Nuestra Señora del Portillo de la presente Ciudad, para que con las rentas de dicho Estado se funden Capellanias, y Beneficios en ella.

4 Expressa tãbien los gravámenes, y condiciones, con las quales, y *no sin ellas, ni de otra manera*, haze dichos llamamientos, q̄ se reducen a q̄ los substituidos no inquieten, ni pongan pleito en la sucesion a la heredera, ni a sus descendientes, por razon de otros Vinculos, *exceptado en los casos, que conforme al presente Testamento pudieren*; que los que huvieren de suceder no sean Religiosos, ni mentecaptos; que ayan de llevar el nombre, y Armas de Luna: Y finalmente concluye las condiciones con la clausula siguiente.

5 *Itē hago, y fundo el dicho Mayorazgo con Vinculo, y condicion, q̄ todos los dichos bienes en èl comprehendidos ayan de estar, y estèn PERPETVAMENTE VNIDOS, y sean inalienables, y imperscriptibles, y q̄ ninguno desde el primero hasta el ultimo los puedan EN TODO, NI EN PARTE, DAR, VENDER, O AGENAR EN MANERA ALGVNA PERPETVAMENTE NI TEMPORALMENTE.*

6 Dicha señora D. Ana Manrique de Luna el año 1642. inmediatamente a la muerte de dicha Testadora su madre, se entrometió en la herencia, y aprobò judicial, y expressamente todo lo contenido en dicho Testamento, obligandose a su cumplimiento, como resulta de vnas letras narrativas del processo *Petri Salinas super apprehensione* de la Baronia de Purroy, en que suplicò reponerse como legataria, diziendo en suma.

7 Aviēdo hecho fè del poder, y mādandolo inferir, y articulado dicho Testamēto, muerte de la Testadora, y sobrevivencia de dicha heredera, y legataria, prosigue assi; *por cuya muerte el dicho Testamento surtiò su debido efecto, y la dicha principal de dichos Procuradores fue hecha legataria de los bienes en este processo aprehensos, y heredera universal de todos los que fueron, y pertenecieron a la dicha su madre, con todos sus derechos, instancias, y acciones, y por consiguiente de los que tenia, y le pertenecian en el presente processo, y causa; Y EL DICHO LEGADO, Y HERENCIA RESPECTIVAMENTE HAN ACEPTADO, Y ACEPTAN, Y EN ELLA SE HAN ENTROMETIDO, Y ENTROMETEN, y assi es verdad.*

8 *Item dixeron, y alegaron, q̄ los dichos sus principales están, y se ofrecen prontos, y aparejados A TENER, GVAR DAR, Y CVMPLIR TODO AQVELLO, QUE CONFORME AL TENOR DE DICHO TESTAMENTO HAN SIDO, Y SON EN QVALQVIERE MANERA TENIDOS, Y OBLIGADOS A TENER, GVAR DAR, Y CVMPLIR, y assi es verdad.*

9 El articulo siguiente cõtine vn proffeso respecto los bienes de la Baronia de Purroy tan solamente, q̄
son

7

son los aprehensos en dicho processo, con que la aprobacion de dicho Testamento en todo lo demas es absoluta.

10 Hallase tambien probado instrumentalmēte, q̄ dicha señora Doña Ana Manrique de Luna, como heredera de su madre, en execucion de su obligaciō, aprobacion, y reconocimiento, diò satisfacion, y pagò todos los Legados, dexas, y cargos contenidos en dicho Testamento de su Madre, como resulta de la vendicion que otorgò a favor de la señora Doña Iosepha de Luna, exhibida en este processo. Y el testigo 1. de esta parte, que es legatario, lo concluye de hecho propio.

11 Hãse producido tãbiē otras letras narrativas del processo *Didaci Gomez de Artieda*, aprehension del Condado de Sastago, en el qual diò proposicion como heredera testamentaria de su Madre, y deduxo dicho testamento.

12 Despues de tan expresas, y repetidas aprobaciones de dicho testamēto, se ha verificado cō instrumētos aver contravenido a la condicion, y prohibicion de agenaar, que manda no pueda hazerse *entodo, ni en parte, en manera alguna, perpetua, ni temporalmente*, puesta en la clausula copiada arriba.

13 La primera contravenciō se funda, en aver vendido los Lugares del Baltorres, y la Vilueña.

14 La segunda, en aver agenado las casas principales de dicho Estado.

15 Y los cōpradores en fuerça de las vendiciones, los han posschido, y posscen, y se ha articulado, y probado averlos posschido, y que fuerō de dicha testadora cō articulo positivo de la identidad.

16 La tercera cōtravencion consiste, en aver dicha

he-

heredera vendido las Villas de Illueca, y Morata, y cinco Lugares mas, cō las jurisdicciones, y el Titulo de Cōde de Morata, a favor de Francisco Sanz de Cortes Infançon, y Ciudadano de Zaragoza.

17 Esta vendiciō se halla cō muchas prevēciones, pues diziendo la vendedora, que la haze *para despues de sus dias naturales*, en ella misma declara le tiene a dicho comprador arrendados todos los bienes vendidos por el sobredicho tiempo de su vida, y le dà facultad de pedir cuentas a todos los Governadores, Administradores, y demas ministros, que en lo passado lo huvieren sido de dicho Estado de Morata, y *de fenecer, extinguir, cancelar, dar cartas de pago, y de fin, y quito*, con revocacion de todos los poderes que dichos vendedores tenian hechos antes del otorgamiento de la vendicion, exceptado los ad lites, y para recibir y cobrar: y assi mismo se le concede por dicha vendedora facultad, para que impugne los creditos, y censos, que se pretēdieren impuestos, sobre dichos bienes vendidos, aviendo de quedar a vtilidad, y beneficio de dicho comprador todos los censos, y creditos, que se anularen, y otras que de la contextura de dicha vendicion resultan.

18 Tābien se halla en ella vn pacto que dize: *Cuya vendicion se otorga con pacto expresso, que dicho comprador la aya de aprobar por si, ò por Procurador, ò Procuradores suyos legitimos, y de que no pueda entrar al gozo de dichos bienes* **POR EL DRECHO DE DOMINIO QUE LE TRANSFERIMOS**, hasta fenecidos los dias de mi dicha Doña Ana Fernandez Manrique Martinez de Luna vendedora, que es el tiempo en que se cumple la condicion con que se los vendo.

19 Cōtiene tambien pacto expresso, que aunque su

otor-

otorgamiento se hizo en la Villa de Madrid, se aya de entender en lo decisivo conforme los Fueros de Aragon, tiene todas las clausulas de eviccion plenaria, a que se obliga dicha vendedora, para en caso de mala voz, y al cumplimiento su persona y bienes, con las de Precario, Constituto, Aprehesion, y demas contenidas en dicho Instrumento, el qual, y lo en él expressado aceptò instrumentalmente dicho comprador.

20 Con dichas cõtravéciones verificadas en la forma referida; pretède el Duque aver llegado el caso de su llamamiento, y que se le debe recibir la proposicion por drecho de dominio, en fuerça del Vinculo contenido en dicho Testamento de Doña Ana Martinez de Luna Condesa de Morata difunta: La qual se ha probado possejó hasta su muerte dichos bienes, y lo demas, que se ha articulado para la inclusion se halla legitimamente probado, y en ello concluyen los testigos.

21 Y aunq̃ con la desnuda narraciõ del hecho propuesto, se manifiesta bastantemente la justicia del Duque, sin necessitar de otros apoyos, ni discursos; sin embargo para mayor averiguacion de la verdad, ha sido servido el Consejo participar la siguiente Duda.

D V B I V M.

*V*T propositio Illustris D. Caroli de Gurrea, y Aragon Ducis Villa-formosa in hoc processu admittatur, non sufficit demonstrare se esse vocatum, sed requiritur quod probet venisse casum sua vocationis; Cum ergo ex testamento Egregia Domna Anna Martinez de Luna à quo tradit suam inclusionem expressè constet non venisse casum sua vocationis rectè ei est opposita exceptio ex adver-

so, de non venisse casum sua vocationis, Et ita omisis alijs questionibus videtur, quod ex hac causa non est recipienda eius propositio, Et precipue versando in vinculo, quod nullam pœnam imponit successoribus, eorum bona alienantibus.

