



14

P O R
DOÑA MARIA SEBASTIANA

MARTINEZ OJADCASTRO BAENA Y VEGA
ZALDVA Y HENESTROSA, VIVDA DE DON TELLO
GONZALEZ DE AGVILAR PONZE DE LEON,

Y P O R
D. FERNANDO AVGVSTIN,
SV HIJO PRIMOGENITO, Y DEL DICHO
DON TELLO,

C O N
DOÑA ANTONIA DE ZALDUA
Y HENESTROSA, HERMANA MENOR DE LA
DICHA DOÑA MARIA, VEZINOS DE LA CIVDAD
DE EZIJA,

S O B R E
LA POSSESSION DEL MAYORAZGO,
QVE FVNDò JVAN MARTINEZ OJADCASTRO,
VEZINO, Y JVRADO, QVE FVE, DE LA CIVDAD
DE CORDOVA,

A QVE HAN SALIDO
DICHO DON FERNANDO
COADIVVANDO LOS DERECHOS DE LA DICHA
DOÑA MARIA SV MADRE, Y POR EL SVYO PROPRIO,
Y DON JVAN DE ZALDVA, HIJO SEGVNDO DE LA DICHA
DOÑA MARIA, COMO TERCERO EXCLVYENTE
DE TODOS LOS LITIGANTES.



FRANCISCVS SANCHEZ RECIENTE, *Typographus Idiomatis Latini con-*
scius, Hispali cudebat in vico de la Sierpe.
Anno Domini 1724.

P O R

DOÑA MARIA SEBASTIANA

MARTIN DE MADRUGADA DE LA VEGA
QUE VIVE EN LA VILLA DE BAYONA
COMUNIDAD DE ALFAREROS DE BAYONA

Y P O R

FRANCISCO MARTIN

QUE VIVE EN LA VILLA DE BAYONA
COMUNIDAD DE ALFAREROS DE BAYONA

COM

DOÑA ANTONIA DE VALE

QUE VIVE EN LA VILLA DE BAYONA
COMUNIDAD DE ALFAREROS DE BAYONA

DORE

FRANCISCO MARTIN

QUE VIVE EN LA VILLA DE BAYONA
COMUNIDAD DE ALFAREROS DE BAYONA

A DON FRANCISCO

FRANCISCO MARTIN

QUE VIVE EN LA VILLA DE BAYONA
COMUNIDAD DE ALFAREROS DE BAYONA

FRANCISCO MARTIN

Nunca
dubitaro

de lo que
dixes por
el nam el



ANQUE EN ESTE
pleytoite ha escrito vn pa-
peli muy docto en favor
de Doña Maria, no ha
cessado las dudas, y para
desvanecerlas, se repite
con novedad este Inform-
me. Ita Vlpian. in Leg. 1. §.

Sed & sciendum. ff. de Edil. Edict. ibi: Ego puto Ediles, tollendæ
dubitationis gratia, bis dixisse, nequa dubitatio superesset.

2. Hazese preciso, porque tratando vna, y otra vez el
assumpto, se encuentra la verdad. Cap. fin. 30. q. 5. ibi: Tan-
diu actio ventiletur, quousque ad rei veritatem perveniat. Illud
Senec. lib. 2. de Ira: Magis enim veritas elucet, quò sæpius ad ma-
nus venit.

3. Y en la disputa se acryfola la razón, por la que se ha
de juzgar. Leg. fin. §. Mixta. ff. de numer. & honor. ibi: Et no-
tando, & disputando bene, & optima ratione decrevit.

4. Adicionando las clausulas, equivocando su senti-
do, y variando el hecho, se puso la demanda, y se escribió In-
forme por Doña Antonia; no ha sido mucha la novedad,
pero es la que basta à variar toda la substancia del Derecho.
Leg. Si ex plagis. §. In clivo. ff. Ad L. Aquiliam. Fontan. dec. 597.
num. 2. ibi: Cum minima mutatio cause mutet totum ius. Parlad.
lib. 3. diff. 147. §. 1. num. 14. ibi: Nam ex pauca facti mutatione
totum ius variatur.

5. Y porque en el hecho, aunque nõ se varie, suele en-
gañarle el juyzio mas prudente, L. 2. ff. de iur. & fact. ignor.
ibi: Fæcti mæ. prælatio plerumque etiã prudentissimos fallat. se re-
feratã veridicam ante lo preciso, y en su lugar.

6. Possyendo Doña Maria Sebastiana el Mayorazgo
de Oja-Castro, que se litiga, y otro, que fundaron Pablo de
Baena, y Doña Isabel de Vega, desde 24 de Junio de 1714.
en que falleció Don Juan Alonso su Padre, ultimo possec-
dor de ambos.

7. Doña Antonia su hermana menor le puso demanda
en 30 de Agosto de 720 limitada sobre la possession del de
Oja-Castro, suponiendo aver sido Possecdor de el Don Mar-
cos Pedro de Zaldua su Tio, hermano menor de Don Juan
Alonso, y que desde su muerte, que fue en 15. de Mayo
de

de 720. años vataó dicho Mayorazgo, y se le avia transferido la posesion civil, y natural de él, por ser incompatible con el Mayorazgo de Baena.

8. Contextó Doña Maria esta demanda, formóse articulo de manutencion, la que se declaró á su favor; apeló Doña Antonia del auto, y por decreto de la Sala se mandó poner en sequestro dicho Mayorazgo.

