



P O R
E L D O C T O R

D. ANTONIO MONTENEGRO,

Capellan Mayor de su Magestad en la
Real Capilla desta Ciudad.

(*)*) **EN EL PLEITO** (*)*)

C O N

Don Pedro Loarte, Comissario de el Santo
Oficio de ella.

S O B R E

Confirmar, ó reuocar la sentencia del Inferior, dada à favor del
dicho Capellan Mayor, en la possession, y propiedad del
y vinculo que fundò Diego de Lizana, y doña
Marta de Loarte.

*Impresso en Granada, En la Imprenta Real de Baltasar de
Bolibar, En la calle de Absnamar. Año de 1663.*

LAS CLAVSULAS QUE TOCAN a la fundacion, y llamamientos de el vinculo, sobre que se litiga, son las siguientes.



Cumplido, y executado este mi testamento, è las mandas, è pias causas en el contenidas, en el remaniente que sin care, e quedare de todos mis bienes raíces, y muebles, derechos, y acciones, especialmente un cortijo que yo tengo en el Cãpo Sillar, con la casa, e caserías, y aguas, è pastos, è prados, è montes, segun que yo lo tengo, y tenido, è me pertenece, que alinda con el cortijo del Pozuelo, que es del muy Ilustre señor Marques Conde de Tendilla, que todo lo aya, y herede con el dicho remaniente de mis bienes, e derechos Maria de Loarte, hija de Christoual de Loarte mi primo hermano, que es mi sobrina, con tales cargos, è gravámenes, que si la sobredicha falleciere sin fecasar, y dexar hijos legitimos herederos de legitimo matrimonio, que en tal caso, todo el dicho cortijo, e casas, caserías, y mis bienes que quedaren, sean, è queden para que los muebles se vendan, è se compreenta de censo, y con la renta que el dicho cortijo rentare en cada un año, se case una, o dos donzellas huerfanas, honestas, hijas de buenos padres, y de buena gente, pobres, y que estas sean las que el muy Reverendo señor Capellan Mayor de la Capilla Real desta Ciudad, que es, y siempre fuere, nombraren, è señalaren, y a su parecer, è discrecion, e que su merced, de su mano, para esta obrata justa, pueda acensuar, y dar a censo el dicho cortijo, e tierras, e casas de el, è comprar de censos de los maravedis porque se vendieren los bienes muebles, y el remaniente de mi hacienda, è nombrar persona que lo cobre, allegue para que su merced lo mando dar, è de a las huerfanas que è nombraren, è señalaren despues de estar desposadas, è que al iende del galardón que Dios Nuestro Señor, e su Santa, è Bendita Madre por esto le daran, quisero que aya, è tenga de renta para siempre, en cada un año, diez pares de perdozes.

Item quiera, y es mi voluntad, que si la dicha mi sobrina a quien yo dexo por heredera, en la forma que es dicha, huviere hijos legitimos: mando, que ella, ni los hijos, e nietos que Dios le diere, ni sus herederos, por ninguna causa, ni razon, ni necesidad que se les ofrezca, no puedan vender, ni empeñar, ni enagenar, ni acensuar

fiar el dicho cortijo, ni parte alguna de todo, ni de las casus, ni caserías que en el estan, sino que lo tengan, e ayan à titulo de mayorazgo, porque mi voluntad es, que siempre lo aya la dicha mi sobrina, e sus descendientes, sino que lo tengan, e ayan à título de mayorazgo, porque mi voluntad es, que siempre lo aya la dicha mi sobrina, e sus descendientes, sin se partir, ni enagenar, e que si se huviere de partir, sea solamente la renta del. E si por causa sus hyos de la dicha mi sobrina no huieren hijos: Mando que el dicho cortijo sea, e quede para to, que tengo dicho, y ordenado en el capitula antes deste.

Item, digo, y es mi voluntad, que si la dicha mi sobrina, e sus hijos, e nietos herederos, cometieren algun delito, por el qual de derecho han de perder los bienes, que en tal caso yo no los llamo para esta herencia, e quiero que sea el dicho cortijo, e los bienes que de mi heredaren, para la dotacion de las dichas huérfanas el dicho señor Capellan Mayor, y los señores que despues del, en su lugar del Capellan Mayor succdieren, señalaren, e nombraren.



Aunque la relacion deste pleyto en su vista fue muy larga, por ser la mayor parte del instrumentos presentados, y prouançashas por las partes: mas potque el mismo discurso deste papel, segun la oportunidad de cada fundamento de la justicia desta parte, à de comprehender substancialmente con toda claridad todo lo que contiene el pleyto en los instrumentos, y las prouanças, solo se advierte, que auiendo don Pedro Loarte pedido possession deste vinculo, à titulo de pariente de doña Maria de Colmenares, vltima poseedora, poco despues que la dicha murió, y auiendo se le dado sin perjuizio, tuuo noticia el Doctor don Antonio de Montenegro, Capellan mayor de la Real Capilla, de la substitution hecha à su fauor en la obra pia que se refiere en estas clausulas, salió haziendo contradicion, y pidiendo ser declarado por Patrono en possession, y propiedad della. Y recebido aprueua el pleyto, tuuo sentencia en fauor en ambos à dos juyzios: y auiendo apclado D. Pedro desta sentencia, se vido sobre articulo de sequitro de sus frutos, y huuo en la Sala auto en fauor del dicho Capellan Mayor, y aora esta visto sobre confirmar, o reuocar la sentencia del inferior.

Y porque lo q̄ principal me se encargò en Estrados à los Abogados contrarios, fue, que discurressen sobre si la dicha prouançã de don Pedro Loarte era bastante para excluir a la Obra pia, substituida en defecto de los descendientes de la linea de la primera llamada, porque pareció ser generica, obscura, y que no entroncava, haziendo distincion de grados, ni passava de las personas de don

don Pedro, y su padre. Serà el primer Punto ponderar estos defectos, prouando de ai q̄ no puede excluir D. Pedro al dicho substituto. Y el segundo sera fundar que al llegado el caso de la substituciõ de la Obra pia, y assi deuerse confirmar la sentenciã del inferior.

¶ PUNTO PRIMERO. ¶

N. 1.



Esta Cosa clara, y que se vé en las clausulas referidas, que los llamamientos deste vinculo à quien està substituida la Obra pia, son de los descendientes de la primera llamada, assi por lo serie de sus palabras, tbi: *Es si por caso los hijos de la dicha mi sobrina no*

tuvieren hijos, &c. De quibus Dom. Castill. 5. *controu. capit. 93.* como por mayor razon de la substitucion de la Obra pia, hecha siempre à descendiente, que necesariamente limita la instituciõ à solos los que tienē la qualidad de tal: mayormente auiendo sido puestos los descendientes en condicion para la substitucion, como de dichas palabras se colige, tenet Surd. *conf. 588. num. fin. Ripp. & Peregrin. & alij ab eo citati, num. 16. Surd. conf. 6. n. 59. per text. in l. in agris. ff. de acquir. rer. dom.* Y más euidentemente, porque en la tercera clausula, en que habla de los poseedores del vinculo, descendientes de la primera llamada, en caso de cometer delito porque merezcan confiscacion de bienes, no llama colaterales, sino buelue à substituir la Obra pia, como parece ad sensum de dicha clausula, q̄ solo haze mención de descendientes.

¶ Y por esta causa don Pedro, auiendo primero articulado ante el inferior parentesco solamente, en esta segunda instancia articulò para prouar descendencia: vnos mismos abuelos cõ la yltima poseedora, reconociendo tocarle prouar la qualidad de descendiente para poder excluir la Obra pia, segun la doctrina de el text. in l. 1. *ff. de probat. l. 1. §. idem Iulianus, l. si quis à liberis, §. vel si parens, ff. de agnoscendis liberis, l. fin. C. eodem*, y del señor Castill. *lib. 5. controu. cap. 104. num. 3.* Pacianus cum in numeris ab eodem citatis adductus à Dom. Castillo *ibid.* Mas està tan lexos de prouar la descendencia, que por sus prueuas, è institucion para excluir la Obra pia substituida, antes semejantes prouanças genericas, y confusas la excluyen de su pretension, y hazē lugar à la Obra pia substituida, porque se interpretan contra producentem, lo qual se prueua ex se q̄q̄.

Pri-

3 ¶ Primò, porque es doctrina llana que la prouea de descendencia, y parentesco en las cosas que son de grande perjuizio de tercero, no à de ser generica, sino especifica, no confussa, si no determinada, no dudosa, sino cierta, y con distincion de grados, hasta entroncar, junto con las demás calidades de la l. 20. tit. 9. part. 4. Y la l. 29. tit. 16. part. 3. Todo lo qual sientan por comũ, y constante Noguez. alleg. 8. 25. num. 285. postdecisiones Rota Marchia 88. § 107. quas latè explicat Mantica in eis, Lotharius de re beneficiaria. lib. 2. quest. 11. nu. 97. § seqq. Trentacinq. lib. 1. var. resol. num. 13. fol. 97. Gratian. tom. 5. cap. 969. nu. 10. § 13. Riccio in praxi iuris patronatus, resol. 155. num. 1. Que todos dicen, que la prouança de otra manera, nullius est momenti.

4 ¶ Sed sic est, que estando substituida la Obra pia, y pretendiendo excluirla don Pedro, que es cosa tanti præiudicij; su prouea es solo 1. generica, que los testigos dicen solamēte de auer oydo, que descien den don Pedro, y su padre, de vnos mismos abuelos, que doña Maria de Colmenares, vltima poseedora. 2. confussa; porque no dicen los testigos quien son los tales abuelos. 3. dudosa; porque dicen, que todos descien den de vna Maria de Loarte, vezina de Pinto, siendo como son dos Marias de Loarte, Fundadora, y primera llamada, vezinas de Granada, donde viuieron, hizieron testamento, tuuieron, y dexaron hacienda, casas, Capilla, y entierro, como todo consta de la fundacion del vinculo presentada, y de los instrumentos, que estan desde el fol. 105. presentados por don Pedro, que son del año de 1574. en adelante. 4. sin distincion de grados, y sin entroncar; porque no se articula de mas personas que de don Pedro, y de don Diego de Loarte su padre, sin que los testigos passen a dar mas razon, que de estos dos grados. Ergò, &c.