RESPUESTA.

22 **E**STA duda no niega, q̄ el Duque tenga llamamiẽto en el testamento cõ que se incluye (tienele expreso de su misma persona) solo dificulta, que aya llegado el caso de su vocacion, mayormente no imponiẽdose pena a los sucesores que agenaren, y assi que (omittidas otras questiones) no puede recibirse la proposicion del Duque.

23 Para satisfacer eficazmente, supongo con el hecho referido, q̄ en dicho Mayorazgo ay prohibicion expressa de agenar, dirigida por via de condicion, a todos los sucesores, desde el primero hasta el vltimo, declarando en ella, *que no los puedan en todo, ni en parte, dar, vender, ò agenar, en manera alguna, perpetua, ni temporalmente.*

24 De este supuesto se descubre averse verificado el caso del llamamiento del Duque, pues consta, que dicha señora Doña Ana Manrique de Luna, despues de averse valido de dicho testamento, y aprobado expressamente, no solo contravino a dicha prohibicion expressa de agenar, por las vendiciones de Baltorres, la Vilueña, y las Casas, sino por la de todo lo restante del Estado, Casa, y Titulo de Conde de Morata exhibidas; porque de naturaleza de los fideicomisos, prohibitorios, y contravencionales, es, deferirse la sucesion al siguiente contemplado, facta à possessore alie-

natione, ad tradita à Doctoribus in Authent. hoc amplius, C. de fideicommissis, & in l. qui Roma, §. coheredes, ff. de verb. oblig. Soccin. in l. si cognitis num. 18. ff. de duobus reis, Ioan. Croto post antiquiores in l. filius familias, §. divi col. 8. vers. Ultimo noto, Curt. Joan. consil. 43. nu. 9. vers. Secundo principaliter, & consil. 145. n. 4. & 5. Gabriel tit. de fideicom. conclus. 9. nu. 33. Camillo de la Ratha cons. 50. Peregrin. de fideicom. art. 14. nu. 7. & 8.

25 Son Textos q̄ literalmente lo deciden assi la l. filius familias, §. cum pater, ff. de legat. 1. l. unum ex familia, §. sed si uno, l. cum pater, §. libertis, præcipuè, l. peto, §. fratre, ff. de legat. 2. ibi: Fratre hærede instituto petit ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur, si non paruerit hæres voluntati, sed domum alienaverit, vel ex tero hærede institutio decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt. Quid ergo si non sint eiusdem gradus? Ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus.

26 En ninguno de los Textos alegados, previenen los Consultos sea necesario para entrar el siguiente en grado al fideicomisso, aya en el cominacion de pena, antes se manifesta de su conrextura literal, basta la prohibicion sola; luego parece q̄ en el caso concreto aviendo la tan expressa, y declarãdo la testadora, hazia dichos llamamientos con essa condicion, y no sin ella, ni de otra manera: Con mayoria de razon debe aplicarse la misma inteligencia.

27 Recibe apoyo cō la enseñanza del Maestro de los Mayorazgos Luis de Molina de Hisp. primog. lib. 1. cap. 14. nu. 32. que dize: Vnum tamen in hac parte anotandum erit, quod si in maioratu expressa alienationis prohibitio apposta sit, prout communiter in omnibus maioratibus

bus apponi solet, STATIM FACTA BONORVM ALIENATIONE, ETIAM VIVENTE MAIOR ATVS POSSESSORE, POTESST ADMITTI SEQVENS IN GRADV, qui alienationi non consensit ad revocanda bona alienata, eaque sibi vendicanda, siue is filius, siue transversalis, extraneusve sit.

28 Profigue con Textos, y Doctores; y en el n. 33. opone por argumento la *l. fin. §. sed quia nostra maiestas*, con el siguiente, *C. com. de leg.* que se me replicò informando, diziendo, que quando la delacion del fideicomisso pende de la existencia de alguna condicion, ò dia; que al fideicomissario, aunque el poseedor agene, mientras vive, no se le admite a reivindicar los bienes del fideicomisso, y por consiguiente hallandose el Duque llamado en falta de la parte contraria, de sus hijos, y descendientes, hasta que muera no ha llegado el caso de suceder.

29 Satisface el mismo esta instancia, diziendo luego inmediatamente: *Communis tamen, ac vera resolutio est, quod aut bona sunt fideicomisso, aut restitutioni subiecta, & sic tacite alienari prohibita, absque alienationis prohibitione expressa, & tunc si alienentur non potest alienatio revocari, nisi adveniente die fideicommissi, sicque est intelligendus textus in dict. §. sed quia nostra maiestas & in §. sin autem, & in dict. l. seruo legato, §. 1. aut ultra fideicommissum bona sunt EXPRESSE ALIENARI PROHIBITA, & tunc si alienentur possunt STATIM vendicari à sequenti in gradu, non expectato die fideicommissi, & ita intelligendus est textus in d. l. cum pater, §. libertis, &c. cita a muchos Doctores.*

30 Comprueba lo mismo el Adicionador, que junta a Don Iuan del Castillo, Mieres, Fussario, Sesse,

Fontanela, y otros, y concluye diziendo: *Et sententiam auctoris tanquam iuridicam probamus.*

31 Y el señor Sesse dió con elegancia la razon de diferencia, que ay entre los fideicomissos absolutos, y contravencionales *decis. 55. num. 11. ibi: Est tamen una notabilis differētia inter utrumque fideicommissum, quia in contraventionali facta contraventione potest ille cuius favore facta est prohibitio venire ad fideicommissum, & revocare bona alienata in vita alienantis gravati, licet secus sit in fideicommisso absoluto; quia in absoluto post mortem vocati in omnem eventum venient substituti.* Profigue en la explicacion de los efectos del fideicomisso absoluto, y despues dize assi: *Totum contrarium eius, quod diximus in fideicommisso absoluto, dicendum est in contraventionali, veluti quando res subiectę restitutioni prohibētur exprēssē alienari à testatore, nam tunc quia concurrat duplex prohibitio legis, & hominis statim à principio alienatio est nulla, & ille ad quem debet devenire etiam sub conditione, statim admittitur ad revocandum, & fideicommissa efficiuntur pura, ubi prius erant conditionalia, l. cum pater, §. libertis, l. peto, §. fratre, ff. de leg. 2. Mol. de primog. lib. 4. cap. 1. num. 12. & 21. ubi & in num. 17. 19. & 20. Dicit, quod nec alienans, nec eius heredes admittuntur ad revocandum (licet aliquando id permitatur, ut per eum ibi) hanc alienationem, sed ulteriores vocati, qui nec alienarunt, nec alienationi consenserunt, nec sunt heredes alienantis, & hoc eo ordine quo vocati sunt dict. §. fratre, & dict. §. libertis.*

32 Fundanse los Textos, y DD. referidos en dezir, que si la prohibicion exprēssa de agenaar, puesta en la fundacion de vn mayorazgo, no obrara el desembarazar el passo para la succession al siguiente en grado, al

punto mismo, que el poseedor contraviene, por la agnacion, que contra la voluntad del fundador otorga, se seguiria ser inutiles, y superfluas semejantes clausulas prohibitivas, supuesto que ya por la misma naturaleza del vinculo, aunque en el no huviera semejante prohibicion, le competiera al sucessor despues de la muerte del poseedor alienante, el derecho de recobrar los bienes agenados; y assi concurriendo las dos prohibiciones, la de la ley, y la que el fundador quiso expressar, por no parecerle aquella bastante, debe esta, vnida con aquella, obrar mayores, y eficazes efectos, por la regla *duo vincula fortiora sunt uno, l. si non lex, ff. de hered. inst. l. discretum, C. qui testam. facer. poss. l. pen. §. si vero C. de adopt. §. afinitatis inst. de nupt. Surd. decis. 154. n. 9. Et cons. 61. num. 6.* Y por esso dixo bien el señor Sesse *vbi proximè. Nam tunc quia concurrat duplex prohibitio legis, Et hominis, statim à principio alienatio est nulla, Et ille ad quem debet pervenire, etiam sub cōditione* **ST A- TIM ADMITTITVR AD REUOCAN- DVM, ET FIDEICOMMISSA EFICIVN- TVR PVRA, VBI PRIVS ERANT CON- DITIONALIA.**

