



MSSPGRACIAE S.

P O R
DON LUIS PEDRO

DE MORA, MARQUES DE LVGROS.

EN EL PLEYTO
CON DON JOSEPH DE CAMPOS
Verastegui.

SOBRE
LA POSSESSION DEL MAYORAZGO,
que se dize fundado por Doña Maria Muñoz
de Ayllon.



WEDDING OF THE KING AND QUEEN

N.1.



SENDO EL PRINCIPAL FVNDA-
 mento, con que profigue este Pleyto Don
 Joseph de Campos Vcrastegui el afirmar,
 que como pariente en el grado, que repre-
 senta el Arbol, de Doña Maria Muñoz de
 Ayllón, (9) se le ha transferido por minis-
 terio de la ley la posesión civil, y natural
 del Vinculo, y Mayorazgo de el tercio, y
 quinto, que dize fundò dicha Doña Maria Muñoz de Ayllón, por muer-
 te de Don Francisco Joseph Miota y Romero, (27) vltimo de los descen-
 dientes de la referida; se haze preciso manifestar fucintamente en
 este Informe lo incierto del supuesto, que se dà para esta pretension, lo
 legal de las excepciones, con que la elide el Marqués de Lugros, y los
 justificados traxivos, con que pretende la reformation de la Sentencia
 de vista en todo lo que le es perjudicial.

2. Y para seguir metodo mas facil à la comprehension, se
 fundarán las Excepciones siguientes.

Primera, que no ay Vinculo de quinto, ni de tercio fundado por
 Doña Maria Muñoz de Ayllón.

Segunda, que Don Pedro Melchor de Miota, primero Marqués
 de Lugros, no hizo, ni estuvo obligado à hazer la fundacion, y agre-
 gacion del tercio, en consecuencia de lo dispuesto por su madre en su
 poder para testar.

Tercera, que aun en el caso referido, que huviera, ò debiera con-
 siderarse Fundacion del quinto, à esta ningun llamamiento puede te-
 ner, ni pretender el Don Joseph.

Quarta, que aun vinculado el tercio de los bienes maternos, nin-
 gun llamamiento, ni derecho tiene à el Don Joseph de Campos.

3. Si acertare el Marqués con solidez à fundar estas quatro
 Excepciones, podrá sacar por legitima consecuencia de todas, que se
 le debe mantener en la posesión del Vinculo, y Mayorazgo, que se li-
 tiga, y imponer perpetuo silencio à Don Joseph de Campos.

I. EXCEPCION.

4. Aunque antes de passar à probar esta primera Excepcion, se de-
 biera insistir con grande esfuerzo en la negacion de el paren-
 tisco, que alega Don Joseph, como que es el primer fundamento, que
 intergiverablemente debe probar *ad leg. 1. C. quorum bonorum*, sin em-
 bargo por estar esta negativa de filiacion lata, y doctamente compro-
 bada en los puntos primero, y segundo del primero Informe, será em-
 peño solo de este, lo que haze à puntos de Derecho.

5. Que no aya Fundacion de Mayorazgo de quinto, resulta
 de toda la serie de la disposicion de Doña Maria Muñoz de Ayllón;
 porque aunque sea cierto, que legò el quinto de sus bienes à D. Pedro
 Miota su hijo, para que lo huviesse vinculado en los bienes raizes hasta
 en la concurrente cantidad, que le señalasse Don Diego Miota su Pa-
 dre, y que esta voluntad pudiese, asì explicada, bastar à inducir per-
 petuo, y formal Vinculo en favor de Don Pedro, y sus descendientes,

no obstante, que en el Testamento otorgado en virtud del poder, ni en otro instrumento posterior no se huviese hecho la formal fundacion: *Argum. legis 7. in fin. tit. 4. lib. 5. Recop.* Esto seria quando Doña Maria huviese querido hazer este Legado, y Fundacion de Vinculo pura, y absolutamente: mas no quando fuè con la calidad, y condicion, de que el dicho Don Pedro su hijo, para entrar à gozar dicho quinto, agregasse à èl, y vinculasse la tercia parte de sus bienes, y legitima materna.

6. Y asimismo con la condicion, de que si el dicho Don Pedro su hijo no hiziese dicha agregacion dentro de seis meses, contados desde el dia de su fallecimiento de la otorgante, y habilitado para ello por la Justicia, ò emancipado por el dicho su Padre, como mejor conviniese, por Escritura publica, guardando, y observando esta voluntad, y la de dicho su Padre, si passasse dicho termino, y no lo hiziese, desde luego dicho quinto, derechos, y acciones, que montasse, lo dexa à dicho Don Diego de Miora su marido, para que de ello disponga en mandas, Patronato, Memoria, ò Capellania, ò aquello que mas le pareciese à su voluntad, sin que en ello se le pusiese impedimento, como se lee en el Memorial impreso desde el numero primero à el quinto.

7. De fuerte, que aqui ay dos disposiciones diversas de Doña Maria: la vna, el hazer à su hijo el prelegado del quinto con el gravamen de Vinculo, baxo de la condicion de vincular, y agregar el tercio; y la otra, el transferir esse mismo quinto à su Marido, libre del Vinculo, en caso de no cumplirse la condicion. En quanto à la primera se deben considerar tres cosas, *condicion* (ya sea puramente potestativa, ò mixta) verdadera y suspensiva de la adquisicion del Legado, ibi: *Con condicion expressa, que para entrar à gozar el quinto, aya de agregar, y vincular, &c.* *Tiempo*, en que esta condicion avia de cumplirse, ibi: *Y si no se hiziese la agregacion dentro de seis meses, &c.* *Y modo*, con que se avia de executar, ibi: *Habilitado por la Justicia, ò emancipado por su Padre, &c.* Y aunque esta ultima, que es el modo, importará muy poco, que se huviera observado, ò no, siempre que en tiempo habil se huviera seguido el efecto, vt ait Dom. Vela, *dissert. 36. num. 15.* no tiene duda, que las dos primeras, que son el agregar, y vincular el tercio dentro de seis meses, se debieron observar *ad unguem*, para que huviese Vinculo de quinto, y le adquiriese D. Pedro.

8. Porque es constante en el Derecho, que la disposicion condicional, *nihil ponit in esse donec expleatur conditio*, y antes si faltando, y no cumpliendose la condicion, se extingue, y aniquila. Peregr. *de Fideicom. art. 16. num. 124.* y que aquella se dize propiamente condicion suspensiva, que *dirigitur in futurum tempus, sive que dispositionis effectum in aliquem futurum eventum confert, vt ex leg. Siquis sub condit. ff. si quis omissa causa testam. & alijs iuribus, & A.A.* probat Dom. Castill. *Controv. lib. 5. cap. 109. num. 2.* Luego aviendo Doña Maria vinculado el quinto baxo de dicha condicion, siempre que no se justificò, quedò esta disposicion sin efecto, y ni Don Pedro adquirió el quinto, ni este quedò vinculado.

9. Y no bastaria, con aver como quiera hecho la agregacion: avia de ser precisadamente dentro de los seis meses preñidos, para que se pudiera dezir cumplida la condicion; no solo por lo que nota el señor

Salgado *in Labyr. part. 2. cap. 4. num. 88. & seqq.* que *permisum ad tempus, post lapsum temporis intelligitur prohibitum.* Sino es porque el tiempo preciso, que por contrato, o vltima voluntad assigna el Contrayente, o Testador, excluye el tiempo vltior; no admite restitucion, ni purgacion de la mora, mientras no tenga legitimo impedimento, el que debe cumplir dentro del termino. Dom. Castill. *lib. 4. cap. 25. a num. 11. & seqq. iuncto num. 66.* porque siendo entonces el tiempo de la sustancia del acto, el que voluntariamente permite, que paffe el prefinido, fue visto renunciar su derecho, y despues no debe ser oydo, vt probat Dom. Salgado de *Regia Prosect. part. 2. cap. 8. num. 101. & part. 3. cap. 9. num. 227.* Aguila ad Roxas *part. 8. cap. 6. num. 7.* Es assi, que Don Pedro Miota, ni en el tiempo assignado de los seis meses, ni en otro alguno posterior, hizo la agregacion, y vinculacion del tercio, como se probarà despues en la segunda Excepcion: Luego no consiguió el quinto, y este passò sin gravamen alguno à su Padre.