9. En este estado Doña Antonia introduxo nueva pretension, hoc modo: *Doña Antonia, &c. En los autos de incompatibilidad de Mayorazgos con Doña Maria Sebastiana de Zaldua su hermana; insistiendo en la demanda, puesta por mi parte á la jussodicha, y en caso necessario poniendola de nuevo, digo, que Vmd. se ha de servir de manutener, y amparar á la mia en la posesion civil, y natural, que se le ha transferido por ministerio de la ley en el vno de los dichos Mayorazgos, mandandole dar la Real actual, del que no eligió dicha Doña Maria, y que está sequestrado por aver elegido el de Baena. Alega, sobre que Doña Maria ha hecho eleccion, y sobre la incompatibilidad; y por vn Otro se le pide declaracion, suponiendole, que ha elegido el de Baena, y que se le obligue á elegir, porque, de no hazerlo, tiene elegido Doña Antonia el de Oja-Castro.*

10. No contextó Doña Maria esta nueva demanda, y recibido el pleyto á prueba, á instancia de Doña Antonia, salieron á él Don Fernando, y Don Juan, y aunque este como excluyente pidió se recibiesse de nuevo á prueba, y despues, que debia ser restituído, como menor contra el lapso de el termino, sin resolver estos articulos, se llevó el pleyto á *Assessor.*

11. Fue la sentencia declarar ante todas cosas incompatibles entre sí estos dos Mayorazgos, y que se le transfirió á Doña Antonia la posesion de vno de ellos, el que no eligiesse Doña Maria, y que se le diessse la actual de sus bienes desde la muerte de Don Marcos Pedro de Zaldua, Tio de las referidas, como Possedor legal sin embargo de la oposicion de Don Fernando, y Don Juan, y concede para la eleccion 20 dias, que corran desde que se confirmare dicha sentencia, ó pasáse en cosa juzgada, y reserva á todos el derecho para el juyzio de la propiedad.

12. Apelarón de esta sentencia Doña Maria, y sus hijos, y está concluso el pleyto para la vista. Y para persuadir

la justa pretension de Doña Maria, y exponer con novedad los fundamentos, que la afianzan, se dividirá este Papel en tres partes: En la primera se fundará, que no son incompatibles estos Mayorazgos.

13. En la segunda, que Doña Maria debe ser declarada legitima poseedora del de Oja-Castro, manutienendola en la actual, que conserva, revocando la sentencia del inferior, y alzando el sequestro, reservando â Doña Antonia la accion de eleccion deducida, y los demàs derechos, que tuviere para el juyzio de la propiedad.

14. Y en la tercera, que quando â esto no aya lugar, y no en otro caso, se ha de diferir â la pretension de Don Fernando Augustin, sobre la possession del Mayorazgo, que no eligiese su Madre, sin estimar, lo que pretende Doña Antonia su Tia, y Don Juan su hermano menor. Y en todas se fatisfaràn las objeciones.

PARTE PRIMERA.

15. **L**A sucesion de Doña Maria Sebastiana en estos dos Mayorazgos se funda en la disposicion legal, y en voluntad expresa. *L. Miles. §. Quidem. ff. Ad L. Iul. de adult. ibi: Opinionem quidem nostram, & verba legis, & intentio adiuvant.*

16. Prueba lo primero la *L. 2. tit. 15. part. 2. ibi: Tuviéron por Derecho, que el Señorío del Reyno no lo tuviere sino el hijo mayor despues de la muerte de su Padre. D. Molin. libr. 1. cap. 3. num. 7. & lib. 3. cap. 1. num. 1. & est communis.*

17. Porque el ser los dos Mayorazgos de sucesion regular, no se duda, como tampoco, que Doña Maria es la hija mayor de la linea recta, y de primogenitura, que ocuparon Don Juan Alonso su Padre, y Doña Maria de Zaldúa su Abuela, primogenita de Don Antonio de la Vega Soriano, poseedor, que fue, del Mayorazgo de Baena, y de Doña Ana de Zaldúa Ribadeneira su muger, poseedora del Mayorazgo de Oja-Castro.

18. Y siendo el orden de regular sucesion de primogenito in primogenitum successivè in infinitum. *D. Molin. lib. 3. cap. 6. ex num. 29.* En este modo ha sucedido â Doña Maria, y este es el estado de la sucesion, y possession, desde que

se diferenciaron à la Abuela estos dos Mayorazgos.

19. Pruebase lo segundo en las fundaciones, donde se prefiere el mayor à el menor, y el varon à la hembra con llamamiento de los hijos mayores, nietos, y bisnietos sin diferencia de quarta, ni quinta generacion (palabras de las mismas clausulas) y las repitan en todos los llamamientos, que es prueba de la enixa voluntad. *L. Ballista. ff. Ad Trebell. D. Valenz. conf. 53. num. 7. & conf. 187. num. 49.*

20. Y superabunda la presumpcion, de que los Fundadores quieren conformarse con la disposicion de Derecho. *L. Heredes mei. §. Cum ita. ff. Ad Trebell. & ibi gloss.* porque aqui claramente se conformaron.

21. Luego à Doña Maria se adaptan con propiedad las palabras de la *L. 45. Taur. ibi: Que segun la disposicion de el Mayorazgo debiere succeder.* Y no le obstan las de la *L. 40. Salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el Fundador del Mayorazgo.*

22. Por su llamamiento expreso, *L. Cum ita. §. In fidei commissio. ff. de Leg. 2. ibi: Qui nominati sunt.* demonstrandolo asi la explicacion, y la voluntad. *L. Ab omnibus. ff. de Leg. 1. ibi: Cum & significatio verborum huic non repugnet sententia, & voluntas Testatoris congruat.*

23. Y por hallarse en la linea recta, que prefirió el Fundador de Oja-Castro. *L. 2. tit. 15. part. 2. ibi: Pusieron, que el Señorio del Reyno heredassen siempre aquellos, que viniessen por linea derecha.*

24. Y en la de primogenitura, que forman el hijo, nieto, y demás descendientes primogenitos. *L. 2. tit. 6. part. 4. ibi: La otra, que descende assi como fijo, nieto, ò bisnieto, ò trasbisnieto.* Palabras, que parece trasladaron los Fundadores.

