



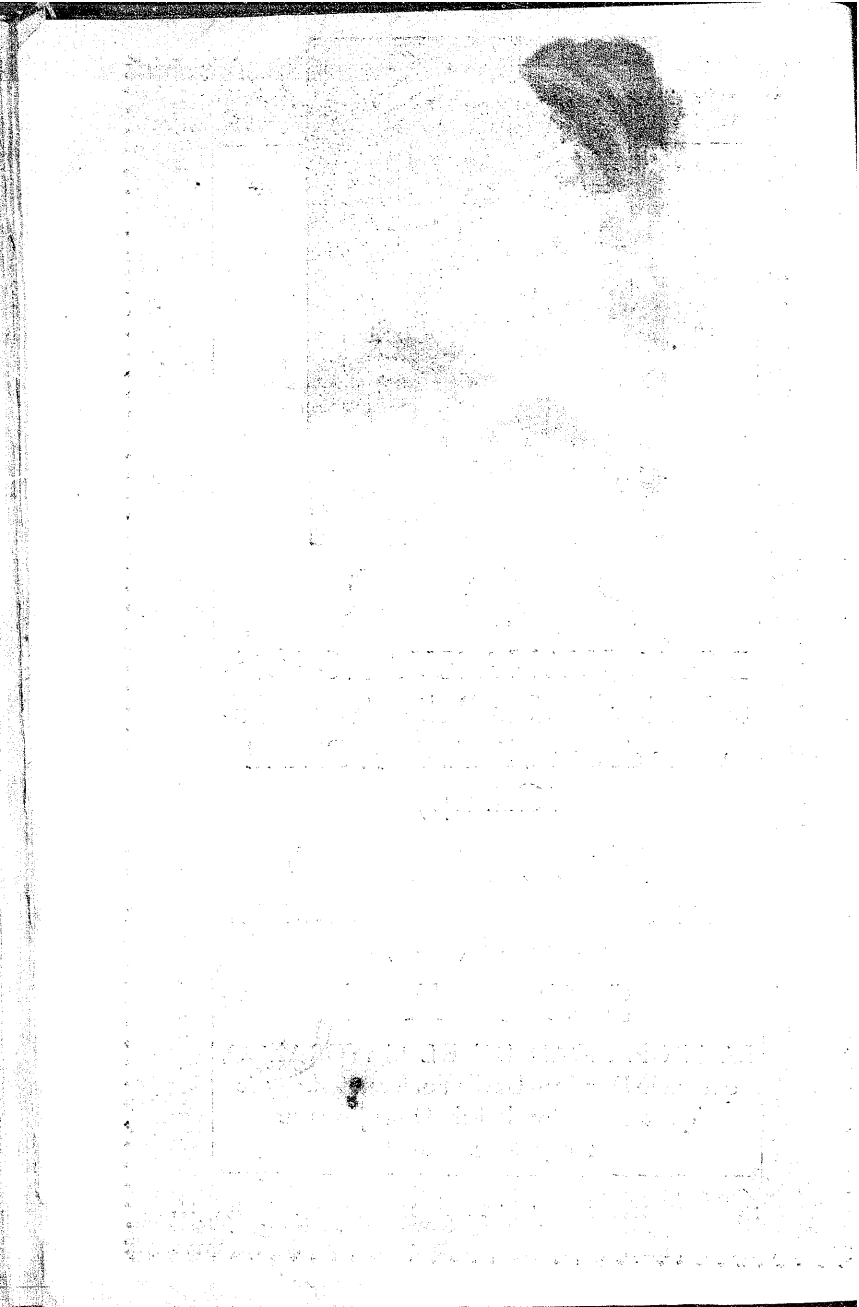
4

P O R

DOÑA JVANA EVANGELIS-
ta Davila y Fonseca, Religiosa en el Cõ-
vento de Santa Paula desta Ciudad
(Cas. 14.)

EN EL PLEYTO
CON DON LVIS PEDRO DE FONSECA,
vezino de ella (Cas. 15.)

S O B R E
LA PROPIEDAD DE EL MAYORAZGO,
que fundò Don Juan Davila Fonseca, (Cas. 7) y de
que es Posseedora la dicha Doña Juana en
fuerça de Executoria.



N. 1.



N LAS DOS INSTANCIAS DEL JVI-
zio possessorio se escribió mucho por el
Protector, que entonces tuvo Doña Juana
Evangelista; y aunque no se ignora execu-
tado con el acierto, que siempre acostun-
bra, y lo docto, y lleno de sus Informes, me
he persuadido alguna equivocación en pun-
to de contemplar Fundacion de el Señor

Obispo Don Juan de Fonseca, creyendo solo vn encargo à Don Juan
Davila Fonseca su sobrino, de que en caso de no tener hijos legitimos
practicasse la Fundacion en la forma que le previno: y siendo en mi sen-
tir el vno, ò otro concepto precisamente productivos de distintos
efectos, es mi animo arreglado à los instrumentos, que están en estos
Autos, sino persuadir à lo menos con mi cortedad demostrar, no lle-
gò el caso de concepto de Fundacion por hecho propio de el Señor
Obispo.

2. El que vamos à fundar ha de resultar de el de los instru-
mentos: y es el primero en orden la Donacion, que dicho Señor
Obispo otorgò en favor de Don Juan Davila Fonseca su sobrino en
12. de Noviembre del año passado de 597. Esta fue de las Casas fren-
te de San Justo, y Pastor, y de la Heredad en el Termino de el Lugar
de Peligros, con todo lo que le tocaba, y pertenecia, fue intervivos;
y dixo así: *Que por quanto ha tenido, y tiene mucho amor, y voluntad
à Don Juan Davila Fonseca, y por ser como es su sobrino, y à quien él
siempre ha querido, y quiere mucho, y por averle hecho muchos servicios,
y buenas obras merecederas de esta, y otras mayores mercedes, que su
Señoría le espera hazer; por lo qual, y porque esta es su determinada vo-
luntad, en aquella via, y forma, que mejor derecho huviere lugar, otor-
gò, que hazia, è hizo gracia, y Donacion buena, para, perfecta, è irre-
vocable entre vivos, data de su mano al dicho Don Juan Davila Fonseca
su sobrino, para él, y sus herederos, y successores, y para quien de él, ò
de ellos oviere causa en qualquier manera, de las casas principales. Men-
ciona sus linderos, y expresse la Heredad con los suyos.*

3. Y prosigue así: *Y desde oy dia de la fecha de esta Carta en
adelante para siempre jamás, el dicho Señor Obispo se desistió, y apartò
de la propiedad, señorío, y possession, y otras acciones reales, y persona-
les, título, voz, y recarso, que tiene, y le pertenece, y pueden pertenecer
en qualqu r manera à las dichas Casas, y Heredad, y desde luego lo re-
nunciò, cedo, y traspasso en el dicho Don Juan Davila Fonseca, y en sus
herederos, y successores, y en quien de él, ò de ellos oviere causa en qual-
quier manera; y le diò poder, y facultad, para que por su propia autori-
dad ò judicialmente, ò como quisiere, pueda entrar, tomar, y aprehen-
der la tenencia, è possession de las dichas Casas, y Heredad, para que sean
suyas propias, y de los dichos sus herederos, y successores, y de quien de él,
ò de ellos oviere causa, y en el entretanto, que la dicha possession toma, y
aprehende, el dicho Señor Obispo se constituyó por su Inquilino, Tenedor,
y Possedor por él, y en su nombre, y diò por aceptada esta Donacion, y
insinuada y legitimamente manifestada, y si excediesse de los quinientos
sueldos del tal exceso, le haze, y otorga donacion, y tantas quantas ve-
zes excede de los dichos quinientos sueldos, le haze otras tantas donaciones
irre-*

irrevocables, que el Derecho llama entre vivos, y renunció las leyes, que hablan cerca de las insinuaciones, y las que dicen, que no valga la donacion immensa, ò general, y prometió, y se obligó de no la revocar por Testamento, ni Codicilo, ni por Escripura publica, ni en otra manera, ta-cita, ni expressementè, aunque succedan qualesquiera de las causas por-que se pueden revocar las donaciones, ni pretendiendo, que los bienes que le quedan no le bastan al dicho Señor Obispo, ni que fue engañado, leso, ò damnificado enorme, ò enormissimamente, ò que dolo dió causa al con-tracto, y si la revocar no valga la tal revocacion, y quede por el mismo caso aprobada, y revalidada esta Escripura, la qual otorgo con las con-diciones siguientes.

4. Primeramente con condicion, que todas las vezes que su Señoria el Señor Obispo viniere à esta Ciudad de Granada, ha de po-der, y pueda ocupar todas las dichas Casas principales, ò qualquiera parte de ellas, aquello que quisiere, y fuere su voluntad, y el dicho Don Juan Davila Fonseca su sobrino, sea obligado à las dexar defem-barazadas para dicho efecto.

5. Y porque el animo, y voluntad de su Señoria el Señor Obispo es, vincular estas dichas dos Possesiones Casas principales, y Heredad de suó deslindadas, y declaradas, de que así le haze la dicha gracia, y donacion al dicho D. Juan Davila Fonseca su sobrino, quie-re, y es su voluntad, que el dicho Don Juan Davila Fonseca las goze, y tenga para sí, y sus herederos, y successores descendientes, **TENIENDO HIJOS LEGITIMOS**, que le hereden de legitimo matrimonio; y no teniendolos, si el dicho Don Juan Davila falleciere antes, que Doña Leonor de Fonseca su muger, la sufodicha las aya, y goze el usufruc-to de dichas Casas, y Heredad todos los dias de su vida. Y faltando ambos à dos siendo vivo su Señoria el dicho Señor Obispo, las pueda dar, y mandar à quien su Señoria fuere servido, como si esta donacion no se huviera hecho, ni otorgado. Y alcanzando en dias el dicho Don Juan Davila y Fonseca al dicho Señor Obispo, ha de ser obligado à dexar vinculadas dichas Casas, y Heredad; el qual dicho Vinculo ha de hazer en vno de los hijos varones del Doctor Pedro de Fonseca su primo hermano, y de Doña Geronima de Fonseca su muger, y sobrina del dicho Señor Obispo, qual al dicho Señor Obispo pareciere siendo vivo; y faltando, qual pareciere al dicho Don Juan Davila Fonseca, y mejor lo mereciere; el qual dicho Vinculo ha de hazer llamando à los successores prefiriendo los varones, y el mayor al menor, esto de los successores de la persona en quien se hiziere el dicho Vinculo; y à fal-ra de varon, hereden, y succedan hembras, prefiriendo la mayor à la menor: el qual dicho Vinculo, el dicho Don Juan Davila Fonseca ha de hazer con las Clausulas, y condiciones que le pareciere, y sean necessarias.

6. Puso otras dos Clausulas, que no conducen, y miran à dar facultad de distribuir de las rentas del Vinculo; y prosigue: Y en quanto à estas dos Clausulas de poder distribuir los dozentos ducados de renta, y poder mandar la de los tres primeros años despues de sus dias el dicho Señor Obispo, ha de poder, y pueda en sus dias innovar, y alterar à su voluntad, como bien visto le sea. Y no embargante, que la dicha do-nacion la haze el dicho Señor Obispo con las dichas condiciones, y

gravámenes, asimismo la haze, y otorga, con que el dicho D. Juan Davila Fonseca, durante los dias de su vida, no ha de poder vender, ni enagenar las dichas Casas, y Heredad en ninguna manera, ni parte alguna de ellas, ni las trocar, ni cambiar, y la venta, ò enagenacion, que en qualquiera manera se hiziere, sea en si ninguna, ni de ningun valor, ni efecto. Con estas condiciones, y para en estos tiempos, y casos, que quedan advertidos, se aceptò la donacion por el Don Juan Davila Fonseca.

7. Debo notar, que ni en el Memorial que se hizo en el juicio posesorio, ni en las Clausulas, ni relacion, que para este de propiedad se han hecho, y dado por los Relatores, se ha relacionado la donacion, como aqui va referida, sus Clausulas de irrevocabilidad, relacion de condiciones con que se executaba, ni el que es la segunda en orden de las que contiene la donacion, la que empieza: *Y por que el animo y voluntad de su Señoria el Señor Obispo es, vincular estas dos Posesiones*, aviendo sido la primera, que con nombre de condicion manifestó, el que siempre que vinieste à esta Ciudad avia de ocupar las Casas como le pareciesse, no obstante la donacion, que de ellas se nia hecha; y creo muy precisa la relacion de dicha donacion, para inferir de ella, y sus Clausulas, si quedò pura, perfecta, y acabada, si llegó el caso de vérificalse el de la segunda condicion, en la parte de no tener hijos legitimos Don Juan Davila Fonseca, que fue el en que se vinculaban las dichas dos Posesiones, y en que se avian de llamar los hijos del Doctor Pedro de Fonseca, y esto despues de otros dos casos, que previno el Señor Obispo, que tampoco llegaron à practicarse, porque ocurriò de hecho el primero en orden de los prevenidos en la segunda condicion; y como sea regla en el Derecho, el que el llamado baxo de esta, ò la otra qualidad, en este, ò otro caso, baxo de contraria condicion, ò no llegado el caso, se entiende excluido, y no aver substitucion, como despues se fundará en su lugar, he tenido por preciso expresar la dicha donacion con condicion de ella, *el que no teniendo hijos legitimos el Don Juan Davila, y despues de los dos casos, que tambien previno el dicho Señor Obispo se vinculasse, y llamasse à los hijos del Doctor Pedro de Fonseca.*

8. Es asimismo de suponer, que en 12. de Septiembre de el año pasado de 601. el dicho Señor Obispo otorgò su Testamento, y mencionando la referida donacion hecha à favor de su sobrino Don Juan Davila, y aver reservado facultad para poder alterar dos Clausulas de ella, que son las que diximos supra, de poder distribuir algunas rentas de dichos bienes. Dize así: *Y aora digo, que las revoco ambas à dos, y es mi voluntad, que el dicho Don Juan no pueda distribuir, ni mandar los dozientos ducados en cada un año, ni la renta de los tres primeros años, sino es que enteramente queden las dichas dos Posesiones, libres sin gravamen alguno despues de la muerte de dicho Don Juan Davila y sus hijos legitimos de legitimo matrimonio, si los huviere, ò legitimados por subseguente matrimonio.* Sirvale V. S. de hazer reflexa de estas palabras para la revocacion, que tienen con la condicion segunda de la donacion, y caso de substitucion de los hijos del Doctor Pedro de Fonseca; porque con ellas se ha de recomendar despues la atencion de V. S.

10. Profigue: Y no los teniendo tales a bijo mayor del Doctor Pedro de Fonseca mi primo hermano, y de Doña Geronima de Fonseca mi sobrina, que se llama Don Inigo Lopez de Fonseca, al qual desde aora señalo por successor en las dos dichas Possecciones, y Vinculo. EN CASO QUE EL DICHO DON JUAN NO TENG A HIJOS LEGITIMOS, COMO DICHO ES. Y si al tiempo, que muriere no fuere vivo el dicho Don Inigo Lopez de Fonseca, nombro al mayor de sus hermanos varón, y en falta de varon hembra, dexando en mi facultad para poder nombrar otros; si los nombrados aqui no lo merecieren, ò à mi me pareciere otra cosa.

10. Item digo, que quando se comprò de su Magestad el Cortijo de Acurzar, aunque se hizo el tratado al dicho Don Juan Davila Fonseca, porque assi yo lo quise, el precio que se diò de contado, que fueron tres mil y cien ducados, y quasi otros ciento, que se gastaron en las diligencias, y Escripura y todo lo que despues acá se ha gastado en edificar casas, que ha sido mas de tres mil ducados, demàs de lo que el dicho Don Juan ha gastado, y lo que yo he pagado del censo de tres mil y quinientos ducados, que sobre el Cortijo quedò impuesto, que han sido otros mas de mil y cien ducados, toda monta mas de siete mil y trecientos ducados, que yo he pagado de mis dineros; quiero, y es mi voluntad, que todo esto sea de el dicho Don Juan Davila Fonseca, y de la señora Doña Leonor de Fonseca su muger, y lo gozen en sus dias; Y DESPVES NO TENIENDO el dicho Don Juan hijos legitimos, venga à el bijo mayor del Doctor Pedro de Fonseca, y de Doña Geronima de Fonseca su muger, prefiriendo el varon à la hembra, y à sus herederos: Y en muriendo el mayor, y no los teniendo, venga al segundo, y assi successivamente en la forma, que arriba se dixo de las otras dos possecciones de Casa, y Heredad, de manera, que mi intencion es, y lo que aqui dispongo, que estas tres possecciones, Casas, Heredad, y Cortijo anden siempre juntas, y las tengà una persona, y estèn vinculadas en la forma dicha para que no se puedan vender, ni en manera alguna enagenar, y las posean aora de presente el dicho Don Juan Davila Fonseca, y Doña Leonor de Fonseca su muger, por todos los dias de su vida; y despues NO TENIENDO hijos legitimos el dicho Don Juan en la forma que està declarado arriba; los hijos del dicho Doctor Pedro de Fonseca, y Doña Geronima de Fonseca su muger, en la manera que arriba es, para que tengan renta, y sustentancia con que puedan ayudar à sus hermanos, y parientes pobres, y assi se lo encargo. Y declaro, que todos estos dineros, que en lo dicho he gastado, ha sido de lo procedido de mi hacienda antes que fuesse Obispo, y despues que lo soy de lo procedido de la renta de el mesmo Cortijo, y de la dicha Heredad de Peligros, Huerta, y Moraleda de Canache; ANTES QUE DE ELLA SE HIZIESSE DONACION, Y tomo à dezir, que es mi voluntad, que la persona que tuviere, y possyere las dichas tres possecciones, Casa, Heredad, y Cortijo, no las pueda vender, ni en otra manera enagenar; y declaro, que esta fue siempre mi intencion, quando permiti, que el dicho Cortijo se rematasse en la persona de dicho Don Juan, aunque por entonces no me acuerdo averfelo declarado, y le pido, y ruego por el amor que le tengo; y siempre he tenido, que consenta en este Vinculo, y à el añada todo lo que despues acá el aya gastado, y mejorado en el dicho Cortijo, pues ha sido

4.
fido de sus frutos, y es muy justo, y llegado a razon, y conciencia lo que
aquí le pido (NO TENIENDO EL HIJOS LEGITIMOS) pues los
hijos del señor Doctor Pedro de Fonseca, y de la señora Doña Geronima
de Fonseca su muger, son sus sobrinos, y primo, y mas deudos suyos, que
él es mio, y le doné todo lo que tenia, y me pareció poco para el amor
que le tengo, y lo que él mereçe.