5 ¶ Este discurso, vt iacet, bastaua para excluyr à D. Pedro, como bastò en la primera instancia; mas para mayor claridad la iremos ampliando per partes. Primer defecto de las prouanças, es, generica probatio: y dezir los testigos que han oydo dezir de cienden de vnos mismos abuelos, sin dezir quien son, nihil concludit, si no distinguen los testigos las personas, y las especifican. Mascard. de probat. tom. 2. conclus. 994. in fin. Marfilus in Rubrica, C. de probat. num. 350. § seq. Craucta cons. 95. nu. 3. ibi: Genus parit obscuritatē, & testes deponere debent in specie, alias non probant. Lo mismo dize in cons. 157. num. 9. § num. 10. § 12. § 13. y lo prouean los textos de la l. in tradendis 7. ff. de commit. nia pratoriam, l. quidquid 10. ff. eodem, l. Diuus 15. §. 1. ff. ad l. Cor.

6 ¶ Y para que se vea con evidencia la generalidad, y falta de especificacion de la prueva de Don Pedro, en quanto dicen los testigos auer oyo, que descenden el dicho don Pedro, y doña Maria de Colmenares, yltima poseedora, de vnos mismos abuelos, se haze este dilegma, que descaremos ver como se le responde, por que, ó la palabra, *abuelos*, la toman los testigos en toda su latitud, y assi queda generica, como la descamós, y se puede entender de los segundos, terceros, quartos, ó quintos abuelos, y assi no prouara nada del caso, porque se sale de la linea de la doña Maria de Loarte, primera llamada, dentro de la qual linea no ay mas que tres grados hasta la yltima poseedora, por ser la dicha doña Maria de Loarte abuela de la doña Maria de Colmenares, y el que está fuera de la linea, aunque venga de vnos mismos ascendientes, no se admite a la sucesion del vinculo. D. Castillo lib. 5. *controuerf. cap. 92. num. 25. Et seqq. cum ab eo relatis.*

7 ¶ Y si no passamos a los segundos, ni terceros abuelos, por no dar en el inçonueniente antecedente, y dicen los testigos aquella palabra, *abuelos*, como suena, y en su rigor esto es patris, y el matris, pater, & mater (en el qual sentido sin duda se deue tomar para que prouasse específicamente la descendencia, ex dictis num. antecedenti, que si assi la prouara, quedaua su justicia clara, y excluia à la obra pia.) Tunc ecce absurdum: si assi explican esta palabra, *abuelos*, se infiere que don Pedro es nieto del Capitan Salazar, y de Maria Loarte, abuelos paternos de doña Maria de Colmenares (los maternos no son del caso, por que no viene por esta linea el vinculo) de quien deponen los testigos tener los mismos abuelos don Pedro que ella, lo qual es notoriamente incierto, y no lo dirá don Pedro, pues tiene confessado en petició de 11. de Nouiembre del año passado de 662. ser nieto de Diego de Loarte, aunque no lo ha querido articular, porq̄ quedasse mas confusa esta palabra, *abuelos*, que como lleuamos prouado, con su generalidad no concluye nada.

8 ¶ Y que esta afectada disimulacion está fundada, patet ad sensum, pues por ser Ministro de el Santo Oficio, no puede ignorar quien sean sus abuelos. Imò se presume que lo sabe, por las prueuas que necessariamente se hizieron por si, y por su hermano, y padre, y por auer sido Ministros del Santo Oficio. Mascard. *de probat. tom. 2. num. 14. Menoch. de recuper. possess. 15. rem. n. 4. cum adductis ab istis.* Y mayormente siendo tan necessario en este caso declararlos para entroncar en la linea llamada, siendo como es la fundación hecha por transversal, y el primer llamado transversal,

4
verfal, docet D. Castill. lib. 5. *controuers.* cap. 93. nu. 25. Et seqq.
ex doctrina Riminald. *conf.* 743. num. 21. Et 22. libr. 7. *eiusdem*,
& ex doctrina aliorum, quos refert Jaro calamo D. Castillo ibidē,
num. 32. Y viendo que no convenia declarar los nombres de sus
abuelos por la razon referida, quiso mas que quedasse expuesta la
prueua á la generalidad, que articularlos, siendo por esta causa ge
nerica, y sin prouecho, ex dictis, & ex text. in l. *neque natales*. C.
de probat. Et l. *non hoc*. C. *unde legitimi*. Peregrin. *de fideicommu*
ari. 43. num. 11. *cum alijs*.

9 ¶ Pero aunque esta presuncion la juzgamos conclu
yente, no era necesario recurrir a ella, basta que por sí la general
dad de la palabra, *abuelos*, es tan grande, que comprehende todos
los grados dellos in *infinitum*, ita Ruin. *conf.* 166. num. 8. libr. 1.
donde dize, que la Authent. *matri*, Et *auia*, *habet locum in pro*
auia. *Fuffarius de substitutionib. quæst.* 3. 13. nu. 3. *Surdus de alim*
ent. tit. 1. *quæst.* 13. num. 10. *Barbof. de verb. signif. appell.* 30.
in princip. y á vista de tanta generalidad se conoce que no con
cluye la prouança de don Pedro, ita in terminis Dom. Valenzuel.
tom. 1. *conf.* 90. num. 152. Et *conf.* 8. num. 29. *Alexand. conf.* 133.
num. 13. *vol.* 7.

10 ¶ El segundo defecto es, *confusa probatio*, que es mu
cho mas diminuyente qualidad de prueua que la pasada, y conclu
ye menos: *textus*, in *dict. l. non hoc*, cap. in *presencia de probat.*
y en que no se determina à que individuo, especie, ó genero se re
duce lo que se prueua, como así se colige del *dict. cap. in presen*
cia de probat. l. certum, ff. *de confessis*, l. *duo sunt Titij*, ff. *de tes*
tam. tit. l. si fuerit, ff. *de rebus dubijs*, l. *neque natales*, l. *non nudis*
l. non epistolis, l. *ad probationem* 2. C. *de probat. ion*. *Aymon. conf.*
276. num. 4. *Rolando. conf.* 46. num. 29. libr. 3. *Inocenc. in cap.*
tua, el 1. *ad finem*, de *decim.* *Abb. in dict. cap. cum in tua*, num. 4.
Rebuffi in tract. de decim. q. 14. n. 9.

11 ¶ Y esto tiene en terminos lugar en la prouança de
don Pedro, que ni determina individuos, no articulando quien
sean los abuelos, ni especie, porque los testigos no dizen si son los
abuelos de quien deciden don Pedro, y doña Maria de Colme
nares comunmente los paternos, ó los maternos, ni el genero: por
que no dizen si son primeros, ni segundos, ni otro grado de abue
los, como queda visto.

12 ¶ Y prueua deste genero no es de momento alguno,
ni bastante à excluir á la obra pia, *Ancarran. conf.* 5. num. 3. *Za*
barcla. conf. 39. num. 17. *Alex. conf.* 66. num. 12. libr. 7. *Tobias*
Nonius. conf. 71. num. 5. *Menoch. conf.* 233. num. 7. Et *conf.* 288
num.

num. 12. lib. 3. Alciat. conf. 203. num. 6. libr. 9. Barbaria. conf. 10.
num. 4. lib. 3. Raphael Fulgofius, conf. 162. num. 3. *Et* conf. 200.
per totum, in suis criminalib. confil. Surd. conf. 513. num. 13. *Et*
conf. 534. num. 40. lib. 4.

13 ¶ El tercero defecto es, *dubia probatio*, en la qual se
contiene terminos dudosos, y equiuocos, y que conuenien a mu-
chas, y diuersas personas, Dom. Valencuel. conf. 110. *per totam*,
facit textus, in l. duo sunt Titij. ff. de testament. tutel. l. tutor
incertus. ff. eodem, & utrobique Glosa, & DD. que inferen a otros
muchos textos, Bimius conf. 2. num. 23. Angel. in l. in tempus 62.
§. quoties, num. 1. ff. de hered. instituend. idem Angel. in l. quo-
ties 30. num. 4. ff. de verb. oblig. Anton. Faber. lib. 6. ratiou. tit. 1.
§. 5. pagin. 400. Farinac. per decis. Roia 277. tom. 1. part. 2. No-
guetol. allegat. 25. num. 311. La qual no prueua, ni concluye na-
da, etiam in favorabili materia late Dom. Valencuel. conf. 92. n.
217. cum seqq. in numeras citans.

14 ¶ Lo que parece deponen los testigos, de don Pedro
es, que doña Maria de Colmenares, ultima poseedora, y don Pe-
dro, y su padre, descenden de unos mismos abuelos, y de una Ma-
ria de Loarte, vezina de Pinto. Y es de advertir, segun el mismo
dō Pedro tiene articulado, y prouado con mucho numero de tes-
tigos, que aurá solos cincuenta años que vino su padre a esta tier-
ra. Y en peticion de 12. de Setiembre de 663. afirma don Pedro,
que su padre vino a Granada con el Inquisidor don Pedro de Ci-
fontes su tio, de las villas de Esquiuias, y Pinto, junta a Toledo, de
cincuenta años a esta parte.

15 ¶ Y por peticion de 11. de Noniembre de 1662. pre-
tendiendo prouar su descendencia de la Maria de Loarte, prime-
ra llamada, dice. Y este grado no puede ser transuersal, respecto
de la dicha Maria de Loarte, primera llamada, por auer la fun-
dacion mas tiempo de ciento y treinta años: y porque el dicho he-
redamiento, y Cortijo (sobre que esta fundado este Mayoraz-
go) fue merced de los Señores Reyes Catolicos, a el Capitan Iuan
de Loarte, padre de la dicha Maria de Loarte, Fundadora, en
remuneracion, y paga de muy grandes servicios, que el hizo a
los dichos Señores Reyes Catolicos en la Guerra de Granada: y
esta merced cayó en la dicha Maria de Loarte, Fundadora. Con
que se reconoce, que de el dicho Iuan de Loarte, y de la dicha
Maria de Loarte, Fundadora, no hubo descendencia, y que de
Christoual de Loarte, primo hermano, que fue de la dicha Fun-
dadora, tampoco hubo mas descendencia, que la dicha Maria
de Loarte.

16

¶ Ecco la forasteria del padre de don Pedro, tres mugeres de vn nombre, y apellido: la primera en Pinto de junto a Toledo, que es vna de las villas de donde viene el linage de do Pedro de cincuenta años a esta parte, y dos en Granayada Fundadora, y su sobrina primera llamada, que es cierto fueron vezinos de Granada de ciento y treinta años a esta parte, como consta de los instrumentos presentados por don Pedro, fol. 105. & seqq. del pleito, y del testamento de la Fundadora, que se otorgó año de 1533 en Granada, donde vivia su sobrina tambien, y donde caso, y tuvo hijos, y su marido sirvió en la guerra del señor Emperador contra los Moriscos del Alpuxarra, como todo parece de dichos instrumentos.