10. Pruebase la vltima parte de esta consequencia; porque luego que faltò la condicion, baxo de que se hizo el Legado, por omision, o culpa del gravado, *statim transfertur legatum quoad dominium* en el siguiente en grado. Idem Peregr. *art. 15. num. 9. & 10. & ex leg. 7. tit. 4. part. 5.* probat Angulo de *Meliorat. in leg. 11. Gloss. 3. num. 2.* el qual no es propiamente sustituto, en defecto del primero, sino es translatario à quien, o por el lapso del tiempo, o defecto de la condicion, se transfriere, y passa el Legado en quanto à el dominio, y posesion, vt cum Mieres, Gomez, Cevallos, & alijs docet Hermosilla *in citat. l. 7. tit. 4. part. 5. Gloss. 2. num. 3.* Luego siendo Dón Diego Miotà el inmediato, y vnico, à quien en defecto de la condicion, transfirió Doña Maria el Legado, le adquirió *pleno iure*: Luego que dentro de los seis meses hizo D. Pedro la agregacion.

11. Sin que esta doctrina tenga otra limitacion mas, que quando cumplida, o no la condicion, en el tiempo señalado, o fuera de el, *Testator nihilominus esset relicturus*, vt tenet idem Peregrin. *art. 16. num. 122.* la qual no concurre en nuestro caso: Lo primero, porque el mismo Autor *ubi proxime* advierte, que el hecho de que aun faltando la condicion se dexaria el Legado, ha de constar; y no bastaria para presumirla, que fuesse à persona conjunta. *L. Conditioni 2. C. de instit. & substit.* Lo segundo, porque quando à el hijo se dexa algo *ultra legitimum*, con el cargo de que consienta gravamen en ella, se entiendo, que sin consentirlo, y llevarlo à efecto, no le dexaria el Padre el exceso, quando en caso de contravencion le privò de el, y lo transfirió à otro sustituto, vt docet Dom. Castill. *Controv. lib. 5. cap. 64. num. 19. & 58.* quem sequitur Aguila ad Roxas, *part. 1. cap. 7. num. 62.* Luego aviendo en nuestro caso privado Doña Maria del prelegado del quinto à su hijo Don Pedro, y transferidolo en Don Diego su marido en caso de no hazerse precisamente dentro de seis meses la agregacion, y vinculacion del tercio, fue visto, que sin cumplir la condicion en el tiempo prefinido, no le quiso dexar el prelegado: Luego no aviendo cumplido en el referido tiempo, ni en otro posterior, perdió el prelegado del quinto, y le adquirió *pleno iure* Don Diego, haziendolo caudal, y patrimonio suyo.

12. Para evaquar la innegable fuerza de este argumento,
B pre-

previene Don Joseph de Campos varias soluciones ; será la primera de-
zir, que la condicion de agregar el tercio no se puso à la sustancia , sino
es à la execucion del Legado , pues primero dixo: *simpliciter*, & *absol-*
ute, que le legaba el quinto , para que le huviesse vinculado , que es la
sustancia de la disposicion ; y despues añadió la condicion, de que para
entrar à gozar el quinto, agregasse, y vinculasse el tercio, que es la exe-
cucion del Legado; y quando la condicion no se opone à la sustancia,
si à la prestacion del Legado, no se haze condicional la disposicion, ex
Fuffar. de *Sostitut. quest.* 190. *num.* 26. Menoch. de *Præsumpt. lib.* 4.
præsumpt. 201. *num.* 26. & *alijs.*

13. Esta solucion se elide lo primero, de que el motivo con
que los Autores disputan esta questio[n] , es, con el de averiguar, si el dia
incierto (que haze condicion, *ex leg. Dies incertus, ff. de condit. &*
demonstrat.) puesto à el Legado , le dexa , ò no transmisible , en caso
que premuera el Legatario *ante adventum diei*: la qual resuelven con
la distincion, de si esta puesto à la sustancia , ò à la execucion del Lega-
do: que son terminos muy diversos de en los que nos hallamos: Lo se-
gundo, porque quando el dia incierto , ò otra condicion , se dirige à la
persona del Legatario, pongase à la sustancia , ò à la prestacion del Le-
gado , siempre suspende el efecto de la disposicion , hasta que le tenga
la condicion, ò dia incierto. Optimè Gratiano *Disceptat. Forens.* *cap.*
136. à *num.* 25. & 28. *ibi*: *Quia prædicta habent locum, quando ad-*
sunt dictioes suspensiva executionis in diem incertum, ita ut appa-
reat, quod Testator non voluerit præstari legatum prius purè factum,
nisi in casu adventus diei, vel conditionis purificata.

14. Quasi con las mismas voces sigue esta opinion el señor
Castillo *Controv. lib.* 4. *cap.* 56. *num.* 70. *per totum*, con otros AA. que
refiere: Luego aviendo Doña Maria Muñoz dirigido la condicion po-
testatariva de agregar à Don Pedro su hijo prelegatario, y manifestado
tan enixamente su voluntad, de que no adquiriesse el quinto , sin que
previamente hiziesse la agregacion de el tercio; ya se considere la con-
dicion en la sustancia, ya en la execucion , siempre dexò la disposicion
condicional, y sin efecto alguno, mientras no se purificasse la condicion:
Luego esta solucion es despreciable, y de ningun momento.

15. Segunda solucion ha opuesto Don Joseph de Campos,
diziendo , que no pudo obstar , para que Don Pedro Miota adquiriesse
el prelegado del quinto con el gravamen de Vinculo perpetuo , el que
no huviesse agregado el tercio en el tiempo, que su madre previno; por-
que como muchacho entones, y constituido baxo de la potestad de su
Padre , ò no tuvo noticia de la disposicion de la madre , y por el tanto
no le corriò el tiempo, *ex leg. Quamdiu 5. C. qui admitti ad honor. pos-*
session. ò si lo supo estuvo de parte de Don Diego su Padre , à quien no
podia precisar à que le emancipasse, y era interesado en que no tuvies-
se efecto la condicion, de que se hiziesse la agregacion del tercio , para
adquirir por este medio el quinto ; y por Derecho es cierto , que siem-
pre que por aquel que se interessa , en que tenga cumplimiento , ò no le
tenga la condicion para llevar de ello alguna utilidad , se estorva su
existencia , se estima como si la huviera tenido : como se prueba capi-
talmente *ex leg. Iure 24. & leg. Cum pupillus 78. ff. de condition. &*
demonstrat. de que inferen: Luego no aviendo Don Diego Miota, que
era

era quien se interessaba, en que la condicion de agregar el tercio no se cumpliesse, pues mediante el no implemento adquiria el quinto, emancipado à su hijo, ni dado otra providencia, para que en el tiempo prefinito se hiziese la agregacion; se debe tener por cumplida la condicion, y adquirido el quinto à Don Pedro con el gravamen de Vinculo perpetuo.