25. Probat Bald. in leg. Irvitam. C. de vsucap. ibi: *Linea recta est ordo descendentium in posteros, non in plurimos, sed sigillatim de vno in alterum, eodem tramite retento, sub derivatione primogenituræ.* D. Castill. lib. 5. cap. 93. à num. 5. D. Molin. lib. 3. cap. 6. num. 33. ex D. Castill. & aliis Add. ibid. num. 29. D. Valenz. conf. 97. ex num. 5. de la qual no es Doña Antonia, *Quia Frater non est de linea Fratris.* D. Castill. cap. 93. à num. 27. & cap. 138. num. 11. D. Valenz. ibid. Mier. 2. p. q. 6. num. 69. nec fit transitus, hasta que falten todos los primogenitos, quia illico constituerunt lineam in exclusionem secundi, vt omnes asserunt.

26. Sin que obtien las palabras de grado en grado, ô guardando la prerrogativa de el grado: porque es lo mismo, que de primogenito in primogenitum, y se entienden servato ordine primogenituræ. D. Molina. *lib. 1. cap. 5. num. 39. & ibid. D. Pardo, & Add. libr. 3. cap. 6. num. 29. Surd. conf. 554. num. 39. D. Castill. cap. 93. §. 12. ex num. 9. Fontan. claus. 4. gloss. 9. part. 3. num. 11. Mario Gutier. decis. 26. num. 43. tom. 2.*

27. Y dentro de la misma linea D. Castill. *tom. 3. cap. 15. num. 33. & seq. D. Paz de Tenuit. cap. 33. ex num. 7.* Pues el grado no se atiende sino es en ella. Add. D. Molin. *lib. 3. cap. 4. num. 13. & ibi Add. & est communis: Y aunque este mas proximo, no se atiende â el grado, sino es en la linea, vt Add. ibi, & lib. 3. cap. 6. num. 30. vbi D. Pardo, Gutier. lib. 3. pp. quæst. 66. & 67.*

28. El efecto de estas clausulas solo es para demostrar la entrada de las lineas, segun la naturaleza de las fundaciones: Ioann. Christof. *Suelves. conf. 5. num. 58. ibi: Vnde fit, quòd verba de vno en otro solùm operantur expressionem ingressus linearum cuiuslibet filii, exprimendo id, quod à iure, & natura maioratum inerat, hoc est, quòd succedat primogenitus, & sui descendentes, & in horum defectum secundo genitus, & sui descendentes, sicque de aliis.*

29. Luego estàn por Doña Maria las reglas, y así por ellas se ha de juzgar: *Quia res dicitur clara, quæ pro se regulam habet.* ex Bartol. & aliis D. Valenz. *conf. 83. num. 91.* Sino se demuestra lo contrario. *L. 1. cog. de condit. insert. D. Molin. libr. 3. cap. 4. num. 32. D. Castill. tom. 4. cap. 18. num. 10. & 45. D. Vela decis. 49. num. 52.*

30. Con limitacion tan clara, como la misma regla, *gloss. Verb. Creatum. Clem. Literas de rescript. D. Valenz. conf. 97. ex num. 216.* la que fuera solo la exclusion visible de Doña Maria. *L. 18. ff. de bon. poss. contra tabul. ibi: Certo enim iudicio liberi à Parentum successione removendi sunt.* *Luc. de Valdivia. 13 n 11*

31. Sin que baste esforzar la admission de Doña Antonia con argumentos, conjeturas, y ponderaciones. *L. 1. ff. Sitabul. testam. extar. ibi: Cùm ex coniectura non propriè scriptus videretur.* *Suelves. Centur. 2. conf. 5. num. 89. Anton. Monach. decis. florent. 46. num. 83. & 84.*

32. En que el entendimiento trabaje para entenderlo
D.

D. Valenz. *conf.* 83. *num.* 47. *ibi:* Quando ita de voluntate constat, quod intellectus non laborat in intelligendo, dicitur expresse declaratum. Por ser odiosa la exclusion de quien tiene la asisfencia del Derecho. *L. Cùm quidem. ff. de lib. & posth. Rox. de incompat. part. 4. cap. 2. num.* 8. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 27.

33. El que debe obtener, quando huviesse duda, ad text. in *L. 3. §. Cause cognitio. ff. de carbon. edict. ex D. Valenz. & aliis Add. lib. 3. cap. 4. num.* 32. Porque no se presume lo irregular, sino se prueba, ex D. Castill. & aliis. D. Larr. *decif.* 56. *num.* 9. *ibi:* Quia id, quod est à dispositione regulari maioratum discedere, non est naturale, sed accidens, idèdque non presumitur, nisi aperte probetur. *xxx de mai. p. 2 cap. 13 n. 38*

34. Y siendo la mas segura inteligencia de la voluntad, la que se educa de las palabras ex *L. Si alii. ff. de usus. legat.* D. Castill. *lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 20. No solo ha de probar Doña Antonia ser llamada, su qualidad, y el caso de su substitution; D. Castill. *tom.* 6. *cap.* 136. *num.* 68. D. Valenz. *conf.* 97. *num.* 116. D. Larr. *alleg.* 33. *num.* 33. sino la exclusion de Doña Maria, y que fue Doña Antonia la persona llamada, en quien se verifica, y por quien se puso la referida exclusion. Molin. *de ritu nupt. libr.* 3. *q.* 24. *num.* 105. D. Castill. *lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 59. *Non genericè, sed specificè ibid. vers. Secus tamen. l. i. c. et. xxx. ubi sup.*

35. Para esto supone la incompatibilidad, y en ella funda las tres calidades, y antes de desvanecerlas, se supone no aver llamamiento, y la palabra *segundo en grado*, que se añade, fue error en la copia de la fundacion de Oja-Castro, lo que instrumentalmente se justificò en el pleyto.