17

¶ Bien dadofo queda qual destas tres Marias de Loarte da por tronco, y ascendiente comun don Pedro, que sin duda es la materia de los textos citados, num. 10. y que le viene bien la doctrina del señor Valencuela, *conf. 92. num. 2. 1. 7. & num. 2. 1. 9. debet interpretatio fieri contra eum qui se innuat dubijs de possessionibus, l. veteribus, ff. de pactis, l. labeo, ff. de contrah. empti, l. quidquid, ff. de verbor. oblig. Alex. cons. 54. num. 8. lib. 5. Crauceta cons. 863. num. 1. & seqq. lib. 5. Petrus Gregor. sintagm. part. 3. lib. 48. cap. 9. num. 15. Ioan. Francisc. Purpurat. cons. 116. num. 11. & cons. 244. num. 1. etiam si materia non esset, vt est odiosa. Decius in l. non hoc, C. unde cognati, num. 7. Surdus, & Salcedo ibidem a D. Valencuela citatus, Y mas haze dudar la forasteria de el padre de don Pedro, como la prueua, diciendo que vino de fuera de Granada de cincuenta años a esta parte.*

18

¶ Y en cosa que tan notoriamente es dudosa, y que no demuestra don Pedro quando vino la Maria de Loarte de Pinto junto a Toledo a Granada, ni prueua la identidad, nihil probar, Noguerol allegat. 25. a num. 269. ibi: *Quia cum sit Didacus de Guerna vicinus, & originarius oppidi de Vallecay, & familia de Guerna, de qua descendit testatrix, habeat originem Matritis, presumuntur familia diuersa, vt per Menoch. l. 6. presumpt. num. 49. qui loquitur in duabus familijs eiusdem ciuitatis, & cognominis, que presumuntur diuersa, & non coniuncta inter se, & aliqua demonstratione diuersificatis. Galgancet. de conditionibus lib. 2. quest. 16. numer. 22. pulchre Ciuiac. dict. controuers. lib. 2. num. 28. & seqq. ad 37. vbi loquitur de duabus familijs diuersarum ciuitatum, & ait, quod si non probetur vnam ex alia derivari, presumuntur diuersa. V. salte este Autor, desde el num. 265. hasta el citado Y en el num. siguiente: Denique, vt ait Losberus lib. 2. dict. quest. 11. num. 120. est necessarium identitatem perso-*

C

na

-nobi

ne praesisse probare sine ullo equiuocationis serupulo, facillimè enim potest accidere, quod inueniamur a multis annis duo homines eiusdem nominis, quod in nostro casu defuit, non enim est probata identitas Didaci de Cuernad. Legat. eni que no faltó si no dezir los nombres de los lugares, y personas de nuestro pleyto. Y dezir que determine don Pedro qual de las villas de Esquioias, ó de Pinto es su origen; porque aun en esso tiene que dudar esta descendencia.

19 ¶ Pues aun no sabiendose por lo que prouea don Pedro, si es de Pinto su padre, ó de Esquioias, tampoco es cierta la descendencia que pretende prouar de Maria de Loarte la de Pinto, como ni tampoco califica la legitimidad, que tambien se pide en los poseedores deste vinculo. Noguera *dict. allegat.* 25. nu. 267. que dice, que el auer en España tantas diferencias de linages de baxo de vn apellido, obliga a semejante prouea: plures citat num. 268. y aun aprieta mas en el num. 311. que fuera de la diuersidad de las Patrias, obliga a prouar la identidad de las personas, el auer estado vno mismo casado con diferentes mugeres, por juzgarle diuersa persona: sequitur Dom. Valençuela, *conf.* 110. num. 24.

20 ¶ Y el señor Valençuela *conf.* 110. *ex num.* 10. dice las mismas conclusiones en terminos, ibi: *Solum nominis similitudinem ad confirmandum casusque originem sufficiens non est.* Y en el num. 11. 12. & 13. y todo el dicho consejo, es en terminos lo mismo que lleuamos prouado, y conchuye, y coneluymos esta parte con las palabras de su num. 16. *Identitas res, vel persona, est probanda ab eo qui eam allegat, vel in ipsa se fundat Felin. Abbas, &c.* Et infra num. 17. *Alias succumbit, qui specificè nõ probat identitatem persona.* Y despues de muchos Doctores, que alega, dice en el num. 18. la razon que vamos prouando, & hoc ratione incertitudinis, cum probatio debeat esse certa, alias non re ferat, *dict. cap. in presentia de probat. dict. l. certum, ff. de confes. l. si fuerit, ff. de rebus dubijs.*

21 ¶ Pero por los mismos instrumentos presentados por don Pedro, el vno del año de 574. en que se hizo prouança de los seruicios del Capitan Salazar, para que el Rey premiase a su muger, y hijos, que quedauan pobres por su muerte, y otra informacion en vna sucesion abintestato del año de 606. consta, que el apellido de la Fundadora, y primera llamada, y toda su gente, es Olarte, y el de don Pedro es de Loarte, como consta del titulo de la Capellania presentado, y lo mismo de poner muchos testigos de la prouança de esta parte: y así se escusa de gastar en prouar la iden-

idēidad de las personas hasta prouar la de los apellidos, Galcaneo
cons. 8. per totum, Barbosa *axiom. 74. vers. Diuersitas*: ex Baldo,
& alijs ab eo citatis.

22. **¶** Quarto defecto de las prouanças de don Pedro es,
 que no distingue grados para entonces, lo qual tanto es mayor de
 fecto, quanto ay menos numero de personas hasta la primer lla-
 mada, con quien deue entroncar, o con alguno de los descendien-
 tes, porque solo hauido tres grados desde que murió la Fundado-
 ra, que fue el primero Maria de Olarte, sobrina de la Fundadora,
 doña Catalina de Olarte, hija de la dicha sobrina, y Doña Maria
 de Colmenares, nieta de la dicha sobrina: y don Pedro en vna co-
 sa tan clara, y breue, y que consta de los instrumentos presenta-
 dos desde el fol. 105. en adelante, no halla por donde entroncar
 con ninguno de tres grados, ni dar mas passos en su genealogia, q̄
 de su persona, y de su padre, y en nuestro derecho se tienen por po-
 cos grados, y por prouança facil, la que solo tiene que declarar ha-
 sta el quarto grado, *c. licet ex quadam de testibus*, ibi: *Cum iam
 quantum gradum prohibitio non excedat*. Y de antes, como con-
 sta de aquel texto, se pedia prouança de septimo grado, hasta el
 qual llegaua la prohibicion, el qual texto se entienda, no solo en
 los matrimonios, si no en todo genero de prouea, D. Castillo *cum
 pluribus*, tom. 2. cap. 122. ex num. 9. *& num. 24*. Nogueroi *dict.
 alleg. 25. num. 288*.

23. **¶** Y en nuestro caso siendo solos tres grados, no prue-
 ua por grados distintos como deuia, Mantica, *decis. 88. num. 2.*
ibi: Et quidem, ut descendencia probetur, singuli gradus distin-
cti probari debent, adeo ut si deficiat probatio vnus gradus alio-
rum etiam graduum consequentia destruitur, cap. *licet ex quadā*
ibi: Singulas gradus, de testib. Bald. post Innocent. in cap. *series*,
num. 1. & 3. eodem tit. Corpol. *cons. 43. nu. 3. & 4. in civilibus.*
Decius cons. 321. num. 6. & 7. & fuit resolutum in causa Sutri-
na Beneficij, coram Dño Pamphilio, die 18. Decembris 1587.
ibi: Unde licet probatum esset Antiochum esse filium Angeli, qui
fuit filius Philippi, Maria non tamen hac probatio concludit,
nisi etiam probetur, quod Philippus, Maria descendat ab his,
quibus fuit ab initio concessum ius patronatus.

24. **¶** La misma decision en terminos trae Riccio, *de iur.*
patron. decis. 155. y Nogueroi *dict. allegat. 25. num. 290.* que es
 en terminos quatro pleyto y segun ella, condeze poco senalar
 por tronco a Maria de Olarte la de Pinto, si no demuestra por gra-
 dos la descendencia para entroncar con ella, ni con la Maria de
 Olarte la de Granada: y el no hazerlo en tanta cortedad de descen-

dencia, como es hallarse el vinculo en niera de la primera poseedora, y pretender don Pedro la sucesion por su muerte, sin mostrar por donde deciendo de la abuela, de la madre, o de la nieta en grado distinto, y claro, bastante para excluir al abultuto; *text. in cap. tua nos de consanguin. & affinit.* esta declarando no ser desta familia, ni tener la qualidad de descendencia; la qual era necesaria, y no basta parentesco in genere, ex proximie dicitis, y del señor Castillo, *lib. 5. controherf. cap. 92. num. 25. & seqq. cum relatis ab illo.*

25 ¶ Hazese demonstracion, de que es imposible que haga distincion de grados para entroncar, con lo que referimos de la prouança del año de 1606. presentada por don Pedro en el pleyto, fol. 112. Muchos años antes que vniere en Granada el linage de don Pedro, se pidio por parte de los nietos de la primera poseedora, hijos de doña Catalina de Loarte, hija de la primera llamada, con quien pretende entroncar don Pedro la herencia ab intestato de vna tia suya, hermana de su madre, y hija de la dicha primera poseedora, y para obtenerla, prouaron los dichos nietos, como eran los parientes mas cercanos de la dicha su tia difunta, y obtuuieron en virtud de la dicha prouança, como vnicos herederos en aquel grado ab intestato. De que se sigue con claridad, que aunque tuvo cinco hijos, y quatro hijos la primera llamada por el año de 1574. treynta y dos años antes que se hiziesse dicha prouança, como consta de la presentada por el dicho don Pedro, fol. 105. el año de 1606. no adia ninguno de los dichos hijos, ni otros nietos que los dichos, que vno de ellos fue la vltima poseedora, y es euidente, que si huiera alguno otro nieto, o descendiente de la dicha Maria de Loarte, por lo menos por representacion aya de suceder ab intestato, por la *l. 6. de Toro*, y esto en concurso de los hijos de la primera llamada, si alguno entonces huiera quedado: consideracion que declaramos verla disuelta, porque es esta la puerta en fuerza de los instrumentos presentados por D. Pedro, para que no solamente no sea descendiente, pero ni aun pariente de la primera llamada, ni de su tia la Fundadora.

26 ¶ Compruualo el texto de la *l. si eo tempore, C. de remis. pign. Barr. in l. rem qua. ff. de acquir. possess.* & *in l. cum res C. de probat.* y hablando del caso *Non uer. dist. alleq. 25. no. 295.* *ibi. Ex quo euidenter coniscitur nullum fuisse consanguineum, & remansisse exclusos, qui sunt consanguinitatem pretendunt.* Y es cierto, que si dentro, o fuera de Granada huiesse algun pariente, lo depondrian los testigos, porque todos dicen auer conocido a la primera llamada, y a todos sus hijos, quando se trataua de la heren-

herencia de vna. que era doña Ynés de Loarte, y 2. ponen ser estos los unicos a quien pertenece esta herencia abintestato, a la qual se sucede ex graduum coniunctione, & consanguinitate, vt est per fenotum, & vulgate in iure.