16. Esta solucion tiene mas de apariencia, que de verdad para el caso presente: Porque aunque pusieramos à Don Pedro en el estado de pupilo, que no lo estava, sino es en el de plena pubertad, pues se ajusta de los Autos tenia diez y ocho años; no necesitaria de su Padre para cumplir la condicion, como se prueba textualmente *ex leg. Si pupillus 29. ff. de conditionibus institutionum*, ibi: *Si pupillus sub conditione hæres institutus fuerit, conditioni etiam sine tutoris autoritate parere potest, idemque est, & si legatum ei sub conditione relictum fuerit. Leg. Conditionibus 5. & §. Vnico eiusdem, ff. de condition. & demonstrat.*

17. Lo segundo, porque en suma la condicion, que le impuso su madre fue, que hiziese vna fundacion del tercio de sus bienes maternos, ibi: *Con calidad, y condicion, que el dicho Don Pedro su hijo para entrar à gozar dicho quinto, agregasse à el, y vinculara la tercia parte de los bienes, derechos, y acciones, que le tocassen de su legitima materna.* Y es constante, que el menor, aun constituido baxo de la patria potestad, puede sin Facultad Real, licencia, ni autoridad de su Padre fundar Mayorazgo del tercio, por lo menos en quanto à la propiedad, vt docet Dom. Molina de *Primoq. lib. 2. cap. 9. num. 21. & 22. & ibi Add.* Luego ni necesitò la emancipacion, ni la licencia, y autoridad del Padre, para aver siquiera hecho la fundacion, y agregacion de tercio: Luego no hubo impedimento *parte Patris*, que le pudiera obstar.

18. Lo tercero, porque aun en el caso negado, que por sino pudiera quando quisiera hazer la agregacion, no le coartò su madre para poderla hazer el medio de la emancipacion; dexòle otro, que fue el de la habilitacion por la Justicia, ibi: *Habilitado para ello por la Justicia, ò emancipado por el dicho su Padre.* Y caso que hallasse resistencia en Don Diego para la emancipacion, quien le estorvò el que acudiesse à la Justicia, para que lo habilitasse? Y quando en esto huviera inconveniente (que no se alcança) quien le estorvò, que aviendo salido de la patria potestad, mediante aver casado por Mayo, ò mediado Junio de 678. (como se infiere de la Capitulacion matrimonial hecha en primero de Mayo del mismo año, en que se pactò el casamiento dentro de los cinquenta dias proximos, y por Agosto de el consta del Testamento de Don Diego, estava ya casado) huviesse en los seis meses proximos à su casamiento hecho la agregacion, y no aguardado à el Codicilo del Padre de 24. de Diciembre de el mismo año, para consentir en el tan diversa disposicion? Luego el no aver hecho la agregacion, ni solicitada en los seis meses despues de muerta la madre, ni en los otros seis meses, que se siguieron à su casamiento, fue porquè de hecho no quiso cumplir la condicion.

19. La tercera solucion, que procurará Don Joseph, se reduce à que tratandose de privarle del quinto, mediante el no implemento

de la condicion, y que este se adquiriesse à su Padre, segun lo dispuesto por Doña Maria Muñoz, era preciso, è indispensable, que se le huviesse interpelado para que cumpliera la condicion, pues de otra suerte no podia incurrir en la privacion, que es pena, como se prueba *ex Auth. hoc amplius, C. de fideicom. ibi: Hoc amplius qui defuncti iudicium lege non representatum monitus à Iudice intra annum non implet, excluditur eo, quod præter debitum naturale perceperit ex eodem iudicio*: Es asi que no consta, que por Don Diego Miota, ni por otra persona se interpelasse judicial, ni extrajudicialmente à Don Pedro, para que cumpliera la condicion: Luego ni pudo perder el quinto, que es *præter debitum naturale*, como que no es parte de la legitima, ni adquirirlo D. Diego con la libertad, que su muger dispuso.

20. Es igualmente facil, que à las antecedentes, la respuesta à esta solucion; pues toda su fuerça esfriva, en confundir la privacion con la no adquisicion, que caminan por reglas muy distintas. La privacion supone vn derecho adquirido; y para privar à vno de vn derecho adquirido, se necessita de culpa, calificada con la interpelacion; porque en realidad en este caso lo que se representa baxo del nombre de condicion, no lo es propriamente, sino es modo, cuyo implemento viene despues de la adquisicion, como dà à entender el señor Molina de *Primog. lib. 2. cap. 12. num. 4. & 5.* pero para la no adquisicion, no se supone mas, que vn derecho *querendo*, el qual no llegará à tener efecto siempre que falte la condicion, aunque sea sin dolo, ni culpa del que la debe cumplir.

21. Enseñonos doctamente esta diferencia el Cardenal de Luca de *Fideicom. discurs. 154. à num. 8. & de Testam. discurs. 73. per totum; de Iurisdic. discurs. 112. num. 14.* ibi: *Magna siquidem differentia in iure dignoscitur inter casum, in quo iam quis obtinuerit, & possederit aliquam rem, vel ius, quo postmodum ob aliquam contraventionem privetur, & casum in quo nunquam obtinuerit, nec possederit impediatur autem assequi, ob deficientem, conditionem, vel qualitatem ad id desideratam; quoniam primo casu cum agatur de pena formali (qualis dicitur privatio iuris questi, & status obtenti) requiritur dolus, vel contumacia talis, que redoleat delictum positivum; in altero autem sufficit, quod desit illa qualitas, que adhuc effectum est necessaria quamvis absque dolo, vel culpa desit, quia id se opponit principio acquisitionis.*

22. Luego no aviendo podido Don Pedro Miota adquirir el Legado del quinto, ni tenido en el derecho, *questo* alguno sin cumplir la condicion de agregar el tercio, ibi: *Concalidad, y condicion, que el dicho Don Pedro su hijo para entrar à gozar el quinto agregasse, y vincularse el tercio, y si no lo hiziesse* (dentro de los seis meses, que prefinio) desde luego el dicho quinto lo dexaba à Don Diego Miota su marido. Es constante, que la condicion de agregar, fue rigorosamente suspensiva de la adquisicion; y por consiguiente, de su no implemento no se seguia privarle de lo que gozaba, sino es impedirle la adquisicion de lo que no poseia: Luego se necesitò de la interpelacion, para que dexasse de adquirir el prelegado; pues como quiera que dexasse de cumplirse la condicion en el termino prefinido, no le pudo adquirir, y se debió entender desde luego hecho à Don Diego.

23. Pero aun se replicará todavía por Don Joseph diciendo: que el termino de los seis meses se puso por la Testadora en favor de Don Diego su marido, para que passados no hazer se la agregacion del tercio, adquiriessse libremente el quinto; y por el tanto, como que solo asimismo se perjudicaba, pudo remitir la angustia del tiempo, y prorrogarlo por todo el que quisiessse, para que el hijo hiziesse la agregacion, y adquiriessse el quinto: y assi parece lo executò Don Diego; pues por Cláusula de su Testamento, que otorgò seis años despues, que su muger, menciona la del Legado del quinto hecho por esta à el hijo, con la condiccion de agregar el tercio; y manda se guarde, cumpla, y execute lo dispuesto por dicha Doña Maria; y usando de la facultad que le diò, nombra successores para despues de la descendencia de D. Pedro, que fue en sustancia reponer las cosas en el estado, que tenian à el tiempo de la muerte de Doña Maria, y à los quatro meses cabales de esta disposicion, y Testamento, hizo por Codicilo la Fundacion, en que incluyò el quinto de los bienes de la referida, y la mitad de legitimias, la qual consintió, y probò Don Pedro.

24. Este argumento, que acafo se fundará en la doctrina del Cardenal de Luca de *Fideicom. discurs. 154. num. 16.* y es el de mas eficacia, que de contrario se puede oponer, tiene tambien juridicas, y seguras soluciones: toda la fuerza del argumento conspira à persuadir remitida por Don Diego à su hijo la caducidad del Legado del quinto, para dexar en su fuerza la Fundacion de Doña Maria Muñoz como de esta: no necesito disputar, si fue, ò no remision de la caducidad, pues no ay grave inconveniente en concederla; pero para manifestar el error, y equivocacion, con que se procede en el argumento, es preciso examinar, si esta remision, que se quiere inducir, es mera abstençion de derecho *querendo*, ò formal (aunque tacita) renuncia de derecho *questo*: segun la distincion, que à otro fin haze doctamente Dom. Olea de *Cesion. Iur. tit. 2. quest. 3. à num. 37. & seqq.* porque de ser en vna, ò en otra forma nacen las diversas illaciones, que se notarán.