37. Suponese tambien, que Doña Maria de Zaldua, Abuela de los litigantes, sucedió en el de Baena desde el año de 661. en que murió Don Antonio Soriano su Padre, y en el de Oja-Castro desde el año de 688. en que falleció Doña Ana de Zaldua su Madre, y de este se le dió posesion en el mismo año, y por su muerte passaron ambos à Don Juan Alonso, y despues à Doña Maria Sebastiana.

37. Suponese tambien, que la clausula del de Baena, en que se supone lo incompatible, sic est: Sean obligados à hazerse llamar, nombrar, è intitular por sobre nombre, y apellido Baena, y Vega, y traygan en los reposteros, y otras partes nuestras armas, è insignias à la mano derecha, las de mi el dicho Pablo de Baena, y à la

quierda las de mi la dicha Doña Isabel de Vega. Y aunque por los casamientos, que le sucedieren à los llamados à este dicho Vinculo, pretendan poner las armas, è insignias en mejor lugar, ò tomar otro su apellido, que Baena, y Vega, y de industria hizieren lo contrario, queden esclusos de este dicho Vinculo, y bienes de èl, y passe al siguiente en grado.

38. Et postea: Item, que el dicho Miguel Sanchez de Baena, y los que despues de èl succedieren en este dicho Vinculo, antes que tomen la possession de èl, juren de guardar las Capitulaciones de esta escritura, y el que no lo hiziere, siendo requerido, quede escluso de este dicho Vinculo.

39. La de Oja-Castro sic: Item, es condicion, que dicha Doña Maria Ribadeneyra mi hija, y sus hijos, y descendientes, y successores en este dicho Mayorazgo, à quien fuere diferida la succession de èl, sean solamente usufructuarios de los bienes, y antes que tomen la possession de ellos, sean obligados à tomar, y traygan siempre las armas doradas de mi el dicho Juan Martinez OjadeCastro à la mano derecha, y se ayan de llamar, y llamen de mi apellido, y renombre de Martinez OjadeCastro, sin llamarse de otro apellido primero, porq̃ este mio han de preferir, y anteponer à otros, y si lo contrario hizieren, por el mismo hecho ayan perdido, y pierdan los bienes de este Vinculo, y Mayorazgo, y los aya, y succeda en ellos el successor, y persona, que tras de dicho inobediente aya de succeder con los dichos gravámenes, y condiciones, la tal persona, que por esta causa de no llamarse de dicho apellido de Martinez OjadeCastro, y traer las armas à la mano derecha oviere, y succediere en los bienes de dicho Vinculo, y Mayorazgo, sea obligado à llamarse, y tener el dicho apellido de Martinez OjadeCastro, y traer à la mano derecha las armas, sin anteponer otro apellido, como es dicho, sopena de perder el Mayorazgo, y bienes de èl, y que succeda el siguiente en grado por la misma orden, y esta se tenga, y guarde siempre por la dicha Doña Maria mi hija, y por los dichos sus hijos, y descendientes, y por los demás successores.

40. Esto supuesto, la incompatibilidad de los Mayorazgos no proviene de la disposicion de Derecho, por el que se permite el concurso, y succession de muchos. Rox. part. 1. cap. 1. num. 2. ex D. Castell. Valenz. & aliis D. Larr. decis. 51. num. 3. Cardin. de Luc. de fideic. disc. 13. num. 10. & 16. et in summo 18.

41. Ni la persuaden conjeturas, sino son evidentes, & necessariò cam inferant. D. Larr. ibid. D. Molin. lib. 3. cap. 2. num. 28. & ibi D. Pard. Mastrill. de Magist. tom. 3. decis. 266. num.

num. 20. D. Castell. cap. 180. num. 2. 14. 15. & 16. y menos si se deducen de otras, que son dos especialidades contra la L. 1. C. de dot. promiss.

42. Por el grave perjuizio de privar de la successión, L. Lucius. §. *Questitum*. ff. de leg. 3. ibi: *Respondi pertinere, nisi aliud sensisse Testatorem probetur*. L. Libertas. §. *fin*. ff. de marum. testam. ibi: *Nisi aliud sensisse Patremfamilias manifestis ratiombus probaverit*. L. Ex facto. §. 1. ff. de Vulg.

43. Y así se ha de estar solo a lo que se expresó. L. Nuptura. ff. de iure. dot. Surd. conf. 316. num. 18. Pues, lo que se omite, es exclusiva de la voluntad. L. Vnic. §. *Sin autem ad deficientis*. C. de caduc. toll. ibi: *Nam si contrarium volebat, nulla erat difficultas coniunctim ea disponere*. Et ibi: Bartol. & Bald. cap. Inter alia. de translat. Episcop. ibi: *Si circa translationem fieri voluisset, poterat exprimere*. Alex. conf. 158. vol. 6. num. 10. Mar. Cutel. tom. 2. decis. 40. num. 87.

44. Maxime por ser cosa especial, y notable, variar el orden regular de succederi prescripto con tanta repetición. L. Item apud Labeonem. §. 16. ff. de iniur. ibi: *Ea enim que notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta*.