11. Respecto de que vno de los fundamentos por donde se
quiere deducir derecho al Cortijo de Ascuzar por Don Luis Pedro de
Fonseca, es la relación, que hizo el Obispo de averse comprado el
Cortijo con su dinero, aunque a nombre de D. Juan Davila Fonseca,
será preciso hazer expresión de algunos particulares del hecho, que
excluyen este concepto; y lo es, que teniendo al parecer Don Juan
Davila Fonseca vn hijo natural, llamado D. Juan, en vna de las Clau-
sulas dixo el Obispo, que consentia, que le pudiesse mandar sobre el di-
cho Cortijo por todos los dias de su vida al dicho Don Juan, hijo natural,
dosientos ducados, ó lo más trecientos en cada vn año, con que despues
de sus dias quedasse el referido Cortijo libre para el Vinculo, con las me-
joras, que el dicho Don Juan hubiesse en el hecho, y dixé así.

12. Y si nó consintiere lo que aquí le pido, y ruego, y man-
dare el dicho Cortijo al dicho su hijo no legitimo, ó a otra persona
fuera de los aquí llamados a este Vinculo; quiero, y es mi voluntad,
que despues de él muerto, se le pidan a su hacienda, y herederos los
dichos siete mil y trecientos ducados, que yo así gasté en el dicho
Cortijo; con sus frutos, y rentas por justicia, y de ellos hago donación
irrevocable al hijo mayor varon, que quedare vivo de los dichos Don
Pedro de Fonseca, y de Doña Geronima de Fonseca su muger; y en
falta de varon a la hembra, y a sus hermanos, y les cedo todos mis de-
rechos, y acciones, que yo al dicho Cortijo, y a los dichos siete mil y
trecientos ducados, con sus frutos, tengo quanto de derecho es ne-
cessario. Pero confio en la discreción, y Christianidad del dicho Don
Juan, que considerará, que esto que yo aquí dispongo, y le pido, y
ruego es conforme a razon, y que vendrá en ello sin pleyto, ni con-
trienda alguna.

13. Instituyó por sus herederos al D. Juan Davila Fonseca,
y a Doña Geronima de Fonseca su hermana, muger del Doctor Pedro
de Fonseca sus sobrinos, por mitad; y si al tiempo que el Obispo falle-
ciere fuesen muertos, dexó por herederos por iguales partes a los hi-
jos varones, y hembras del dicho Doctor Pedro de Fonseca.

14. En la Clausula 95. dixo: *Item declaro, que dexo al di-
cho Don Juan Davila y Fonseca la herencia de mis bienes, con condición,
que se allane a lo que atrás le ruego en lo del Cortijo de Ascuzar, que
se de vinculado con las otras dos posesiones. Y si no se allanare, revoco
la dicha herencia; y hago universal heredera a la dicha Doña Geronima
de Fonseca; y ella muerta, a sus hijos en la forma atrás declarada, de-
más que se le pidan los siete mil y trecientos ducados, que yo he gastado
en el dicho Cortijo, y revoco la Clausula, en que se los dexo al dicho Don
Juan Davila Fonseca, y hago donación de ellos a los dichos herederos.*
**TODO LO QV. AL CESSA; TENIENDO EL DICHO D. JUAN
D. AVILA HIJOS LEGITIMOS, COMO DICHO ES.**

15. En 12. de Noviembre del año de 604. otorgó su Codi-
cilo

elo tres dias antes de su muerte el dicho señor Obispo, y haciendo mencion de la Clausula 44. de su Testamento, en que avia prevenido pudiesse dexar Don Juan Davila y Fonseca à su hijo Don Juanico no legitimo los dozientos, ò trecientos ducados sobre el Cortijo, con que despues de sus dias quedasse libre para el Vinculo, con las mejoras, que el Don Juan huviesse hecho en èl, dixo en dicho Codicilo, que lo que avia dicho en dicho Testamento, y dicha Clausula 44. *solo era à fin, que nadie heredasse el Cortijo de Ascurar, no teniendo el señor Don Juan Davila y Fonseca hijo legitimo, sino que vengan al dicho Don Lúigo de Fonseca, y llamados.*

16. Y en otra Clausula revocò la institucion de heredero, que por mitad avia hecho al Don Juan Davila con Doña Geronima de Fonseca, y la dexò à esta por vnica heredera, hasta aqui disposicion, y expresion de voluntad del señor Obispo.

17. Don Juan Davila Fonseca otorgò su Testamento cerrado en 18. de Março del año de 610. el que se abrió por su muerte en 14. de Agosto de el mesmo año, y en vna de sus Clausulas dize: *Declaro, que demàs de las tierras de Ascurar, que yo comprè de su Magestad, que estàn incluidas en la carta de venta, ay otras de la Iglesia de dicho Lugar, las quales el señor Arçobispo me vendiò à censo perpetuo por seis ducados cada vn año, que la cantidad de tierras constarà por la carta de venta, que passò ante Diego Diaz, Escrivano Publico; y asimismo me vendiò el derecho del Jorno, el qual, y la Casa yo lo reparè à mi costa: declaro para que se sepa, que todas las tierras, como cosa que ya es mia, y la ha de ser de mis sucesores, plaziendo à Dios estar ya juntas; y si acaso en razon de los pleytos, que su Magestad me tiene puestos, bolviera à su poder, ò de otro el dicho Cortijo, avia de ser pagando el costo, mejoras, y casas, que yo en èl he labrado.*

18. *Item digo, que quando el señor Obispo de Guadix mi Señor, y Tio, que estè en el Cielo, vinculò, y me donò la Heredad de Peligros, y estas Casas principales en que vivo, pagaba su Señoria sobre la dicha Heredad quinientos ducados de censo à el señor Doctor Pedro de Fonseca mi cuñado, los quales yo redimí à mi señora Doña Geronima de Fonseca su muger, y mi hermana, y estos no entran en el Vinculo de la dicha Heredad; y porque despues de los dias de mis dos hijos, y descendientes, succeden en el dicho Vinculo los hijos de los dichos señores Pedro de Fonseca y Doña Geronima de Fonseca; quiero, y es mi voluntad, caso que lo tal succeda, que den cargados los dichos quinientos ducados sobre la dicha Heredad por bienes libres, para que yo en mis dias, y los dichos mis hijos, y descendientes, los podamos dar como tales bienes libres à quien fuere nuestra voluntad.*

19. *Item digo, y declaro, que yo comprè el Cortijo de Ascurar de su Magestad el dia, y año, que por la carta de venta parecerà, que passò ante Francisco de Castro, Escrivano, con carga de cien hanegas de trigo, y otras tantas de cebada, que en cada vn año se pagan de censo perpetuo à el Hospital Real de esta Ciudad, sobre mil, y tantas hanegas de tierra, que eran del dicho Hospital, y se me vendieron juntas con las demàs del dicho Cortijo, y demàs del precio principal, que di por èl, he gastado de mis bienes mas de diez y ocho mil ducados en la Casa principal,*

pal, y Casas, que en él he hecho, y tierras, que era monte, y se han rompido; y en Arqueias que se han hecho, y en caminos, y otros reparos; Quiero, y es mi voluntad, que el dicho Cortijo quede vinculado para siempre jamás, juntamente con las Casas principales en que yo viódo, y con la Heredad que yo tengo en Termino del Lugar de Peligros; que ambas Posesiones Casa, y Heredad vinculo en mi el señor Don Juan de Fonseca Obispo de Guadix mi Tio, y el dicho Cortijo lo vinculo yo, con los llamamientos, gravámenes, prohibiciones que tiene la dicha Casa, y Heredad; y mas los que yo en mi vida quisiere añadir, ò menguar, è para poder revocar este Mayorazgo, que así hago del dicho mi Cortijo de Ascurar, y añadir, y quitar condiciones, reserbo en mi facultad por todos los dias de mi vida. Y quiero, que mientras yo no mudare, ni alterare en quanto è esto, ande siempre junto, è incorporado con el dicho Vinculo, que su Señoria hizo en mi de las dichas Casas, y Heredad, sin que se pueda dividir, ni partir en manera alguna, ni enagenar, sino que todo ello lo aya junto Don Juan Francisco de Fonseca mi hijo, y despues de sus dias sus hijos de mayor en mayor; y à falta de ellos succeda en el dicho Vinculo Doña Leonor Maria Magdalena mi hija, è sus hijos, y descendientes de mayor en mayor, prefiriendo los varones à las hembras, segun, y como, y de la manera que están llamados por el dicho Señor Obispo en el Vinculo, que hizo de la dicha Casa, y Heredad.

20. Y este Vinculo del dicho Cortijo, hago con cargo, que de la renta que Dios fuere servido de dar del, el dicho Don Juan Francisco mi hijo, en los primeros años que la gozare, le cumpla à Doña Leonor Maria mi hija, y su hermana siete mil ducados por su dote, y casamiento, sobre la legitima que de mis bienes, y de los de su Madre le perteneciere; y si la dicha legitima passare de los dichos siete mil ducados, no le ha de dar cosa alguna, por quanto mi intencion, y voluntad es, que solo aya sus legitimas, montando siete mil ducados, y no llegando à ellos, se le cumplan de los frutos del dicho Cortijo, que así vinculo, y en la mejora que hago del tercio, y quinto de mis bienes; Y para que el dicho Vinculo, que así hago, è instituyo del dicho Cortijo de Ascurar, con todo lo que le pertenece, y he comprado, è incorporado, labrado; y mejorado, tenga efecto, mejoro al dicho Don Juan Francisco mi hijo en el tercio, y remaniente del quinto de todos mis bienes, que yo tengo, y tuviere à el tiempo de mi muerte, para que lo aya, y herede por via de mejora; y esto con cargo, y condicion, que la parte que le cupiere de mis bienes muebles, è raizes, y semovientes, lo aya en el dicho Cortijo, y así la parte que le cupiere en el tercio, y quinto, como la de su legitima, ha de quedar, y desde luego queda vinculada en el dicho Cortijo, para que lo uno, y lo otro lo aya, y tenga por bienes de Mayorazgo, con los vinculos, gravámenes, y prohibiciones, que se contienen en el Vinculo, que el Señor Obispo mi Tio hizo en mi de la Heredad de Peligros, y Casas principales. Y estos siete mil ducados, que quiero que se den à la dicha Doña Leonor Maria mi hija, han de ser como dicho tengo, solo lo que le cupiere de sus legitimas, y en ellos han de entrar el ajuar, y joyas, que su Madre, y yo le diéremos placiendo à Dios.

21. Y si lo que Dios no permita, los dichos mis hijos, ò qualquiera de ellos muriere dentro de la edad pupilar, quiere que el que de ellos quedare vivo herede à el otro, y faltando ambos dexo

por usufructuaria de todos mis bienes, y hacienda, así los libres, como los vinculados, à mi señora, y mi muger Doña Ana Maria de Molina, para que los goze, tenga, y posea por todos los dias de su vida, y le pido, y encargo distribuya lo que de los frutos le tobrare en hazer bien por nuestras almas, y de nuestrs Padres, y del Santo Obispo mi Tio, que me dexò la mayor parte de ella; con condicion, que de los dichos frutos le dè à mi hijo Don Juan Davila Fonseca, Estudiante, trecientos ducados de renta en cada vn año por los dias de su vida: y si la dicha Doña Ana Maria de Molina mi muger faltare, dexo por heredero uniuersal de todos mis bienes libres al dicho Don Juan Davila Fonseca, Estudiante; con tal condicion, que despues de sus dias succedan en ellos por iguales partes mis sobrinos, hijos del señor Doctor Pedro de Fonseca, Y quiero, que el dicho Don Juan no venda, ni enagene los dichos bienes, que así heredare, sino es que los tenga en pie siempre, y solo le doy facultad, que pueda testar de ellos en cantidad de quinientos ducados por su alma, y las otras cosas que quisiere. Y digo, que succeda en los dichos mis bienes libres, así los hijos, como las hijas de los dichos señores Pedro de Fonseca, y Doña Geronima de Fonseca. *Y bueluo à dezir en quanto al Mayorazgo, que vinculo de nuevo el Cortijo de Alcuazar, y lo junto con el Vinculo, que el Señor Obispo de Guadix hizo en mi de la Casa, y Heredad, para que en el dicho Vinculo succedan mis hijos, y sus descendientes; y faltando ellos, los llamados por el dicho Señor Obispo à el Vinculo que hizo de las Casas, y Heredad, con las mesmas fuerças, gravámenes, y condiciones, que estàn en el dicho Vinculo, guardando en todo las condiciones de este mi Testamento, porque con esta condicion vinculo el dicho Cortijo de Alcuazar, y lo junto, è incorporo con el que su Señoria hizo de las dichas dos Possesiones, Casa, y Heredad. Y digo, que faltando mis hijos, que Dios guarde, ha de gozar de los frutos de los bienes vinculados, así de la Casa, y Heredad, como del Cortijo de Alcuazar, Doña Ana Maria mi muger, por todos los dias de su vida, y en muriendo ella han de succeder los llamados al dicho Vinculo.*

22. Y para mas claridad bueluo à dezir, que si lo que Dios no permita, mis hijos murieren dentro de la edad pupilar, goze de toda mi hacienda Doña Ana Maria de Molina mi muger por los dias de su vida, así la libre, como la vinculada. Y despues de ella muerta, goze de todos los bienes libres Don Juan Davila Fonseca mi hijo, Estudiante, siendo vivo, por los dias de su vida, con que solo de ellos queda restar de quinientos ducados, y todo lo demás buelua à mis sobrinos los hijos, y hijas del señor Pedro de Fonseca por iguales partes. Y las tres Possesiones vinculadas, Casa, Heredad, y Cortijo, las personas llamadas por el Señor Obispo, y por mi, con la bendicion de Dios, y la mia; con las condiciones, y cargas, y gravámenes siguientes; las quales pongo, y cargo sobre la Heredad, por la facultad que por el dicho Vinculo me dà el Señor Obispo, *y sobre el Cortijo de Alcuazar, como Señor que soy de el, y que le vinculo por mi voluntad.* Y caso que no pueda gozar Doña Ana Maria mi muger de la Casa, y Heredad, que entiendo que si puede, *goze de los frutos del Cortijo de Alcuazar, que yo vinculo de mi voluntad, y sin tener obligacion à ello, porque con esta condicion lo vinculo, y no de otra manera.*

Elo

23. Esto mismo repitió por mas expresion de su voluntad en la Clausula penultima, que consta de las de este Pleyto impresas.

24. Baxó de este hecho las pretensiones de las Partes son, la de Don Luis Pedro de Fonseca dezir, que la disposicion del Señor Obispo importó precepto de vincular à Don Juan Davila Fonseca el Cortijo de Alcuzar, porque el señor Obispo le vinculò la Heredad, y Casa con este gravamen; y que esto se manifiesta de aver mandado estuvieste junto el Cortijo, y Heredad, y Casa en vn Possedor, y que por esta razón le toca, y pertenece todo.

25. Doña Juana Evangelista, que se le ha de absolver de la demanda, declarando tocarle, y pertenecerle el Mayorazgo, que fundó Don Juan Davila Fonseca, y que à este tocan dicha Heredad, y Casa por Vinculo propio de dicho Don Juan Davila, no obstante la inteligencia, que tuvo de averles vinculado dicho Señor Obispo, y por que el Señor Obispo quiso estoviesen juntas todas tres Possesiones en vn successor.

26. Y para proceder, Señor, con claridad dividiré este Informe en quatro Discursos: En el primero se fundará, que la donacion, que el señor Obispo hizo de Heredad, y Casa à favor de D. Juan Davila Fonseca su sobrino, fue, y quedó perfecta, y irrevocable, con translacion de dominio absoluto en dicho D. Juan Davila Fonseca.

27. En el segundo, que las palabras *no teniendo hijos*, importó condicion, que no llegó à verificarse, y como condicion para la substitution à los hijos del Doctor Pedro de Fonseca, la expresó, y mencionó el dicho Señor Obispo.

28. En el tercero, que mediante lo referido, la fundacion de Casa, Heredad, y Cortijo de Alcuzar, fue hecho propio de D. Juan Davila Fonseca, como dueño absoluto de todo.

29. En el quarto, y vltimo, que por conclusion de lo antecedente, dicha Casa, Heredad, y Cortijo tocan, y pertenecen à la dicha Doña Juana Evangelista, como sucesora precisa de su Mayorazgo, y que por oy, como pariente del Señor Obispo Fonseca, no puede tener derecho alguno Don Luis Pedro de Fonseca à dicha Casa, y Heredad, y en ningun caso al Cortijo.