27 ¶ Y por vltimo se colige, auendonos valido de los instrumentos presentados por la parte contraria, y demostrado con razones la insuficiencia de la prouança de su pretension, quã lexos està de prouar con los requisitos que se pide para excluir al substituto: mayormente con distincion de grados, como comúnmente assientan todos los Doctores que ex professo han escrito la materia de mayorazgos, vinculos, y Patronatos, Castillo apud ipsum, & ipse, lib. 6. cap. 122. ann. 2. similiter Mier. part. 2. quast. 7. a num. 58. usque ad 64. idem Castill. lib. 5. cap. 93. a num. 54. y quan insuficiente es prouança con tantos defectos, que deuiendo ser el modo de prouar en semejante caso concluyente, ex dictis ex num. 3. y los medios con que se proua instrumentis, & argumentis, l. 2. C. de testib. l. quarto 58. §. fin. ff. de adilit. edit. capit. cum causam, de probat. nos valemos de sus mismos instrumentos y argumentos para excluirle, y deshazer su prouança.

28 ¶ Mas por donde pretende euadirse don Pedro es, diciendo ser este hecho muy antiguo, y que no es de su obligacion prouar mas grados que el suyo, y de su padre, y que no tiene noticia de mas, como lo protesta en diuersas peticiones en el pleyto, que es en esta segunda parte concedernos todo lo que lleuamos dicho. Y en quanto a la primera, que por ser hecho antiguo, no tiene obligacion de mas, es el Aquiles del fundamento que traxo en Estrados su primero Abogado, juntandolo con la doctrina del señor Molina en el lib. 1. de primog. cap. 4. en fuerza de la palabra, mayorazgo, dize, que por darle esse nombre la fundadora, se ha de juzgar ser bastante que parezca pariente deste linage; pero de sentañenos esta doctrina de el señor Molina, y el fundamento de ser hecho antiguo, que dize le releua de prouar con dichas qualidades.

29 ¶ Visto el señor Molina en todo el capit. 4. se ve claramente que habla de los mayorazgos regulares, en los quales no se halla restriccion alguna, vt videntur patebit; mas no dize palabra de los mayorazgos irregulares, en los quales ay substituciones, y clausulas restringentes en que precisamente nos hemos de regular por ellas, como palabras del testador, y no por lo dispuesto generalmente por las leyes de los mayorazgos; ni por las doctrinas conformes a ellas, en lo qual consiste la distincion de mayorazgos regular, y irregular, qual es el de nuestro pleyto, por

D razon

razon de lo que se afirma de sus cláusulas, y substitutiones en el pue-
stas, y en este sentido lo explica Dom. Vota *differt. iur. tom. 2. dif-*
fert. 49. num. 45. de que se vé quan poco haze la doctrina del se-
ñor Molina, que habla en diuerso caso, y materia; pues no se ha
de regular el derecho en este vinculo por las leyes, sino por la vo-
luntad de la testadora, y las substitutiones que expreso. *de condi-*
tionib. ff. de condi. et demonstrat.
l. cum ita legatur. s. in fideicommiss. de legat. 2. l. 1. C. de Sacrosf.
Authent. de nuptijs. §. disponat. l. 27. l. 40. ibi: Saluo si otra cosa
est in iure disposita por el q. fundo el mayorazgo. §. l. 45. Tauri.
adem Dom. Molin. *cod. lib. 1. cap. 4. num. 19.* Dom. Castill. *lib. 5.*
cap. 93. §. 6. a num. 1. §. cap. 144. a num. 40. §. cap. 181. a num.
1. Surdus conf. 448. num. 21. §. 22. volum. 3. Additionat. ad Do-
min. Molin. *in dict. cap. 4. num. 19. lib. 1.* que es el lugar de la do-
ctrina de que se vale.

31 ¶ Mas porque este es el fundamento principal contra
rio, tomado de la palabra, *mayorazgo*, de las cláusulas, se le da á
satisfacion en concluyendo con lo restante de esta euasion al fin de
este primer punto, desde el *num. 52.* y vamos a la prueua in facto
antiquo, de que dize Mascard. *de probat. conclus. 790.* que ha de ser
concludens, y dize el Abogado contrario, que basta la que tiene
por su parte con todos los defectos ponderados.

32 ¶ Todos los testigos de sus dos pronanças, no se fun-
dan en mas que en auer oido vnose el tratado de ponentes, el pa-
dre, tio, y hermano de don Pedro, y el mismo don Pedro con do-
ña Maria de Colmenares, y don Pedro de Colmenares su herma-
no. Otros, en que han oido dezir a los dichos, que todos descien-
den de vnos mismos abuelos, y de vna de la D. Maria de Loarte, ve-
rina de Pinto, las quales deposiciones de que eficacia sean, se verá
por los lugares siguientes, que parecen hablan en propios termi-
nos, y antes dellos quien no vé de que antigüedad deponen los te-
stigos de don Pedro, pues donña Maria de Colmenares, y su herma-
no don Pedro de Colmenares, son los vltimos descendientes, y nie-
tos de la primera llamada, que ha muy poco que murió, y dellos
han oido todo esto, y quan facil sea esta prueua de derecho, y en
este nuestro caso diganlo los siguientes Doctores.

33 ¶ En quanto al tratado de ponentes, Noger. *dict.*
allegat. 25. num. 323. contradic. ibi. *Priore a, qui in solus tracta*
tois consanguinitatis leat ad eum nicanum est. Gloss. *in cap. transf-*
missa qui in pt. fin. leg. in cap. per tuas. de probat. Gloss. *communiter*
aprobata. de text. in l. homo p. s. l. non in iudis. C. de probat. Gloss.
in cap. Mich. arch. filij presbyter. cap. illud. de testam. Mascard.

vol. 2. conf. 790. verfi. *Nec illa*, num. 2. *Mart. 907. 26. num. 15.*
 §. 13. *Trentacinq. lib. 1. variar. refol. 1. de filiat. n. 14. verfi. Quar*
ruscasus, *Paschal. de patr. potest. p. 2. c. 2. n. 16. Castill. tom. 5. cap.*
104. n. 12. col. 2.

§. 34. ¶ Y da la razon en el numero siguiente, ibi. *Cum fa*
tilis res sit propter duos respectus, aliquem fratrem, sobrinu,
vel consanguineu appellare, vt per Mascard. dict. concl. 790. n. 3.
Líb. de illegit. comment. 2. §. 3. n. 44. verfi. Sed et id e sit, & verfi.
Extenditur etiam...

§. 35. ¶ Y para deshazer mas la pretension de don Pedro, y
 demostrar quan fútiles para excluir la Obra pia, la dicha tracta
 cion, y nominacion de parientes que deponen los testigos de su
 parte con los nietos de la primera llamada, que ha sido en estos
 tiempos, y de muy pocos años a esta parte, como lo denotan los
 papeles que ha presentado, de que hablaremos despues, prosigue
 el dicho Autor, num. 325. y dice: *Et quando agitur de regnati,*
es praiudicio tenij, planissimum est, hanc appellationem seu
uocationem nihil operari. Y prosigue prouandolo con muchos
 Autores, de que se vé la poca eficacia de esta prouea de trata
 mientos.

§. 36. ¶ Ni la adelantan el que la testadora, que fue vltima
 poseedora del vinculo, llamadole en vn testamento, sobrino,
 porque demas de auerlo hecho contra su voluntad, y por cumplir
 el deseo de don Pedro, de que asiste llamasse, de que liaremos de
 monstracion infra, no le ayuda en nada cõtra la Obra pia, idẽ Nog.
 num. 326. ibi: *Et in hoc casu sumus in causa maioratus, in qua*
siue possessor non potest suo facto praiudicare successoribus, ita
ne recognoſcendo aliquem consanguineum potest facere eum ca
pacem ſucceſſionis. *Alciat. resp. 201. num. 57. §. resp. 625. ad fin.*
verfi. Item quia non est stantium, last. conf. 106. col. 1. verfi. Secun
do, §. adhuc, libr. 1. Gratus conf. 140. n. 44. lib. 2. qui dicit, quod
dicta est firma opinio, &c.

§. 37. ¶ Ni tampoco las cartas que afectadamente han ido
 juntando don Pedro, y su hermano para esta ocasion, en que les
 trata de primos, no le ayudan para dicha prouea, expresse per text.
 in l. non epistolis 13. ibi: *Non epistolis necessarios consanguini*
tatis, sed natalibus, vel adoptionis solemnitate coniungitur, &
non iudis 14. ibi: Non iudis effenerationibus, nec mentis apro
ſessione dicat, utrique consentiant, &c. C. de probat. Dom. Casti
llo tom. 5. cap. 104. num. 12. Y a la afectacion de juntarlas junto
 con la declaracion de la misma testadora, que referiremos en los
 numeros siguientes, deuemos tambien el que nos ayuda a presu
 mix

mirque no ay parentesco, porque *nimia cautela*, & *repetitio ac-
tuum ad aliquid confirmandum, falsitatis presumptionem per-
rit*. Farinac. decis. 366. n. 5. tom. 2. conf. crim. Meocho lib. 5. pra-
sumpt. 20. num. 24. Genua descript. priuat. lib. 1. quæst. 6. princi-
pal. dubitas. 7. num. 14. pag. 48. Noguez. allegat. 26. num. 129.
y no se manifiesta poco por el cuydado tan afectado de juntar
papeles.