25. Pues si se estimára solo simple repudiacion, ò abstençion de derecho *querendo*, es constante quedaria en Don Pedro Miota, como heredero de su madre, el prelegado del quinto sugeto à los gravámenes, que se le impusieron; de que es la razon, porque la repudiacion simple del Legado, le haze caduco, y que se tenga *pro non scripto*, vt docet Dom. *Variat. lib. 1. cap. 10. num. 29. vers. Tertio modo*, y quando el Legado caduca, ò cae *in causam caduci*, queda en el heredero con los mismos gravámenes, que le impuso el Testador, *vt probat. ex leg. Vnica. §. Pro secundo 4. C. de caduc. tollend.*

26. Pero que en el caso, que se quiera inducir esta remision en Don Diego Miota, no fuesse simple abstençion, sino formal cesion del Legado ya perfectamente adquirido, se prueba; porque el dominio de la cosa legada se transfiere en el Legatario puro, *à morte Testatoris. L. 34. tit. 9. part. 6.* & ibi Dom. Greg. Lop. *Gloss. 3.* y en el que lo es *sub conditione, vel in diem*, luego que existió la condiccion, ò llegò el dia. *L. 21. tit. 9. part. ead.* & ibi Dom. Greg. Lop. *in casu legis*; esto, aunque no conste expresa agnicion de el Legado, pues la presume la ley, por causa de que siendo cosa lucrosa, y que no impone obligacion al Legatario, siempre se entendié hecha: à distincion del here-

dero, que por la addicion se obliga à Acreedores, y Legatarios, y necessita de gran deliberacion para aceptarla; vt docet optimè Matienço *ad leg. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. Gloss. 16. num. 22.* y esta presumpcion legal de la agnacion del Legado, solo se elide manifestando incontinenti el animo contrario con la repudiacion.

27. De cuyas doctrinas, y textos resulta, que aviendo passado hasta el Testamento de Don Diego Miota mas de cinco años, y medio, desde que por defecto del implemento de la condicion en el hijo, se le transfirió el Legado, y no aviendo *illico*, ni en todo este tiempo repudiadole, se entiende por presumpcion legal hecha la agnicion; pues aun la addicion de la herencia, en que tanto riesgo ay, se tiene por hecha passado el termino prefinido por Derecho, *ex leg. Scimus 22. §. Sin autem 11. ad medium, C. de iure deliberandi*, y que si despues le remitiò, fue formal cesion de caudal, que legitimamente avia adquirido, y era suyo; no de derecho *quærendo*, y solo en esperança: y siendo como fue en esta forma, quando Don Pedro Miota adquirió el quinto, no fue con la obligacion de averlo como vinculado por disposicion de la madre; si solo de su Padre.

28. Muevenme para esta illacion muchos fundamentos legales: El primero, que el hijo no queda obligado à el gravamen, que el Padre le impuso respecto de cierta alhaja, ò cantidad, quando huvo, y adquirió aquella misma alhaja por otro distinto titulo, que por la disposicion del Padre, como prueban varios Derechos, especialmente la ley *Cum quis 2. in fin. ff. de dote præleg. ibi: Quia matrimonij causa lucratus est, non ex patris iudicio.* Y con ella, y otros Textos, lo enseñan asì Dom. Salgad. *in Labyr. part. 2. cap. 19. num. fin.* Peregrino de *Fideicomm. artic. 6. num. 7. Surdo, cons. 7. à num. 28. ad 30.* Luego aviendo, en nuestra hypòtesi, Don Pedro Miota adquirido el quinto *non ex iudicio matris*, pues segun la disposicion de esta, lo avia perdido, sino es por la remission, ò cesion del Padre, es visto le adquirió libre de todo el gravamen, que la madre le impuso.

29. El segundo, que aunque Don Diego Miota por su Testamento mandasse, que por lo que à el tocaba se cõplieffe lo dispuesto por su muger en el suyo, en quanto à el gravamen de Vinculo en el quinto, no por esso se puede entender este gravamen como puesto por Doña Maria Muñoz, si por el Don Diego: de que es la razon; porque este fue vn consentimiento, y aprobacion de la disposicion de su muger, en tiempo que irrevocablemente (segun vâ probado *suprà num. 10.*) avia ya adquirido el quinto por defecto de la condicion impuesta al hijo; pues solo en este caso era quando *le tocaba algo*, esto es, quando tenia interès cierto, y libre disposicion en el caudal que fue de su muger; y por Derecho es incierto, que el que aprueba, y consiente gravamen impuesto por otro en bienes, que irrevocablemente avia ya adquirido: el que aprueba, y consiente es el que grava; no el que impuso el gravamen.

30. Muevenme à esta assercion vna doctrina elegante del señor Salgado *in Labyr. part. 2. cap. 16. num. 24. 26. 60. 91.* Noguerol, *alleg. 19. num. 68.* con Gamma, Flores de Mena, y otros que citan, donde enseña con muchos legales fundamentos, que quando un hijo *post additam hereditatē*, consiente, y aprueba el gravamen de Vinculo, que el

el Padre le avia impuesto en su legitima , no es el Padre: el verdadero Fundador, sino el hijo , por quien siempre se entiende impuesto el gravamen: porque hecha, mediante la addicion, caudal , y patrimonio suyo la herencia, si entonces aprueba, y consiente el gravamen, que sin su voluntad no subsistiria , èl es quien vincula su caudal , y no el Padre : y por el tanto los acreedores del hijo tienen derecho à ser pagados de los bienes vinculados, como lo tienen contra los de qualquiera Fundador de Mayorazgo, aunque los incluya en èl. *Idem Dom. Salgad. in Labyr. dist. part. 2. cap. 16. num. 64. 65. & 66.*

31. De cuya segura doctrina, y aplicandola à nuestro caso, se infiere, que aviendo Don Diego Miota consentido, y aprobado, y mandado observar lo dispuesto por su muger, en orden al gravamen del quinto, en tiempo que ya avia adquirido invariablemente el mismo quinto libre del gravamen, que sin su voluntad no podia subsistir, fue el Don Diego, y no su muger, quien verdaderamente lo vinculò, y por el tanto pudo, como fundacion suya, hazer los llamamientos que quiso, sin precisarse à los que *alias à lege*, ò por disposicion de su muger deberia hazer, si la fundacion fuese de esta.

32. Y no obsta la réplica, que acaso se podrá hazer, diciendo, que aunque Don Pedro por defecto de la condicion, con que se le legò el quinto, lo huviesse perdido, no adquiriò Don Diego el dominio de èl, como legado de *quota*, sino es vn derecho à pedirlo, vt docet *Gom. Variar. lib. 1. cap. 12. sub num. 21. Angulo de Meliorat. in leg. 4. Gloss. 4. num. 1.* Luego nunca dispuso como de cosa suya, ni de que tenia dominio: porque se satisface lo primero, que Gomez habla en el lugar citado, en el legado de *quota* de bienes, que *secundum ius commune*, se podia pagar en dinero, y el Legatario no quedaba obligado à las deudas, que despues de la tradicion salian: mas no en el legado *quota hereditatis*, en el qual limita su opinion, *dict. num. 21. vers. Item adde, ibi: ... tamen est in legato quota hereditatis, quia tunc in ipsis rebus hereditarijs, debet fieri solutio.* Y el Legado del quinto, ya se haga à descendiente, ò à extraño, se reputa *quota de herencia*, porque sièpre se ha de pagar *in ipsis rebus hereditarijs*, y el Legatario queda porrrata obligado à las deudas, que despues salien, *ex leg. 4. & 5. tit. 6. lib. 5. Recopil.* y por el tanto, segun Derecho Real, no ay oy diferencia en estos Legados, entre *quota de herencia*, ò de bienes. Angulo *in leg. 5. Gloss. 4. num. 10. & Gloss. 5. num. 1.*

33. Lo segundo, que lo que podria obstar à la adquisicion del dominio del Legado del quinto era la indivision, y la incertidumbre de los bienes, que se le señalarian para su paga, como dàn à entender Gomez, y Angulo *ubi proxime*; y esto no tiene eficacia en el Legado del quinto: porque demas de las razones dichas, no ay duda en que siendo muchos los hijos instituidos herederos, adquiere cada vno *ab addizione* el dominio en la herencia por la parte que es instituido, sin que obste la indivision, *ni el que se ignore*, que alhaja, ò parte de ella le tocara; y por el tanto la puede vender, ò hypotecar, *ex leg. Si fratres 7. C. comm. Veriusque iudicij*: Luego no pudo obstar, para que Don Diego adquiriesse el dominio del quinto, luego que saltò la condicion en el hijo, que fuesse legado de *quota*, ni la indivision con el mismo hijo.