33 Hallase esta inteligencia, no solo apoyada de tantos, y tan graves Doctores, sino tambien abrazada repetidas vezes en los Tribunales de este Reyno, entendiendo, que no està la fuerça, para que se deba admitir al siguiente en grado, viviendo el poseedor del mayorazgo, que ageno los bienes vinculados, en que se diga incurra en pena de perdimiento si agenare, y que ipso facto passe al siguiente, porque en estos terminos no huviera duda, ni question, vt notat Molin. *vbi supra lib. 1. cap. 14. in fine*, y solo puede tener lugar la disputa ex-

reciendo la clausula de semejante expresion, y sin embargo aun en esse caso se halla decidido a nuestro favor, como advierte el señor Sesse decis. 17. à num. 4. vbi dicit: *Quod non est vis si dicatur prohibeo ne alienes extra familiam, vel quod adijciat hæc verba, Et si alienaveris volo, quod bona veniant in familiam, vel alium, Et loquitur Ruin. in ultimis voluntatibus vbi transit dominium, sicut in contractu Regni, Et bene dicit Ruin. ad inducendum contraventionem, quia in quolibet casu facta contraventione vocabuntur illi in quorum favorem facta est prohibitio, Et sic IDEM ERIT IN UTROQUE ABSQUE DELECTV ISTIVS DIFFERENTIÆ, quam aliqui tenuerunt, nam sic fuisse iudicatum accipi à maioribus, Et primo in Curia Iustitie Aragon. 31. Ianuar. 1554. in process. Roder. Cerdan super electione iuris firma.*

34 Et in alio processu in eadem Curia, intitulato, *Michaelis Cerdan super apprehens. Loci de Sobradiel.*

35 Et in causa de Pinseque 16. Decemb. 1557. in proces. Galaciani de Vera super apprehens. in eadẽ Curia.

36 In processu Ioan. Bertiz super apprehens. in Regia Audientia 31. Octob. 1605.

37 Et ita motibavit Dominus Andreas Serveto Aviñon in proces. D. Petri Lopez de Mendoza super apprehens. 12. Augusti 1572. in Regia Audientia.

38 Et novissime in Curia Domini Iustitie Aragonum in processu D. Bernardini de Mendoza super apprehens. Baronia de Sangarren mense Martij 1610.

39 Con razon ventajosa se aplica a nuestro caso la de estos exemplares, por hallarse los vinculos con que se decidieron puestas en contracto, y no en ultima voluntad, que es el fundamento del reparo, que haze el

señor Sesse; y para que con evidencia se manifieste mas la justificacion del drecho del Duque, deben prevenirse los medios por donde puede determinarse esta contienda.

40 Primò, puede discurrirse segun los terminos de la *l. diffamari, C. de ingen. manum.* que milita quando el poseedor de vn mayorazgo absoluto, se jacta, de que tiene los bienes libres, y dispone de ellos como si no fueran vinculados, caso en que se permite al sucessor del fideicomisso intentar juicio contra el poseyente, para que se declare serlo cum onere fideicommissi, ad tradita per *Molin. lib. 3. cap. 14. de Hisp. primog. nu. vlt. D. Reg. Leon decis. 35. per totam, & precipue nu. 16.* y el señor Sesse *decis. 115. nu. 57.* los quales resuelven a nuestro favor, aviendo empezado el poseedor del mayorazgo a disipar, ò agenar, por el daño que se le sigue al sucessor de las agenaciones.

41 Pero no estamos en este caso, pues se ha visto, que la Testadora expressamente prohibiò el poder agenar *en todo, ò en parte, en manera alguna* los bienes de este Mayorazgo a todos los llamados, desde el primero hasta el ultimo.

42 Secundò, podria guiarse por lo que los DD. genericamente fundan, respecto la fuerza que tienen las clausulas prohibitivas de agenar, puestas en los fideicomissos, en cuyos terminos corrientemente deciden a favor de esta parte, etiam que no aya pena, como se ha visto en lo hasta aqui fundado, *plures congerit, Fusar. de substitut. quest. 582. à num. 2.*

43 Tertiò, puede considerarse este punto, distinguiendo entre las clausulas prohibitivas puestas en fideicomissos, fundados en contracto, y entre aquellas que

que expressan los Testadores en las vltimas volūtades, de cuya naturaleza es la del presente caso: quādo la prohibicion de agenaar se pone en contracto, han dicho algunos, que no hallandose prevenido, que por la contravencion, entre el siguiente en grado, no se concede a este, viviendo el que ageno, la reivindicacion, como notò el señor R. Sesse en la decis. 55. en el num. 11. vers. Et totum, de donde se infiere la solucion del reparo hecho en la decis. 17. num. 4. in fin. y Fontan. de pact. nupt. claus. 4. glos. 25. num. 54. hablando del punto, dize: *Hac sola differentia inter contractos, & vltimas voluntates notata, quod si in illis fiat prohibitio, non dabitur reivindicatio contra tertium, in quē alienata sunt. Sed sola ad interese actio adversus alienantem, si vero in istis, dabitur proculdubio vendicatio.*

44 Es magistral para el intento lo que dize Pereg. de fideicommissis artic. 51. nu. 72. ibi: *In hoc autem differunt contractus ab vltimis voluntatibus, quia in his, facta prohibitione de alienando favore certarum personarum (como aqui por favor de los substituidos, y contemplados) secuta alienatione per contra factionem, committitur fideicommissum ad illius favorem, & ex ea causa res vendicatur ad l. peto, §. fratre, ff. de leg. 2. & dict. §. divi.*

45 De que se infiere, que todas las dotrinas, que en contrario se induxeren, se han de reconocer, para ver si hablan en contractos, ò vltimas voluntades, porque para la decision desta causa, solo parece podran aplicarse las que militaren en vltimas voluntades, por hallarse este Mayorazgo fundado en dicho Testamento: y es sabido, que la voluntad de la Testadora explicada en el, debe observarse como ley inviolable, *Authent. de Nupt. §. disponat, col. 4. ibi: Disponat testator, & erit lex.*

46 No se contentò Doña Ana Martinez de Luna Testadora, con poner la clausula, que prohibe las agenciones, con la precesitud que se ha visto: Sino que con prevencion anticipada, antes de nombrar ninguno de los llamados a la sucesion, dixo: *Item dexo de gracia especial, y con los vinculos, gravamines, y CONDICIONES infrascriptos, y NO SIN ELLOS, NI DE OTRA MANERA, &c.*

47 Y despues de aver confrontado todos los Castillos, Villas, y Lugares del Mayorazgo, prosigue diziendo. *ITEM dexo a la dicha Marquesa de Malpica todo lo sobredicho, con vinculo, y condicion, que todos los dichos Castillos, Villas, y Lugares, con el dicho Titulo de Conde de Morata, sus terminos, jurisdicciones, derechos, y rentas dominicales, y de las dichas Casas se aya de fundar, y funde, segun que yo dicha Testadora fundo, con, y por tenor, y titulo del presente mi ultimo testamento, assi para la dicha mi hija, como para los demas abaxo nombrados, y en falta de ellos, para quien dixere, y declararare, un Mayorazgo perpetuo, gradual, y sucesivo en el qual despues de mis dias y con los cargos, vinculos, substituciones, y llamamientos, gravamines, y obligaciones en este mi ultimo testamento declaradas, Y NO SIN ELLAS, NI DE OTRA MANERA, aya de suceder, y suceda por via de Mayorazgo perpetuo, gradual, y sucesivo la dicha Doña Ana Manrique de Luna mi hija, &c.*

48 Las condiciones de llevar el nombre, y Armas, y la prohibitiva de agenciones, en todo, ò en parte perpetua, ni temporalmente, ni en manera alguna, puestas a beneficio de los contemplados, son de tanta ponderacion, que obligan a cumplirse, no solo antes de la adquisicion, sino continuadamente, porque siempre influyen,

yen, Molin. de Hisp. prim. lib. 2. cap. 12. à num. 11. Ludovic. Lima in Addit. ad eundem, num. 11. § 18. Pereg. de fideic. art. à 125. vers. Contra vero, Jacob. Cancer 3. var. cap. 22. à num. 98.