38 ¶ Mas las carttas se deuen interpretar por quien las
escriuió, y a su inteligencia se deue estar, l. *cum de indebito*, §. *in
omnibus*. ff. de probat. ibi: *Nisi ipse specialiter*, & r. Bald. cõf. 313.
num. 1. volumin. 4. ibi: *De animo autem suo interrogari quis de-
bet*, & *stabitur sine responsioni*, & *nulla melior est declaratio,
quam qua prouenit ab eodem fonte*. Ita post Decium, & Bart. a-
nimaduertit Alysens. conf. 134. num. 32. volumin. 1. Surd. decis.
216. num. 33. & decis. 29. num. 1. Y así, abremos de recurrir a la
declaracion que de dichas nominaciones de sobriño, de palabra,
y de escritotiene hechas la dicha testadora, y vltima poseedora
del vinculo, de quien deponen los testigos de oidas en esta parte.
Estas son:

39 ¶ En testamento cerrado, que otorgò la dicha doña
Mariade Colmenares, vltima poseedora de este vinculo, a prime-
ro de Febrero de 1650. que se abrió con toda solemnidad despues
de muerta la susodicha, en 31. de Otiubre de 1662. años, ante Juan
de Naua, escriuano publico desta Ciudad, presentado en el pleito
por esta parte, declara la dicha doña Maria de Colmenares, no so-
laméte el sentido de estas carttas, sino todo el derecho de las partes,
con las declaraciones siguientes: *Declaro, que de ninguno de los
matrimonios que he tenido, y deste, no he tenido, ni tengo hijos, ni
herederos forçosos, ni ningun deudo, ni pariente, para que se sepa,
y para que qualquiera que pretendiere serlo, no se admitta, porque
será supnesto.*

*Declaro, que yo soy, y he sido usufructuaria de vn vinculo
an que succedat por muerte don Pedro de Colmenares y Salazar mi
hermano, como vltima heredera, y successora en el, porque por auer
acabado en mi la succession, y herencia del dicho vinculo, luego q̃
yo fallezca, no se ha de entrar ninguno en el, porque en mi se aca-
baron los herederos, y successores. Declaro lo por discargo de mi
conciencia, y porque no estorne ninguna persona, con titulo de que
es pariente, que se cumplan las Obras pias, que succeden en el, fal-
tando herederos, conforme a su fundacion, como con efecto han fal-
tado, y faltan, luego que yo fallezca, los titulos, y papeles de la fun-
dacion del dicho vinculo, para mi y estan en poder de los Beneficia-
dos*

das de la Iglesia de señor San Joseph, y en el archino de ella, y allí se hallarán, mando que se este, guarde, y passe por la voluntad de los Fundadores de el dicho vinculo, porque ya à llegado el caso luego que yo fallezca, para que el señor Capellan Mayor, que es, ò fuere de la Real Capilla desta Ciudad, como Patron, haga sacar buerfanas, y tome posesion de la hazienda, sobre que està fundado.

40. ¶ Y mas abaxo, auiendo hecho relacion de los medios, y extorsiones, conque por parte de vn hermano de don Pedro se le obligò à disimular quando prouò ser pariente, para obtener la Capellania que oy tiene D. Pedro, à titulo de pariente en perjuizio del Dean, y Cabildo desta Santa Iglesia, Patrono della, haze la declaracion siguiète con animo de descargar su conciencia, dize asì: Declaro, que en el susodicho, ni el dicho don Diego de Loarte su padre, no son mis deudos, ni parientes en ningun grado legitimo, ni transuersal. y asì de mi voluntad lo declaro, y juro por Dios, y vna Cruz, en forma de derecho, y como Christiana, vna, dos, y tres vezes, que los susodichos, ni sus hijos, ascendientes, ni descendientes, no han sido, ni son mis deudos, ni parientes en grado ninguno. Y mas abaxo: Mas debo à Dios, y à mi Alma, no es bien, que por hazerles bien me venga mal à mi, y à los que han sido, son, y fueren interessados. Conque qualesquiera otras declaraciones, testamentos, codicilos, cartas, ò vileres, donde este escrito judicial, ò extrajudicialmente lo contrario, es nulo, y incierto, y contra toda verdad, porque todo lo que no es, lo que declaro, ha sido cortesía, y respetos humanos. f. cerca, y violencia de mi voluntad, y asì para mayor firmeza dello, y que no me la contrañen, como hasta aqui lo auian hecho, è tomado por medio el hazer este testamento cerrado.

41. ¶ Y para confirmar la sinceridad, y verdad destas deposiciones, le puso clausula derogatoria à este testamento, que no se halla repetida, ni puesta especialmente en otro testamento, ni codicilio, como se requerìa; pues nobasta generalmète reuocada ni repetida, docet Dom. Couarruy. in rubr. de testament. 1. part. conclus. 3. cum adductis à tanto viro, y dexò en el legados à D. Matia de Loarte, y à doña Eluira de Loarte, hermanas de D. Pedro, y al dicho su hermano que era tambien Presbitero, como D. Pedro, cantidad de Missas, para que las dixera por su persona, manifestas señales todas de que no tuvo otro motiuo mas que el de la verdad, para descargar su conciencia, como lo manifesta tambien el juramento interpuesto en vna disposicion vltima, de cuya eficacia. Saluan. libr. 3. de Eccl. Cathol. pag. 391. relatus à

Don Valencuela, *conf. 102. num. 108.* qui de hac re eleganter plura congerit.

42 ¶ Y para lo que vamos prouando, no ay mas que decir, que la declaracion de quien escriuió, y dixo ser su pariente, que tan conclaýentemente se desdice, y tan a fauor desta parte, y de la obra pia, a que no obsta, que el Escribano ante quien se otorgó este testamento, diga, que estaua buena, y sana, quando hizo este testamento, y que declara en diferentes partes del estae cercana a la muerte, y el oficial que escriuió este testamento depouner diuersamente contra él, y la misma Testadora en otros codicilos, y el testamento nuncupatiuo, vltimo que otorgó auerle buuelto a nombrar pariente, y sobrino a D. Pedro, porque el Escriuano da fe en el testamento, dentro, y fuera dél, porque lo escriuió todo, y lo cerró, que estaua enferma la Testadora, y en semejante caso vale la primera fe del Escriuano, y la segunda deposicion es falsa, y se tiene por perjuero en el segundo dicho, *cap. sicut, cap. testimonium, de testib. Es. cap. paruuli 22. quaest. 5.* Y se está a lo primero, y no a lo segundo, *cap. cum in tua 44. circa finem, de testib. cap. per tuas, de probat. ibi: Cum nimis indignum sit, iuxta legitimas sanctiones, ut quod sua quisq; voce diluce de protestatis est in eundem casum proprio ualent testimonio infirmare, prosequitur D. Valencuel. conf. 102. art. 1. per tot.*

43 ¶ Y lo mismo milita contra el oficial, porque fue testigo a la subscripcion del dicho testamento, y no auiendo mas que los dos dichos testigos, y el vno de ellos estar tan impugnado, *ex dictis numer. antecedenti,* no concordando tampoco los dos, como no concuerdan en dichas deposiciones, porque dize diferente vno de el otro, queda singular el otro, y la testadora no auiendo repetido en los codicilos, y testamento vltimo la clausula derogatoria especificamente, *ut ex ipsis patet* ninguno otro vale, si no el cerrado, *l. si quis in principio, de leg. 3. cum vulgat. Covarruy. late in rubr. de testam. 1. p. concl. 3.*

44 ¶ Quien puede dudar de este discurso, que hasta aqui hemos seguido, se le de el *num. 31.* que probando no conchuyr nada, tampoco este genero de prouanca, de que se vale don Pedro, pues hablando del Mascard, *de probat. concl. 750. num. 14.* dize: *Intelligo tamen, ut hęc ampliatio ita demum uera sit, si actus tractationis sint legitime probati, Es. contra dicitur, alioqui secus, Sc. n. seq. Paulus de Castro, confil. 151. volum. 1. Gratian. discept. fr. 195. in q. 1. ibi: Non obstant nominationes facte de fratre, que a proximicant. Tiraquel. de retract. lign. p. off. 16. num. 2.* Y de este genero de tractate por mera facilidad de animo en nombre

bre de primos, sobrinos, como en España se usa, se puede dezir lo que Quintiliano exclama, *declamat. 321. adeo inane etiam nomen.* *Q* sombra quadam natura, videtur simile amicitie nomen imponere. Suele ser el nombre mas estrecho de hermanos, de que Minutio Felix, en su octauo. *Sic nos, quod inuidetis Fratres vocamus, vos vnius Dei parentis homines, et consortes fidei et spem, et copharedes.*

45 *J* Boluamos a la prueua en hecho antiguo, que cetero cumple muy poco con ella los testigos de D. Pedro; pues todas sus oydas son de don Pedro de Colmenares, y doña Maria de Colmenares hermanos, vltimos poseedores del vinculo, que toda esta Ciudad les conocio, y murieron muy poco a, sin q digan lo han oydo a otros mas antiguos; pero solamente la qualidad de testigos de oyda, les deuilita, y quita la eficacia que podian tener no dando mas razon, dexo las doctrinas comunes, y passo solo a las qualidades de semejantes testigos.

46 *J* *Se accepisse a maioribus, quod deponunt.* dize el cap. *licet ex quadam*, que ya prouamos arriba, entenderse en todo genero de prueua antigua, *Corneus conf. 78. num. 7. Nata, conf. 170. nu. 5. volum. 1. Non utique ab vno, profugue et in illo texto, cum non sufficeret ille si vsueret. Innocentius, in cap. veniens, et in cap. quod per nouale, de verb. sign. Socinus, in l. Gallus, §. ille casus, de liber. et posth. y que ayant de ser personas graues, y fidedignas, *Decius, conf. 595. num. 3.* y esto es en general, si no nombrandolos por sus nombres, *Curtius Iunior, conf. 17 y si todos lo han oydo de vnas mismas personas, son singulares todos, cap. licet ex quadam, ibi: Nec tamen si vnus, et c. Alexand. conf. 82. num. 3. vol. 1. Decius, conf. 321. a numer. 3. et maxime num. 11.* Vase como no passando los testigos de los dos dichos hermanos la noticia, como se verificaran estas condiciones, y qualidades de estos testigos de oydas, que todos son singulares, por que todos lo han oydo de estos mismos dos hermanos, y no de sus mayores, requisitos con otros, necessario precissamente en prouanza de hecho antiguo, *Domin. Castillo, tom. 6. capit. 122. ex num. 9. qui omnes DD. hanc tractantes recenset, et de concordia opinionum in hoc puncto. Noguer, dict. allegat. 25. m. 284.**

47 *J* Ya la verdad es tan achacosa esta prouanza de testigos de oydas, que Garcia de nabarra, *glos. 18. §. m. n. q. vers. 1.* hablando de esta materia, dize que testigos de este genero no haze en España por la ley 20. tit. 6. part. 4. *Liberius, de rebeneficiaria, quest. 1. num. 108. Marcfortus, lib. 1. var. esp. 76. num. 8.* Pues de mas desto ay contra estos testigos la presuncion que arriba se table.

tableciamos de la misma diligencia en juntar papeles, y amontonar nominaciones de primo, y de sobrino en publico, que es indicio de falsedad, y en terminos de esparcir rumores, para que digan con verdad los testigos, auer oydo haze la misma presuncion, y la funda Abb. *in dist. cap. licet ex quadam de testib. nu. 3. vers. Item limitarem*, Campegius *de testib. regul. 205. fallent. 2. Gabriel. de testib. lib. 1. conclus. 3. nu. 10. plures congerit Farinac. de testib. quest. 69. nu. 53.*

48 ¶ Y lo que mas es, que quando ay alguna presuncion en contrario, no se dá fé a estos testigos de oydo, aun en hechos antiguos. Aymon. *conf. 29. num. 1. & 2.* mayormente en cosas graues, como la presente, Bartol. *in l. 3. §. eiusdem quoque, nu. 2. ubi additiorator. ff. de testib. Couarr. in epist. de sporf. cap. 8. §. 3. numer. 9. part. 2. per totum, fol. in meis 197.* y en perjuizio de la obra pia no se les deue credito. Abb. *in cap. transmissa, num. 10. que filij sin leg.* y en caso de duda, qual resulta de tantas cosas, como contra la fé de estos testigos estan ponderadas, los testigos se entienden *contra producentem, ex dict. supr. & ex Tiraquel. de retractu lignag. §. 1. glos. 6. n. 3. fol. mibi 336.* y assi aunque sea verdad, que lo han oydo, mas no es verdad lo que oyeron.