34. Ni tampoco obstarè dezir , que por el mismo hecho de aver Don Diego, dicho en su Testamento , que usando de la facultad, que su Muger le diò, llamaba à la successiõn, despues de la descendencia de Don Pedro, à Don Luis Pedro de Mora, &c. se sugerò à hazer los llamamientos en parientes de Doña Maria, que eran à los que verosimilmente llamaria esta, segun la doctrina de Barbosa, *noto 65.* por todo èl: Porque se responde, que aunque Don Diego, no como dueño ya de los bienes, sino como mero *facultatario* de su Muger, huviesse hecho el llamamiento, pudo hazer el que hizo.

35. Lo primero, porque Doña Maria Muñõz no dixo , que queria hazer Mayorazgo para toda su familia , ni de tal se acordò , si solo de su propia descendencia, à que se restringiò; y dando en este caso facultad para nombrar despues de su descendencia , pudo en virtud de ella el *facultatario* nombrar estraño; como explicando, y conciliando à Barbosa , los Add. à el señor Molina, y otros AA. con Mieres, Gratiano, Caldas Pereyra, que son de contraria opinion , lo enseña Pardo Maldonado ad Dom. Molinam, *lib. 2. cap. 15. num. 4. & 5. verf. Hec autem, & seqq.*

36. Lo segundo, que quando el Fundador no necessita al facultatario à nombrar , sino lo dexa à su voluntad, no disponiendo *in casu non sequitè nominationis* otra cosa , y dexa la facultad en terminos de exercerla *in incertum de incertis*, entonces es la eleccion, ò nominacion, acto propio del eligente, *à quo & non à mandante, capit electus.* Card. de Luca de *Fideicom. discurs. 60. sub num. 7. & in Summa num. 180.* y en este caso puede nombrar estraño , segun la doctrina del Mieres, *part. 1. quest. 7. num. 17.* Luego aviendo Doña Maria no necesitado à su Marido à que nombrasse, ni señaladole personas ciertas, ni familia à que se huviesse de ceñir, si solo dexadolo à su voluntad, ibi: *Pueda dicho mi Marido hazer los llamamientos de successores.* Y no hecho otra disposicion *in casu non sequitè nominationis*, es cierto , que pudo llamar à el Marqués, aunque estraño, respecto de su Muger.

II. EXCEPCION.

37. **Q**ue Don Diego Miota, primer Marqués, no hizo, ni estuvo obligado à hazer la agregacion del tercio en consecuencia de lo dispuesto por su Madre en su poder para testar , es la segunda Excepcion , con que el Marqués repele la pretension de Don Joseph , sobre cuya prueba es preciso manifestar , que esta agregacion nunça la hizo : porque dos modos ay en el Derecho de entenderse hechas las cosas, que pende de la voluntad hazerlas: ò expreso, ò tacito, è inferido de actos equivalentes. De la primera classe no ay hecha tal agregacion , ò manifestasse la Escritura , en que Don Pedro dixesse, que cumpliendo con lo dispuesto por su Madre, agregaba el tercio de su legitima.

38. Si se supone tacito, se ha de inferir de actos de tal fuerte inductivos de voluntad de agregar, que sin este animo, y dirigidos à este fin, no pudieran hazerfe; à el modo que la addicion tacita de la herencia, ha de inferirse de tales actos, *qui citra nomen, & ius heredis*

7.

vedis fieri non possunt. Que dixo la ley *Pro herede* 20. §. *Papinianus in fin. ff. de heredit. petie.* y ninguno de los que de contrario se imaginan, es de esta calidad, como se manifestará examinandolos.

39. Desde el año de 672. en que murió Doña Maria, hasta 24. de Diziembre de 678. en que otorgò Don Diego su Codicilo, no ay acto alguno de Don Pedro Miora, tacito, ni expreso, que pueda inducir agregacion: Fue el primero, que se halla la aceptacion de la vinculacion del quinto, y mitad de legitima materna, que en este Codicilo hizo Don Diego: y esta no fue agregacion tacita, ni expresa del tercio; porque aunque en la mitad de legitima se comprehende el tercio, como en seis mitad de doze, quatro, que es su tercio, con todo esto el aver consentido el gravamen en la mitad, no fue en execucion de la disposicion de la madre, pues ni fu Testamento, ni aun el poder para testar se inferta, ni menciona; si solo envirtud de la Capitulacion matrimonial del Don Pedro, con la que quiso cumplir Don Diego, como lo expresa en su propio Testamento: con que este acto no concluye, que fuese cumplimiento de la voluntad de la madre, pues llevò otro distinto respecto; y en la otra mitad, que quedò libre de dicha legitima materna, y en que pudiera cumplirse su disposicion, agregando otro tercio, que en ella tambien se incluia, nunca se hizo tal agregacion.

40. El segundo es la particion, que muerto ya Don Diego, se hizo del caudal Paterno, y materno, en que el Contador separò el quinto, y tercio materno, y le consignò bienes; à que no hizo contradiccion Don Pedro: y esta no fue acto de Don Pedro Miora, si del Contador: y en Don Pedro solo se encuentra la no contradiccion quando se le diò traslado; la qual aunque se quiera estimar por consentimiento de la disposicion de la madre, no puede ser por dos motivos: El primero, porque si lo fuera, seria opuesto, è incompatible con la otra especifica, y formal aprobacion del Codicilo del Padre, en que vinculò el quinto, y mitad de legitima materna, que desde entonces quedaron vinculados: y en la particion solo se considerò vinculado el quinto, y tercio materno, que es mucho menos que el quinto, y mitad, con la diferencia, que và de siete à nueve, y así vendria por dicho tacito consentimiento à revocar el expreso antecedente: lo que no podia, ex traditis à D. Casull. *Contròv. lib. 5. cap. 89. à num. 113. ad 115.* El segundo, porque la aprobacion de gravamen en la legitima, como lo es el tercio en el hijo vnico, ha de ser expreso, y literal, sin que baste tacito, aunque se le mejore, idem Dom. Casull. *ubi supra cap. 107. num. 46. cum plurib.* y este consentimiento ha de resultar de actos positivos, no de negativos, idem *ubi proxime num. 26. & seqq.*

41. El tercero acto es la Escritura, que despues otorgò con Don Juan Miora su Tio en Agosto de 684. poniendo en perfeccion la Fundacion: y este tanto dista de que sea aprobacion, ni execucion de lo dispuesto por la madre, quanto que positivamente resulta lo contrario: porque el que pudiendo hazer vn acto por dos distintos motivos, ò en virtud de dos diversas facultades, expreso de la que usaba, ò por el que lo hazia, en virtud de esta se entiende hecho, aunque ya fuese inutil. Dom. Salgad. *Labyr. part. 2. cap. 23. num. 33. & 54.* y el que debiendo por dos causas, paga; se entiende, que lo haze por la que expresa, *ad leg. 1. ff. de solut. & liberat. ibi: Et quod dixerit id erit sola.*

lutum. Es así, que como consta de la citada Escritura, entran así D. Pedro Miota, como su Tio diciendo, que la otorgan para efectuar lo dispuesto por Don Diego Miota Romero en su Codicilo, que insertan, sin hazer mencion alguna directa de dicha Doña Maria Muñóz, ni de las disposiciones de ella: Luego este instrumento no se dirigió à aprobarlas, ni consentirlas; si tan solo lo ordenado por Don Diego, pues esto expressamente dixeron, aun agraviando todavia lo dispuesto por este, y consentido por el Don Pedro en el Codicilo.