45. Y así no se estiman tales conjeturas, ni es admisible su extensión. D. Molin. lib. 2. cap. 14. num. 30. ibi: *Si enim aliud voluisset, expresisset: Cum maioratus Institutor ulterius non processerit, non est cur ad preceptum, ex quo tantus rigor iniungitur, dispositionem Testantis extendamus*. En lo opuesto de lo literal. L. Si ancillas. 63. ff. de leg. 1. Pues se han de entender llanamente sin violencia, y como suenan las clausulas. L. 5. tit. 33. part. 7. por lo difícil de especular las causas, que tuvo el Fundador para omitir algunas especies, y explicar otras, Alex. conf. 101. num. 18. D. Castell. lib. 4. cap. 6.

46. Motivos, que hazen digna de la mayor reflexa la inspección de este caso, por ser muy diferente, que la incompatibilidad sea clara, o que se pretenda inferir de conjeturas. D. Castell. cap. 180. num. 15. ibi: *Verè tamen non ita facile incompatibilitas inducetur, aut duorum maioratum concursus impediri debet ob tacitam, & præsumptam, sicut ob expressam voluntatem*. Idcirco, quando ex coniecturis incompatibilitatem deduci, atque ex mente, sive ex rationis expressæ duorum maioratum concursum, aut unionem impedire contendamus, maxima cum deliberatione, & consideratione procedendum erit.

47. D. Molin. *dict.* cap. 14. num. 46. ibi. *Tamen si non difice amur, quoad penam privationis adversus successores huiusmodi preceptum non implentes maximo adhibito temperamento procedendum erit.* Ex pluribus. Add. ibi. Pues, aunque es así, que la incompatibilidad puede inferirse de conjeturas, vt docet D. Larr. *decis.* 51. num. 3. D. Castill. *tom.* 5. cap. 180. estas se han de fundar, en que el Fundador del Mayorazgo quiere proveer dos líneas, prohibir el concurso, que se ve solo de sus armas, y que esto lo expresse, y en esta expresión, que es el fundamento, se subtegan las conjeturas, en cuyo sentido lo resuelven D. Castill. vbi supra, *ex num.* 1. D. Larr. vbi sup. num. 19. 21. & per tot. *trunc. cap.* 33. n. 133.

48. Descendiendo, pues, á la dificultad de las clausulas puestas supra num. 37. 38. & 39. induce Doña Antonia por el precepto de nombre, y armas visible la incompatibilidad, que es Real lineal, que las disposiciones son condicionales, que está prohibido el concurso, impedida la adquisición, y excluido el derecho de elección, y todo respectivo al Mayorazgo de Oja-Castro, para que no pueda suceder en el Doña Maria.

49. Y porque el persuadirlo así tiene violencia, y mayor, que no ayá estos reparos para la sucesión del de Baena, quiere esforzarlo con la conjetura de la conservación de la memoria, que los deudos fuesen socorridos, que antes de la posesión sean usufructuarios, y con otros discursos sobre excluir la representación.

50. Y suponiendo, que no se causa incompatibilidad antes de diferirse la sucesión de dos Mayorazgos, y que no basta su concurso in habitu, sed in actu, vt late ex pluribus probat D. Larr. *decis.* 52. *ex num.* 14. *Rox. de incomp. part.* 7. cap. 6. num. 26. & ibi Aquil. y que solo puede constituirla en nuestro caso lo imposible de cumplir con los dos preceptos ad *L. Titia si nupserit. ff. de cond. & demonst.* *Rox. part.* 1. cap. 1. num. 45. & ibi Aquil. num. 27. D. Lar. *de vit. homin.* cap. 13. num. 37. D. Castill. cap. 136. num. 78. Card. de Luc. *disc.* 14. num. 10.

51. Todas las especies de incompatibilidad, que el estudioso desvelo ha descubierto en los mas clásicos, que tratan ex professo el assumpto, son de distinta classe, y ninguna de ellas equivalente, ni aplicable á las palabras de estas clausulas.

52. El precepto de armas, y apellido, regularmente se impone *vel simpliciter, vel ut deferatur sola, & sine mixtura*. D. Molina. *lib. 2. cap. 14. num. 30.* Add. *ibid. num. 26.* vbi D. Pard. D. Castill. *tom. 5. cap. 178. num. 18.* Ripol. *var. cap. 13. num. 303.*

53. En el primer modo es la disposicion de nuestros Fundadores, pues vna, y otra fundacion es regular, y de vna misma naturaleza, vt ait Card. de Luc. *disc. 13. num. 15.* Donde solo se registra vn precepto positivo de vsar de su apellido, y armas, con pena, en caso de contravencion, sin calidad exclusiva del concurso, ni otra, que impida el cumplimiento de ambas.

54. Mediante lo qual son compatibles, y pueden concurrir en vn successor. D. Molin. *vbi sup. num. 30.* ibi: *Ex quo fit, vt quando maioratus Institutor non adiecerit verbum Sola censendus sit, solum voluisse, vt maioratus successor nomen, & arma sua deferret, sive sola, sive cum alterius nominis, & armorum adiectione: si enim aliud voluisset, expressisset.... Quod adimplet maioratus Institutor preceptum, nomen, & arma deferendo, et si aliud nomen, & arma illis adiungat.* Add. & D. Pard. *ib. num. 26.*⁺

55. D. Lara de vit. homin. *cap. 13. num. 37.* ibi: *Sed si expresse non prohibuit, sed iussit, quod nomen, & arma principaliter deferat, etiam priori loco poterit cum alio nomine, & armis deferre, nisi alter maioratus eandem habeat clausulam.*

56. D. Castill. *cap. 136. num. 78.* vbi ex mente omnium *vers. Decimum.* ibi: *Quod scilicet Testator, qui simpliciter ita disposuit, nec immixtionem prohibuit sola nominis, & armorum delatione contentus fuisse videtur; aliàs namque, si mixtionem abhorreret, sive quod nomen, & arma sua sola deferret successor, facile illi esset, id exprimere, & quod non expressit, velle non presumitur. & vers. Item is.*

57. *Ex cap. 130. num. 18. in fin.* ibi: *Aliàs autem, & quando non adicitur preceptum specificè, quod arma sola absque aliorum immixtione portentur, possunt successores ferendo nomen, & arma Institutoris vnus maioratus immiscere simul aliud nomen, & arma, & habere, & possidere duos, & plures maioratus, & omnium Institutorum arma simul deferre.* Ex Thefaur. Pont. & aliis.