49 ¶ Mas la eficacia de las declaraciones de la Testadora arriba referidas, es tan grande, que no solo hazen dudosa la prouança contraria, mas la falsifican, y segun ellas se ha de juzgar en fauor de la obra pia, como elegantemente lo discurre el señor Molina, *de primog. lib. 1. cap. 8. num. 38. ex multis*, y para la duda de nuestro caso, si alguna ay en el derecho de patronato de esta obra pia, dize estas palabras, ibi: *Ultimus possessor poterit dubiam dispositionem institutoris maioratus interpretari designando in suo testamento, quem arbitratur maioratus instituiorem in eiusdem successione preferre voluisse, ea que interpretatio, si verisimilis sit à iudicibus sequenda, vel saltem summe consideranda, atque estimanda erit.*

50 ¶ Y esta interpretacion, de la Testadora, vltima poseedora, no solamente en dicho testamento cerrado, si no en el vltimo conque murió, de que se vale don Pedro, en que repite lo mismo que en el cerrado, es tan clara, y tan manifestamente, dize, que ha llegado el caso de la substitution de la Obra pia, como la sentencia del Inferior, y assi toda la prouança contraria, efficitur dubia, por la regla general, que quando ay instrumentos contra la deposicion de testigos de oydo, *similis probatio euascescit*, Dom. Valencuel. *conf. 92. num. 195. Cuman. conf. 18. Ciriaco. tom. 2. contravers. 281. num. 27. Garcia, de nobilit. glos. 18.*

§. 1. num. 13. qui de probatione in antiquis tenet, debere esse cōstantem, perpetuam, perpetuo tenore sine contrarietate, & repugnantia, & maxime conuincit ex monumentis, & instrumentis contrarijs, per text. in l. census, & instrumenta. ff. de probat. sic Noguer. vbi supr. m. 3. 15.

¶ Mucho menos prouea la fama de que depone, que así por las dichas deposiciones, y declaraciones de la testadora, como por la prouea desta parte, que con mucho numero de testigos, conuence no ser pacientes, queda dudosa, y no se atiende a ella, por el encuentro que con ella resulta de auer prouado esta parte, ser el apellido de la linea deste vinculo, diferente de el de D. Pedro, y ser el vno *Obarte*, y el otro *Loarte*, en el qual caso fama euanesceit, Bald. in l. conuenticula, num. 8. C. de Episc. & Cleric. Garcia, de nobilit. glos. 16. cap. 1. nu. 13. Escob. de partit. sang. quest. 10. part. 1. §. 4. num. 6. cum seqq. Y auiendo traydo origen de la tractacion, que queda impugnada, mucho mas, cap. qualiter, & quando, de accusat. Cevallos, commun. contra comun. quest. 900. num. 90. Dom. Valençuel. conf. 90. num. 177. Farinac. lib. 1. conf. 14. num. 3. tom. 7. ibi: *Idea nisi fuerit solida fama inconcusa, crescēs, in nullo labefactata, non lenis, non vaga, nā contraria illius testimonium facile prostermitur*, de quo late idē Dom. Valenç. conf. 92. num. 195. vsque in fin.

52. ¶ Y porque prometimos dar la satisfacion a los Abogados contrarios, sobre la palabra *Mayorazgo* de que vfo la Fundadora deste vinculo, de que infieren, que don Pedro deue excluir la obra pia, como si huiera prouado la consanguinidad, como era necesario, para que tuuiesse lugar la doctrina del señor Molina, de que se valen, y referimos arriba; pero esta no tiene lugar en este caso, como vimos breuemente en el nu. 29. y 30. y aqui se verá mas largamente, y con claridad, ex seqq.

53. ¶ Si en la fundacion de el mayorazgo son llamadas ciertas personas, y lineas, sin pasar el discurso, ni la voluntad adlante, ni reconocerse della lo que deue hazerse de los bienes vinculados, es queſtion reñida entre nuestros Doctores, quid iuris in eo euentu? A que personas deue pertenecer? Y esta es la hipotesi de nuestras clausulas, hasta las palabras en que comienza a llamar a la obra pia la Fundadora, y poniendo a parte dicho llamamiento de la obra pia, como si no estuiera hecho, y suponiendo, que no dixo mas que las palabras de los llamamientos de los hijos, y descendientes de Maria de Loarte su sobrina, como con efecto no dixo mas que estas dos cosas, (que es lo sumo que se puede hazer) para satisfacer con toda claridad a la duda, y fundamentos contra

rios) Respondē segū diuersas sentencias, vnos, que succederan en el vinculo despues de todos los llamados los restantes de la familia, por ser la palabra *mayorazgo* generica, que es la doctrina del señor Molina, en el lib. 1. cap. 4. *ubi addentes qui plures referunt*, de que se valen por fundamento los Abogados contrarios.

54 ¶ Otros lleuan, q̄ en el vltimo possedor quedará los bienes libres, y podrá ad libitum disponer de ellos, *ex l. cum pater, §. libertus. ff. de legat. 2. l. qui solidum, §. prædium cod. tit. glof. in l. peto, §. fratres, verb. Familia. ff. eod. l. Matiana 7. in fin. ff. de condit. et demonstrat. Auth. de restit. fideicommissi. §. hac autem, collat. 9. Palac. Rub. in repet. cap. per vestras, de donat. int. §. 26. num. 20. Gregor. Lopez, in l. 2. tit. 15. part. 2. verb. El mas propinquo, ibi: *Si quis faceret maioratum in filium maiorem, et in ipsius defectum in alium filium, et sic in alios filios, et eorum descendentes, sic contingat, quod omnes moriantur expirabit maiorata.**

55 ¶ Peralta, in l. 3. §. qui fideicommissum, a num. 55. ff. de hered. instituend. ibi: *Est quippe iure certissimum, quod ubi non superest persona de uocatis gradatim, et successiue ad maioratus successionem tale vinculum, seu talis maioratus expirat, et bona illius permanent libera.* Roder. Suar. in l. quoniam in prioribus, limitat. 2. nu. 26. Simanc. de primog. cap. 25. Burgos de Pazo, conf. 34. num. 12. et 35. Angulo, in l. 11. tit. 6. libr. 5. Recop. gloss. 11. a num. 5. Micres, de maioratib. 4. part. cap. 19. precipue a nu. 17.

56 ¶ Segun la qual opinion pudieramos dezir muy seguramente, que la vltima possedora pudo muy bien disponer de los bienes deste vinculo, por que dexò de serlo, auiendo sido la vltima descendiente, y no dexò hijos, y assi parece lo hizo en el testamento, de que se vale don Pedro; pues en el dispuso à favor de la obra pia, porque despues de auer hecho la relacion de este estado, que oy tenia la linea llamada, y que era ella, la vltima delladize: *Quiero, y es mi voluntad, que luego que yo saliere, case de cuenta de ello al Capellan Mayor, y se le entregue un traslado deste testamento, y de la fundacion del dicho patronato; que esta en poder del dicho D. Agustín de Loarte mi sobrino, para que se cumpla en todo, &c.*

57 ¶ Mas por que en el segundo punto se ha de ponderar mas esta clausula, contentandonos por aora con que se vea quanto se limita por ella la generalidad de la palabra *mayorazgo*, solamente concluyremos este punto, diziendo, que es constante entre todos los Doctores, que en el caso de la question, quando

quando el fundador hizo llamamientos lineales, y despues declaro su animo, declarando que se conuirtieffen los bienes en Patronatos, o Obras pias (como en el caso presente) sin que nadie ayadudado que se deua obseruar literalmente la disposicion, *l. cum virum, C. de fideicom. l. heredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebelian. ibi: Cum in fideicommissis voluntatem spectare conueniat, l. in conditionibus, ff. de condit. §. demonstrat. expresse l. 27. §. l. 40. Taur. ibi: Saluo si otra cosa est uniere dispuesta por el facedor del mayorazgo, vbi Regnicolæ, præcipuè Aucend. glos. 18. à num. 11 D. Castill. tom. 4. c. 5. m. 3. & passim DD.*

58 ¶ Y corona este punto lo que se colige de todo lo dicho en el, que por no prouar don Pedro su intencion, estando en posesion esta parte, que es Reo en segunda instancia, deue determinarse a su fauor por lo general, quia ius metimur ex persona Actoris, non ex persona rei, *l. 1. in princip. ff. si pars heredit. petat. prosequitur ex alijs textib. Barbof. in axiomat. iur. axiomat. 10: num. 3. §. num. 4. ibi: Amplia primo procedere; etiam si reus nihil prouaberit, §. num. 6. ampliat. 3. In petitorio, §. in possessorio, §. tam in prima, quam in secunda instantia.* plures DD. referens; pero fuera de todo lo dicho, se veran los fundamentos possituos desta parte en el Punto siguiente.

¶ PUNTO SEGUNDO. ¶

59 **R**EMITIMOS à este lugar el fundar possitiuamente la justicia desta parte, por seguir el orden cõ que en Estrados se habló. Y aunque del punto primero resultari muchos fundamentos, tambien possitios, fuera de los muchos negatiuos que comprehende para excluir a don Pedro de Loarte de su pretension, quales son, la declaracion del testamento cerrado, y la disposicion testamentaria del nuncupatiuo que referimos a la letra, por los quales, por resultar de ellos prouança hecha por instrumentos que preualece a la de testigos, de cuya eficacia late Marienç. cum alijs, in l. 9. tit. 17. libr. 5. Recopil. glos. 4. per tot. no solamente parece, segun el señor Molina, que citamos en el num. 49. & ibi Addentes, se deue juzgar a fauor desta parte, sino que en virtud de la dicha disposicion testamentaria, y voluntad expresa, se deue confirmar la sentencia dada en primera instancia. Pero a mayor abundancia prouaremos tambien ex clausula *in fundacionis verbis, tum ex apertis coniectu-*

ris, de la voluntad de la fundadora, auer llegado el caso de la substitucion de la Obra pia.