49 Dificultan en este punto los DD. si estas condiciones, cuyo cumplimiēto tiene tracto sucesivo, conservan la naturaleza de tales, ò pāssan a ser propiamente modos, y no condiciones; y aunque en terminos sencillos sea corriente, participā mas de la naturaleza, de modo, que de condicion, Molin. ubi proxime, num. 11. 13. § 14. § ibi Additionator, sin embargo limitan dicha regla, quando el Testador manifestò su voluntad en la Fundacion del Mayorazgo, queriendo fuessen rigurosamente condiciones, y se entiende averlo querido a ssi, quando despues de averlas expressado dixo, *§ non aliàs nec aliter*, vt docet idem Mol. ubi sup. num. 11. ibi: *Quod si ultra hac, in ipsa maioratus institutione aliqua alia adiungantur, qua potius ad proprias condiciones, quam ad modum referenda sunt, veluti si testator maioratum efficiat certa conditione existente, NON ALIAS, vel aliqua bona sub aliqua conditione, ET NON ALITER maioratui subijciat contrarium dicendum erit*, y despues prosigue, *§ nulli dubium, nisi quod V E R E A C PROPRIE CONDICTIONES CENSENDÆ SINT.*

50 En el caso concreto, no ay razon de dudar, que la clausula prohibitiva de agerar se halla puesta por via de cōdicion propia a beneficio de todos los llamados, pues la Testadora lo expressò aviendo dicho, y no sin ellas, ni de otra manera repetidas vezes, que manifiesta efficacissimamente su voluntad, vt eruditè *Excellentissimus Dominus D. Christophorus Crespi de Valdara, Vice-*

cecancellarius meritissimus tom. 1. Obser. 22. q. 1. circumst. 3. num. 25. ibi: Qua tam geminata, & repetita prohibitio enixam satis voluntatem, bona perpetuo in successores conservandi declaret, y tambien por avella puesto antes de los llamamientos, vt notavit Jacob. Cancer, lib. 3. var. à num. 101. cum seq.

51 De dōde se infiere, q̄ aunque por lo regular cōdicion propiamente sea la que a principio suspende la execucion del acto, *l. si ita haeres, ff. de cond. inst. l. qui haeredi 44. in fin. ff. de cond. & demonst.* sin embargo la voluntad del Testador, puede hazer sea tambien condiciō, lo que sin ella fuera modo, y entonces, aunque no suspende la adquisicion a principio; pero faltando a ella el gravado, resuelve lo hecho, y lo reduce al pristino estado, como sino se huviera hecho, no por via de privacion, sino como sino le huviera instituido, ni llamado, *l. pecuniam ante fin. ff. si certum pet. l. necessario, §. 1. ff. de peric. & com. rei vend. l. 2. §. 1. & l. 3. ff. de in diem additione; Math. Brun. cons. 114. num. 18. punctim Molin. ubi supra, lib. 2. cap. 12. num. 18. & 20.* que habla en caso de institucion de heredero con condicion prohibitiva de agenar, con la diccion, *& non alias*, y dice *dict. num. 20. Quod si fecerit contra conditionem ipso iure desinit esse haeres à principio, & in alium hereditas transfundetur*, y aviendo citado Doctores prosigue: *Vbi inquit haeredem, qui fecit contra conditionem, non privari hereditate ex dispositione testatoris; sed ex legis dispositione, quia testator in eum casum non videtur adimere hereditatem, sed verius censendum est illam non dedisse.*

52 Comprueba lo mismo el Adicionador ibidem, *num. 18. alli: Nos vero cum autore fateri oportet esse conditionalem, ex aductis ab eo supra num. 17. cuius defectus*

non

non facit quem privari, sed haberi pro non instituto, cita a Castillo, Aymon, Menochio, y otros, y luego dize: Et hoc fortius, quando praeceptum imponitur per dictionem, NON ALITER. &c. qua dictio formam praecissam inducit alias consensum removet, annullatque actum in contrarium factum.

53 De donde se infiere, no necessitamos en el caso presente, de que aya, ò no pena en dicha clausula prohibitiva de agenar, contra los q̄ contravinieren, porque mayor fuerça tiene, hallandose explicada por la Testadora por via de condicion, pues no la cumpliendo se entiende por contraria condicion exheredado, notavit *Cancer 3. variar. cap. 22. nu. 98. ibi: Interdum instituitur haeres sub conditione, & tunc etiam nulla apposita privationis poena, sub contraria conditione censetur exheredatus, l. aliquando 106. de cond. & demonst. ubi sub conditione datum, sub contraria censetur ademptum, & è contra.* Y aviendo discurrido maravillosamente el assumpto, en el *num. 106.* dize: *Non efficere institutionem conditionalem, quoad hoc ut impediunt acquisitionem fieri à principio, SED VT EX POST FACTO RESOLVAT: QVIA DEFECTVS CONDITIONIS NON PRIVAT, SED FACIT HABERE PRO NON INSTITVTO.*

54 Con esto parece queda con satisfacion respondido a la Duda, pues aunque no aya pena impuesta contra los que agenaren, no se necesita de ella, aviendo llamado la Testadora a todos los contēplados, con las condiciones alli expressadas, y no sin ellas, ni de otra manera, que tienen mayor fuerça, que la cominacion de pena, porque inducen forma substancial, condicion rigurosa y faltando a ella resuelve à principio, como si tuviera

decreto irritante, y es limitativa de la voluntad, como con infinitos funda *Barbos. claus. 81. à num. 9. vsque ad 15. punctim Marta de clausul. par. 1. claus. 44. nu. 7. Menoch. conf. 83. num. 22. lib. 1. Petrus Surd. conf. 318. à num. 24. § conf. 322. nu. 23. lib. 3. Gama decis. 158. aliàs 159. videndus Stephan. Gratian. discept. forens. cap. 949. nu. 7. § cap. 971. num. 1. § 2.*

55 Con mayoria de razon procede lo dicho en el Reyno por la fuerça del Estatuto, que manda estar a la carta, *observ. item Iudex de fide instrument. cum vulgaribus*, y porque hallandose la prohibicion de agerar, puesta en vltima voluntad, no tiene duda, sino que por la agenacion hecha por la parte contraria, se le transfirió al Duque el dominio, y possession de la Vinculante, con lo qual debe obtener segun los *Fueros Cobdician. do, y A vezes, tit. de Apprehen. Suel. conf. 37. n. 2. in cent.*

56 Y lo mismo procede in cōtractibus, hallándose prevenido, lo qual no es necessario en las vltimas voluntades (vt iam tetigi) porque en estas de su naturaleza obra la condicion prohibitoria, translacion de dominio en el siguiente contemplado, vt inquit *D. R. Sesse decis. 378.* y despues de aver retocado lo que dixo *indcisionibus 17. § 55.* en orden a la diferencia entre los cōtractos, y vltimas voluntades *num. 10. § 11.* concluye assi: *Sicuti esset in ultimis voluntatibus, in quibus STATIM agi potest facta contraventione, quia transfertur pariformiter dominium, l. cum heredes de acquir. possess. § secundum superiora fuit indicatum in dictis exemplaribus, § processu Ioannis Gasco anno 1620. in Reg. Aud. in quibus fuit etiam obtentum in vim prohibitionum possitatum in contractibus relatis ad tempus mortis, § in vim vocationum post mortem vocatorum primo loco.*

57 Ni es de obstancia lo que se me replicò, diciendo, que lo dicho procede quando para en el caso de contravenir a la prohibicion de agerar ay llamamiento, y que en el caso presente no le ay; porque se responde, cõ lo mismo que se ha fundado arriba, pues se ha visto que la Testadora antes de la institucion, y substituciones tã repetidas, declarò expressamente su voluntad, diciendo las hazia condicionalmente, y no de otra manera; y la cõdicion negativa induce de su naturaleza otra contraria afirmativa, *l. si eum, §. qui iniuriarum, ff. si quis cautio, l. actione, §. ibi Bart. C. de transac. D. R. Sesse decis. 254. num. 32. vbi plura ad rem.*