58. Gracian. *discep. cap. 645. num. 17.* ibi: *Idèd, si contingat concurrere duos maioratus, in quibus iubeantur simpliciter deferri nomen, & arma vtriusque Institutoris, successor poterit*

in utroque succedere, nomen, & arma utriusque deferendo, quia nullus ex eis disposuit, nomen, & arma sua sola esse deferenda.

59. Rox. part. 1. cap. 1. num. 39. ibi: *Nam si conditio, aut gravamen deferendi nomen, cognomen, vel armorum insignia in alterutro maioratu, qui concurrat, non sit appositum privative, sive negative, aut per contrarium medio carens, sed sincere, sive positive, tanquam diversum, vel contrarium per obliquum, tunc apud eundem successorum concurrere possunt duo, vel plures maioratus, in quibus iubeatur ab Institutore, deferre simpliciter nomen, cognomen, vel arma, cum non sint ex contrariis, quæ medium, vel mixtum non admittunt. Et ibi Aquil. num. 26. D. Valenz. conf. 69. num. 33. P. Molin. de inst. disp. 615. num. 6. & 7. Ripol. variar. cap. 13. num. 304. y es. expresso el Card. de Luc. discurs. 13. num. 17.*

60. Esta proposicion, como la mas segura, es recibida de los mas classicos, excepto Mier. à quien todos impugnan, y es conforme à la costumbre de succeder en los Mayorazgos de España, generalmente observada, de que deponen omnes relati: pues, aunque sea el fin la conservacion de la memoria, in delatione mixta etiam conservatur, vt omnes asserunt.

61. Y así imputense los Fundadores la omision de la palabra *Sola*, y de las demás exclusivas del concurso, y de el medio de cumplir con ambos; porque su silencio explica averse contentado con poner el gravamen simpliciter. P. Molin. vbi sup. ibi: *Et quia cum utraque forma in maioratum institutionibus consueverit poni, nempe, vt sola Institutoris arma, & cognomen assumatur sine alia admixtione, & vt assumantur arma, & cognomen, qui primum intendebat, sibi imputare debet, quod id non sufficienter expresserit. D. Molin. de primog. cap. 14. libr. 2. num. 30. D. Castill. cap. 136. num. 78. vide eius verba sup. num. 56.*

62. Por estos fundamentos no se adaptan à nuestro caso las doctrinas de Rox. Aguil. Castill. Lara, y otras, que cita Doña Antonia num. 6. 7. y 8. y en los demás de su Informe; porque solo hablan, quando adiiicitur verbum *Sola*, vel sine mixtura, ò está prohibido el concurso, ò si en ambos Mayorazgos ay calidad, que repugne el medio de cumplir con los dos preceptos.

63. Cita à Rox. p. 1. cap. 1. num. 45. ibi: *Idem dicendum erit, si in duobus maioratibus quilibet Institutor in suo portari arma principaliter ad dexteram, vel cognomen suum tanquam principale*

in primis ferri iubeat, quia vtrūque præceptum, cum idem contineat, quod simul non potest adimpleri.

64. De modo que es la razón, hallarse en vno, y otro, precepto de anteposición de apellido, y armas, lo que repugna el medio, motivo, porque no pueden concurrir en vn poseedor.

65. Aquil. ibid. num. 27. Quando in quolibet ex duobus maioratibus apponitur conditio portandi arma sola, vel sine aliorum mixtione (estas palabras omite) ea conditio sufficiens est, vt maioratus non possit cum alio coniungi. Cuya expresión no ay en nuestras fundaciones.

66. D. Castill. cap. 136. n. 78. ibi: Sed omisso verbo Sola dictum esset, quod nomen, & arma primo, & principali loco portarentur, aut quod alterius maioratus arma, & cognomen inferiori loco trahantur, alterius autem maioratus clausula id ipsum tantum fuerit, ita quod impossibile videatur vnius, & alterius maioratus arma primo, & principali loco portare.

67. Habla de igual calidad en ambos preceptos, como la del primero lugar, que repugna el medio, por lo que no son compatibles, y en este sentido hablan los demás, y el Sr. Lara dice. num. 37. ibi: Nisi habeat eandem qualitatem. Esto no se halla en nuestras fundaciones: luego no son del caso las doctrinas, ni con ellas prueba Doña Antonia su pretension.

68. No estamos en el caso de Rox. vbi sup. num. 48. ibi: v. g. Si Testator dicat per verba negativa, non succedat in hoc maioratu meo ille, qui alium quemlibet maioratum possideat, aut ille, qui in alio successerit, sed ille, qui alium non habeat.

69. Ni en el de Aguil. ib. num. 64. ibi: Nisi vocatio secundum maioratus ita concepta sit, vt alium successorem vocet, & eum excludat, quia alterum possideat maioratum, veluti si Testator vocet a los que no possyeren, u otro Mayorazgo tuvieren: vel ita, no entre este Mayorazgo en la persona, que tuviere otro. Et num. 3. ibid. Y si tuvieren otro Mayorazgo, se sepáren, no los pueda vno tener.