42. El quarto acto de consentimiento de lo dispuesto por Doña Maria Muñóz, se dirà acaso fue, la declaracion testamentaria, que en el año pasado de 719. hizo el Marqués Don Pedro, en que refiere, que por la Escritura de imposicion de Vinculo, que fundó Don Diego Miota su Padre del tercio, y remaniente de el quinto de Doña Maria Muñóz su madre, y de la mitad de legitima paterna, se adjudicaron à dichos Vinculos los caudales, que va expressando: de que podrá inferir, que aun à el tiempo de su muerte ratificò Don Pedro la disposicion de su madre, pues con tanta expresion la refirió, sin impugnarla en cosa alguna.

43. Pero si se hiziese este argumento, tiene clara satisfaccion, atendiendo à que no ay mas Escrituras, que traten de semejante vinculacion, que el Codicilo de Don Diego de Diciembre de 678. y la Escritura, que por Agosto de 684. otorgaron el mismo Marqués con Don Juan de Miota su Tio, que sobre ambas va hecha reflexion: si la Clausula del Testamento se refiere à el Codicilo, es falsa su expresion, pues ni èl se vinculò el tercio, y quinto materno, sino el quinto, y la mitad de legitimas, ni se consignaron bienes algunos: si à la Escritura del año de 84. queda ya manifesto, que esta fue en execucion de la disposicion paterna, demás de el vicio que contuvo de oponerse à el consentimiento legitimamente dado à el tiempo del Codicilo, para que quedassen gravados el quinto, y mitad de legitima materna: Luego como quiera que se mire esta referencia, ò ya por defecto de potestad; ò por defecto de voluntad, nunca se pudo entender aprobativa de la disposicion de la madre.

44. Replicaràse acaso, que la inmixtion de Don Pedro en todos los bienes maternos, induxo aprobacion, y consentimiento de el gravamen de agregar el tercio: porque siendo esta en realidad aceptacion del prelegado del quinto, es cierto, que quien acepta legado, ò herencia, q̄ contiene gravamen, le aprueba, y consiente por el mismo hecho, *ad leg. C. ab vno 93. ff. de leg. 2. cap. Officij de testam.* pero esta replica tiene su solucion en la prueba de la vltima parte de esta Excepcion.

45. Esta era, que Don Pedro Miota nunca estuvo precisado, ni debió hazer la agregacion del tercio. Pruebase: porque si estuviera obligado à agregar, lo estaria à consentir el gravamen indirecto, que la madre le puso en quanto à el tercio, que por hijo vnico era legitima, lo qual es opuesto à todo Derecho, *ex leg. Quoniam in prioribus, C. de officio testamento cum concord. part. 2.* pues gravamen prohibido, y repellido por Detecho es, tanto gravarle directamente en la legitima, como precisarle à que èl la grave, y solo se le puede poner gravamen *causati vbi;* esto es, que si quisiere lo que se le dexa *Ultra legit. mam.* aya de consentir el gravamen en ella, ò perder dicho exceso, como dize el señor Castill. *dist. cap. 107. n. 46.*

46. Y ni aun por este medio estuvo obligado à agregar: porque configuientes à esta segura doctrina, vendria en nuestro calo à ser la adquisicion, y fruicion del quinto materno, la causa que le obligasse à agregar; y siempre que no le huvo *ex iudicio*, & *disposicione matris*, sino es por la del Padre, cesò la obligacion, que respecto à esse mismo quinto le impuso la madre, *vt probabimus infra n. 47.*

47. Dexòle la madre el quinto vinculado, con la obligacion de agregar el tercio: dexòle el Padre esse mismo quinto vinculado por èl en su Codicilo, sin obligacion de agregar; y aunque fuesse dudoso, si Don Diego por la contravencion de su hijo avia adquirido el quinto, con libre disposicion de èl, pudo Don Pedro Miora adquirir por la disposicion, ya fuesse paterna, ò ya materna, que mas vtil le fuesse; pues esto no implica en el Derecho, antes es permitido por èl, *ex leg. Si mihi 12. de legat. 1. & clarus ex leg. Si tibi 28. ff. de adm. vel transf. legat.* Luego adquiriendolo *ex iudicio patris*, como lo manifestó en la aceptación, y aprobacion del Codicilo, y de la Escritura de Fundacion de el año de 684. es cierto, que no lo huvo con el gravamen, y obligacion de agregar.

48. Aunque huviesse gozado, y adquirido el quinto *ex disposicione matris*, possicyendole por toda su vida, no estuvo precisamente obligado à agregar el tercio. Este assumpto, que es el mas difícil, se prueba: porque quando el gravamen toca en la legitima, no queda el hijo obligado precisamente à passar por èl, sino es por su propio, y expreso, y específico consentimiento, vt docer Dom. Castill. *diñ. cap. 107. num. 46. ibi: Consensu legitime adhibito, manebit obligatus.* Y despues: *Nam, & si melioratus ipse fuerit, adhuc vt gravamen legitime subsistat, necessarius est expressus specificusque eius consensus.* Es als, que mezclarse en los bienes, y possicelos por toda la vida, no es expreso, ni específico consentimiento, ni esto induce en èl, ni en los herederos, y successores obligacion à obedecer el gravamen, idem D. Castill. *ibi supra*, vers. *Deinde, & vers. Tertio*, refiriendose à los numeros del mismo capitulo, donde latissimamente lo disputa; y exorna, item Gom. *Variar. lib. 1. cap. 11. num. 25.* Luego aun en esta hypotesi no estuvo precisamente obligado à agregar.

49. Pudo elegir, ò se le pudo obligar, ò à sus herederos, y successores à la segunda parte de la alternativa, que era dimitir *quid quid habuit ultra legitimam*, esto es el quinto, no cumpliendo con la obligacion de agregar el tercio: no lo dudamos; pues en especie muy semejante ay, demas de las doctrinas, que refiere, la decision, que tambien trae de esta. Chancilleria diñ. Dom. Castill. *in citat. cap. 107. num. 44.* del hijo vnico, à quien se mejorò, y gravò en el tercio, y quinto, dandole fòstituto, y èl possedyò por su vida todos los bienes; y lo enseñà tambien al *num. 62. vers. Adde nunc, & cap. 64. à n. 18.*

50. Pero en este caso, la porcion que es *ultra legitimam*, à quien se aplica? A el fòstituto, y no à otro, oize el señor Castillo en el lugar citado: Luego aunque debiesse pivarle à los successores de Don Pedro del quinto, por no aver agregado en su vida el tercio, se ayua de aplicàr à Don Diego, y à los que este lo dexò; no à Don Joseph de Campos, à quien ni la Testadora, ni Don Diego llamaron: con que se corrobora lo fundado en la primera Excepcion, y queda satisfecha la rèplica.

III. EXCEPCION.

41. **A**Vnque los fundamentos hasta aqui expresos, no persuadiran tan eficazmente, que no ay Vinculo de quinto fundado por Doña Maria Muñoz de Ayllón, y todavia se quisiere atribuir à esta Fundación: dezimos, que Don Joseph de Campos ningun derecho tiene en el juicio presente Possessorio (ni aun en el Petitorio) porque la ley 45. de Toro solo transfiere la possession en el que tiene llamamiento inmediato, de que absolutamente carece D. Joseph.