DISCURSO I.

EN QUE SE FV NDA, QUE LA DONACION que el Señor Obispo hizo de Heredad, y Casa à favor de D. Juan Davila Fonseca su sobrino, fue, y quedó perfecta, y irrevocable, con translacion de dominio absoluto en dicho D. Juan Davila Fonseca.

30. **L**As especies de las donaciones son muchas; aunque comprehendidas en las dos, de donacion intervivos, y mortis causa, vt optimè notat Hermosill. *in leg. 1. tit. 4. part. 6. Gloss. 1. Et donatio intervivos dividitur inter simplicem donationem ob causam, vel*

sub modo, & conditionalem, siendo de la primera especie, la q̄ fit ex mera liberalitate, non autem mediante alia causa, vel ratione, vel ut ali- quid fiat, vel non fiat, vel cum certo modo, vel certa lege donatur: Que son las donaciones, ob causam, sub modo, y condicionales, Optime Text. in leg. 1. §. 10. ff. de donationib. tot. titul. C. de donationib. que sub modo, Antun. de Donat. lib. 1. prælud. 2. num. 3.

31. Son efectos de la simple donacion ex mera liberalitate facta, el que secuta donatione rei donatæ statim transfertur dominium in donatarium, ut probant Text. in leg. 1. & per tot. titul. ff. de donationib. Text. in leg. 1. & per tot. titul. C. eodem Text. in §. 1. & per tot. Infit. in eodem Text. in cap. 1. de Donationib. Lex 1. tit. 4. part. 5. Gouec. tom. 2. Variar. cap. 4. num. 1. Ayllon in suis addition. num. 2. versic. Donationem. Canceri. lib. 1. Variar. cap. 8. num. 30. Noguera. allegat. 14. à num. 46. Pegera. decis. 46. num. 6. Dom. Castill. sexto Controv. cap. 19. Antun. de Donationib. lib. 1. prælud. 2. num. 5.

32. Que fue de esta especie la donacion, que el Señor Obispo hizo à su sobrino Don Juan Davila, lo manifiestan las voces de la donacion, referidas supra num. 2. ibi: *Que por quanto ha tenido, y tiene mucho amor, y voluntad à Don Juan Davila Fonseca, y por ser como es su sobrino, y à quien el siempre ha querido, y quiere mucho, y por averle hecho muchos servicios, y buenas obras merecederas, &c.* Cuyas palabras manifiestan, ò la mera liberalidad del Señor Obispo, vel simul remunerar este Cavallero los buenos servicios, que le avia hecho su sobrino, que es lo que constituye la simple donacion, non ob causam, vel sub modo, que es, quando donatur, vel ut aliquid fiat, vel non fiat, vel cum certo modo, vel certa lege, lo que no previno el Señor Obispo, y si movido de la afeccion à su sobrino ex mera liberalitate; y porque la donacion es efecto de la magnanimidad, y nobleza del donante, ut ex cap. 1. de Donationib. Probat Cujac. & in leg. 1. Gloss. 2. num. 7. & 8. tit. 4. part. 5. Hermosill. & Dom. Solorç. lib. 3. Politic. cap. 11. fol. 326. versic. Pero, Pater Torr. lib. 22. Philosophia Moral. cap. 1. y siguiente.

33. Y en estos terminos perfecta la donacion non est locus revocationi, ni el donante le puede poner modo, condicion, ni gravamen, ex Text. in leg. Perfecta donatio. C. de donationib. que sub modo, & probant Antonius, Gouec. tom. 2. Variar. cap. 4. num. 11. & in leg. 17. Taur. num. 22. Dom. Covarr. lib. 1. Variar. cap. 14. & lib. 2. cap. 23. Sarmient. de Redictib. Ecclesie, 1. part. cap. 4. num. 10. D. Molina de Primog. lib. 1. cap. 8. à num. 21. Dom. Castill. cum multis lib. 3. Controv. cap. 10. à num. 1. cum sequentib. Gabr. Pereyr. decis. 120. num. 7. Fontan. de Pact. Claus. 4. Gloss. 5. num. 4. Anton. Amato resoluc. 26. n. 1. D. Olea de Cessione Jurium, tit. 1. quest. 6.

34. Y aviendo quedado perfecta la que hizo el Señor Obispo à su sobrino de las dichas Casas, y Heredad in suo genere, & essentia donationis intervivos, absque onere aliquo, vel modo, es indisputable la referida translacion de dominio absoluta en Don Juan Davila Fonseca su sobrino, el que como dueño pudo disponer despues à su arbitrio en la Fundacion, que de dicha Heredad, y Casa hizo, sin que tengan derecho à su succion otros, que los que llamó Don Juan Davila Fonseca, y tengan sangre del referido: siendo tan cierta esta reso-
lu-

lucion; que semel facta donatione, nec incontinenti potest donator pen-
nitere, nec onus, aut condiciones adijcere secundum communem opi-
nionem, de qua testatur Sarmiento de *Redditib. Ecclesie*, 1. *part. cap. 4.*
num. 10. Rippa, *respons. 63. num. 6. & 8.* Dom. Castill. *diff. lib. 3.*
Controv. cap. 10. d. nam. 50. cum sequent. Aunque es así, que sintió
lo contrario el señor Covarr. *diff. lib. 1. Variar. cap. 14. num. 1.* y el
Fontan. de *Pañ. diff. Claus. 4. Gloss. 5. num. 5. cum sequent.* Vt refert
Anton. de *Donationib. Regijs. lib. 1. prælud. 2. num. 7.*

35. La donacion condicional es, *vel cum quis ita dat, vt
tunc demum accipientis rem fieri velit, cum aliquid secutum fuerit, vel
vt statim quidem accipientis fiat, si tamen aliquid factum fuerit, vel non
fuerit, velit eam ad se recurri.* Sic definitur ab Anton. de *Donat. diff.*
lib. 1. prælud. 2. num. 4. Y sin detenernos en la question, de si in-
continenti possit, vel non donator aponere onus, vel condiciones, dona-
cioni profectæ, segun las contrarias opiniones del señor Castillo, y se-
ñor Covarrubias, que suprà diximus. Y creyendo que el Señor Obispo
pudo incontinenti, & in ipsa donacione aponere illi condiciones, y que
no la invalidaron la otorgada à favor de dicho su sobrino, *vt probatur
ex Text. in leg. 2. §. Si pecuniam, ff. de donationib. Vbi donari potuit
pecunia, vt demum fieret accipientis, cum Titius fuisset Consul, & notant
Dom. Greg. Lop. in leg. 5. tit. 4. part. 5. vbi Hermosill. num. 1.* esto
porque potest quis in donacione qualcunque condiciones, & pacta adij-
cere dum modo non sint à iure reprobata, *ex Text. in leg. Donatio
sive directa 25. C. de donationib. ibi: Donatio sive directa sit, sive mor-
tis causa instituta, sive conditione faciendi, aut non faciendi suspensa,
sive ex aliquo notato tempore promissa, sive an mo donantium accipien-
tiam vt sententijs (quantum ius fingit) cognominata sub hac fieri ob-
seruatione (vt quas leges indulgent) actiones, condiciones, pactiones
que contineat. Idem probatur in leg. Traditionib. Leg. Legem, C. de
pañis, cap. Verum, de conditionib. apofitis. Fontan. de *Pañis, Claus. 4.*
Gloss. 5. num. 3. Dom. Castill. *lib. 3. Controv. cap. 10. Sesse, decis. 292.*
num. 183. Grati. *cap. 804. num. 39.* Marius Cutel. de *Donationib.*
tract. 2. discurs. 1. speciali 7. num. 2. dum tamen condiciones, & pacta
aponatur in iplo donacioni actû, vt probat Anton. de *Donationib. lib. 1.*
*prælud. 2. §. 2. num. 2. & 3.**

36. Solo fundarèmos en su lugar, no llegò el caso de verifi-
carle la condicion para la substitution à los hijos del Doctor Pedro de
Fonseca, porque esta fue *no teniendo hijos legitimos* Don Juan Davila
Fonseca, los que tuvo, como consta de los Autos, aviendo sido el ma-
yor successor en la Casa, y Mayorazgos de su Padre, como consta
tambien de el Arbol; y siendo cierto el que *vocati sub conditione sub
contraria videntur exclusi, ex leg. Si legatam pure 10. ff. de adimendis
legati. Leg. Legata 14. ff. eodem. Leg. Quib. dieb. 40. §. Quidam Ti-
tio: ff. de conditionib. & demonstrationib.* Et probant Dom. Crespi
Valdaura, *observ. 20. num. 54. & observ. 41. num. 27.* D. Ferdinand.
del Aguil. in *Additionib. ad Roxas, 3. part. cap. 3. num. 23.* Altograd.
conf. 60. num. 64. tom. 1. Torre de Maioratis. Italiae, 2. part. quest. 8.
num. 25. versic. Et vocatus; porque *vocatus sub conditione, que non
evenit perinde est, ac si vocatus non fuisset. Leg. Cedere diem, ff. de verb.
significat. Leg. Si quis sub conditione dandorum; ff. si quis omiffa causa*

Testament: Fundarèmos bien en su lugar, faldò el caso de la condi-
cion, y que en la mesma forma, que per implementum conditionis tam
donatio, quam qualibet dispositio reputatur liquida, y pura, ex leg. fin.
5. Titius, ff. de vulgar. Leg. Si Papilus in fin. ff. de Conditionib. & de-
monstrationib. & probant Menoch. consil. 613. num. 21. Febus, 1. part.
decis. 83. num. 2. Anton. Gom. in leg. 45. Taur. num. 93. & in lib. 2.
Variar. cap. 11. num. 30. Surd. consil. 38. num. 10. Mantica. de Coniect.
Vltimar. voluntat. lib. 11. tit. 16. num. 1. Thusc. litter. C. conclus. 196.
num. 2. Dom. Solorcan. 2. tom. lib. 2. cap. 11. num. 44. Ita etiam ex
dispositione conditionali, si conditionis implementum deficiat inuillis
erit donatio, & perinde habenda est, ac si nunquam fuisset facta, quia
habet oculos retro, Vt probant Tiraq. in leg. Si unquam, verb. Reverta-
tur, n. 27. C. de revocand. donationib. Valalc. consulat. 82. n. 11. &
consulat. 122. num. 15. Dom. Larrea, allegat. 98. n. 5. & 6. Cancr.
lib. 1. Variar. cap. 8. num. 213. Surd. de Aliment. tit. 5. quest. 4. n. 1.
Dom. Castill. in cod. tractat. de Aliment. cap. 41. num. 2. Siendo la
razon, el que contractus conditionalis deficiente conditione ipso iure
resolvitur, Leg. Necessario 8. §. 1. ff. de Periculo, & commodo rei
vendit. Leg. Si pecuniam 36. vbi Alexand. num. 4. ff. si certum petat.
Cyriac. contro. 546. num. 77. Anton. de Donationib. lib. 1. prelad. 2.
§. 1. & num. 30.

37. Hizo el señor Obispo la donacion, que expressamos en
el num. 2. de este Informe, la que quedò perfecta, y acabada con todas
las voces, oracion, y Clausulas, que segun derecho la constituyeron
tal con translacion de dominio de los bienes donados en Don Juan
Davila, sus herederos, y successores, y para quien de el, ò de ellos
haviere causa en qualquier manera (son voces de la donacion) tuvo
defistencia de la propiedad, y Señorío, y posesion de la Casa, y He-
redad, con cesion, y traspaso en Don Juan Davila, y sus herederos,
le diò facultad para que judicial, ò extrajudicialmente tomase el Don
Juan Davila la posesion, tuvo Clausula de constituto, se obligò el
señor Obispo à no revocarla; pues quien podrá questionar, que in
verbo donacion, no le faltò à la que celebrò el señor Obispo intervi-
vos à favor de su sobrino letra en su formalidad, que no le acredite
perfecta, y acabada, ni apice en el derecho, que la hiziese defectuosa,
ò en algun modo retractable; y así creo, se echò menos con mucho
fundamento por la parte del Defensor de Doña Juana Evangelista, no
huviesse mencionado la relacion toda la donacion, como se executò,
y con su expresion, y la particularidad, que diò el señor Obispo en
lo final de la donacion; ibi: *La qual otorgo con las condiciones siguientes.*
Porque aviendo puesto en orden por la primera, el que siempre
que viniesse à Granada avia de poder venir à ocupar las casas de la do-
nacion, no obstante ella, se entendiesse sin question, que el parraso, y
Clausula, que se le sigue à dicha primera condicion, y empieza: *Porque el animo, y voluntad de su Señoría el señor Obispo, es vincular di-
chas dos Posesiones, Casas, y Heredad, de que así se haze la dicha gra-
cia, &c.* Fue sin duda la segunda condicion, demàs de lo que denotan las
vozes, teniendo ò no teniendo hijos, que por ser de ablativo absoluto,
importan precisse condicion, & quæ in specifica forma debet adimpleri
Barbo. in Rubric. solut. matrimon. p. 1. & n. 23. D. Castill. 4. contro.
cap.

cap. 37. Dom. Salgad. de Reg. 3. part. cap. 3. num. 30. Dom. Vela
 differ. 38. num. 70. Riccius, Collect. 654. 3. part. Cyriac. controv. 249.
 Para que entonces sin extraviar la inteligencia, y interpretacion de la
 Clausula, de lo mesmo que el señor Obispo entendió, conjeturèmos
 racionando, y arreglados à dicha Clausula, que la prevencion de
 Fundacion de Vinculo en que avia pensado el Obispo, que claro es
 sería antes de hazer la donacion; porque quando la hizo en Don Juan
 Davila, no fue con el menor concepto de Vinculo, y si con absoluta
 translacion de dominio para el Don Juan, y sus herederos, sin men-
 cionar vna palabra, que mirasse à Vinculo, y gravamen de restitucion.
 à otro tercero.

38. Podamos entender, que en la condicion segunda, que
 queda anotada despues de aver repetido las palabras, *las goze, tenga
 para si, y sus herederos, y successores descendientes*, teniendo hijos legi-
 timos, que importan adquisicion en propiedad, discurrió entonces so-
 lamente en concepto de Vinculo, *no teniendo hijos legitimos el dicho
 Don Juan*, con otros dos casos antes en los que en primer lugar, que
 los hijos del Doctor Fonseca avia de entenderse el goze de los frutos
 de dichas dos posesiones, que por no averse verificado el no tener
 hijos legitimos dicho Don Juan, ni llegó el de Fundacion de Vinculo
 à favor de los hijos del Doctor Fonseca, como ni los otros dos casos,
 y prevenciones para el goze de la Casa, y Heredad, y quedó no solo
 perfecta la donacion, sino es pura, & absque aliqua conditione, por-
 que concedido el que pudiera aversele puesto condicion à la donacion
 perfecta, *ex dictis supra in dispositione conditionali, quando conditionis
 implementum desicit inutilis est dispositio. & perinde habenda est, ac si
 nunquam fuisset facta*, si el vincular, y llamar à los hijos de el Doctor
 Pedro de Fonseca en la disposicion del Obispo, fue no teniendo hijos
 Don Juan Davila Fonseca, y estos los tuvo, *perinde est ac si non fuisset
 facta dispositio*, ni se huviesen llamado.

39. Discurrió dixe supra en concepto de Vinculo el señor
 Obispo, *no teniendo hijos legitimos Don Juan Davila Fonseca*, mas que
 aviendolos tenido, celsò el pensar en tal gravamen, y es preciso en-
 tenderlo así, para no encontrar contrariedad en su disposicion, y dar-
 les, como es preciso, efecto, y operacion à las voces de dicho Señor
 tantas vezes repetidas, *no teniendo hijos*, prueba ex sequentibus con-
 siderationibus, son efectos de la donacion, que el señor Obispo hizo
 en su sobrino la translacion absoluta de dominio de la Heredad, y
 Casa, con la conseqüente facultad de poder disponer de ellas, lo son
 del gravamen de vinculo la restitucion sequenti successori; pues como
 será de compensible donacion a favor de Don Juan Davila, sus heredé-
 ros, y descendientes, y de quien de él, ò de ellos tuviese causa con la
 referida facultad, y al mesmo tiempo obligacion, y gravamen de resti-
 tucion al que despues se le substituyesse? Con que si es cierto lo pri-
 mero, falta fundamento para lo segundo; y si subsiste lo segundo, no
 tiene eficacia lo primero. *Optime Text. in leg. Cum Prætor ff. de iudica.
 Leg. Hæc Verba 124. ff. de verbor. significat. ibi: Disunctivum est
 veluti cum dicimus aut dies, aut nox est quorum positò altero necesse est
 tolli alterum, item sublato altero poni alterum. Bartol. in leg. 2. §.
 Videndum ff. ad Senat. Consultam Terentianum, num. 2. Leg. Cum*

tra datur 95. de Conditionib. & demonstrationib. D. Valenz. Velazq. can. 97. num. 149. Roxas de Incompatibilit. 2. part. cap. 1. à num. 1.
Luego si no se puede dudar de vna donacion intervivos absoluta, con las circunstancias, que están referidas en vna oracion tan dilatada, y perfecta, que indisputablemente dixo transacion de dominio, y posesion en Don Juan Davila, Donatario, y sus herederos, &c. Como se podrá dezir llamamiento, y substitution de Vinculo à favor de los hijos del Doctor Pedro de Fonseca de estos mismos bienes?