70. Ni en fundación, en que se niegue el llamamiento. D. Castill. cap. 115. num. 17. ibi: Nisi maioratus Institutor expressè dixerit, se ad eius successionem non vocare, nisi illum, qui prius hoc gravamen adimpleverit. O la adquisición. D. Molin. lib. 2. cap. 14. num. 12. vers. Ideoque.

71. Pues en todas estas especies es la razon la falta del llamamiento, ó averle limitado al caso de no poseer otro, exclusion del que le tiene, ó precepto de separarlos: nada de esto se halla en nuestras fundaciones, ni la palabra *Sola*, y *sin mixtura*, antes consta del llamamiento, y de un precepto solo positivo de el uso de sus apellidos, y armas, *in quo consistit essentia deferendi nomen, & arma simpliciter*, vt ait Rox. *part. 1. cap. 1. num. 39.* con permission expresa de su concurso, sin calidad negativa sobre adquirir Mayorazgos: luego son compatibles, y no fundan lo contrario dichos Autores, por lo diverso de los casos, en que hablan.

72. Ni obsta D. Lara *cap. 13. num. 37.* porque habla de preceptos de armas, y apellido en principal lugar en ambas fundaciones, lo que excluye el medio de cumplirlos ambos: fundamento, q̄ le obligò à resolver, que pueden concurrir, si en ambas no es igual el precepto, *ibi: Sed si expresse non prohibuit, sed inquit, quòd nomen, & arma principaliter deferat, etiam priori loco, poterit cum alio nomine, & armis mixte deferre, nisi aliter maioratus eandem habeat clausulam.*

73. En num. 40. dà la razón de lo resuelto en el caso de Don Gregorio Recalde, y Doña Agata de Coscojales, *ibi: Et in predictis daretur repugnantia, cum uterque maioratus requirat nomen, & arma deferri principaliter.*

74. En los mismos terminos habla Aguil. *diff. part. 1. cap. 1. num. 27.* *ibi: At in hoc casu, quando conditio portandi arma in loco principali apposta est, incompatibilitas provenit ex accidenti, non ex natura maioratus, & ideo cum alio coniungi potest, nisi habeat eandem conditionem.*

75. Para mas claridad, en exclusion de lo incompatible, y que conste, no conducen, ni lo prueban los AA. que cita Doña Antonia, distingue Aguil. en tres formas la incompatibilidad: Primò, quando maioratus absolutè, & ex natura sua, & conditione explicita repugnat concursum alterius, vt in *conditione ferendi nomen, & arma sola, & sine mixtura.* Sic *part. 7. cap. 4. num. 47. Lic. 2. Tit. 13 n. 17.*

76. Segundo, quando ex accidenti repugna el concurso, vt in *conditione ferendi nomen, & arma in loco priori, vel principali,* y entonces solum est incompatibilitas respectiva, & ex accidenti. Sic Aguil. *ib. num. 30. & part. 1. cap. 1. num. 27. Lic. 2. in summ. ex n. 76.*

77. Tercio, quando los Fundadores habent se negativè ad acquisitionem, no llamando al que tiene Mayorazgo, ò llamando al que no le tiene solamente. Aquil. *part. 7. cap. 4. num. 64.* Rox. *ibid. num. 48.* D. Castell. *cap. 115. num. 17.* D. Molina. *lib. 2. cap. 14. num. 12.*

78. En estos modos no disponen nuestros Fundadores: No en el primero, porque non datur verbum *Sola*, & *sine mixtura*: No en el tercero, porque es visible el llamamiento, en el qual se funda el derecho de la adquisicion, y esta no se prohibe.

79. Ni en el segundo, porque la incompatibilidad es respectiva, y ha de resultar de el accidente, de que el Possedor tenga Mayorazgo con igual calidad de primero, y mas principal lugar. Sic Aquil. *dict. part. 1. cap. 1. num. 27.* Lara *dict. cap. 13. num. 37.* Rox. *ib. num. 45.* D. Castell. *cap. 136. num. 78.* porque sino la tiene, no son incompatibles, vt idem D. Castell. D. Lara; Rox. & Aquil. citati; sed sic est, que en nuestras fundaciones non adest verbum *Sola*, ni es el precepto en ambos de anteposicion de apellido, y armas, ò de el primero, y mas principal lugar, ni ay otra, que repugne el cumplimiento de ambos preceptos: luego son compatibles estos Mayorazgos.

80. Oponc Doña Antonia *num. 9. & seqq.* que el Fundador de Baena mandò, que vsassen *solo* sus apellidos, y que *no pudiesen* tomar otros, y lo mismo en las armas, y con esta suposicion *num. 12.* funda lo incompatible con Rox. y Aquil. en las dos especies de armas, y apellido, non solum ex accidenti, sed ex natura sua; porque con la palabra *Sola* prohibiò el concurso de otro Mayorazgo, con precision de armas, y apellido.

81. Si las fundaciones tuviesen la palabra *Sola*, ò *sine mixtura*, ò se prohibiesse el concurso absolurè, ò mandasse no tomar otro apellido, y armas, fundara bien Doña Antonia con Aquil. lo incompatible ex natura sua; es assi, que no ay tales expresiones: el de Baena, ibi: *Y aunque por los casamientos: pretendan poner las armas en mejor lugar, ò tomar otro su apellido, que Baena, y Vega, y de industria hizieren lo contrario, queden exclusivos.*

82. El de Oja-Castro, ibi: *Sin llamarse de otro apellido primero, porque este mio han de preferir, y anteponer à otra.* Et ibi: *Y*

traygan las armas à la mano derecha. Vbi nè est. verbum *Sola*, prohibito concursus, ó igual calidad en ambos sobre anteposición: Luego neque ex natura sua, nec ex accidenti son incompatibles. Aquil. part. 7. cap. 4. num. 30. y 47. & part. 1. cap. 1. num. 27. vbi Rox. & omnes.