52. Para persuadirlo asì es preciso nos conceda, que, ò el llamamiento que supone, es expreso à *fundatrice*, ò à *lege*. Lo primero no lo podrá dezir, ò manifieste en qué parte, ò Clausula del Testamento de Doña Maria le tiene, ni aun baxo de la coleccion, y generalidad de *pariente*: Si lo pretendiere à *lege*, ha de ser por vna de dos leyes, ò por la 27. *Tauri*, ò por la 2. *tit. 15. partit. 2.* y por ninguna de las dos le tiene.

53. Pruebasse en quanto à la primera: Porque los llamamientos, que esta ley 27. dà à las personas, y grados, que por su orden substituye. Son solo en las mejoras de tercio; persuadelo asì el titulo, y rubrica de la misma ley, que es la 11. *tit. 6. lib. 5. Recop.* que haziendo, como haze, sentido perfecto, se puede alegar como ley, ex Menochio, *conf. 3. num. 15. & alijs.* y del cuerpo de la misma ley, ibi: *Quando el Padre, ò la Madre mejoraren à alguno de sus hijos, ò descendientes legitimos en el tercio de sus bienes.* Et postea: *Y facer en el dicho tercio los Vinculos &c.* Et circa finem: *Y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno, ni condicion en el dicho TERCIO.* Y por esto quando la mejora, ò Vinculo es solo del quinto, no ay obligacion de observar la serie de llamamientos de la misma ley, antes si tienen libre disposicion los Padres, vt docet Azevedo *in diffam leg. 11. num. 55.* ibi: *Vt denotetur clarè, quod in quinto meliorationis, alicui ex descendibus relicto, cum aliquo gravamine, non requiritur quod observetur ordo, & forma nostri textus; cum totum quintum possit directo relinqui extraneo, & eodem modo si intermedia persona alicuius descendens relinquatur.* Y de este mismo sentir son todos los Glosadores de esta ley, como Tello Fernandez, Gutierrez, Matienço, Angulo, y Mieres, à quienes cita, y sigue Dom. Castill. *Contror. lib. 5. cap. 100. num. 2. ad 4.* Luego no siendo dicha Fundación de tercio, no milita en ella la decision de la ley 27. de Toro, ni esta le dà llamamiento, como à pariente que dize ser.

54. Si fundado en la doctrina del señor Molina de *Primogenijs*, lib. 1. cap. 4. num. 42. dize que le tienen, por la ley 2. *tit. 15. partit. 2.* tiene muchas exclusiones esta assercion: La primera, que esta no es ley, que dispone el orden de succession, si solo refiere el que avia avido en la del Reyno, y por el tanto à nadie precisa à observar el orden, que expresa: y si esto no fuesse asì, se diria, que ninguno que careciesse de descendientes, podia fundar Mayorazgo en estraño, pues estaria obligado à llamar primero parientes; lo qual es absurdo: à que se añade, que por tanto en las Fundaciones de tercio, tienen llamamiento legal por la 27. de Toro las classes de personas, que expresa, por quanto es

ley, à cuya disposicion no se puede por el Fundador resistir, pues irrita lo que contra su tenor se executare, ibi: *Et que de otra manera no pue- dan poner gravamen alguno.* Y asì aunque se invierta su orden, suple la ley los llamamientos, que se preposteraron, ò omitieron, vt doc. c. Dom. Castill. *Controv. lib. 5. cap. 98. num. 4. & 10.* no asì la ley de Partida, pues no precisando à su observancia à los que fundan, no se puede por esta razon dezir, que ella haze los llamamientos, que ellos no hizieron.

55. La segunda, que la doctrina del señor Molina, solo se funda en la naturaleza, y perpetuidad del Mayorazgo, vt *patet, & ci- tat. cap. 4. à num. 21. & plurib. seqq.* y esta naturaleza, y perpetuidad, y llamamiento, que en ella se funda, no nos precisa oy à la admision de Don Joseph de Campos, como precisara en caso, que aviendo sal- tado todos los llamados por Don Diego Miota, pretendiera el vltimo disponer de los bienes como libres; pues entonces podria Don Joseph, ò quien fuesse pariente, pretender la no extincion del Vinculo, y su lla- mamiento à èl, con los fundamentos de que ora se vale.

56. La tercera, que no tratandose oy de llamamiento (pues este, suponiendole pariente, se le concederemos legal en el caso, que ex- presa el numero antecedente) sino es de prelación al Marqués, pues con ella intenta excluirle, tan solo la puede fundar en presumpca afeccion de Doña Maria à sus parientes, vt infertur, & Dom. Molin. *diff. cap. 4. num. 13. 25. & alijs:* y esta afeccion presumpca, se elide (co- mo toda presumpcion, ex Menoch. *de Arbitrar. lib. 2. cas. 472.*) por otra contraria: y considerado el poder para testar de Doña Maria, ha- llaremos muchas presunciones, y conjeturas contrarias: La primera, no aver hecho, ni aun vn leve legado à pariente alguno: La segunda, no averlos llamado despues de su descendencia al Vinculo, quando pudo hazerlo tan facil; y lo que no hizo pudiendo, hemos de creer, que no lo quiso. *L. Vnica. §. Vbi autem 12. C. de caducis tollend. ibi: Nam si con- trarium voleat, nulla erat difficultas, coniuntim ea disponere.* Dom. Castill. *Controv. lib. 5. cap. 107. num. 29. infine.* Gutierr. *Practic. lib. 3. quæst. 16. num. 48.* Y la tercera, y mas eficaz, porque quando por de- fecto de la condicion quitò el legado al hijo, no le transfirió à pariente alguno suyo, si à vn extraño, como lo era su Marido; y la afeccion, y predileccion, que manifestó à este, se entiende igual à los de su fami- lia, vt infertur, & Dom. Molina, *diff. cap. 4. n. 42. vers. Quæ omnia.*

57. La quarta, y vltima exclusion, nace de ser cierto, que quando el Fundador dixo, que vinculaba para lustre, conservacion, ò memoria de su familia, entonces se entiende quiso llamar à sus transver- sales. Como se infiere de la doctrina del señor Molina *vbi suprà n. 42. post med. vers. Aperiusque, & num. 43. vers. Quod apertius.* Dom. Castill. *Controv. lib. 2. cap. 22. à num. 77. ad 80. & seqq.* y aqui nin- guna palabra tenemos de Doña Maria, que tal fin expresse, co- mo aparece de todo el poder: Luego, ò no intentò llamarlos; ò por lo menos, no quiso preferirlos à su Marido, y à los parientes de este: Lue- go ni por voluntad de la Fundadora, ni por disposicion de ley, tiene el llamamiento prelativo, tacito, ni expreso, que pretende.

IV. EXCEPCION.

58. **Q**ue aun considerando vinculado el tercio de los bienes maternos en consecuencia de lo dispuesto por Doña Maria Muñoz, no puede pretender Don Joseph de Campos llamamiento prelativo à el Marquès, es la vltima principal Excepcion; para cuya prueba no necesitamos disputar la question, que toca Roxas de *Incompat. part. 1. cap. 7. num. 27.* y con mas difusion Aguila sobre el mismo lugar à num. 46. *Utrum* el que agrega *ex præcepto institutoris* bienes propios al Mayorazgo antiguo, pueda poner condiciones, ò llamamientos contrarios, en quanto à los bienes que agrega? Porque en los propiísimos terminos de nuestro caso, no la disputan estos Autores, como se verá.