EX. CLAUSVLARVM VERBIS.

60 **E**N la primera, ibi: *Si la dicha mi sobrina falleciere sin se casar, y dexar hijos legitimos, herederos de legitimo matrimonio, que en tal caso, &c.* Y substituye sub hac condicione la Obra pia de que hablamos.

Y en el fin de la clausula segunda, tocante a la prohibicion de enagenar lo que dexa para la Obra pia, ibi: *Lo aya la dicha mi sobrina, e sus descendientes, sin se partir, ni enagenar, e que si se huuiere de partir, sea solamente la renta del, e si por caso sus hijos de la dicha mi sobrina no huuieren hijos, mando que el dicho cortijo sea, e quede para lo que tengo dicho, y ordenado. Que es la Obra pia.*

En la tercera, ibi: *Si la dicha mi sobrina, e sus hijos, e nietos, herederos* (hase interpuesto en el original, de nueva letra, y tinta vna *T* de que no ventilaremos, aunque es bien reprehensible, y en otra contingencia de la presente, en que dexò su alma por heredera la vltima poseedora, fuera esta letra muy reparable) *come tieren algun delito, &c.* en esse caso, sin acordarse de transverales substituye la dicha Obra pia.

61 ¶ Que esta palabra, *hijos, y hijos de hijos*, en su latitud sea transcendental, y sin termino, es vulgarissimo, y mayormente quando como dize el text. in l. *liberorum* 20. de verb. sig. n. f. vers. *At ubi*, ibi: *At ubi non personis certis, non quibusdam gradibus prestatur, sed omnibus qui ex eodem genere orti sunt liberorum appellatione comprehenduntur, idem in l. 2. tit. 15. p. 2. cum vulgatis.* Y assi es en este caso, segun aquellas palabras de la segunda clausula, ibi: *Mi voluntad es, que siempre lo aya la dicha mi sobrina, y sus descendientes, &c.* Y assi, no señala grados conque tenemos llano que en esta fundacion no ay cosa que ectorve la infinidad, latitud, y transcendencia desta palabra, *hijos de hijos*, y en materia de mayorazgo, que se aya de vsurpar assi, cū omnium sententia tenet D. Molin. de primog. lib. 1. c. 6. n. 28. & ibi copiosè Addentes. Becc. conf. 221. num. 22. vol. 2. affirmans totam Iurisprudentiam esse huius sententia. Mantica. de soniect. lib. 8. tit. 8. num. 20. Peregrin. art. 22. num. 50. y los que refiere el señor Castill. lib. 5. cap. 66. num. 26. y lo que él mismo discurre in eod. lib. cap. 92. a num. 38. & præ omnibus Iosephus de Rusticis

in comment. ad l. cum auns, ff. de condit. et demonstr. lib. 6. cap. 11. ex fol. 818.

62 ¶ Y assi se infiere que verificandose la condicion de la substitucion *si sine liberis decedat*, en qualquiera tiempo, aunque ay an precedido muchos grados de descendencia, y que faltron descendientes legitimos de la primera llamada, se haze lugar a la Obra pia, sin que se pueda dezir, que es limitada, y restringida la substitucion a dos grados solamente, que son hijos, y nietos, auiedo vsado de las palabras *hijos, y hijos de hijos*, que son sin limitacion, y mas auicndolos puesto en condicion para la substitucion, como en propios terminos ex doctrina Simonis de Prætis, tradit Dom. Castill. *dict. cap. 66. num. 39. vers. Secundus casus, et numer. 40. ad finem.* Y auicndofaltado la descendencia en doña Maria de Colmenares, vltima poseedora deste vinculo, es auer llegado el caso de la substitucion, aunque fuera descendiente esta vltima poseedora, en grado mas inferior, y remoto de la primera llamada. Y porque en punto tan celebre, y substancial como el que vamos tocando, no es bien que le dexemos de la mano sin firmarlo de las que mas ricamente lo exornarõ, y ilustraron à nuestro favor, sin que dexen sombra de duda, en el, breuemente apuntaremos sus doctrinas.

63 ¶ El señor Molina *dict. cap. 6. num. 18.* asienta por conclusion constante, que esta condicion, y substitucion se juzga por repetida en todos los demas descendientes, sin que se limite a grados algunos, ibi: *Hæc conditio* (habla de la de nuestro caso) *in ipsis filiis, ac etiam nepotibus cæteris que descendentiis repetita censenda est.* Lo mismo repite en el *num. 20. in fin.* Lo mismo en el *num. 26. et 28. cum seqq.* afirmando *cum omnibus citatis ab addentibus, nu. 36.* q̄ el consejo de Oldraldo no tiene lugar en los mayorazgos, y que no basta *extitisse filios tempore mortis vltimi possessoris, si tamẽ postea decedant*, porque tiene lugar el substituto, Flores de Mena *Addit. ad Gam: decis. 225. per tot. Parisio conf. 18. vol. 2. an. 43.*

64 ¶ El señor Castillo *in dict. lib. 5. cap. 89. num. 30. idẽ tenet latissimẽ.* Pero por mas breue, y que prueua el intento con gran numero de Autores, y dezide en terminos la question, y pleito presente, trairemos el *num. 13. illius capituli, vers. Tertio obseruandum, post medium ibi: In conditione negativa sufficit quando cumque liberos non extare sicut concludunt, et latius comprobant Socinus in dict. l. solemus, ad fin. ff. de cond. et demonstrat. Alexand. in conf. 43. col. 3. vol. 3. et conf. 103. col. 3. lib. 7. Mantica lib. 11. dict. tit. 6. num. 7. Peregr. dict. art. 29. num. 9. per tot.*

qui inde infert, num. 10. Quod si testator in defectum descendenti-
um suorum mandat Capellan construi, quando cumque etiam
post mille annos casus eueniat locus erit relicto, & citat Baldi de
cissionum in terminis Castrensem, etiam Rurinum, Socin. iun. &
Gabrielem ita tenentes.

Y profigue (notele:) Infert etiam num. 11. quod si testator de-
cedit filio suo herede sine liberis, & eius liberis, sine liberis subs-
tituat agnatos, vel locum piam fideicommissi locus erit in omni
tempore quo contingat liberos deficere, sicut tenent Baldus, Sali-
cetus, Alexand. Curtius iun. Paris. Rurinus, Decianus, & alij
ibi commemorati. Que mas claro pues es nuestro caso en terminos.

65 ¶ Veá aora el segundo Abogado si se caducò la sub-
stitucion, por auer muerto con hijos la primera llamada, y otra su
hija, cuya hija fue la vltima poseedora, y nieta de la primera lla-
mada, pues es constante que en todos censetur repetita la misma
condicion, y substitucion *si sine liberis decesserit*, pero aun por me-
jor se tuuiera en el caso del pleyto auer se caducado, y desvaneci-
do la substitucion, segun ponderauamos arriba, num. 56. porque
tuuiera lugar el que quedassen libres estos bienes del vinculo, y
pudiera dellos disponer la vltima poseedora, como se vé en el
mismo num. 56. que dispuso, sin que por este medio (de que se va-
liò en Estrados) ayude nada a la defensa de don Pedro, pues dispu-
so la vltima poseedora a fauor de la Obra pia. Respeto de lo qual,
fuera de lo dicho, no puede auer caducidad, nec relicta ad piú opus
in causam caduci possunt cadere: ita Peregr. cum multis in tract.
de fideicom. art. 11. num. 64.

66 ¶ Mas dificultad pudiera hazerle el que la condició
que está pueita, y repetida en los hijos de los hijos, dize, *no huiere-
ren hijos*, que es diferente condicion de la primera llamada, que
dize, *si fallere sine se casar, è dexar hijos*, como advertió el señor
Castill. dist. cap. 89. num. 11. Y fue así como confessa la vltima
poseedora en la clausula del testamento que citamos supra nu-
mer. que tuuo hijos, y murieron pequeños, en el qual caso pa-
rece auer faltado la condicion de la substitucion; mas porque asse-
gura bastantemente a esta parte la misma clausula, pues en ella
manifiesta su voluntad la testadora a fauor de la Obra pia, no sa-
tisfaremos con mas claridad a esta dificultad, que hasta aora no la
ha alegado la parte de don Pedro: basta que el señor Castillo in lo-
co citato la trate a fauor desta parte, cum Doctoribus ab eo cita-
tis, que es bien de reparar, que ni auer mudado se el estylo de la con-
dicion le es dañoso a la Obra pia, como es doctrina de Bart. & se-
quacium telatorum ab eod. D. Castill. d. n. 11.

s. 67 ¶ Y boluendo á las doctrinas tan graues que hemos sentado de donde salimos para la breue digresion antecedente, infiere se de ellas, que ay tantas substitutiones hechas en favor de la Obra pia, quantos descendientes tiene la primera llamada, por que en qualquiera se puede verificar la condicion, *si non genuerit liberos, vel si decesserit, sine liberis*, que para este efecto, como vimos en el §. antecedente, es lo mismo. Y es constante, que siendo vna substitution in dependente de la otra, como aqui, aunque falte vna no falta la que se sigue, ni la antecedente: *Nam caducato primo substituitis in gradu caeteri nullo modo caducantur, neque extinguuntur, l. unica, §. pro secundo, §. §. sin autem sub conditione, C. de caducis tollendis, l. quando in la 3. §. his autem, ubi Bart. ff. de acquir. hered. Dom. Molina, lib. 3. cap. 6. num. 39. Antonius Faber. in C. suo, lib. 6. tit. 8. defin. 14. Anton. Gom. libr. 1. variar. cap. 3. num. 10. §. 4. §. 8. Theaur. decis. 80. numer. 1. Dom. Castillo, lib. 2. cap. 15. num. 45. §. lib. 5. cap. 89. num. 152.* Y asi en qualquier grado que faltassen hijos, entra ya la obra pia.

68 ¶ Infiere se tambien por ser tan cicito, que ay tantas substitutiones, como de descendientes en los may orazgos de España, que se interpretó por esta causa, la clausula del testamento del Rey Don Henrique, de qua in l. 11. tit. 7. lib. 5. Recop. (que es la misma que la de nuestro caso) ibi: *Que les ay an por may orazgo, y finquen al hijo legitimo mayor de cada vno de ellos, y si muriere sin hijo legitimo, &c.* Auende de entender lo mismo en el nieto, viz nieto, &c. in infinitum, sin embargo de que parecia personal, limitado, y restringido el llamamiento, mucho mas que el de este pleyto, Dom. Molin. de primogen. cap. 5. num. 21. §. 22. §. cap. 6. num. 21. Gutierrez, pract. quest. lib. 2. quest. 52. per totam, Palac. Rub. in repetit. rubr. 669. num. 21. §. seqq. Mattenco, plures citans, in dict. l. 11. per totam, a fortiori, se aurá de extender mas en nuestro caso, por auer mas expresion de llamamientos.