58 No solo procede esto, quando con letra clara se substituye a muchos ordine succesivo, que es nuestro caso, que entonces la prohibicion de agerar se entien- de puesta a favor de aquellos mismos, sino tambien quando el testador no hizo grados de substitucion, di- ziendo solo genericamente, *que no pueda ordenar, ni dis- poner extra familiam*, se induce asì mismo fideicomisso a favor de los de la familia, y por la contravencion se purifica la condicion, y se admiten los contemplados de la familia, *vt in dicta l. peto, §. fratre cum vulgar. de leg. 2. punctim D. R. Sesse d. decis. 254. à nu. 32. cum seqq. vbi plura cumulat eleganter Excellentissimus Domi- nus Vicecancellarius d. Obser. 22. num. 36.* Con mayoria de razon procederà lo dicho en el caso presente, avien- do expreso llamamiento del Duque, que de necesidad pende su verificacion de las condiciones contrarias, a las puestas a los antecedentemente llamados, porque de otra manera fueran illusorias.

59 Tampoco es de consideracion alguna, preten- der exadverso, debia aver precedido interpelacion, y de-
cla-

claracion de Iuez del incurso de la penas; porque se responde, lo primero, respecto de la interpelacion, que no ha sido necesaria, por aver expressamente dicha señora Doña Ana Manrique de Luna, Marquesa de Malpica, validose tan repetidas vezes del Testamento de su madre, y aprobandolo, *l. cum praeum, C. de lib. caus. Ant. Monach. decis. Bononien. 40. punt. 2. à nu. 18. adductis à Suel. cons. 58. num. 12.* que procede aunque la exhibita se haga con la clausula, *si & in quantum*, punctim Valenz. *cons. 40. à num. 59. & 60. ubi plures D. R. Monter decis. 49. à num. 10. D. R. Sesse decis. 225. à num. 3. Suelv. ubi proximè, qui eandem sententiam tamquam veriore, & receptiore firmat.*

60 Lo qual procede mejor en el caso concreto, aviendo la parte contraria entrometido se en la herencia, validose del testamento incluyendose con èl, *Obfer. 3. tit. de fide instrumnt.* y obligadose al cumplimiento de todo lo contenido en dicho testamento, que fue loacion expressa de èl, y segun reglas de drecho, no puede impugnarlo, *l. non potest mutare, ff. de reg. iur. cap. quod semel eod. tit. in 6. glos. in l. pomponius, ff. de neg. gest. Surd. cons. 18. num. 2. Ofsch. decis. 62. num. 18. Ant. Monach. decis. Bononien. 34. num. 2. var. in princ. iur. lit. A. num. 93.*

61 De que se sigue, que aviendo la parte adversa, con hecho propio, aceptado todo lo contenido en dicho testamento, no ha sido necesario interpelarlo, *ex adductis à Socin. Sen. cons. 174. col. penult. lib. 2. Ruin. cons. 43. num. 9 lib. 2. Paris. cons. 19. num. 197. & seqq. lib. 2. Prat. de interp. ultim. vol. fol. 498. num. 114.*

62 Lo segundo, porque la condicion prohibitiva de agenaar, en manera alguna, perpetua, ni temporalmente,

es negativa, y esta influyendo siempre, y equivale a la pena, por cuya razon, no se requiere declaratoria, ni interpelacion, vt notarunt *Rustic. in l. cum avus lib. 6. cap. 5. num. 19. de cond. & demonstr. Marzar cons. 36. n. 20.*

63 Lo tercero, se dice en satisfacion de la Replica, que aviendo la parte contraria despreciado la voluntad de la Testadora, teniendola aprobada, quedò despojada ipso iure, sin necessitar de interpelacion, ni de sentencia, *Bald. cons. 356. col. 1. lib. 4. Corn. cons. 99. in princ. lib. Paris. cons. 19. num. 178. & seq. lib. 2. Nata cons. 675. nu. 16. Cravet. cons. 193. num. 3. & cons. 80. num. 18. Roland. à Valle cons. 97. n. 43. & 61. lib. 1. & cons. 30. nu. 32. lib. 4. Rimin. jun. cons. 23. num. 33. lib. 1. Joseph. Ludov. conclus. 16. illat. 74. Alex. Raud. decis. Pisan. 26. nu. 65. & seqq. & alij recolecti à Fusario de subst. q. 582. n. 2. & 3. punctim Aymon Craveta cons. 193. à n. 4. vbi dicit, hic est apposita pœna, & dies, reparese en la razon: *Quia omni tempore, & omni momento prohibetur alienare, q̄ correspondet al perpetua, ni tēporalmente, en manera alguna de nuestra clausula.* Y en el n. 5. prosigue: *Et quod ex tali alienatione dicatur heres in dolo ultra producta adduco, Corn. in fortioribus terminis, & in casu magis dubitabili in cons. 140. lit. D. lib. 2. vbi ex eo, quod heres alienat bona subiecta restitutioni, dicitur esse in dolo, & tamen in bonis subiectis restitutioni nulla est prohibitio expressa de non alienando, sed tantum tacita: Itaque si heres faciens contra prohibitionem tacitam dicitur esse in dolo, quanto fortius vbi quid agit contra prohibitionem expressam, cum expressum dicatur maioris efficacitæ, quam tacitum.**

64 Y por opinion comun la reconocen Decio cōs. 146. col. 4. in princ. Decia. cons. 1. n. 10. & seqq. lib. 3. Prat. de interpret. ultim. volunt. fol. 452. num. 25. in fine addu-

Etis à Fusar. de fideic. subst. quest 583. num. 1. Y aunque algunos han sentido, que se requiere declaracion del hecho, por el qual se pretende la privacion, quos recēset *Fusar. ubi proximè num. 2.* Se limitan en los numeros siguientes, diziendo, que pendiente el pleyto del incurso, puede hazerse; y assi V. S. podrá declararlo (quando fuera necessario, que se niega) como se suplicò en la Tripli- ca de esta parte.

65 Demas, que nos hallamos, al parecer, fuera de los terminos en que discurren los DD. que sienten debe preceder declaracion, porque diziendo debe ser *facti, vel non facti*, y no de aver, ò no incurrido; en los casos en que en el hecho no huviere duda, no tendrá aplicacion su sentir; atqui en el concreto, el hecho de las contravenciones se halla declarado, con los instrumentos de vendiciones otorgados por la parte contraria, y la probança instrumental se dize probatio probata, y tiene no solo fuerça de sentencia declaratoria, sino de lei expressa, vt cum pluribus docet *Suelv. cons. 26. num. 17. in cent.* Luego no es necessaria otra declaracion.

66 Y menos confessandose exadverso las contravenciones en su Cedula de Replica, pues la declaraciõ del hecho, solo pudiera tener lugar quando se negara, y qui fiera persuadirse lo contrario; pero aviendolo confesado, se tiene la mas calificada probança contra el que la hizo, *plura Simõ Vaz. Barbos. in locis comm. lit. C. num. 40. cum in numeris, Suelv. in 1. semicent. cons. 14. nu. 6.* aunque se haga en diferēte juizio, *l. iubemus, C. de libera li causa, Suelv. cons. 45. num. 1. in cent.* no solo quando la haze el principal mismo, sino tambien aunque la haga el Procurador, *ex D. R. Sesse decis. 393. à num. 52. Suelv. exemplarem adducens, cons. 34. num. 10. in prim. semicen.*

y en suma se ha por sentēcia, y declaraciō, pronunciada por la misma parte, sin riesgo de sospecha en el juez, como notò el *Iur. Consult. Paulo in l. 1. tit. de confessis*, diciendo: *Confessus pro iudicato est, qui quodam modo sua sententia damnatur*; y assi aun en la opinion mas escrupulosa, se hallan verificadas todas las circunstancias.