59. Serà (omitiendo otros muchos) el principal argumento, que la persuada, el ser constante, que aun en la hypotesis dicha, no debió Don Pedro Miota hazer mas que aquello, à que la madre le quiso obligar; esto es, vincular el tercio, y vnirlo con el quinto, para que anduviesen juntos por Mayorazgo, para el Don Pedro, y sus hijos, y descendientes en forma de succession regular: esto dispuso Doña Maria, y esto es lo que se debería aver executado: Es así, que aun dispuesto en esta forma, nunca podria Don Joseph pretender llamamiento prelativo *ad minus* à el Marquès: Luego, &c.

60. Pruebase: Porque en el Mayorazgo así hecho, hemos de considerar dos Fundadores, ò Confundadores; vno Doña Maria, poniendo la menor, y menos principal parte de los bienes, como es el residuo del quinto; y otro Don Pedro, poniendo la mayor, y principal, que es el tercio: pues verdadero Fundador es, y se estima aquel, que por sí grava, ò consiente el gravamen, que otro impuso, en los bienes de que tenia el aprobante perfecto dominio, vt ex doctrina Dom. Salgado *in Labyr. part. 2. cap. 16. à num. 24. probabimus supra num. 30.* Es así, que en caso de semejante Fundacion, los llamamientos que se han de observar, son los hechos, ò que se debieron hazer en el tercio, que como parte mas principal atrae à sí, y haze de su naturaleza à la menos principal, que es el quinto, ad latè tradita per Dom. Castill. *Contror. lib. 5. cap. 100. ex num. 23. cum plur. seqq.* Luego aviendo D. Pedro dado despues de sus descendientes primero, y prelativo llamamiento al Marquès, tanto al tiempo de consentir el Codicilo paterno, en que aprobò la vinculacion del quinto, y mitad de caudal materno, como en la Escritura del año de 684. en que solo se expresó el tercio, y quinto de los bienes de Doña Maria; este debe seguirse, y prevalecer.

61. Corroborase este argumento de vna elegante doctrina del señor Gregor. Lopez *in leg. 2. tit. 15. part. 2. Gloss. 18. quest. 5.* donde pregunta: Si Marido, y Muger, de bienes propios de cada vno, fundan Mayorazgo, diziendo, que sea siempre vno, solo, è indivisible; y despues de su descendencia llaman al pariente mas cercano, y llegan à concurrir dos, vno *ex parte viri*, y otro *ex parte uxoris*, quien deberá preferirse? Y resuelve, que *data paritate gradus*, el del Marido; y en desigualdad el mas cercano, sea *ex parte viri*, vel *ex parte mulieris*. La razon que dà es, porque aunque *quilibet videtur provi. disse suo con-*

sanguineo, por la presunta afecion à el, attamen siendo de ambos los bienes, y aviendo de perseverar perpetuamente unidos, y vinculados, *affectiones confunduntur, & ne defraudetur quisque affectione sua, preferretur proximior, & data paritate, consanguineus viri; quia dignior, & ordine sub intellectu prælatas.*

62. Confinientes à esta doctrina, que, ò se puede aplicar à la Fundacion, como hecha por Don Diego, en que demàs del quinto de su muger, incluyó la mitad de sus propios bienes; ò como hecha por Don Pedro, en que con el quinto materno, se le considera vinculo el tercio, que era caudal suyo propio, y libre; llegado el caso (como se afirma de contrario) de succeder el pariente mas cercano, pues tanto haze que sea por disposicion de hombre, como por la de ley, quien avrà de succeder? El mas cercano, sea *ex parte viri, vel uxoris*, dize el señor Gregorio Lopez: este lo es el Marqués; pues medida, como debe, la proximidad desde Don Francisco, segundo Marqués, vltimo Possedor, està en tercero con tercero grado; y Don Joseph, aunque fuese cierta su filiacion, en quarto con quinto: Luego el Marqués debe preferirse, por consanguineo *ex parte Patris Fundatoris*, como dixo Aguila ad Roxas de *Incompat. part. 1. cap. 6. num. 317*. Alvar. Pegas de *inclus. & exclus. tom. 2. cap. 9. num. 89*. por mas propinquo, y porque la mayor parte de los bienes eran de Don Pedro; como enseña el señor Gregor. Lopez *ubi proximè*, con quien concuerda Pegas *ubi proximè num. 92*.

63. Y si se dixere, que no corre el argumento, porque no ay esta distincion de afeciones en Fundacion de madre, y hijo, pues de este son parientes tanto los de parte del Padre, como los de la madre, y à todos se presume afecion; lo que no sucede en marido, y muger, que regularmente no son parientes de vno, los que lo son de otro. Se responde, que la afecion en el hijo, se presume mayor à los parientes *ex parte Patris*, que à los *ex parte matris*, mayormente siendo mas cercanos aquellos, porq̄ son propriamente consanguineos, *ex leg. Si spurius 4. ff. unde cognati*, y los de la madre impropia, y abusivamente, Aguila *ubi proximè*. Fular. de *Sublit. quest. 364. num. 6*. y la mayor afecion se presume à aquel que tiene mas conjuncion de sangre, Roxas de *Incompat. part. 1. cap. 6. num. 266. & 279*. y por el tanto se presume prelativamente llamado, Dom. Valenc. Velazq. *conf. 23. num. 36*. Luego aun quando despreciando los llamamientos consentidos, y hechos por Don Pedro, dieramos, que debia succeder el mas cercano pariente, deberia succeder el Marqués en todo el Mayorazgo, por ser indivisible, y vno solo, y por pariente *ex parte Patris*, y mas cercano, tener à su favor la mayor afecion, y presunto legal llamamiento.

64. Confirmase mas, atendiendo à que acafo provida, y advertidamente no hizo Doña Maria Muñoz mas llamamiento en el Vinculo de quinto, que à Don Pedro su hijo, y sus descendientes, que eran los que como quiera que se hiziesse la Fundacion de tercio, no podian ser excluidos: pero considerando, que esta avia de ser propia de Don Pedro, y que, ò sabia, ò presumia, que este, y su Marido tenían predileccion à sus propios parientes, y por el tanto los avian de llamar despues de sus descendientes, no quiso hazer llamamientos à parientes, que, ò no lo eran, ò no conocia, ni trataba (como se justifica à

la tercera pregunta de la probanza del Marqués) para que no se siguiere la division del tercio, y quinto, abandonando su presunta afeccion, porque prevaleciere la del Marido; à quien aunque extraño, la manifestó mayor, como queda dicho *supra* num. 56. pues no es nuevo en el Derecho, que la Muger prefiera los parientes del Marido; à los suyos propios, *ut patet ex leg. Cum pater* 77. §. *A te pater* 32. ff. de legat. 2.

65. Ultimamente añadimos, Señor, que hallandonos oy en vn Juizio Possessorio, en que litiga el Marqués con expreso, y literal llamamiento; y D. Joseph de Campos, que solo le pretende inducir conjeturalmète, fundado en q̄ no pudo ser excluido como pariente, que dize ser, y que el Marqués, como extraño de la Fundadora, no pudo ser llamado, debe obtener el Marqués, remitiendo al Juizio de Propiedad tan oscuros, y nada ciertos fundamentos, como sucedió en el Juizio de Tenura, que oy realmente es Possessorio, *ex leg. 10. tit. 7. lib. 5. Recopil. ibi: Que la sentencia, y determinacion del Consejo, se entienda en possession*, en el caso que refiere Pardo Maldonado ad Dom. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 5. num. 4. & 5. vers. *Quando vero*, del Mayorazgo, en que en virtud de la facultad de nombrar successor, concedida al ultimo Possedor, despues de cierta linea, nombró extraño de la familia del Fundador: el qual obtuvo en la Tenura, à competencia de parientes, que pretendian legal llamamiento; cuyo caso tiene tanta similitud en lo substancial al nuestro, que basta, para que la decisison sea la misma: y asi lo espera el Marqués. Salva, &c.

Lic. D. Joseph Manuel
de Roxas,

Lic. Don Estevan
de Arilla,

Lic. D. Juan Enfrasio
de Soro Davila,