69 ¶ Infiere se tambien, que la decision de la l. cum auus, ff. de condit. §. demonstr. del text. in l. cum accutesimili. C. de fideicommissis, l. generaliter, §. cum auus, C. de instit. §. substit. l. 10. tit. 4. part. 6. tiene lugar en los vinculos, y may orazgos por que aunque no expresse el Fundador, ó ya sea ascendiente, ó transtuer sal, la condicion *si sine liberis*, se juzga repetida en todos los descendientes del Fundador, ó de la linea transtuer sal llamada ita, expresse Dom. Covarruy. in practicis, cap. 38. nu. 12. in principio Dom. Castillo, lib. 4. controu. cap. 9. num. 67. Peregrin. consilio

*filio 39. per totum. V. be sembechius, consil. 94. per totum, val. 2.
Robles Salcedo, de repres. lib. 3. cap. 4. nu. 5. § 10.*

70 ¶ Y así de estas ilaciones, como de las doctrinas de donde salen, queda precissamente fundada la justicia de esta parte en las clausulas de la fundacion, pues es llamada la obra pia en defecto de sucesion; la qual condicion no solamente la expresa la fundacion en sus clausulas, si no que el mismo derecho, como por estas ilaciones parece la juzga, pro adiecta ipfismet institutionibus, y auiendo llegado el caso oy, como lo declara la vltima poseedora, y como consta por lo que no prouea la parte contraria, y por las mismas palabras de la fundacion, parece no queda duda alguna, para que estorue à que se haga lugar à la obra pia substituyda, y al derecho de patronatò en el Capellan Mayor, aunque huvieran precedido mas numero de descendientes, porque à todos està hecha la substitucion, y en defecto de la descendencia de Maria de Olarte primera llamada, que acabò en D. Maria de Colmenares vltima poseedora.

EX CONIECTVRIS.

71 **P**OR todos caminos se ofrecen fundamentos nuevos, para asegurar mas la justicia de esta parte, y aun de los mismos que se vale la parte contraria, se coligen como hemos visto por sus instrumentos en el punto primero, aora se ve por sus discursos, porque es coniectura, non contentenda, el que se le aya de preferir la obra pia, ver que la fundadora tan pocas substituciones expresó para llamarla, que solamente pretendiò para que se lograse, y se diese la limosna à las huérfanas que muriesse sin hijos, su sobrina sin llamar à otro transuersal en esse caso, y lo mismo en todos los descendientes, como tenemos visto, y recieue nueva fuerza la coniectura de la vltima clausula, que habla de los delitos, porque en caso de caer en alguno la persona que poseyese el vinculo, que tuuiesse por pena perdimiento de bienes, no llama transuersales, si no la Obra pia, cosas que manifiestamente hazen coniectura, de que tuuo mas afeccion à ella que à sus parientes, argum. text. in l. si seruus plarium, §. vltim. ff. de legat. 1. l. Aurelius, §. Titius, ff. de liber. legata, l. penult. in princip. ff. de alim. §. cib. leg. l. Titius, ff. de hered. instit. Pacian. consil. 9. num. 32. Azeued. conf. 16. ex num. 14. Casanat. conf. 10. nu. 42. §. corf. 47 num. 27. y quando huviera alguna duda en el llamamiento, por razon desta afeccion, que mostrò a la Obra pia, es constante deue preferirse.

Text.

72 ¶ Text: in dict. l. Aurelius, §. Titius testam. ff. de liberat. legat. l. capienda 168. §. 1. ibi: Quod factum est, cum in obscuro sit ex affectione cuiusque capit interpretatione, ff. de reg. iur. l. si emptio 36. ff. de minorib. prosequitur latè D. Castillo, lib. 5. controu. c. 85. ex n. 13. y siendo tan clara la afeccion à la obra pia, que el primer paso que da en la disposicion, es vna disunctiua de vna sobrina suya, y en defecto de tener hijos la obra pia, y que en ningun caso admite transuersales, ni llama otras lineas las demas substitutiones, se deuen interpretar segun esta afeccion, como latamente discurre el señor Molina, hablando de la qualidad masculinitatis, lib. 3. c. 5. n. 55. cum ab eo citatis.

73 ¶ Y este genero de investigar en caso dudoso la voluntad del testador, y que arguitiue, conite de ella, aun sin llegar à terminos de obra pia, de quo postea, es tan eficaz como lo dice el texto de la l. cum virum, C. de fideicommissis, l. penultima, ff. de legatis 1. l. cum proponeretur, & l. qui solidum, ff. de legatis 2. l. si quis locuples, in fine, ff. de manumissis testament. plura cumulat Parisius, conf. 35. num. 12. cum seqq. libr. 3. y lo que por conjeturas consta induze efectos de expressa voluntad, l. licet Imperator, vbi Bartolus, & communiter Scribentes, ff. de legatis 1. l. quidam testam. ff. de vulgari, l. Titia, §. lucrus, ff. de legat. 2. l. si tutor, vbi Gloss. Inquit, presumptiones, & coniecturas, que ex verbis testantium deducuntur esse liquidissimas probationes, C. de periculis tutorum.

74 ¶ Por la misma causa de afeccion declarada desde el principio de la fundacion, de que tuviessè lugar la obra pia, ex præsumptio, & coniectura iuris, que tiene lugar la substitution en todos los descendientes, hasta saltar successio, para que rabièn que de probado por conjeturas el assumpto de la primeta parte deste punto segundo, ex text. in l. in ratione 11. §. filio, ff. ad l. falci. diam, ibi: Ita plures substituti, sub ducta persona pupilli reuocandi sunt ad intellectum institutionis, text. in l. seia, ibi: Propter legem in exordio datam, ff. de donat. quibus causa mortis. Præcis, de ultim. voluntat. libr. 1. interpret. 2. dub. 2. solut. 14. num. 27. & 28.

75 ¶ Egregie in hac parte. Footanell. decis. 151. num. 17 ibi: Addunt denique Doctores verasimilem testatoris mentem, quod si de hoc casu interrogatus fuisset, est sine dubio, quod respondisset se velle gravare filios posteros in conditione, & ex coniecturis vocatos: quia alias bona deuenire non possent ad proximiores postea vocatos, nec ad causas pias, quas vocauerat in defectum illorum, Rust. conf. 1. num. 46. Rota, in nouiss. parti. 1. decis. 698.

num. 10 Cæsar Barzi. in consil. vnic. post decisiones, num. 143.
Et decis. num. 15. ubi, quod ex hac verosimiliter datur re-
peritio, seu extensio fideicommissi de vna persona ad aliam, Et
etiam quia non est dare rationem, cur magis voluerit grauare o-
nere restitutionis nepotes, quam pro nepotes, imò creditur, quod
istos magis voluerit grauare, &c.

76 ¶ Y la razon porque la vltima poseedora deste vin-
culo, que murió sin successión, se ha de juzgar mas obligada, y gra-
uada con la restitucion del fideycomisso, que los antecedentes
poseedores, como en estas palabras finales, dize Fontanela, es,
porque si teniendo mas afeccion á la sobrina, primera llamada, la
dexò grauada sub conditione, *si sine liberis decesserit*, á favor de la
Obra pia, á fortiori, los nietos de la primera llamada, lo deuen ef-
tar, y por consiguiente tiene lugar la substitucion en la vltima
poseedora, como nieta, pues no solo la misma, si no mayor razon
le asiste, ita Fuffar. de substi. quasi. 320. num. 36. Peregr. de re-
nouat. emphiteus. cap. 14. num. 26. Surd. quest. 36. num. 38. Man-
tic. lib. 8. tit. 8. num. 17. Decian. cons. 88. nu. 62. lib. 2. Y que fuesse
mayor la afeccion de la sobrina, primera llamada, que de la nieta
vltima poseedora, est ipsa luce clarius, porque auia nacido la so-
brina, y la conoció antes que muriesse la Fundadora, y la nieta no
la conoció, ni pudo conocer, de lo qual dimana la especial afec-
cion. Curt. Iun. cons. 111. num. 9. Menochio, cons. 1035. num. 2.
lib. 11. Mantica, vbi supr. num. 15. y 16. Y es filosofia llana, nihil
volitum, quim præcognitum.

77 ¶ Concluymos este papel, ponderando la razon es-
pecial de fauor que á esta parte asiste por razon de la causa pia-
dosa que defiende, pretendiendo que se gasten los frutos deste vin-
culo, segun la voluntad de la Fundadora en casar huérfanas, en el
qual punto comprehendiendo todos los cabos que hasta aqui he-
mos seguido, discurre dict. Fontan. decis. 589. num. 9. hac ratio-
ne: *Secunda limitatio est fauore alimentorum, causa pia, paupe-
rum, anima, dotis, Et similitum fauorabilium causarum: tunc
enim caducato precedenti casu, semper admittuntur vocati, si-
ue nominatim, siue alias sit onus ab alio iniunctum, Et onus ha-
betur pro repetito.* Bart. post Glos. in l. 4. §. fin. de alim. Et tibar.
legat. Surd. de aliment. priuileg. 15. num. 2. Peregrin. artic. 16.
num. 60. Y fuera de estos Doctores, exorna copiosissimamente
este mismo punto Gratian. discept. forens. capit. 503. ex num. 13.
cum seqq.

78 ¶ Y aunque pudieramos juntar todos los singula-
res que los Doctores discurren acerca del fauor de las piadosas cau-
sas,

fas, nos valdremos solamente, de que caso que tuviessse alguna du-
 da el derecho de esta parte, por esse mismo caso merece el fauor, y
 la gracia de los señores Iuezes, pues defiende la Obra pia de dotcs
 de Huertanas, *l. sunt persona, ff. de Relig. & sumpt. funer.* Ro-
 man. *in authent. similiter, C. ad l. falcid.* Sord. *de aliment. tit. 2.*
qua. l. 15. nu. 164. cum seqq. y siendo tan deuido à la piedad Real,
 y Catolica, que en los señores Iuezes superiores resplandece. *Ege-
 nis prospicere, ac dare operam, ut pauperibus alimenta non de-
 sint*: palabras de los Emperadores Valentiniano, y Marciano, en
 la *l. priuileg. C. de Sacrosant. Eccles.* esperamos, que la sentencia
 sca tan fauorable à la liberal piadosa, y loable memoria de los Fû-
 dadores deste vinculo, como las palabras finales de dicho texto,
*ibi: Liberalitatisque huius promptissime perpetuam tribuimus fir-
 mitatem. S. V. D. G.*

Doctor Don Iuan
de Leyua.