68 Ni es de consideracion alguna pretender, que por averse hecho dicha vendicion con la clausula, *para despues de los dias* de la vendedora, que es condicional; y que no aviendose cumplido la condicion, no ha llegado el caso, ni puede dezirse agenacion consumada, no aviendo pasado la possessiō, ni dominio al comprador: porque se respōde, lo vno, que dicha vendicion aunque tenga la clausula *para despues de sus dias*, es pura, perfecta, y irrevocable, y no condicional, *glos. Marginal. in cap. fin. extra de donat. lit. T. Suelo. cons. 56. num. 5. in fin. Et cons. 12. in 1. semicent. num. 10. ubi ita fuisse in Regia Aud. iudicatum refert.*

69 Lo que obra la clausula *para despues de sus dias*, es retēcion de usufructo tan solamente en el vendedor, como si expressamente se lo huviera reservado, *Boer. decis. 204. nu. 37. a quien siguió Pedro Greg. lib. 41. sintag. iur. cap. 5. num. 12. ante fin. Velasc. consult. 102. nu. 10. Surd. cons. 450. num. 55. Iacob. Cancer var. resol. part. 1. cap. 8. num. 218. Valenz. cons. 155. num. 27. Et 28.* Lo qual procede con igualdad en las vendiciones, y donaciones segun el *Fuero tit. de iuram. vendit. ibi: Se comprehendan las cartas de las vendiciones, como no sea menor razon en aquellas.*

70 Obrando pues tan solamente la clausula, *para despues de sus dias* retencion de usufructo, y suspension del efecto, la possessiō, y dominio desde luego los trās-

frio el derecho, en el comprador, como si huviera precedido Real tradicion, es texto expreso la l. *quisquis*, C. de donat. *quisquis*, inquit, *re aliquā donādo, vel in dotē dādo, UEL VENDENDO usumfructum retinuerit, ETIAM SI STIPVLATUS NON FVERIT* eā cōtinuo tradidisse credatur, nec quid āplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omnimodo idē sit in hijs causis *usumfructum retinere, quod tradere*, ubi idem notant communiter DD. in l. *si quis argentum*, §. *sed si quid* C. eodem Tiraquel. de iur. const. poss. 1. par. num. 3.

71 De lo dicho se infiere aver sido la contraven-
cion perfecta, como si efectivamente se huviera trans-
ferido la possession, y dominio, caso en que resuelven
los Doctores, se incurre en la pena, vt notavit D. R. Sesse
decis. 234. num. 10. y en el 11. funda procede con mayo-
ria de razon en este Reyno, ibi: *Ex quo potest deduci ad
Regnū nostrū, quod ex quo in eo transfertur dominiū, &
possessio per instrumētū, si in eo dicatur Foro 1. de acquir.
posses. vt per solam alienationem sine traditione dicatur cō-
traventum, & committatur pœna, ex quo enim transla-
tum est dominium, & possessio, ET IAM ALIE-
NANS NON POSSIT RECEDERE A CON-
TRACTV, ET FECIT QVID POTUIT, NON
VIDETUR ALIQVO MODO EXCVSAN-
DVS CVM NECESSE SIT, VOCATO PER
CONTRAVENTIONEM LITIGARE DAM-
NA PATI, ET INCOMMDETVR, & cum in
hoc sola animi cogitatio puniatur, & amplius quid facere
non possit alienās, cum per chartam transtulerit dominiū,
& possessionem, sicut si actualiter fecisset, videbitur con-
travenisse, ET APERVISSE VIAM FIDEICOM-
MISSO, & de rigore iuris hac opinio est tenēda, tāquam
verior, & communior.* En

72 En el caso concreto, no solo hubo translacion de dominio por la retencion del gozo, sino que expresamente se lee en la vendicion, que se le transfiera al comprador, vt diximus num. 18. ibi: *X que no pueda entrar al gozo de dichos bienes, por el drecho de dominio, q̄ le transferimos: Con que segun el Fuero de acquir. posse. se descubre aver sido la agenacion consumada, y se aplica lo que dixo el señor Sesse d. decis. 234. num. 13. ibi: Ex veriori, & communiori, nam iam incommoatur, iniuriatur, & afficitur dominus directus magno in commodo, cum agere debeat adversus novū emptorē, & successorem, ET NON MANEAT TUNC SALVUM DOMINIVM CVM SIT TRANSLATVM.*

73 De que se infiere, que aunque in viam iuris, aya quien diga, que para incurrir en la pena por la contravencion, es necessaria translacion del dominio Real, y efectiva; pero lo contrario está mas recebido, y en el Reyno tiene menos dificultad, quando en el instrumento se dize, que se transfiera el dominio, que es entrega foral, que equivale, y aun aventaja a la Real tradiccion, vt notavit D. Sesse ubi proximè, nu. fin. in illis verbis: *Vt sic videatur contraventum, tam per traditionem foralem, quam Realem, imo magis cum illam vincat, pro quibus est celebris textus in l. quidam testamento 10. ff. de fideicom. lib. ubi si prohibitus alienare, alienaverit, dicitur contravenire ex hoc solo, ad beneficium illius cuius favore fit prohibitio, quare de iure, & Foro, hac opinio est verior, & communior, vt dixit Cald. & sepius in Regno recepta: hasta aqui el señor Sesse.*

74 Lo segundo, porque en la verdad, que es a la que se debe atender, dicha vendicion, en quanto dize, *para despues de sus dias*, es simulada, y artificiosa; porque

en los contractos no se atiende tanto a la certeza de las palabras, quanto al efecto, quia res gesta potior habetur quam scriptura sonat, plura congerit Valenz. conf. 62. à num. 52. cum seqq. y de la suerte, que quando vno vende a otro desde luego, y se queda por arrendamiento, que el comprador le otorga, en la possession de la cosa vendida, se presume simulada, vt cū pluribus docet Menoch. lib. 3. præsumpt. 122. à num. 110. parece que hallandose dicha vendicion con la clausula *para despues de los dias de la vendedora*; y esta para durante aquellos cōfiesse en la misma escritura, le tiene hecho arrendamiento del gozo reservado, parece indubitable, que dicho comprador ha entrado desde luego en la possessiō, y que fue disfraz el aver dicho, *para despues de sus dias*, quia contrariorum eadem est ratio, & disciplina, l. 1. de hijs qui sunt sui, vel alieni iur. l. fin. de leg. 3. cum vulg. Pichar. ad prin. inst. de hijs qui sunt sui, vel alieni iur. n. 1. D. R. Sesse decis. 52. num. 38.

75 Lo tercero, porque mayor contravencion es, aver vendido, *para despues de sus dias*, que desde luego; porque en los fideicomissos, en que no ay expressa prohibicion de agenaar dizen los DD. que aunque el poseedor agene, subsiste la agenacion mientras vive, que es el tiempo en que el lo avia de gozar, por razō del dominio, y por esso le escusan de la pena; luego vendiendo *para despues de sus dias*, como dispone para vn tiempo, en q̄ no puede tener drecho alguno, es sin cōparacion mayor la cōtravenciō, pues se o pone mas a la volūtad del instituyente; y assi parece es mas punible, por ser mayor la simulacion, y dolo, vt inquit Crav. conf. 193. num. 4. § 5. conducit Valenz. conf. 62. à num. 53. cum seqq. Y si semejantes contravenciones se toleraran impu-

nibles, muy facil era el modo de destruir todos los fideicomissos, y hazer ilusorias las voluntades de los testadores, quan grande absurdo sea, el que por indirectos se frustren, la razon natural lo dicta, y la juridica lo establece, *ex Foro fin. tit. de iure dotium.*

76 Lo quarto, porque dado por aora (sin ofensa de la verdad) que dicha vèdicion, no fuera mas opuesta a la condicion prohibitiva de agenar *en manera alguna.* Se hallan dos otras, contra las quales no puede oponerse ninguno de los escrùpulos antecedentes, que son las de Baltorres, la Vilueña, y las Casas, en cuyos bienes en fuerça de dichas vendiciones otorgadas por la parte contraria, los compradores entraron, y se hallan de presente en la possession, y la condicion con que la Testadora llamò a su hija, y *no de otra manera,* fue que *huviessen de estar todos los bienes del Mayorazgo perpetuamente unidos, y que NINGUNO desde el primero hasta el ultimo los puedan en todo, NI EN PARTE DAR, vender, ò agenar EN MANERA ALGUNA, PERPETVA, NI TEMPORALMENTE.*