40. Confirmase lo referido con otra consideracion, que lo es dixo el señor Obispo en dicha Clausula; y porque el animo, que quería, y era su voluntad, que gozasse la Casa, y Heredad, y la tuviesse para si, y para sus herederos, y successores descendientes el dicho Don Juan, *teniendo hijos legitimos, que le heredassen de legitimo matrimonio; y pald despues figurando caso, que podia succeder, à disponer de estos bienes, y dixo: y no teniendolos, scilicet hijos legitimos, si el dicho Don Juan Davila Fonseca falleciere antes, que Doña Leonor de Fonseca su muger, la susodicha los aya, y goze del usufruto de las dichas Casas, y Heredad todos los dias de su vida. Advertiò otro, que tambien podia acaecer, y dixo: Y faltando ambos à dos, scilicet Don Juan, y su muger, siendo vivo su Señoria el señor Obispo, las pueda dar, y mandar à quien fuere servido, como si esta donacion no se huviera hecho, ni otorgado.* Previno tambien otro, que tambien pudiera averse verificado, y dixo: *Y alcançando en dias el dicho Don Juan Davila Fonseca al dicho señor Obispo, ha de ser obligado à dexar vinculadas las dichas Casas, y Heredad, el qual dicho Vinculo ha de baxer en vno de los hijos varones del Doctor Pedro de Fonseca, &c.*

41. *Quid clarius, solo para no teniendo hijos legitimos; y falleciendo Don Juan Davila Fonseca antes, que Doña Leonor de Fonseca, avia de tener, y gozar esta el usufruto de las Casas, y Heredad: Luego teniendo dichos hijos, y no falleciendo antes el D. Juan Davila, no avia usufruto de dichas posesiones para la referida Doña Leonor, porque siempre le preponderò al señor Obispo el caso de tener hijos legitimos el dicho D. Juan, pues si fue primero en orden en la mente del señor Obispo el caso de no tener hijos el Don Juan Davila, para que tuviesse lugar el usufruto de dichas posesiones à dicha Doña Leonor, y por no averse verificado dicho caso, no llegó el del usufruto, como pudo llegar el de Vinculo à los hijos de el Doctor Pedro de Fonseca, siendo mucho posterior à dicha prevencion, y en el mismo caso de no tener hijos, que como está dicho no se verificò.*

42. *Rursus: Y faltando ambos à dos, siendo vivo su Señoria las pueda dar, y mandar à quien fuere servido, como si esta donacion no se huviera hecho, ni otorgado.* Querrà esto dezir otra cosa mas, que vn pacto de reversion al Donante, para en caso de que no tuviesse efecto la succession legitima de Don Juan Davila? Esto, que es reservar facultad para disponer, es disposicion? De actu ad potentiam datur maxima distantia quia actus, & potentia simul esse non possunt, quod deducunt DD. ex §. *Sic itaque discretis in principio, verfic. Nec res inflitura, de actionib.* Gabriel de Valasc. in axiom. iur. litter. P. n. 124. August. Barbof. axiom. 184. n. 2. Roxas de Incompatib. 5. part. cap. 3. num. 2. si el señor Obispo reservaba facultad para disponer de la Casa,

y Heredad en los casos prevenidos, luego no avia dispuesto, luego no avi a Fundacion.

43. Mas: *Alcançando en dias el dicho D. Juan Davila, &c.* avia de ser obligado este à dexar vinculadas las Casas, y Heredad, tambien baxo del concepto *no teniendo hijos*: Luego el señor Obispo no vinculò la Casa, y Heredad, teniendolos el dicho D. Juan Davila, como los tuvo: es argumento, que concluye per necesse en buena Philosophia, porque *contrariorum eadem est ratio, & disciplina, ex leg. 1. ff. de his qui sunt sui, vel alieni iuris, principio instituta, & de Tullii, Cephalus, confes. 74. num. 11. D. Valenz. Velazq. confes. 44. num. 46. Eufar. de Substitutionib. quest. 245. num. 8. & ex multis August. Barbof. axiom. 58. num. 11.* si el señor Obispo grava, y manda à Don Juan Davila, que no teniendo hijos, y alcançando en dias al señor Obispo, sea obligado el Don Juan à dexar vinculadas las Casas, y Heredad, y llamar à vno de los hijos varones del Doctor Pedro de Fonseca; puede aver concepto mas claro, de que esto no fue vincular el Obispo, si solo precepto de que vinculasse el Don Juan *no teniendo hijos*: Cum in verbis non est ambiguitas, non debet habere voluntatis questio, dixo el Texto en la *l. ille, aut ille, §. Cum in verbis, ff. de legat. 3.* Casiodor. lib. 9. *Variar. cap. 23.* ibi: *Quis de illa re sitimè deliberandum, ubi nihil reperitur ambiguum.* Si Don Juan de hecho tuvo hijos legitimos; y el señor Obispo le manda, que no teniendo los, vincule, y llame à los hijos del Doctor Fonseca, que obligacion tendria de vincular, arreglado al arbitrio del Obispo, aviendolos tenido? Con que si lo hizo, como abaxo se dirà, fue acto propio, y libre suyo, que no negarèmos confiriò derecho de succeder à los que llamò, aunque circunscripto à las Leyes del Reyno, y disposicion de derecho.

44. Y no debemos omitir, el que no solo por ser como fue donacion intervivos, por su naturaleza quedò irrevocable, *ex decisio- me legis 7. tit. 10. lib. 5. Recopil.* ibi: *Donaciones se hazen en dos maneras, ò por manda en razon de muerte, ò en sanidad sin manda, la que es hecha por manda, pueda aqnel que la hizo dar à otro, ò retenerla para sí si quisiere; y la que es hecha de otra guisa, no la pueda quitar à aqnel que la diò, sino es por las razones que manda la ley, &c.* Si que por aver quedado perfecta, y acabada, no se le avia podido poner gravamen, ni condicion alguna, *ex dictis supra num. 33.*

45. Esfuerçan mas esto las Clausulas de el Testamento de dicho señor Obispo, entra relacionando la donacion, que le avia hecho à su lobrino de Heredad, y Casas, y como avia reservado facultad para alterar dos Clausulas (que eran las de gravarlas con los dozien- tos ducados, ò renta de los tres primeros años) y dize aora: *Revoco dichas dos Clausulas; y es su voluntad, que las dichas dos Possesiones queden libres, y sin gravamen alguno,* despues de la muerte del dicho Don Juan Davila, y sus hijos legitimos, *si los tuviere; y no los teniendo, à el hijo mayor del Doctor Pedro de Fonseca, à el que dize señala por successor en dichas dos Possesiones, y Vinculo, en caso que el dicho Don Juan no tenga hijos legitimos, como dicho es,* cuya palabra latina, *suprà dictis velut, supra dictum est,* importa vna enixa, y firme voluntad, de que se executasse lo que antes avia ordenado, y repeti-

cion de ello, optimè Rip. in leg. *Filius Fam. §. Didi num. 3. de legat. 1.* Anton. Gabriel. *tit. de Fideicom. conclus. 3. num. 9.* Marfcoth. *Variar. lib. 1. cap. 51. num. 7.* Dom. Salgad. *de Reg. 3. part. cap. 7. num. 63* y siendo la restitucion à los hijos de el Doctor Fonseca, y gravamen de Vinculo, *no teniendo hijos*, es visto perfistió en la donacion, y adquisicion de la Heredad, y Casa Don Juan su sobrino, *teniendolos.*

46. Y lo mesmo la en que relacionò la compra de el Cortijo de Alcuzar, y porciones que avia luphido para este efecto, que dixò avia montado todo mas de siete mil y treientos ducados; y profigniò diziendo: *Y es mi voluntad, que todo esto sea del dicho D. Juan Davila Fonseca; y de la señora Doña Leonor de Fonseca su muger; y lo gozen en sus dias; y despues, no teniendo el dicho Don Juan hijos legitimos, venga al hijo mayor del Doctor Pedro de Fonseca, prefiriendo el varon à la hembra, &c.* llevando en esta disposicion de siete mil y treientos ducados el mesmo rumbo de gracia, y donacion, que avia tenido de la Casa, y Heredad, *en el caso de no tener hijos el Don Juan Davila*, lo que repitiò tambien en la mesma Clausula, donde previno, que Casa, Heredad, y Cortijo lo tuviesse vna persona, y estuviessen vinculados, y las poseyese Don Juan Davila, y su muger; y despues no teniendo hijos legitimos el dicho Don Juan en la forma, que estava declarado arriba, los hijos del dicho Doct. Pedro de Fonseca, todo lo que manifiesta ser indubitable lo que notamos *suprà num.* de que al mesmo tiempo, que manifestó afeccion à los hijos del Doctor Pedro de Fonseca, fue baxo de la prevencion, y en el caso de no tener hijos el Don Juan Davila.

47. Lo mesmo repitiò en dicha Clausula quando rogò, y pidió al Don Juan, que consintiesse en este Vinculo, y añadiesse à èl todo lo que avia mejorado en el Cortijo, dando por razon, que era justo, y conciencia lo que le pedia, no teniendo dicho Don Juan hijos legitimos.

48. De todo lo dicho resulta, el que para escusar la contradiccion, y impossibilidad, que tuviere la donacion, siendo inter vivos, y con las circunstancias ponderadas, con hecho de Vinculo, y gravamen de restitucion, es genuina la inteligencia, q̄ debe tener la disposicion del señor Obispo, que lo es aver avido donacion perfecta, y acabada à favor de Don Juan Davila, teniendo hijos legitimos con absoluta facultad de disponer de los bienes, y no teniendo tales hijos legitimos, y para quando faltassen los casos, que el señor Obispo previno su precepto, de que vinculasse Don Juan Davila en los hijos del Doctor Pedro de Fonseca; con lo que le concilia la disposicion, y no tiene entre sí repugnancia.

49. Y tambien se escusará el reparo del absurdo, que se figurera, de que la continuada repeticion en donacion, y Testamento del señor Obispo, *en las voces no teniendo hijos legitimos el dicho Don Juan*, y lo final de su Testamento, y Clausula 95. ibi: *Todo lo qual cesse teniendo el Don Juan Davila hijos legitimos; como dicho es, nullius esse momenti, & repararètur prædicta Clausula, ve si non essent scripta in prædicta donatione, quod ferendum non est in iure, ad Text. in cap. si Papa, de Privilegijs in 6. & leg. Si quando, C. de inoffic. Testament. Leg. Ita stipulatum, ff. de Usur, Leg. Hanc legem; ff. de contrahend.*

emptio. Bald. in *Rubric. C. de contrabend. emptio. quest. 9.* Felin. in *cap. 1. de Rescript. verb. Privilegium.* Dom. Valeng. Velazq. *conf. 187. num. 45. y 46.*

50. No siendo de menos consideracion, el que aviendo sido la donacion sin palabra, que dixesse Vinculo ita aceptada, quedò irrevocable, y perfecta, sin poderle añadir circunstancia. *Leg. 1. 2. y 3. tit. 4. part. 5.* & ibi Hermosill. *Gloss. 1. Leg. Absent. ff. de donationib.* Dom. Castill. *5. contrav. cap. 152. num. 13.* Barbol. *3. part. ad leg. 1. soluz. matrimon. num. 18.* Par. Sanch. *de Matrimon. 1. part. disp. 6. num. 19.* Dom. Covarr. *de Testament. 3. part. num. 13.* Gutier. in *Repitio. cap. Quamvis pactum, de pact. Azeved. in leg. 2. tit. 16. lib. 5. Recopil.*

51. Y mas quando tuvo la obligacion de no revocar, que esto tambien inhabilita al Donante para alterar, ò mudar, aunque la donacion huviera sido causa mortis, *vt probat Text. in leg. Vbi ita 27. ff. de caus. mort. donat. ibi: Vbi ita donatur, vt in nullo casu revoce- tur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio.* Y tambien Clausula de Constituto, que eodem modo la dexò inalterable: *Probat tñ præcaria possessio, ff. de præcario.* Menoch. *de Præsumptionib. lib. 3. præsumpt. 35. num. 36.* ibi: *Decima tertia coniectura est cum in ipsa donatione adiecta fuit Clausula constituti, nam tunc præsumitur donatio intervivos.* Anton. Gomec. *in leg. 45. de Toro, num. 82.* ibi: *Advertendum tamen est quod conclusio, nostra, & materia, que habet, quod per Clausulam constituti transfertur, & adquiritur possessio, debet præsumptario intelligi quando illi in cuius favorem fuit constitutum erat præsens, & consentiens tempore constituti.* Dom. Valeng. *conf. 117. num. 26.*

52. Y tambien la tradicion, porque esta transfert dominium, y traditionibus dominia rerum adquiruntur. *Leg. Traditionib. C. de pact. Leg. Quæ ratione. §. Hæc quoque res, ff. de acquirend. rer. domi. §. Per tradition. instir. de rer. division. Leg. 46. tit. 28. part. 3. Gom. 2. Varior. cap. 15. num. 29.* Ayllon in *Additionibus ad Gomec. dict. cap. n. 28.* & in *terminis donationis, & traditionis illius Cardin. Luca de Donation. discurs. 1. 6. num. 9.* todas las quales circunstancias persuaden, el que ni se hizo, ni pudo hazer acto por el señor Obispo, que infringiesse, ni alterasse en todo, ni en parte el efecto de la donacion, fino es en el caso de que faltassen hijos à Don Juan Davila, en quien se pudiesse continuar la afeccion, y cariño, que tenia al referido Don Juan.

53. Y aunque à esto se oponga, que el mismo Don Juan Davila creyò, que la Casa, y Heredad la vinculò en èl el señor Obispo, se satisface à esto, que este hecho no pudo, ni su creencia perjudicar à sus sucesores, sic probant Dom. Molin. *de Primog. lib. 1. cap. 3. num. 17.* & *cap. 9. num. fin.* Garcia de *Nobilitat. Gloss. 6. num. 28.* versic. *Nono id magis.* Dom. Castill. *tom. 6. cap. 161.* Dom. Val. *ela. differe. 48. num. 13.* Cyriac. *contrav. 402.* Dom. Covarr. *in cap. 6. num. 56.* de *Testament. Giarb. de Feud. §. 2. Gloss. 1. 2. num. 5.* porque la creencia, que pudo tener no le avia de dar naturaleza, y qualidad à los bienes en la forma, que el testigo que algo depuso, por el juicio que hizo, y creencia que tuvo, tampoco prueba, *ex Gloss. in leg. 2. §.*

Penultima verb. Meminerim, ff. de aqua plab. arcend. Leg. Testam. C. de Testib. Mascart. de Probationib. conclus. 458. num. 1. Gomeca 3. Variar. cap. 12. num. 10. versic. Item adde el primero, con lo que parece queda concluyentemente probado, que la donacion hecha por el señor Obispo lo fue tal, y perfecta en Don Juan Davila, sin gravamen de Vinculo.

DISCURSO II.

EN QUE SE FVND A, QUE LAS PALABRAS noteniendo hijos importò condicion, que no se verificò, y como condicion para la substitucion de los hijos del Doctor, Pedro de Fonseca, la expreso, y mencionò el señor Obispo.

54. **E**Ntre las condiciones, que se numeran en la disposicion de derecho, es vna la *si sine liberis decesserit*, con la circunstancia, que esta es à iure escrita, y las demás ab eo non expresas de esta especie de condicion, como tan vulgar en el Derecho, estrivieron muchos DD. como fueron el Padre Molin. *de Instit. & Iur. tract. 2. disp. 190.* Anton. Fabr. *decad. 20. error. 10.* Riccius, *p. 6. Collect. 22214 Fontan. decis. 41.* Hermosill. *in leg. 7. Gloss. 5. num. 53. y 54. tit. 4. para. 5.* el señor Molin. *de Primog. lib. 1. cap. 6. à num. 16.* el señor Castill. *lib. 5. Controvers. cap. 89.* Ayllón *ad Gomec. lib. 1. Var. cap. 54 à n. 34.* Surd. *decis. 37.* el señor Cresp. *Valdaur. observat. 20.* Antuna *de Donationib. lib. 1. prælad. 1. §. 2.* y otros muchísimos, que estos juntaron, todos los quales la afirman por condicion, de forma, que disputan si la palabra *sine liberis*, y la condicion se pueda entender *masculis, vel forminis, vel masculis tantum*, segun la qualidad de la disposicion de que se habla, *vel deliberis legitimis aut naturalibus*, y otras muchas especies, que suscitan, y si en el caso de no verificarse *substitutus debeat admitti, vel excludi*, y no solo la afirman por condicion, si que sin disputa resuelven todos, que el caso de su verificacion, esto es, el defecto de hijos admite, substitutum, vel è contra el verificarle tenerlos excludit, dictum substitutum, sic Dom. Castill. *in dict. lib. 5. cap. 89.* ibi: *Substitutio facta alicui sub conditione si institutus non haberet liberos, vel si decesserit sine filijs masculis, deficit stantibus liberis.* Y cita muchos distintos de los que dexamos notados en este numero.

55. El Señor Obispo Covarrub. *in cap. Reinald. de Testam. num. 3.* ibi: *Sed, & illud hac in re notandum est, conditionem hanc si Titius sine liberis decesserit omnino deficere Titio decedente liberis relictis.*

56. El Antunez *de Donationib. lib. 1. prælad. 2. §. 2. n. 126.* ibi: *Cam tamen conditio si sine liberis decesserit requirat existentiam filiorum tempore mortis, ita vt deficere dicatur vno tantum de liberis relictis.* Y cita à Mantic, Cost, Peregrin, Oldrad, y otros, y en el n. 131.

11.
aun amplia esta conclusion; afirmando, que à posita prædicta conditio-
ne *si sine liberis*, substitutus non potest admitti, dum spes est, institu-
tum liber os habere.

57. El señor Don Luis de Moñin, de *Primog. lib. 1. cap. 6. num. 6. ibi*: *Consequenter etiam, & seprimo se offert alia regum quod scilicet, quando alicui bona aliqua relinquuntur ea lege, ut illa alteri restituant, si sine filijs mortuus fuerit, si ille cum filijs moriatur expira-
vit substitutio*. Y cita tambien muchos Autores, trayendo por parie-
dad la autoridad de Cmo Alberico, y Bald. in *Authent. sed si quis, C. de secund. numpt.* que afirman: *Quod si Princeps concesserit alicui mi-
liti castrum sub conditione, quod si deceaserit sine liberis, castrum rever-
tatur ad ipsium, similes deceasit cum filijs castrum non revertetur ad Principem.*

58. El señor Cresp. Valdaur. in *dict. obseruat. 20. num. 89.* ayiendo hablado de la mesma condicion *si sine liberis*, dixo así, *ibi*:
*Atque ita dubitari non potest non aliter posse substitutum admitti,
quam filijs, & nepotibus sine liberis decedentibus.* Porque en la espe-
cie en que habló dicho Señor eran los llamados; y à quienes avia
puesto los substitutos hijos, y nietos.

59. Nuestro Antonio Gomez aun en terminos de mas duda,
resuelve non dari locum substitutioni, nec teneri heredem restituere,
en caso de institucion à favor de vno, y que simpliciter illum gra-
vavit, ut hereditatem restituat alteri, porque intelligitur gravatus sub
tacita conditione *si filios, vel descendentes non habuerit*, y que siempre
que se verificasse tener hijos, heredem non teneri restituere de substi-
tutione vulgaris, *cap. 5. n. 32.* y A. Non con muchos, con que à maiori-
tate rationis diremos no tuvo Don Juan Davila la obligacion de resti-
tucion à los hijos del Doctor Pedro de Fonseca, porque la condicion
fue expresa, y literal, y Don Juan Davila *non deceasit sine filijs.*

60. Hermosilla en la *ley 7. tit. 4. part. 5. Gloss. 5. num. 530*
en los terminos de donacion hecha à vno; y en caso que *mura sin hi-
jos*, que los bienes se buelvan al Donante, vel ad alium si Donatarius
filios habeat, y vivo el Donante sine liberis decedat, disputando an
bona ad Donatorem, vel ad heredem filiorum pertineant, decidio con
Fabro, y otros, quod bona donata redeunt ad Donatorem quando
Donatarius decedit *sine liberis*, como è contra teniendolos.

61. Ultra de lo dicho en esta razon, y otras muchas doctri-
nas generales, que se pudieran traer en punto de no implemento de
condicion, ò verificacion de ella, por ser proposicion, que no se debe
disputar, que de la misma manera, que hecho el contrato, ò disposi-
cion sub conditione, siempre que se verifica es lo mesmo, que si en el
principio huviesse sido el contrato, ò disposicion pura, ut ait Gaius in
leg. Potior 11. §. 1. ff. qui potior. ibi: *Cum enim semel conditio existit
perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est sine con-
ditione facta esset, ita etiam deficiente conditione, habetur pro non
facta, & scripta dispositio. Sic Text. in leg. Pecuniam 36. ff. de reb.
credit. ibi*: *Perinde enim est ac si nulla stipulatio intervenisset.* Iustiniana
in *leg. Vnic. §. Sine autem. C. de caus. tollend.* Calanat, *cons. 2. à n. 28.*
Dom. Cresp. Valdaur. *obseruat. 20. num. 23.* si se ponderare fue la do-
nacion à favor de Don Juan Davila, no absoluta, y pura, sino es con-

dicional, dexamos inmediatamente fundado; el que si conditio extiterit, esto es si se verificò tener hijos, fue lo mesmo que hazer pura la donacion, y si se toma por el otro extremo contrario de substitutione à los hijos del Doctor Pedro de Fonseca, no teniendo hijos, tambien queda probado, que *deficiente conditione, vocatio, aut substitutio habetur pro non facta, vel scripta?* Qual será el llamamiento, que tendrian los dichos hijos del Doctor Pedro de Fonseca?

62. Pues ni aun Vinculo se puede dezir huvo. Es terminanté creo la question, que suscita el Torre de *Maiores*, 2. part. *quest.* 42. fue en especie aver fallecido vno, quien por su Testamento instituyò su hijo legitimo por su heredero: *Cui decedenti (sunt verba Testatoris) quando cumque absque filijs legitimis, & naturalibus, & de legitimo matrimonio procreatis, substituit eius filias fœminas, ut supra legitimas, & naturales, & ex legitimo matrimonio procreatas, & omnino dicta linea masculina, & femina, ut supra substituta decedente, substituit fratres Sancti Francisci, & aliam eius sororem, &c.*

63. Este hijo *decessit relictis duobus filijs masculis, qui ambo postea decesserunt absque prole, similiterque obiit soror dicti Testatoris nullis relictis filijs, vel descendantibus;* y con este motivo salieron los Padres de San Francisco pretendiendo la posesion de los bienes, tanquam ad eorum favorem vinculados in casu extinctionis, dictatum limarum; queritur quid iuris in hoc casu. Y afirma el Torre de *Mainoribus, Italiae*, porque alla las substitutiones importan Mayorazgo, quod huiusmodi Fideicommissum à dicto Testatore conditum habet conditionem expressam, quatenus Ioannes Maria (sic vocabatur filius Testatoris institutus) decedat absque filijs, &c. Verum ipse cum filijs decessit; con que no tuvo lugar la substitutione, por aver sido esta decedente Ioanne Maria, absque filijs legitimis. Se referirá su doctrina à la letra por se: tan del caso.

64. Ibi: *Et negativam sententiam sequor, quia Fideicommissum à dicto Testatore conditum habet conditionem expressam, quatenus Ioannes Maria decedat absque filijs, &c. Verum ipse cum filijs decessit, merito igitur substitutio evanuit, ad celebratissimum Oldradi consueum 21. quem communissimè secuntur interpretes, & signantur Oldradus consuej. 67. num. 14. & sequentes. Peregrin. cons. 33. num. 18. lib. 3. Casanat. consil. 4. num. 167. & passim approbat Sacra Rota, ut in decisione 228. num. 1. Coram Celso, & in recentioribus decis. 632. num. 1. & 2. part. 4. tom. 2. decis. 258. num. 8. part. 15. decis. 255. num. 1. & non solum prima substitutio facta de fœminis remanet inefficax per existentiam filiorum Ioannis Mariae, sed etiam omnes aliae subsequentes, & signanter illa de Patribus Sancti Francisci, tanquam dependens à reliquis caducatis. Surdus, consil. 448. num. 21. & decis. 80. num. 33. part. 15.*

65. Con que si por el defecto de la condicion *decedente sine filijs legitimis*, ò por no verificarse el caso de averle salrado los tales hijos à este Juan Maria, se resuelve, no huvo substitutione segunda, ni las demas en su defecto executadas; con mayor razon deberemos dezir en el caso de nuestro pleyto, que siendo la substitutione de los hijos del Doctor Pedro de Fonseca, unica *decedente sine filijs* Don Juan Davila, avriendolos tenido, no huvo substitutione à los del Doctor Pe-
dro

dro de Fonseca, y menos vinculo, porque en nuestro caso no hubo mas que vna substitution, y alla varias, que allegararian mas concepto de Vinculo.

66. Es preciso sugar el discurso, à que la donacion, que hizo el Señor Obispo, ò fue pura, y quedò perfecta, y acabada, ò que lo fue condicional, y que eventual conditionis esperabat: Si lo primero, ni el Señor Obispo pudo ponerle gravamen, modo, ni condition ex iuribus, & auctoritat. *relatis supra à d. num.* y por el consiguiente, ni gravarla con Vinculo, ni substituir à los hijos del Doctor Fonseca en el goze de los bienes de la donacion, ni prevenir tampoco la reversión à su dominio, ni los otros calos que advirtió. Si lo segundo, y donacion condicional, no creo tampoco razon de dudar, el que no verificado el caso de defecto de hijos, que fué el de la substitution à los del Doctor Fonseca, pudo tener esta lugar, ni llegó su calo, y por el consiguiente ningun derecho à dichos hijos del Doctor Fonseca en aquella disposicion; porque casus substitutionis eorum non fuit adveniens in quo, imò censetur exclusi: *diximus supra à num.* ob eius defectum.

67. Que se entendió como condicion por el Señor Obispo, ofrecimos manifestar en el Exordio de este Discurso; y para su prueba es preciso repetir, que relacionada la donacion por el Señor Obispo, sus Clausulas, y demàs, la concluyó diciendo: *La qual otorgo con las condiciones siguientes;* y que aviendo puesto la primera, de que siempre que viniere à Granada, avia de poder venir à ocupar las Calas de la donacion. Y despues pasó à repetir, como explicando la mente de la donacion, que queria que Don Juan Davila gozasse la Casa, y Heredad, bienes de ella, teniendo hijos legitimos; y no teniendolos, por su muerte succediesen los hijos del Doct. Fonseca: esto es, *si sine filijs decessisset*, cuya dición *sine* importa tambien condicion, vt per Baldum, *consil.* 264. *quod incipit statuto cabetur nam.* 13. *lib.* 1. *Cardin.* Thufc. *litera D. conclus.* 377. *num.* 1. *Barbos.* de *Dictionib.* *usu frequentis dict.* 371. *num.* 5, porque verbum *sine* adiectum verbo futuri, temporis importat conditionem, *ex Text. in leg. Censor. ff. de manumissis Testamento*, y manifiesta esta realidad, el que aviendo dicho con las condiciones siguientes, no bolvió à vsar de esta palabra, aunque puso la de la prohibicion de enagenacion, en calo de no tener los hijos el Don Juan, que nadie duda es condicion. Y porque aviendo dicho en el fin de la donacion, que con estas condiciones se aceptó, huiusmodi Clausula in fine posita ad omnia præcedentia refertur. *Text. in leg. Tablis script. §. fin. ff. de legatis primo.* Et probat Dom. Castill. 4. *controversiar.* cap. 50. à *num.* 53. *Gonc.* in *regulam octavam Chancel. Gloss.* 32. à *num.* 28. *Dom. Vela,* *dissert.* 43. *num.* 36. *Riccus,* *part.* 2. *Collectan.* 399. porque es lo mismo dezir, *y con estas condiciones*, que suponer serlo las antecedentes.

68. Y si como fundamos *supra à num.* 36. *vocatus sub ista vel illa conditione, sub contraria censetur exclusus*, y la condicion *de no teniendo hijos Don Juan Davila*, avia de dar succesion à los hijos del Doctor Fonseca; los tuvo: Luego se verificò condicion contraria, ac per consequens ex ea exclusio.

69. La misma regla corre con los llamados à vna succesion en

en este, ò el otro caso; por que en el primer caso no adviene consentir exclusi-
va ex doctrinis, & iuribus relatis dict. num. 36. De todo lo qual resulta
comprobado, no llegó à verificarse la substitucion de los hijos de el
Doctor Fonseca; ni el caso de Vintulo, que el Señor Obispo apeteció
en sus deudos, y satisfecho el segundo Discursio.

DISCURSO III.

EN QUE SE FVNDÁ, QUE MEDIANTE
lo referido, la Fundacion de Casa, y Heredad, y Cortijo
de Ascuzar, fue hecho propio de Don Juan Da-
vila Fonseca.

70. YA queda fundado el efecto de la donacion de Casa, y Here-
dad à favor de Don Juan Davila Fonseca, y que ò ya como
perfecta, y acabada no pudo recibir en sí gravamen, ni condicion,
que le disminuyesse el pleno dominio; que adquirió de sus bienes; ò
que ya considerandose condicional por las razones dichas, y la de
averle verificado la condicion, no quedó derecho à los substituidos; y
restandonos solo la prueba en punto de Cortijo, se pasará à demon-
strar, tiene menos duda en quanto à él, el absoluto dominio de Don
Juan Davila, excluyendo qualquiera argumento, que con el motivo
de la expresion, que hizo el Señor Obispo tocante à su compra, se
ha querido esforçar por la parte de Don Luis Pedro de Fonseca, supo-
niendo simulada la venta.

71. Es la simulacion vno de los vicios, que suelen incidir en
los contratos, y asi no se olvidò el Derecho de ocurrir provido al re-
medio, como lo hizo en muchos Textos, y aun en titulos enteros; to-
tus titulus Codice plus valere quod agitur, quam quod simulato concipi-
tur, totus titulus Codice si quis alteri, vel sibi sub alterius nomine, vel
aliena pecunia emerit. Leg. Imaginaria venditio, ff. de regulis iuris.
Leg. Si donationis. Leg. Si mater tua, C. de contrahenda empt. cap. Illo
vos, de pignoris, cap. Ad nostram, de emptione, & venditione, leg. fin.
lit. 11. part. 5.

72. Dividieron los Autores la simulacion, vnos en tres,
otros en quatro, y otros en cinco especies. Malcard. de Probationib.
conclus. 438. num. 12. Menoch. lib. 3. presump. 122. num. 1. Farin.
quæst. 162. num. 5. Dom. Castill. lib. 2. Controv. cap. 25. num. 15. y
el señor Vela en la dissert. 38. num. 58. circunscriviò la simulacion à
solas dos especies. La vna, quando la simulacion se comete en lo di-
cretivo, y formal del contrato, ya porque el que se haze, no es la in-
tencion de los contrayentes que se execute, ni otro alguno; ò ya por-
que, aunque intenten hazer alguno, no es aquel que suena hazerle: de
el primer caso es exemplo, quando vno finge que vende vna cosa sin
animò de venderla, ni desapropiarle de ella; solo sí, que suena vendi-
da, y enagenada à otro, para obiar que se la quiten si la hallan en su po-
der: de el segundo caso es el exemplo, quando vno finge, que vende

vna cosa, siendo así, que su ánimo no es venderla, ni dárla por precio, sino donar la graciosamente. Esta especie de simulacion, como cae en la substancia de los contratos los invalida, y anula en razon de aquellos contratos: que fueran hazerle, de que pudieramos traer por prueba de sus exemplares diversos Textos del Derecho; los que se omiten por no ser los casos de nuestra disputa. Plures tamen refert Dom. Vela *ybi proxime*.

73. La segunda especie de simulacion es, quando esta solo toca en las personas de los contrayentes, como quando vno dá à entender, que compra alguna cosa para sí, siendo para otro; ó que la compra para otro siendo para sí (esta es la disputa de nuestro pleyto) y esta simulacion, como no se comete en lo quidditativo, y substancial del contrato, sino en la persona del contrayente, que por él suena adquirir la cosa vendida, no lo anula en razon de contrato, si solo en quanto à la persona del contrayente: Esta segunda especie de simulacion es la que se propone en los Textos en la *ley quamvis, ley cum propria, ley multam inter est, C. si quis alteri vel sibi*, donde se dize, que vn yerno, y vn marido compraron con dinero suyo ciertos fundos, y que en las Escripturas no se expresó, que eran ellos los compradores, sino la suegra del vno, y la muger propia de el otro; y sin embargo se decide, que por de quienes se han de tener los fundos, es por del yerno, y el marido, sin que obste, que las Escripturas suene, que las que compraban eran la suegra, y la muger propia, respecto de que avia sido simulacion tenerlas por compradoras.

74. *Dicta ley quamvis, ibi: Quamvis in instrumento emptionis socras nomen inscripseris, si possessionem tenens dominus effectus es, ob eam rem frustra calumniam mulieris reformidas*, Aunque parecia prueba de el fundamento de Don Luis Pedro de Fonseca este Texto, porque en el instrumento de venta del Cortijo de Ascuzar, aunque se puso el nombre de Don Juan Davila, el verdadero comprador era el Señor Obispo, se excluirá con el mesmo Texto dicha argumentacion; porque aunque en él no embarazò al yerno, para ser dueño del fundo, el que le pudiese la venta en nombre de la suegra, fue porque el yerno con la mesma venta tomó la posesion del tal fundo, & dominus fuit effectus illius, y acá en la venta de el pleyto, quien tomó la possession del Cortijo, le gozó, labró, y benefició, y le hizo dueño de él, fue Don Juan Davila, con que no se adaptará bien este Texto.

75. *Dicta ley cum propria, ibi: Cum propria pecunia tua te comparante possessionem vxoris tue, nomen tantummodo acomodasse dicas, Rector Provincia docenti tibi veritatem precibus tuis assistere, restituere eandem possessionem habita etiam fructum taxatione curavit*, Tampoco será apoyo de dicha pretension de Don Luis, aunque pondere, que el Cortijo se comprò con dinero de el Señor Obispo, y que solo se acomodó la venta à nombre del sobriño, porque el mesmo Texto satisface, *ibi: Rector Provincia docenti tibi veritatem, &c.* Era menester manifestar concluyente prueba, que acreditara dicho hecho, la que no solo no ay, sino contraria por hecho propio del mismo Señor Obispo, que lo es, pedirle encarecidamente al sobriño viacule el Cortijo, aver antes relacionado le hazia merced, y à su muger Doña Geronima de siete mil y treientos ducados, que avia dado para

la compra del Cortijo, y ponerle finalmente por pena, si no lo viera, culasse dicho Cortijo, no teniendo hijos, y no llamasse à los del Doctor Fonseca, el que sus herederos pudiesen pedirle los siete mil y trescientos ducados, que esto no acredita dominio en el Señor Obispo del Cortijo, aunque si no huviera hecho la donación de la dicha cantidad, lo persuadiera acreedor de ella.