77 Luego solo con aver desvnido, y agenado a Baltorres, la Vilueña, y las Casas, faltò la parte contraria a la condicion, con cuyo gravamen se los dexò la Testadora, y *no de otra manera,* y por consiguiente se verificò el llamamiento del Duque, como si jamas huviera sido llamada la otra parte, vt diximus à nu. 51. y fino se les atribuye este efecto a palabras, y disposicion tan patentes, y precissas, quedaran sin fruto, ni operacion alguna, que tambien es absurdo, que ponderan de ordinario los DD. y se opone a todos los Fueros, y Observancias del Reyno, que obligan juzgar segun lo contenido en la Carta, como no sea imposible, ni contra el derecho

natural, y divino, que son solo las excepciones, que advierten los Practicos *Molin. & Port. in S. Forus à nu. 20. Ludovic. Casanat. conf. 4. à nu. 147. & seqq. Ramir. de lege Regia, §. 32. num. 26. D. R. Monter decis. 42. à num. 23.*

78 Menos puede embaraçar el dezir, que la Testadora no tuvo facultad de vincular, porque por la Capitulacion matrimonial de Don Miguel, vltimo Conde de Morata, padre de la Testadora, y Abuelo de la otra parte, quedarõ vinculados a favor de sus descendiētes, y que siendo la vltima descendiente de dicho Don Miguel, tiene los bienes libres.

79 Respondese, que dicha Capitulacion es insolemne de la suerte que se ha exhibido, porque la testificaron Geronimo de Blancas, Notario del Numero de Zaragoza, y Gonçalo Rodriguez de San Climente, Escrivano de su Magestad, y del Numero de la Ciudad de Soria del Reyno de Castilla, *simul, y juntamente testificantes, & communicantes*, aviendose hecho la testificata en entrambos Reynos, y està sacada, y signada solamente por Diego Miguel Andres, Notario del Numero de la presente Ciudad, como Comissario de las Notas de Geronimo de Blancas; y assi no haze fè, *ex aductis à Menoch. conf. 1. nu. 200. & passim practici huius Regni.*

80 Y no puede suplirse este defecto, por la assera creacion de Comissario, que el señor Regente decretò al mismo Diego Miguel Andres, de las Notas de Gonçalo Rodriguez de San Climente, Escrivano del Numero de la Ciudad de Soria, pues teniendolas fuera del presente Reyno, la jurisdiccion de los Tribunrles de este no puede extenderse a hazer encomiēdas de aquellas, *l. vlt. de iurisd. omn. iud. cap. vt animarum 2. §. statuimus*

de Constit. in 6. Borrel. in summa decision. part. 1. tit. 41. nu. 210. & 283. Cancer, lib. 2. variar. cap. 2. à num. 211. quia iurisdictio cohaeret territorio.

81 Pero esto se ha dicho ex abundantia, porque sin esse fundamento, es de poca monta, lo contenido en dicha Capitulacion; pues en otros instrumentos mas antiguos exhibidos en processo, se manifiesta, que el Duque tiene llamamiento, como descendiente masculino de los Vinculantes, y notoria exclusion la parte cõtraria, y en lugar de mostrarse agradecida por avella permitido posseder sin tener drecho, por el ruego contenido en el testamento de su Madre, y atenciones generosas de la Casa de Villahermosa, les paga en vez de agradecimiento con vna agenacion tã perjudicial de todo el Estado, y Titulo de Morata, accion del mayor sentimiento para todos los descendientes de tan Noble Familia, cuya Casa mereciò memoria entre las ocho mas Ilustres de este Reyno, contenidas en el Fuero *fin. de iur. dot.* que las supone vinculadas, y manda que no puedan hipotecarse, aun por adotes de hijas, y mugeres, sino hasta la cãtidad de doze mil ducados, como pues podra venderse?

82 Ultra de fundamentos tan solidos, es incontrastable, el que resulta de la aprobacion, que tiene hecha la parte contraria, con obligacion expressa al cumplimiento de todo lo contenido en el testamento de su Madre, vt in num. 7. & 8. y assi aunque el Duque no tuviera llamamiento, como descendiente masculino, en los vinculos antiguos, como le tiene, y fuera cierto (que no lo es) el aver llegado los bienes libres a la parte contraria, aviendo aprobado el testamẽto de su Madre, se sujetò a los gravámenes, y vinculos en el cõtenidos, por la regla *aprobatum semel, reprobari non potest, l. non potest*

test mutare, ff. de reg. iur. cap. quod semel eod. tit. in 6. glos. in l. Pomponius, ff. de neg. gest. Surdo cons. 18. n. 2. y otros quos refert Suelv. cons. 90. num. 1.

83 Mayormente aviendo aceptado, y entrometiose en la herencia, y es indubitable la regla, quod ex qua persona quis lucrum capit, factum præstare tenetur, *l. cum à matre ubi glos. C. de reivend. docet Sesse decis. 55. num. 15.*

84 Ni puede retardar la justicia q̄ assiste al Duque, el pretender, q̄ en este processo no ay capacidad para la disputa por ser possessorio; porque se respõde, q̄ aunque entre los Autores Castellanos sobre la *l. 45. de Toro* aya controversia, pero aun segun dicha ley, es opinion mui fundada, q̄ quando el possedor del mayorazgo falta a las condiciones, cõ cuyo gravamẽ le llamò el testador, puede el substituto desde luego intentar, no solo la reivindicacion, sino tambien los remedios possessorios, como magistralmente lo funda *Palaez à Mieres de maioratu 3. part. quest. 23. per totam, ibi: Ex quo resolvitur, quod si possessor bonorum maioratus, non exequitur conditiones eidem per testatorem iniunctas, petere potest proximus sequens in gradu, cui ius succedendi post illum competit, & intentare, non solum remediũ revindicationis, sed etiam auxilium illius legis, ad petendam possessionem, pũ Etim Ioann. Gut. pract. quest. lib. 5. quest. 71. num. 19. & 20. conducit Fusar. de subst. quest. 586.*

85 En el caso cõcreto, tiene menos dificultad, hallandose condicionalmente puesta la prohibicion en vltima voluntad, vt diximus supra à num. 43. & etiam tenent *Molin. de Hisp. lib. 1. cap. 12. à num. 30. & 35. ubi ad ditionator, qui plures congerit.*

86 Y en el Reyno carece totalmente de duda; segun

gun el *Fuero Cobdiciando de Appreh. vers. O a lo menos,* que transfiera la possession del vinculante, en todos los llamados, y por esso probando solamente la possession del vinculante obtiene el siguiente en grado en la lite pendiente, aunque no pruebe la possession del predecesor, vt cum omnibus Practicis, docet *Suelv. in cent. cōs. 37. à num. 1. Et in 2. semicent. cōs. 33. num. 17.*

87 Lo contrario procede en Castilla, segun la *l. 45. de Toro*, que continua la possession de vn poseedor despues de su muerte, en el siguiente; y assi, segun ella, el sucesor del mayorazgo, no puede obtener en la tenuta, sino es probando la muerte, y possession del antecesor, como doctamente notò *Suelv. cōs. 37. nu. 4. Et 5.* y assi todo lo que los DD. sobre la *l. 45. de Toro* dixeran contra la pretension del Duque, no es aplicable al caso concreto, y las doctrinas de los que, segun dicha *l.* resuelven a favor del siguiente en grado, por la contravencion del poseedor a las condiciones del fideicomisso, nos favorecen con mayoria de razon.