76. *Lex multum interest, ibi: Quod si tu quidem emisisti, tibi tradita est possessio tantum nomen uxoris quondam tue inscriptum est, res gesta potior quam scriptura habetur.* A esta se satisficé con lo mismo, que à la ley *quamvis*, porque lo que se atiende es à quien tomó la posesion, y vfo de la cola, como própia, que es lo que practicó Don Juan Davila, despues de fer en su cabeça la Escritura; no empero tomó la posesion el Señor Obispo del Cortijo, ni hizo actos algunos de dueño en él, y antes le reconoció, y nomind poseedor à el Don Juan Davila dicho Señor Obispo, diximus suprà en el hecho: Es verdad, que *in contractibus rei veritas, potius quam scriptura perspicit debet, ut ait lex l. c. plus valere quod agitur.* Regla, que aun à los Señores Juezes para las determinaciones dió la ley 10. tit. 17. lib. 4. *Recopil.* ibi: *Los juzquen, y determinen, segun la verdad que hallaren probada en los tales pleyos.* Pero qua de causa nos deberemos inclinar mas à que fue dueño de el Cortijo el Señor Obispo, que no Don Juan Davila, si en este se hallan configuientes los actos, que lo acreditan dueño demás de la Escritura, y en el Señor Obispo vna sola presumpcion de que lo comprò?

77. Parece pueden tener entre si contrariedad, y oposicion las expresiones hechas, tocante à compra del Cortijo de Ascuzar por el señor Obispo, y por Don Juan su sobrino, porque el Señor Obispo dize en su Testamento: *Que quando se comprò de su Magestad el Cortijo de Ascuzar, aunque se bizo el tratado à el dicho D. Juan Davila Fonseca, porque assi lo quiso, &c.* El dinero, y porciones, que refiere dize lo ha pagado de sus dineros: Esto es lo mas, que en este punto declaró dicho Señor Obispo.

78. Don Juan Davila en su Testamento, baxo cuya disposicion murió, dize assi: *Declaro, que demás de las tierras de Ascuzar, que yo comprè de su Magestad. Y en otra Clausula: Item digo, y declaro, que yo comprè el Cortijo de Ascuzar de su Magestad el día, y año, que por la carta de venta parecerà, &c.* Y prosigue, y demás del precio, que di por él, he gastado de mis bienes mas de diez y ocho mil ducados *EN LAS CASAS PRINCIPAL*, y Casas, que en él he hecho, &c.

79. No creo mucha la antinomia entre la expresion, que haze el Señor Obispo, y la que refirió Don Juan Davila; porque el Señor Obispo lo que dize es, quando se comprò de su Magestad el Cortijo de Ascuzar, que no es dezir de positifivo lo comprò dicho Señor Obispo; y el Don Juan Davila afirmativamente dize en dos, ò tres partes en su Testamento, que él comprò el Cortijo de Ascuzar de su Magestad, que se encargò de pagar el censo de el Hospital Real, y que avia gastado, y aumentado en el Cortijo de su caudal mas de diez y ocho mil ducados, con otras positifivas asserciones de dueño, y Señor de él, que aunque es assi, que *dominium non pendet ab assercione*

referentis, alienantis sive concedentis, aut illius qui cum ipso contrahit, quia multoties, res aliena transfertur per instrumentum venditionis, donationis, locationis, aut concessionis in feudum, ut ex Text. in leg. Si urbana prædiâ. ff. de condit. indebit. Leg. Rens alien. ff. de contrahendo emption. & Cavaler. decis. 339. num. 4. probat Parej. de Instrumentor. Edition. tit. 1. resol. 3. §. 2. num. 80. y que pudiera ser incierta la relacion, que hizo en esta razon el Don Juan Davila; esto cessa, quando al mesmo tiempo, que refiere ser dueño ab illo consideretur, ex leg. Nemo; C. locati. Leg. Ad probationem, C. de probationib. cap. Cum venerab. vbi Gloss. in verb. Locavisset, de Religif. domib. Todo lo qual se verificaba en el Don Juan, y aun se lo confesó así virtualmente el Señor Obispo.

80. Mas no obstante, aunque importará positiva assercion de dicho Señor Obispo, y confessando, que el dinero lo dió, siendo cierto; como el mesmo Señor refiere, que el tratado se hizo à D. Juan Davila (porque así dize lo quiso el Obispo) aunque el dinero fuesse suyo, el dominio del Cortijo se transfirió en Don Juan Davila, y no es impedimento no fuesse propio del comprador el dinero para dicha adquisicion, y quedó por entonces solo acreedor de la cantidad el Obispo, aunque despues de ella le hizo gracia, es claro el Texto en la ley ultim. C. si quis alteri, vel sibi, ibi: Nihil prohibet altero pecuniam numerante in alium, vel utriusque contrahentis consensu, vel certe venditore tantummodo volente dominium transferri. Probat Nogueros, allegat. 20. num. 48. idem affirmat Paul. de Castr. in Rubric. C. si quis alteri vel sibi, ibi: Cum quis emitrem nomine alterius, solvit tamen præcium de pecunia sua, & queritur cui acquiratur dominium: si res fuerit tradita illi cuius nomine fuit emptâ, vel per venditorem, sed emptoris voluntate adquisita, per illam acquiritur illi dominium, quia ex hoc præsumitur emptâ pro illo, & ad illius utilitatem. No puede ser mas terminante, pues en la especie de compra, que hizo vno à nombre de otro, y que pagó el precio de su dinero, adhuc si res est tradita illi cuius nomine fuit emptâ, esta tradicion, que se entiende de voluntad del comprador, le presta dominio; y si es lo mas, que se podrá ponderar por Don Luis Pedro de Fonseca, que el Obispo compró el Cortijo à nombre de su sobrino, y dió el dinero, attamen si el Cortijo se entregó à Don Juan Davila, y este le gozó, y poseyó à vista de el Obispo, es visto, que præsumitur comprado ad utilitatem de dicho Don Juan Davila, & illi adquisito de voluntate, & consensu de su Tio.

81. Y aunque faltara la expresion del tratado à nombre de dicho Don Juan Davila, siempre que constasse de la entrega à este, y possession à su continuacion, se presumiria el tratado, y venta en su cabeza; y adquirido el dominio por él, ex huiusmodi actibus subsequentibus, ut resolvit Bald. in dict. leg. Multum interest. num. 5. ibi: Sed si non probetur, sed solus tractatus confirmetur ex sequentibus signis, puta ex præcij numeratione, vel ex facta in persona viri traditione, vel ex longa possessione viri titulo pro suo, tunc præsumitur tractatus præcedens possessus in executione. Argum. Text. in leg. Cui post in princip. ff. de iur. dot. sequit. Menoch. de Arbitrar. casa 480. num. 19. & duob. sequentib. & cum eo Dom. Castill. tom. 5. Contror.

cap. 77. *nd. fin. verfic. Quintas, & Últimas cosas est. Noguez. dict. allegat. 20. num. 58.*

82. Y mas quando, como queda dicho, el dicho Señor Obispo claramente dixo: se comprò para el Don Juan Davila el Cortijo, porque tunc ex simili confessioae, & bona fidei recognitione probatur non contraxisse ad suam utilitatem; sed potius ad utilitatem illius, cuius favore declaravit ita Baldus *in dict. leg. Multum interest. C. si quis alteri, vel sibi num. 3.* ibi: *A posteriori probatur si post contractum vxor confessa est, sic se habere veritatem recognoscendo bonam fidem, nam cum pecunia fuerit viri, ista non est donatio, sed bona fidei agnitio, &c.*

83. Y por esto mesmo el Señor Obispo quando mencionò la compra de Cortijo, y gastos, que avian llegado à tres mil y trecientos ducados, como dueño de esta porcion, y no del Cortijo, mandò, que toda ella fuesse de dicho Don Juan Davila y Fonseca, y de la señora Doña Leonor de Fonseca su muger, que fue lo mesmo que donarselos, y no mencionò, ni podía Vinculo del Cortijo; y solo dixo, que su intencion avia sido, quando permitiò, que el Cortijo se rematasse en la persona de Don Juan, aunque por entonces no se acordaba aversele declarado, el que se vinculasse con la Casa, y Heredad; *no teniendo dicho Don Juan hijos legitimos*, y que le pedia, y rogaba por el amor que le avia tenido, que consintiesse en el Vinculo, y añadiesse todo lo que él avia aumentado, y mejorado; y sin embargo, de que sobre esto repitiò su instancia en las siguientes Clausulas de su Testamento, y en la 95. ya concluyendo su disposicion, dixo lo que ya tenemos repetido, *todo lo qual cessa teniendo el dicho Don Juan Davila hijos legitimos, como dicho es*; cuya palabra todo latinè *omne, vel totum nihil excludit. L. Julian. in princip. Leg. Hoc articulo, ff. de heredib. instituend. ley fin. ff. de pen. legat.* la ley Penal. §. *fin. ff. de leg. Falcid. cap. Solita, de Maiorit. & obedient.* exornat Tiraquel, *in leg. Si unquam*, verb. *Totam*, num. 1. *C. de revocand. donationib.* Escob. de *Ratiotin. cap. 7. num. 47. & cap. 18. n. 3.* Dom. Pichard, *in princip. Institut. de ademption. legator. n. 30.* August. Barbof. de *Dictionib. vsu frequent. diction 241. num. 18.*

84. Y tuviera lo contrario precisa repugnancia à todo el demás hecho, que resulta de la disposicion del Señor Obispo, y Testamento de Don Juan Davila; porque vno, y otro se vnocan en ser dueño del Cortijo el sobrino, y solo dispone de los siete mil y trecientos ducados, ya haziendo gracia al sobrino, y su muger de ellos, ò ya para despues de sus dias no teniendo hijos, para los del Doctor Pedro de Fonseca, y con la pena de que si no lo hiziesse (en el caso de no tener hijos) sus herederos le pudiesen pedir la dicha cantidad, cuya expresion bien manifestò ser la mente del Señor Obispo hazer merced à su sobrino del derecho, y interesse, que tenia del Cortijo para él, y sus hijos si los tuviesse; y no teniendolos, siendo tan proporcionado el que todos quieran no desfallezca su memoria, hazer Fundacion de Casa, y Heredad para los otros sobrinos, hijos del Doctor Fonseca, y yendo consiguiente en esta idea, pedirle al sobrino, que no teniendo los tales hijos, vinculasse lo vno, y otro, y aumentos del Cortijo à favor de dichos hijos de el Doctor Fonseca, sin poder aplicarse à otra

inteligencia las palabras, y voz es de dicho Señor Obispo, *ita ley finit.* 12. *partit.* 7. *ibi*: *Ep[iscopu]s per las palabras que ome dize, dá Testimonio de lo que sienta en la voluntad, y que ab eis non sit recedendum, & tenore cuiusvis dispositionis.* Es doctrina del señor Salgad. *cum multis iurib.* *C. autoritatib.* 4. *parte.* *cap.* 3. *a num.* 50.

85. Y no debe ser de reparo, el que en la Escritura de imposición de censo, que se presentó en esta instancia, que se dize otorgada en 6. de Septiembre del año de 1593. el Señor Obispo como principal, y Don Juan Davila Fonseca su sobrino, y Doña Leonor de Fonseca su muger, como fiadores, y principales pagadores, impulsieron censo de quatrocientos ducados de principal sobre la Heredad, Casas, y Cortijo de Ascuzar, expresando, que todos los dichos bienes eran del principal, arguyendo, que con el hecho de semejante expresión, por dicho Señor Obispo a vista de el Don Juan Davila, fue visto constestar este ser dueño su Tio del Cortijo. *Argum. Text. leg. Nihil §. 1. 2. de legatis 1. ibi*: *Omnibus quibus Fideicommissum relictum est ad distributionem conscientibus, nullam Fideicommissi petitionem super futurum.* *Ley Si debitor, §. Si in venditione. Leg. Sicut, §. Venditionis, cum multis sequentibus ff. quibus modis pignus, vel hypotheca solvitur, & probat Hermosill. in leg. 56. tit. 5. part. 5. Gloss. 4. num. 106.*

86. Porque se satisface duplici ex capite el primero; porá que la imposición fue el año de 593. muy inmediata a la compra de el Cortijo, y la expresión, que así el Señor Obispo, como su sobrino Don Juan Davila, hizieron tocante al Cortijo, fue en los años de 604 y 610. mucho posterior, con que pudo en el medio tiempo aver hecho, como hizo, contraria expresión el Señor Obispo, mencionando la realidad, que avia en este hecho, a cuya relacion como posterior, y incompatible con la primera de la dicha imposición, es preciso se este, quia posteriora verba derogant prioribus, *ex Text. in leg. Pacta novissima. C. de pactis*, la ley *Divi Severus §. Licet, ff. de iure codicillarum*, *ibi*: *Nam ea, quae postea geruntur prioribus derogant.* *Ley 6. ff. de adimendis legatis*, *ibi*: *Novissima enim voluntas servatur.* *Ley 21. y 22. tit. 1. part. 6.* *Domi Valenz. Velazq. conf. 63. a num. 16.* *Augusti Barbofi in dist. leg. Pacta novissima, C. de Pactis. Gutierr. de Inram confirmat. 1. parte. cap. 74. a princip.* Maximè quando ad sunt alia adminicula conjeturas, o presumpciones, que persuaden mas lo segundo que las que son, y lo inducen, tenemos dicho *suprà a num.*

87. El segundo, porque consiguiente a la misma imposición (aunque no se mencionó por el Relator) mas lo siento así a V.S. la redempcion de dicho censo consta la hizo Don Juan Davila Fonseca el año de 597. y no el Señor Obispo, existiendo, y viviendo entonces, lo que acredita era dueño del Cortijo, pues no avia de libertar alhaja, que no era propia; demás, que no fue mucho no impugnara la relacion del Obispo, en suponer era dueño de dicho Cortijo, siguiendo de esto desazonarle, quando esperaba, que le hiziera donacion, y los beneficios de despues experimento, y antes seria su cuydado congratularle, vt optime Seneca *de Beneficijs, lib. 3. cap. 17.*

88. Y tampoco será obice la diligencia de averse hallado las Armas del Señor Obispo en las casas principales del Cortijo, por *quod res eius esse praesumitur, cuius est signum, & marchio*

L. Quod signata, C. de fabri censibus, lib. 2. L. Quod sine qua, ff. de periculo, C. com. vel venditæ, C. ex eo arguitur dominium, Malcard. de Probat. conclus. 157. num. 34. D. Perez de Lara de Anvers, lib. 1. cap. 7. num. 36. Doto. Salgad. de Reg. 3. part. cap. 10. d. num. 269. Facit illud Luca cap. 20. Offendire mihi denarium, cuius habet imaginem: Et inscriptionem? Et respondentes dixerunt, Cæsaris, Cuius illi reddo ergo, quæ sunt Cæsaris, Cæsari, Cui sunt Dei Deo.

89. Porque se responde con Antonio Gomez in leg. 45. Teor. num. 77. *Huiusmodi præsumptionem non esse probationem concludentem, quia de facili potest fraus committi, C. probatio non videtur concludere necessarii:* Siendo la razon, el que potest quis alieno signo signare, *de probatur in leg. Ad testium, §. Si ab ipso, ff. de testam. Vnde dicit ipse, quod licet non sit plena probatio erit tamen optima præsumptio;* y con otros textos, y autoridades afirma el Antonio Gomez, quod dicta præsumptio cum alijs probaret, y responde à la precedente conclusion, afirmando, que solum procedit in signo publico, & determinato ex quo per legem, est in ducta probatio; secus in signo privato, y con la misma razon responde à la prueba del capitulo de San Lucas: lo mismo afirma Platea in dict. leg. *Stigmata 1. column. num. 1.* en el nuestro no solo no ay otras conjeturas, que apoyen dicha presumpcion; si con muchas las que la excluyen, ponderadas en el titulo de dominio de Don Juan Davila Fonseca.

90. Y se conuençe mas con lo que consta del pleyto; pora que si no se puede dudar, que la Casa principal, que es donde estàn dichas Armas, la hizo Don Juan Davila Fonseca, como consta de su Testamento, y referimos *suprà nam.* sin que el Señor Obispo aya dicho en esto cosa en contra, se manifesta bien, que el aver puesto las Armas de los Cavalleros Fonseca en casa, que Don Juan Davila avia librado, fue obsequiar à su Tio, sin que en esto se perjudicasse, porque tambien era Fonseca dicho Don Juan Davila; y corrobora todo lo antecedente dicho, el que el pleyto, y juicio sobre la lesion enormissima, que se siguió en el Consejo de Hazienda, quien le siguió, y à cuyo favor salió la Executoria en el año de 599. fue el Don Juan Davila Fonseca, y para esto no fue embarazo la imposicion de censo, que como dueño de dicho Cortijo hizo, y otorgó el Señor Obispo, junto con Don Juan Davila el año de 593. como no lo fue, para que el siguiente de 597. redimiera por si solo el dicho censo el dicho Don Juan Davila Fonseca viviendo en vno, y otro tiempo el Obispo, pues falleció el año de 604. Ni tampoco el que las Casas principales del Cortijo tuviessen las Armas de los Fonseca, para executar Don Juan Davila todos los referidos actos de dominio, junto con el goze, y posesion del Cortijo, y sus rentas.

91. De que es preciso inferir, el que ni ex iuris dispositione, nec ex Illustrissimi Episcopi expresione, se puede dudar, fue, y se tuvo por dueño de Alcúzar al dicho Don Juan Davila, y lo mas, como queda dicho, y para caso que no llegó acreedor de la cantidad por vna obligacion personal, *ex Text. in leg. Si ex ea pecunia. Leg. Si ut proponit, C. de rei vindicac. Leg. Ad probationem 21. versic. Nam res, C. de probationib.* Et probant Escobar de Ratiocin. cap. 14. num. 32. circa fin. versic. *Alias enim.* Gratian. *Disceptat. Forens.* tom. 1. cap. 160.

num.

16:
num. 9. Gómez in leg. 30. *Taur.* num. 36. Dom. Vela, *dissert.* 38. &
num. 2. Dom. Salgad. *Labyr.* 2. part. cap. 20. à num. 17. D. Castilla
lib. 3. *Controvers.* cap. 8. à num. 21.

DISCURSO IV.

Y ULTIMO.

EN QUE SE FVNDADA, QUE POR CONCLV-
sion de lo antecedent, dicha Casa, Heredad, y Cortijo to-
can, y pertenecen à la dicha Doña Juana Evangelista, co-
mo successora precisa de dicho Don Juan Davila Fonseca,
y que por oy Don Luis Pedro de Fonseca, como pariente del
Señor Obispo, no puede tener derecho alguno à la dicha
Casa, y Heredad, y en ningun tiempo
al Cortijo.

92. **F**Vndado ya, que Don Juan Davila Fonseca, mediante la do-
nacion del Señor Obispo, fue absoluto dueño de Casa, y
Heredad, y de el Cortijo por su compra, y que como dueño de todo
hizo la Fundacion; es preciso persuadirnos, fue hecho propio del re-
ferido la dicha Fundacion, y que usando de su derecho lo vinculò to-
do; y atendiendo justamente el encargo de su Tio despues de sus hi-
jos, y descendientes, mandò succediesen los llamados por el dicho
Señor Obispo en el Vinculo, que de Casas, y Heredad previno se ha-
ziessse en los hijos del Doctor Pedro de Fonseca, teniendo desde aquí
fuerça de Vinculo estos bienes, el qual es preciso entender de tercio,
y remaniente del quinto, y que su succesion se aya de regular por la
decision de la ley 27. de Toro; porque aviendo dicho Don Juan Da-
vila, vinculaba dichos bienes, no aviendo sido en fuerça de Facultad
Real, y teniendo hijos, es preciso que se entienda como mejora den-
tro del tercio, y remaniente del quinto, à favor de ellos, *ut notant*
Tauristæ in leg. 26. Tauri, quæ est lex 10. tit. 6. lib. 5. Recop. Gloss. in
leg. 3. tit. 4. part. 5. verb. En su parte. Dom. Roderic. Suar. in lege
Quoniam in priorib. C. de inoffic. Testam. quest. 5. Azvedo. in dicta
leg. 10. tit. 6. lib. 5. Recop. num. 11.

93. Y en esta especie de Fundacion es preciso sean los lla-
mamientos arreglados à la decision de la ley 27. de Toro, ibi: *Con*
tanto, que lo fagan entre sus descendientes legitimos; y à falta de ellos,
que lo puedan hacer entre sus descendientes ilegítimos, que ayan derecho
de los poder heredar; y à falta de los dichos descendientes, que lo puedan
hacer entre sus ascendientes; y à falta de los susodichos, puedan hazer las
dichas sumisiones entre sus parientes, &c. Y por esta razon, y ser
preciso observar ad vnguem esta orden de substituciones; *ut asserunt*
Tauristæ in prædicta lege 27. Tauri, & Mieres de Maioracib. 1. part.
quest. 57. num. 91. Gutierr. lib. 3. Practicar. quest. 53. num. 5. D.
Mo-

Molin. de Primog. lib. 2. cap. 11. num. 12. Dom. Castill. lib. 2. Cont.
créd. cap. 7. num. 2. Azeved. in leg. 11. tit. 6. lib. 5. Recopil. a n. 381
Dom. Paz in leg. 200. Stili, quasi. 4. per tot. Angulo in dict. leg. 11.
tit. 6. de las mejoras, lib. 5. Recopil. Gloss. 4. per tot. Guzmán Verit.
Iuris, Verit. 5. num. 33. y 34. Roxas de Incompatibh. 1. part. cap. 6.
num. 233. Vbi D. Ferdinand. del Aguila eius Additionator Dom. Pe-
rez de Lara de Vita hominis, cap. 30. num. 121.

94. Tendrá prescinda esta successión el orden gradual de ella,
scilicet en primer lugar los hijos, y descendientes legitimos de Don
Juan Davila, en segundo los naturales (en que está comprehendida
esta Parte) tercero ascendientes, y quarto, y vltimo transverales, y
parientes. Y en este tendrá derecho Don Luis Pedro, como pariente
de la Familia de Fonseca, en otro tiempo, y despues de Doña Juana
Evangelista, para los bienes de Casa, y Heredad, y los parientes por
el Apellido de Davila à el Cortijo, sin hazerles falta entonces la ex-
pressa substitucion, por estar comprehendidos en la colectiva de pa-
rientes, substituida despues de hijos, y descendientes legitimos, y na-
turales del Fundador, los que es preciso obtengan primum locum in
successione, ex dict. leg. 27. Taur. & probant Dom. Castill. tom. 2.
Controvers. cap. 7. à num. 2. & Dom. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 11.
à num. 12. Azeved. in dict. leg. 11. tit. 6. lib. 5. Recopil. Nogueroi,
allegat. 25. num. 64. & 95. Mieres de Maiorat. 4. part. quasi. 1. à
num. 35. D. Ferdinandus del Aguila in Add. ad Roxas, 1. part. cap. 6.
num. 272. suo marginali.

95. En tanto grado, que siendo el Mayorazgo de tercio, y
quinto, como lo es el fundado por Don Juan Davila, siendo perpetuo
si se huviera alterado, ò omitido el referido orden de successión, la
ley suple los llamamientos omitidos, y los reduce los opuestos à ella
al orden de la ley. Optimè Nogueroi, dict. allegat. 25. & Dom. Castill.
dict. lib. 2. cap. 7. num. 14. ibi: *Primo quod si is, qui fecit melioratio-
nem, si ve in Testamento, si ve in contractu inter vivos (hoc mali inserti)
iure perpetui Vinculi, aut Maioratus meliorationem possideri volue-
rit, sic ve primogenium perpetuo duraturum instituat, & in substitu-
tionibus, submissionibus, aut vocationibus, Leg. 27. Taur. Ordinem
non servaverit, sed alteraverit illum, tunc in ea specie dispositio non
viciabitur immò potius valebit, vocationes tamen ad ordinem, & eius
formam reduci debent, &c.*

96. Angulo en la ley 11. Gloss. 4. en el titulo de las mejoras
à n. 13. versie. *Si autem Testator, propulo la question: Quid iuris
si non præposteratus sit ordo legis sed expresse exclusi, qui vocari de-
bebant, ut quia vocavit consanguineos, cum haberet ascendentes, vel ex-
traneos transversalibus existentibus? In qua specie distinguit, cum ex-
presse exclusit Testator, firmiter resolvit Vinculū finiri in vltimo iuxta
legem vocato, & bona libera manere, quando verò omiserit ita ait posse
non sine iuxta ratione dubitari an personæ eius gradus sint supplendæ,
an verò tam illæ, quam in vltimo loco expresse exclusæ vocatæ sint
censendæ, & videsur personas intermedias, quæ non fuerant expresse
exclusæ supplendæ, & admittendæ, cum sine eijs non possit deveniri
ad vltiores vocatos, &c.*

97. Don Fernando de el Aguila in Add. ad Roxas, 2. part.
cap. 2.

cap. 2. num. 31. baxto de la mesma doctrina dixo assi: *Tunc non solum qui inveniuntur omisi, sed & penitus exclusi contra formam legis sunt admittendi ad successiorem Maioratus.* De todo lo qual se arguye bien, que si en omitidos, ò excluidos, ò preposterados, suple la ley los llamamientos en su lugar, menos duda tendrá quando se hallan expressamente invitados los descendientes de Don Juan Davila, en que se comprehende Doña Juana Evangelista, por ser como es su descendiente, y vizneta de dicho Don Juan Davila Fundador.

98. Sin ser de obice lo sea natural; porque aunque es assi, que generalitèr loquendo filium ff. de his qui sunt sui, vel alieni iuris, & probatur ex Proemio, tit. 7. partit. 2. ibi: *Hijos, segun ley, llamamos aquellos, que nacen de derecho casamiento.* Et ibi Dom. Gregor. Lop. Add. ad Dom. Molin. lib. 3. cap. 3. à n. 41. versic. *Secundo quia.* Latè Dom. Castill. tom. 5. cap. 82. num. 14. cum seqq. por lo que se dize, que filij naturales non sunt de linea ad succedendum in Maioratus, ex cap. 1. §. *Naturales si de feudo fuerit controversi inter dominum, & agnatum.* L. 2. tit. 15. partit. 2. ibi: *Si dexasse fiyo, ò fija, que haviaffe de su muger legitima.*

99. Y vltra de estos Textos, que prueban, que los hijos naturales non sunt de linea, nec succedunt in Maioratus Hispaniæ de doctrina del Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 4. à num. 46. Micres de Maioratus, 2. part. quæst. 2. num. 1. Flores Diaz de Mena, lib. 1. Var. quæst. 16. §. 1. num. 13. Avendañ. in leg. 40. Taur. Gloss. 11. num. 43. Azeved. in leg. 11. tit. 6. lib. 5. Recopil. num. 45. Dom. Castill. lib. 2. cap. 30. num. 18. Noguera. allegat. 9. num. 24. Roxas de Incompat. 1. part. cap. 6. à num. 106. Add. ad Dom. Molin. lib. 3. cap. 3. num. 41. & in vers. *Multo magis,* dan la razon, ibi: *Multo magis hæc firmissima conclusio in Hispanorum primogenijs admittitur, si ve fiat mentio de filiis legitimis, in quo casu nulla deceptio est, si ve de filiis simpliciter, in quo casu loquitur Author, vsque in finem, & comprobatur primo, quia cum præcipuus Maioratus finis sit Familiarum conservatio, ex Authore supra lib. 1. cap. 11. num. 3. filius naturalis nunquam admittitur cum non sit de familia, nec de domo, nec de agnatione parentis.*

100. Porque à esto se satisface lo primero, con que los Textos, y autoridades antecedentes hablan en Mayorazgo, simpliciter factò non ab ascendenti inter filios en Mayorazgo de tercio, y quinto; porque en este tienen los naturales llamamiento legal, y el segundo en orden de la dicha ley 27. de Toro, ibi: *T à falta de ellos los illegitimos, que ayau derecho de les poder heredar.* Ita probat Azeved. in dict. lege. à num. 44. y que precise sunt vocandi naturales in defectu legitimorum, ibi: *Et sic in casu nostræ legis sunt vocandi in defectu legitimorum.* Idem tenent Castill. in dict. lege, & Tellus Fernand. etiam in ea num. 11. Gomez Arias in ea num. 15. Matienç. in dict. leg. 27. Taur. Gloss. 5. num. 1. Angul. in leg. 11. de las mejoras, quæ est eadem lex 27. Taur. Gloss. 11. todos los quales aseguran, *quod in casu dictæ legis vocatio naturalium descendendum in defectu legitimorum, est necessaria deficientibus legitimis, sin disputar alguno, es la inteligencia comuna de dicha ley, idem Azeved. ubi supra num. 44. circa fin. ibi: Idem etiam*

etiam quoad Patrem respectu naturalium filiorum legitimis deficientibus. Vocatis, prius dicendum est in terminis legis nostrae, & hunc nostrae legis vocat intellectum communem, Angulo ubi supra num. 3. & ideo ad eo non recedendum, &c.

101. Si es inquestionable, fundò Don Juan Davila Fonseca Mayorazgo de tercio, y quinto de sus bienes en cabeza de Don Juan Francisco Davila su hijo mayor, y sus descendientes; que dada puede tener, de aviendo saltado la sucesion legitima de dicho D. Juan por muerte de Doña Maria Montalvo, vltima poseedora, que fue de estos Mayorazgos, y hermana de Doña Juana Evangelista, toca à esta la sucesion ex dispositione legis con vn derecho incontrovertible, respectivè à Don Luis Pedro de Fonseca, que sin tener deudo con Don Juan Davila, Fundador; lo mas que puede ponderar es, tener parentesco con el Señor Obispo Fonseca, lo que no se le disputa, y si que oy tenga derecho à sus bienes, porque casus substitutionis colectivè parentuum, aut transversalium non est adventus ex ipsa legis dispositione, y orden de ella.

102. Y aunque en materia de Mayorazgos de tercio, y quinto es indisputable ex dictis supra la precedencia, que debe tener el descendiente natural al transversal legitimo, y por esto notorio el derecho de Doña Juana Evangelista, en competencia de Don Luis Pedro de Fonseca, porque no le entienda tan absoluta la proposicion, de que filij naturales non sunt de linea ad succedendum in Maioribus Hispaniae (aun sin la qualidad de tercio, y quinto) porque en las demás especies de Mayorazgos pueden succeder en muchos casos, y tienen aptitud para otros muchos derechos, que convienen à legitimos. Es el primero el Mayorazgo en que tuvieren llamamiento los mas propinquos, porque en este se comprehenden los naturales, ita Bartol. in leg. Pronuntiatio, §. 1. num. 1. ff. de verbor. signific. Marcus Anton. Peregrin. de Fideicommiss. artic. 22. n. 89. Caldas Pereyra, respons. 1. num. 12. versic. 6. Azeved. conf. 24. in tertio dubio.

103. El segundo, quando linea vocatur, porque filij naturales sunt de linea Patris, probat Philip. Decius conf. 165. in fin. Cephalus, consil. 391. Peregrin. de Iur. Fisc. tit. de naturalib. liber. à num. 9. & in tractat. de fideicommiss. artic. 22. num. 8. ad fin. Juan Gutierrez, lib. 2. Practicar. quæst. 155. n. 2. versic. Naturalis. Gamm. Decision. decis. 294. in 1. part. num. 2. y en otro qualquier Mayorazgo en que estuvieren llamados, podran succeder, ita Fuffar. de Substitutionib. quæst. 3 14. num. 11. Addent. ad Dom. Molin. de Primogen. lib. 3. cap. 3. num. 41. versic. Nos verò in hac quæstione.

104. Tienen tambien los hijos naturales el derecho de retracto in rebus patrimonialibus, vt cum pluribus authoribus tenet Ioann. Gutierr. lib. 2. Practicar. quæst. 154. à num. 2. Matienç. in leg. 7. tit. 11. lib. 5. Recopil. Gloss. 2. n. 3. Montalv. in leg. 13. tit. 12. lib. 3. Forens. Addent. ad dict. Dom. Molin. dict. lib. 3. cap. 3. n. 41. versic. 2. limitatur.

105. Habent etiam ius in sepulcris de familia ita Sebastian. de Medic. tractat. de Sepulcris. 1. part. cap. 7. num. 22. Sylvestr. in Samm. versic. Sepultura, versic. 4. Roxas, tractat. de Successionib. cap. 20. num. 120. etiam Addent. ubi supra, versic. 3. limitatur, succedunt

dant etiam in bonis emphyteuticis receptis à privato pro se, & liv. is suis, ita Iulius Clarius in §. Emphyteusis, quæst. 30. qui dicit commun. y en España es bien notoria la recomendacion, que tienen en el Derecho, gozando de la nobleza, y demás prerrogativas de sus Padres, que esto no se puede dudar, como ni tampoco no fue embarazo para obtener en el juicio possessorio dicha Doña Juana Evangelista.