88 Pero en el Reyno indistintamente se halla recibido en los Tribunales, que hallandose la clausula prohibitiva de agenar, puesta en vltima voluntad, al mismo instante, que el poseedor contraviene a ella, agenando, se purifica el fideicomisso a favor del siguiente en grado, y se le admite la proposicion en la lite pendiente, *D. R. Sesse dict. decis. 17. à num. 4. Et decis. 55. num. 10. y 11. Et decis. 254.* donde refiere los motivos de la causa, *D. Bernard. de Mēdoza pag. 173. col. 3. Et decis. 378. per totam, Et pricipue à num. 10. usque ad finem,* otro exemplar refiere *Suelv. cōs. 70. per totum*, en que se proveyò, y confirmò vna aprehension incluyendose el substituto, verificando avia cōtrayenido el heredero a la voluntad del testador.

89 Luego en el caso presente, aviendo la testadora condicionalmente prohibido la division de los bienes del fideicomisso, y la agenacion, *en todo, ò en parte, en manera alguna, perpetua, ni temporalmente*, declarando hazia dichos llamamientos *con dichas condiciones, y no sin ellas, ni de otra manera*; parece que en este Reyno, que los Fueros disponen se aya de estar a lo contenido en la carta, y que en los fideicomissos se juzga por el titulo, etiam en la lite pendiente, ò tenuta, *Foro 2. § 30. tit. de Apprehen. ubi Bardaxi, Suelv. conf. 37. num. 3.* y passa la possession del vinculante, ad obtinendum in tenuta, directamente en qualquiere successor, quia omnes substitutiones directę sunt, *Molin. ver. Apprehensio, fol. 15. col. 2. Port. in S. bares, num. 67. Casanat. conf. 4. num. 288.* Es sin disputa constante, no puede aver doctrina, que con razon juridica se oponga al buen drecho, que assiste al Duque, para que se le reciba la proposicion iure dominij, como se suplica.

90 Ultimamente, quando los motivos ponderados no fueran tan relebantes, segun disposiciones forales, debe repelerse la proposicion de la señora Marquesa de Malpica, por avella dado por drecho de dominio, a tiempo, que en quanto en si era, le tenia, por pacto expresso de la vendicion, transferido en el comprador, cõservando en su persona, tan solamente el gozo de los bienes, durante su vida, segun la clausula referida n. 18. *ibi: Y que no pueda entrar AL GOZO de dichos bienes POR EL DRECHO DE DOMINIO QUE LE TRANSFERIMOS:* Luego por el drecho, que ya entonces no tenia, no pudo dar proposicion, ni recibirsele, *Foro unico, tit. de postulando, Obser. v. sed si Domino Regi tit. de general. privil. totius Regni, § obser. item per Foros*

eod. tit. D. R. Sesse de inhibit. cap. 5. §. 4. num. 14. Ramirez de lege Reg. §. 19. num. 28.

91 Tampoco se le puede adjudicar a dicho comprador el dominio, porque vltra de oponerse a la disposicion del vinculo referido, no ha dado proposicion en este processo, y le obsta la preclusion de via del *Fuero Por quanto de apprehens.* y el principio Foral, *quod in Aragonia non habemus officium Iudicis, & quod omnia ad instantiam partis legitime fieri debent, Mol. & Port. verb. Officium Iud. nu. 1.*

92 Y assi de necesidad, al parecer, debe recibirse la proposición del Duque por el derecho de dominio, pues es en quien legitimamente, en fuerza de su llamamiento especifico, se halla radicado, y porque no puede pronunciarse, en este articulo, respecto del derecho de dominio, *neutram propositionem recipiendam*, segun el *Fuero Item porque 31. tit. de apprehens.*

93 Y no puede embarazarlo, aunque se diga, que quando a la parte contraria no se le reciba la proposicion por el dominio, por avelle deshechado de si, pero que se le debe recibir en quanto al gozo, que durante su vida retiene; Porque se responde, que aviendo por la agenacion contravenido a la voluntad expressa de la Testadora, es como si à principio no huviera tenido possession, ni dominio en los bienes aprehensos, por la naturaleza de la clausula, y *no de otra manera*, que es resolutive, *vt iam tetigi supra à num. 54.* y assi, ni en quanto al gozo se le puede recibir la proposicion.

94 Y menos por obstarle la razon del *Fuero tit. del processo de apprehension*, y de los que la obtuvieren con *possession fingida del año 1626.* en el qual se decide, sea inutil la aprehension, que se obtuviere con titulo de

verdadero dominio, por aquellos que por viudedad, usufructo, ò posesion precaria poseen, callandose el verdadero titulo, y expressando ser verdaderos señores, y poseedores de los bienes, lo qual debe militar igualmente para obtener en la plenaria, *ex congestis à Suelv. conf. 33. num. 17. ad fin.*

95 Luego sigue, que resultando del instrumento de dicha vendicion, que la parte contraria tiene transferido el dominio, aunq̄ fuera cierto (que se niega) averse quedado en el gozo, ò usufructo, aviendose callado en la proposicion, y replica esse titulo, declarando el de verdadero dominio, que ya no tenia; segun la razon intrinseca de dicho Fuero, no puede recibirse su proposicion, y solo podra recibirse por derecho de dominio la del Duque.

96 Concluyo, Señor, diziendo, que el Tribunal de V. S. I. le establecieron los Aragoneses por Asylo incontrastable contra las violencias; y assi ha sido sumamente dichosa esta causa, aviendo logrado tã feliz Puerto, que como Remora en alto Mar detendra el ligero curso de las velas, y amainarã la navegacion de tan perjudiciales agenaciones; pues a vista de Vinculo tan claro, con prohibicion expressa, y condicional *de agerar, y no de otra manera alguna*, hecho en vltima voluntad a favor de la Nobilissima descendencia de los esclarecidos Condes de Morata, y Barones de Illueca, y de la Iglesia de la Virgen del Portillo, aprobado, y reconocido repetidas vezes por la parte contraria, seria el mayor desconsuelo que puede ponderarse, que con tan fuertes, y profundas anclas, le arriesgasse el proceloso viento a sumergirse, a impulso de quien por su misma sangre, y obligacion mas le debiera conservar en tranqui-

quilidad. En el buen suceso que esperamos, interesan no solo el Duque, y demas llamados, sino tambien su Magestad (Dios le guarde) y todo el Reyno, por el que les resulta en la Observancia del *Fuero fin. de iure dotium*, por ser esta Casa, y Estado vno de los ocho comprehendidos por su grandeza en su disposicion, que suponiendolos vinculados, se dirige a conseruallos mas opulentos, entre los descendiētes de aquellos, que a precio de tan Ilustre sangre, vertida en defensa de su Magestad, y de la Patria, los merecieron, en premio, separar de la Real Corona, razon, que quando no huviera otra, fuera muy ponderable en la integridad de V.S.I. y efficacissima, al parecer, para atajar tan estuudioso disignio, a vista de los que por descendientes de tan Noble Profapia, tienen llamamiento expresso a la succession de ella, como se ha visto, que assegura felicidad en la sentencia, *provt iuris, & fori esse firmiter sentio*. Sub G. T. S. meliori Censura. Zaragoza, y Mayo 20. de 1666.

D. Ioannes Antonius â Tena;
& Bolea.

quibuscumque in rebus suis, inter alios, inter alios
no solo el Duque, y demás llamados, sino tambien su
Magdad (Dios lo guarde) y todo el Reyno, por el que
les resiste en la Observancia del favor de sus de-
tos, por los cas, y Estado uno de los ocho com-
prehendidos por su grandezza en la disposicion, que la
poniendo los vinculos, se dirigie a convalidar mas
opulentos, entre los descendientes de aquellos, que a pre-
cio de tan illustre sangre, vertida en defensa de su Mag-
stad, y de la Patria, los merecieron; en premio, separar de
la Real Corona, razon, que quando no huviera otra,
fuerza muy ponderable en la integridad de V. S. I. y sus
causas, al parecer, para bajar tan estudio dig-
nificando a villa de los que por descendientes de tan Noble
Propria, tienen llamamiento expreso a la sucesion
de ella, como se ha visto, que alguna felicidad en la sen-
tencia, provee iuris, & fori, que el fin de la sentencia. Sub
G. T. 2. m. de la Real. Zaragoza, y Mayo 20. de

D. Juanes Antonius & Tenas

& Bolca
...