106. Y aunque con lo fundado hasta aqui entendemos conloyentemente probado, no hubo Fundacion alguna de Vinculo por hecho del Señor Obispo, por la razon de que la donacion fue absoluta con total translacion de dominio en D. Juan Davila Fonseca, mediante lo qual no le avia quedado facultad para gravar los bienes de ella à favor de los hijos del Doctor Pedro de Fonseca; y que quando se entendiesse tenerla, aviendo sido su llamamiento *si sine filijs decessisset* dicho Don Juan Davila, que por no averse verificado, no avia tenido efecto por hecho del Obispo, ni la Fundacion, ni su llamamiento, con lo que precisamente cessa fundamento de pretension de D. Luis Pedro de Fonseca, para como pariente suceder en los tales bienes, como vinculados; sin embargo, para quitar todo escrúpulo, es justo no omitir, el que algunos Mayorazgos son temporales, y no tienen extension ultra nominatus, de forma, que *is deficientibus, & eorum descendentibus*, cessa el gravamen à distincion de los Mayorazgos perpetuos; porque en estos, omnes qui ex familia Fundatoris sunt admittuntur, *est leg; Cum ita legatur, §. In fideicommissio, ff. de legat. 2. ibi: In fideicommissio familia relicto hi admitti possunt, qui nominati sunt aut post eos omnes expinctos, qui ex nomine defuncti fuerint, &c.* Probat Dom. Molin. *lib. 1. cap. 4. à num. 32.* dando por razon, quod ea est Maioratus natura, vt ea bona, quæ Maioratus subiiciuntur, in familia ipsius Maioratus institutoris perpetuo conservari debeant, y que esta conservacion perpetua no pudiera verificarse, sino es por la subrogacion de los que son, y proceden de la Familia, ya sean descendientes, ò ya transverales del Instituidor, dict. Molin. *ubi supra num. 39.*

107. Con que si hiziessemos demonstrar, que caso que huviesse avido Vinculo de el Señor Obispo (que no pudo ser por lo ya dicho) fue temporal, y sin otros llamamientos, que los hijos del Doctor Fonseca, en que à lo mas se comprehenderian sus descendientes, ac per consequens, que oy no puede alguno por pariente pretender derecho, será mas razon de congruencia de la exclusion de Don Luis Pedro de Fonseca. Para lo qual, baxo de el supuesto cierto de aver Mayorazgos perpetuos, y temporales, y que los perpetuos se pueden constituir, ò porque el Fundador diga lo haze assi, ò porque por equipolentes demonstraciones es visto constituirlo de esta qualidad, vt latissimè docet Dom. Molin. *lib. 1. cap. 5.* para resolver esta duda, y conocer qual fue la mère del Sr. Obispo (voy siempre hablando sin perjuicio de lo fundado en los Discursos antecedentes) será menester ver, que conjeturas resultan de las palabras, que mencionò el Señor Obispo en donacion, y Testamento, para arguir dicha perpetuidad. Dixo el Señor Obispo, que deseando conservar su memoria perpetuamente en los parientes de su Familia? Dixo, que por quanto de la institucion de Mayorazgos resultaba dicha memoria, y lustre de las Casas? Hizo diferentes llamamientos de personas, y sus descendientes,

tes, añadiendo las palabras *quod bona perpetui in familia conservarentur*? Vso de las palabras mi agnacion, cognacion, Familia, ò estirpe con repeticion de substituciones? Dixo, que succediendo los hijos del Doctor Pedro de Fonseca, fuesse entre estos *servato ordine primo geniturae* con las palabras *perpetuo, vel semper, vel in infinitum*? Gravò el Señor Obispo à sus sobrinos, ò successores, que traxessen siempre su Apellido, y Armas? Mandò el Señor Obispo, que despues de dichos hijos del Doctor Fonseca, succediesen otros varones, y descendientes de la Familia? Previno el Señor Obispo, el que post obitum de dichos hijos del Doctor Fonseca, succediesen otros llamados, y que los bienes passassen de *maiori in maiorem*, vel de primogenito in primogenitum, vel de hærede in hæredem, vel de masculino in masculinum gradatim, vel successivè? Ay en la disposicion del Señor Obispo, mas que mencionar aver sido su animo fundar Vinculo de Casa, y Heredad, y esto despues de aver hecho vna donacion pura, perfecta, y irrevocable de los mismos bienes à favor de Don Juan Davila su sobrino? Ay prueba, que antecedente al hecho de la donacion, huviesse el Señor Obispo manifestado, querer hazer Mayorazgo para los de su Familia? Creo, que possitivamente lo contrario manifiestan donacion, y Testamento; y que donde se enuentra la palabra Vinculo, es para dezir avia sido su animo vincular la Casa, y Heredad, dexando ya de ello hecha donacion, y prevenir al sobrino Don Juan Davila, que si no tuviesse hijos, fuesse obligado à dexar vinculadas las Casas, y Heredad à vno de los hijos de el Doctor Pedro de Fonseca, que en esto, por averlos tenido, està embebido el arbitrio de que no vinculasse, aunque despues vinculò dicho Don Juan, porque quiso, y no porque debió.

108. Pues por no cansar à V. S. ni trasladar doctrinas, se han mencionado aqui las conjeturas, que inducen Mayorazgo perpetuo, sacadas del *cap. 5. lib. 1.* de el señor Molina, que expofesso le escribió para arguir, ò excluir la perpetuidad en los Mayorazgos, que puntualmente son las mesmas, que refiere dicho Señor hasta en numero 10. con muchos Textos, y autoridades. Lo mesmo prueban los Addentes, cuyas conjeturas consideradas con lo que resulta de donacion, y Testamento de el Señor Obispo; tanto desta induzgan Vinculo perpetuo, conservacion de su memoria, y la de su Familia, que solo inducen vna afeccion à los hijos del Doctor Fonseca, pospuesta à la que tuvo à Don Juan Davila, y mas si tuviesse hijos, como los tuvo.

109. Y esta simple substitucion, sin nombre de Vinculo, ni Mayorazgo, aunque tuviera muchas voces, que denotassen perpetuidad, y la prohibicion de enagenacion, que no induce Mayorazgo perpetuo, si solo restricto ad personas, & gradus expressos, probat Dom. Castill. *tom. 2. Controversiar. cap. 22. à num. 44. & lib. 4. cap. 9. num. 10. & lib. 5. tom. 6. cap. 143. à num. 31. & 42.* donde restricto al Padre Molina, Angulo, Azevedo, Garcia, y otros, lo mesmo prueba Gomez Bayo in *Praxi, 3. part. lib. 2. quest. 6. per tot.* Aguila in *Additionib. ad Roxas de Incompatibil. 1. part. cap. 2. num. 34.*

110. Y aunque huviera repetidos grados de substituciones, esto es, que despues de los hijos del Doctor Fonseca, huviera llamado otros parientes, y sus lineas, todavia no se entendieran Vinculo per-

petuo; *sed restricto ad vocatos, quando fuit in dispositione simpliciter facta, non nomine Vinculi, nisi simul intervenissent alie coniecturae inducentes perpetuitatem*; porque la repetición de substitutions sola non est sufficiens ad inducendam perpetuitatem, vt cum multis probat Dom. Molin. *de Primog. lib. 1. cap. 5. num. 38.* Vbi Addentes Dom. Castill. *lib. 5. Controuersiar. cap. 93. §. 4. num. 9.* versic. *Quid quid.* Don Francisco Geronimo de Leon; *decis. 60. num. 28.* Gomez Bayo *3. part. Prax. lib. 2. quest. 6. num. 10.* Peregrino de *Fideicom. artic. 29. num. 27.* Fuffar. *de Substitut. quest. 480. num. 55.* Aguila *Additiones ad Roxas, vbi supra num. 35.*

111. Con que argumentando à maioritate rationis, tendrà menos duda la exclusion de Mayorazgo perpetuo, para pretenderse incluir los parientes del Señor Obispo, por aver solo la vnica substitution de los hijos del Doctor Pedro de Fonseca (quando como està dicho pudiera aver tenido lugar, y se huiera verificado el caso de ella) que no se verificò, y se debe entender *vt non facta, ex leg. Pecuniam 36. ff. de rebus creditis*, ibi: *Perinde enim est, ac si nulla stipulatio interuenisset, & ex autoritatibus relatis supra num. 61.* Y por el coniguiente, que debiendose entender en todo caso temporal la substitution, non habuit progressum ad personas non nominatas.

112. De lo dicho relalta, el que por oy no tiene derecho alguno Don Luis Pedro de Fonseca à Casa, ni Heredad, ni en ningun tiempo al Cortijo, à este porque fue caudal de Don Juan Davila, y aviendo dispuesto el Mayorazgo de tercio, y quinto extinguidos sus descendientes, que segun la ley 27. de Toro deben succeder, successio facit transitum à los transversales, y parientes por su Apellido de Davila, y su varonia; y por lo que toca à Casa, y Heredad, como caudal que tambien pleno iure adquiriò Don Juan Davila, oy toca, y pertenece en la misma forma à Doña Juana Evangelista, por la razon de ser su descendiente vizneta de Don Juan Davila Fundador, que constituyó Vnculo de las tres referidas Possesiones, y que solo podrá tener derecho Don Luis Pedro à las dos de Casa, y Heredad, por el fallecimiento de dicha Doña Juana Evangelista, llegando à entender el caso de la division, por contemplar vnos bienes provenidos de patrimonio del Obispo, y otros del patrimonio de Don Juan Davila, y entonces dos fundaciones en las que deberàn succeder los parientes de cada vno de los dueños, que fueron de dichos bienes, vt notat Dom. Greg. Lopez *in leg. 2. sit. 15. part. 2. Gloss. 18. verb. El mas propinquo pariente, quest. 4.* & 5. y en los terminos de Mayorazgo de marido, y muger, que fundaron de sus bienes, llegado el caso de extinguirse sus descendientes; y creyendose naturalmente, que cada conyuge tendria afeccion à sus parientes, para verificar el llamamiento de la ley 27. de Toro de los transversales; se divide el Mayorazgo entre los parientes del marido, y los parientes de la muger, probat Noyer. *alleg. 9. num. 19.* ibi: *Cum duæ sint dispositiones, & se offerat litigium inter consanguineos mariti, & vxoris, & presumatur quemlibet dilexisset suos consanguineos, ita Maioratus debet inter eos dividi, consanguineis vxoris bonis ad eam pertinentibus datis, & similiter mariti consanguineis, bonis ad eum spectantibus, &c.*

113: Y el señor D. Luis de Molina *lib. 1. cap. 8. en el num.*

36. en caso de agregación de bienes de vn Mayorazgo à otro antiguo, con contrarias condiciones en la vna, y otra Fundacion, mediante lo qual no pudiesen conservar le vnidos los de vna, y otra, diò tambien caso de division, y separacion de vna, y otra separacion, entre diversos successores, afirmando lo mismo los Addentes, *dicho lib. 1. cap. 8. num. 35. versic. Tertius casus.*

114. Y porque puede ser le pondere, que en vna de las Claufulas del Testamento, que otorgò el Señor Obispo en 12. de Septiembre del año pasado de 601. que es la segunda en orden, donde refirió la compra, que se avia hecho de su Magestad del Cortijo de Alcozar, y de que hizimos mención *suprà num. 10.* aviendo mencionado los siete mil y treientos ducados, que dixo avia gastado, y que queria, que *todo fuese de Don Juan Davila, y de Doña Leonor de Fonseca su muger, y lo gozassen en sus dias; y despues no teniendo hijos, viniessse al hijo mayor del Doctor Pedro de Fonseca, avia dicho despues, ibi: De manera, que mi intencion es, de que aqui dispongo, que estas tres Possesiones Casas, Heredad, y Cortijo anden siempre juntas, y las tengan vna persona, y esten vinculadas en la forma dicha.* Queriendo de esto arguir Don Luis Pedro, que en la misma forma les toca el Cortijo, que la Casa, y Heredad, por la prevencion, de que todas tres Possesiones anduviesen juntas, y las tuviesse vn Possedor, que importò agregacion, vnion, ò incorporacion de los dichos bienes, ex doctrina Azevedo, in leg. 6. tit. 7. lib. 5. Recopilat. num. 4. Mieres de Maioras. 2. part. quest. 5. num. 43. *Et quest. 8. num. 17.* Roxas de Incompatibilis. 4. part. cap. 5. num. 31. Peregrino de Fideicom. artical. 16. num. 114. Dom. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 8. num. 35. *vbi Ad dentes, versic. Primus casus.* Dom. Castill. tom. 3. Contròv. cap. 10. num. 9. cum sequentibus.

115. Ultra de lo que queda ponderado, de que ninguno funda Mayorazgo de lo que no tiene, ni puede, y que así por este defecto no la podia practicar el Obispo del Cortijo, porque no era suyo, y de la Casa, y Heredad, porque se impossibilitò de poderlo practicar con la donacion antes hecha, tradicion, y demás ponderado en el primer Discurso de este Informe; y en el segundo por no averse verificado el caso de no tener hijos. Se satisface, con q̄ la dicha vnion de dichas tres possesiones fue solo en el caso de no tener hijos legitimos Don Juan Davila, como patet de la misma Claufula, ibi: *Es mi voluntad, que todo esto sea de Don Juan Davila Fonseca; y de la señora Doña Leonor de Fonseca su muger, y lo gozen en sus dias, y despues no teniendo el dicho Don Juan hijos legitimos, venga al hijo mayor del Doctor Pedro de Fonseca, &c.* Con cuyas palabras advirtió el caso de Vinculo, y succession en el de el hijo mayor del Doctor Pedro de Fonseca, y no en otro alguno, demás de lo ponderado desde el num. 107. en orden à que en todo caso no podria entenderse este Vinculo perpetuo; de manera, que otros que los hijos, y descendientes del Doctor Pedro de Fonseca, esto es transverales suyos, pudieran tener derecho; que *di-ximas usque ad num. 111.* con lo que tampoco pudiera dicho Don Luis Pedro, ni otro, que no fuese descendiente de los hijos del Doctor Fonseca, pretender derecho à succession, que avia sido temporal, y restricta ad expressè vocatos, y no mas *ex diffis suprà;* y si esta dis-

possi-

posicion de el Señor Obispo, quando pudiesse entenderse Fundación de Vinculo, no fue temporal, realmente ignorarèmos qual lo sea de esta especie.

116. Y no debo omitir el que en ningun caso ay derecho à los siete mil y treientos ducados suplidos por el Obispo, así por la dicha donacion de ellos, como porque aunque se entendiesse, que en pena de no vincular el Cortijo, se le avia de poder pedir esta cantidad à Don Juan Davila, y sus herederos, que es lo que refirió el Obispo en la Clausula 44. porque este derecho, y donacion de cantidad, lo cedió el Obispo en el hijo mayor, que quedasse vivo de dicho Doctor Fonseca, y su muger, el que no fue transmisible à qualquiera pariente, ac per consequens no será parte Don Luis Pedro para repetirle, pues su parentesco no es como descendiente de dicho Doctor Pedro de Fonseca, como manifiesta el Arbol.

117. Siendo asimismo muy de notar, que para el hecho de aver suplido los siete mil y treientos ducados el Obispo, y ser caudal suyo propio, no ay mas justificacion, que su expresion vnica; que esta, verificando la realidad, que contendria *in iure*, à lo menos no se le puede dar fee, para que por si sola pruebe, *ex Text. in leg. Qui Testamentum 27. ff. de probation. & probat Gomez. in leg. 83. Tauri, n. 156. & lib. 1. Farid. cap. 12. num. 26. in fin. D. Valenc. Velazq. consil. 86. Dom. Castill. lib. 5. Controv. cap. 102. & de Alim. cap. 52. Súrdo, decis. 127. & 250. Dom. Vela. dissert. 38. à n. 6. Cyriac. controv. 347. Hermostill. in lege 9. tit. 1. part. 5. Gloss. 5. à num. 42. Giurba ad Consuetud. cap. 2. Gloss. 7. à num. 2. Dom. Salgad. Labyr. 3. part. cap. 136. à num. 20.* lo que se tendria presente en el juicio posesorio, para que en la sentència de revista no se separassen los siete mil y treientos ducados del cuerpo del valor del Cortijo, y se estuviessse à la relacion del instrumento en cabeza de Don Juan Davila, y demás fundado en punto de dominio en èl.

118. En el num. 8. *in fin.* de este Informe, supliqué à V. S. hiziesse reflexa sobre la vnivocacion, que tenian las palabras de la Clausula del Testamento del Señor Obispo, en que revocò el gravamen, que avia puesto sobre las dos Posesiones de Casa, y Heredad, y previno, que las Posesiones quedassen libres para Don Juan Davila, y sus hijos, y recomendè su atencion para en la condicion segunda de la donacion; siendo el fin el que de vna, y otra disposicion, y expresiones se manifiesta, y persuade el entendimiento, à que teniendo hijos Don Juan Davila, no solo no quiso gravamen de Vinculo en los bienes, pero ni aun aquel corto de la pensión anuz sobre ellos, sino que quedassen libres para el Don Juan, sus hijos, y sucessores.

Conclusion de lo antecedente.

119. **D**E todo lo qual así fundado parece sin disputa, que la donacion de Casa, y Heredad fue absoluta, y quedò perfecta, y acabada en favor de D. Juan Davila Fonseca, con total translacion de dominio, y sin facultad en el donante para gravarla, y acondicionarla; y que quando pudiera averle puesto la condicion, por aver
fal.

faltado el caso de ella, avia tambien quedado pura, y como dueño Don Juan Davila de dicha Casa, y Heredad, de estos bienes, por este título, y del Cortijo por la compra de él, que hizo à su Magestad, executó à su arbitrio, & ex proprio illius facto, vna Fundacion de tercio, y quinto de dichos bienes en favor de sus hijos, y descendientes, con llamamiento legal à favor de Doña Juana Evangelista, y legado el caso de él, por la muerte de Doña Maria Montalvo, vltima Posseedora (Cal. 13.) su hermana, sin poderle hazer competencia Don Luis Pedro de Fonseca en el presente tiempo, en quanto à Casa, y Heredad, por ser bienes de la Fundacion del Visabuelo de la Doña Juana, y ño poderse oy hazer la separacion; y en quanto al Cortijo, en ningun tiempo; porque Don Luis Pedro de Fonseca no tiene parentesco con Don Juan Davila, de quien fue el Cortijo, y à cuyos parientes, por su varonia, avrà de hazer transir la succession por muerte de dicha Doña Juana Davila, en conformidad de lo dispuesto por la ley 27. de Toro; mediante lo qual, y que la vnica Fundacion, que se debe contemplar, es la practicada por dicho Don Juan Davila Fonseca de la dicha Casa, Heredad, y Cortijo, siendo su descendiente, y legundana niera la dicha Doña Juana Evangelista, es à quien tocan, y pertenecen todos los dichos bienes de Casa, Heredad, y Cortijo, como pertenecientes à la Fundacion de dicho Don Juan Davila Fonseca.

120. Quibus omnibus espera Doña Juana Evangelista alsí se determine, Salva in omnibus tanr. Iudicis dignissima censura.

*Lic. Don Sebastian Ioseph
de Vallesteros.*