83. Por las dos especies de armas, y apellido discurre Doña Antonia, y por el mismo orden se excluirà lo incompatible.

84. En quanto à apellido, no dize el Fundador de Baena, que en el caso, que por los casamientos tomassen otro apellido, les excluye de la succesion del Mayorazgo, que esta sería prohibicion absoluta del concurso; solo dispuso el modo de usar sus armas, y apellido en oracion perfecta. Y despues en otra, ibi: *Tanque, &c.* buelve à mandar, que los usen, aunque adquieran otros, ibi: *O tomar otro su apellido, que Baena, y Vega,* manifestando en las palabras, que *Baena, y Vega,* que su voluntad se terminò, à que no los dexassen por otros.

85. Que este sea el sentido mas natural de la clausula se prueba. Primò, porque pudiendo, no excluyò absolutè, & expresse el tomar otros apellidos, ni Mayorazgos, siendo tan facil, *ad text. in L. Vnic. §. Sin autem. C. de cad. toll. D. Molin. lib. 2. cap. 14. num. 30.* luego fue limitada la voluntad, à que no dexassen los suyos.

86. Secundò, por la causal de los casamientos, pues tuvo presente, que era medio de adquirir apellidos, y no los prohibe excluyendolos, sino que repite el uso de los suyos: luego no fue la mente excluir al que usasse los adquiridos, si al que dexasse los de Baena, y Vega: porque si lo fuese, al repetir el precepto sobre el uso de estos, quando podia aver otros, prohibiera el uso de ellos, lo que no hizo.

87. Terriò, por la expresion de privarles en caso, que de industria hiziesen lo contrario, y no en otro (que es digno de la mayor reflexa) pues no siendo culpa el usar otros apellidos, antes si hecho configuiente à los casamientos, solo castiga la malicia de no tomar los suyos, y por esto puso la palabra de *industria*, en que manifestò, que el dexar sus apellidos sería lo culpable, pues no lo era, ni podia serlo, el usar otros, ni explico, que fuese culpa el usarlos todos, respecto de que no lo prohibió.

88. Confirmase, porque el Fundador puso claro el precepto del uso de su nombre, y armas, *claus. supr. num. 37.* y después previno con la palabra *quàmvis*, lo que se debía hacer, quando se adquiriesen otras por casamientos, que era el caso dudoso, y dixo usen mis apellidos, aunque por los casamientos adquieran otros, que es la naturaleza del adverbio *quàmvis* explicar, que lo dispuesto se practicasse tambien en el caso mas dudoso, que era el de adquirir otros apellidos. Sic Barbof. *dict. Quàmvis. ex Gutierr. Cened. & aliis.*

89. Quarto, para que la mente fuesse solo el uso de sus apellidos, pudo añadir la palabra *Sola*, ó *sin mixtura*, prohibir el concurso absolútè, vel respectivè, ó mandar, que no tomassen otros. Esto no consta sino de assercion positiva, ibi: *O tomar otro su apellido, que Baena, y Vega, y de industria, &c.* que equivalen à estos, ó *tomar otro su apellido, dexando el de Baena, y Vega*, pues la industria, ó culpa solo pudo terminarse al hecho de dexar estos, y no es natural se termine à el usarlos todos: luego fue la voluntad admitir otros, porque solo previno la exclusion para el caso de dexar los suyos.

90. La razon es, porque non fuit appositum cum exclusione absoluta, nec negativè, sed positivè, que admite el medio de usarlos todos. Rox. *part. 1. cap. 1. num. 39.* ibi: *Nam si conditio, aut gravamen deferendi nomen, cognomen, vel armorum insignia, in alterutro maioratu, qui concurrat, non sit appositum privativè, sive negativè, aut per contrarium medio carens, sed sincerè, sive positivè, tamquam diversum, vel contrarium per obliquum, tunc apud eundem successorem concurrere possunt duo, aut plures maioratus.* Que no puede ser mas en terminos, à vista de que no se excluye el adquirir otros, y de que es medio el usarlos todos, lo que no resiste la voluntad.

91. Quinto, si el animo fuesse excluir otros apellidos, sería ocioso añadir las palabras, que Baena, y Vega, y de industria, y no juzgandose superfluas las palabras en la disposicion neque in vna syllaba. Bald. in *L. 1. ff. Quod met. caus. D. Valenz. conf. 113. num. 84. & conf. 187. num. 46.* D. Castill. *lib. 4. cap. 6. num. 39.* ibi: *Imò, & in minimo etiam verbo testamenti consistit magnus effectus.* Sed vt aliquid operentur, ad text. in *L. Aliquando. vbi Bart. ff. de legat. 1. D. Valenz. conf. 63. num. 12.* se infiere, que las puso con el fin de que no los dexassen por otros, porque sobran, si la mente fuesse excluirlos todos;

Handwritten notes in the left margin, including:
 1. 1121
 2. 1122
 3. 1123
 4. 1124
 5. 1125
 6. 1126
 7. 1127
 8. 1128
 9. 1129
 10. 1130
 11. 1131
 12. 1132
 13. 1133
 14. 1134
 15. 1135
 16. 1136
 17. 1137
 18. 1138
 19. 1139
 20. 1140
 21. 1141
 22. 1142
 23. 1143
 24. 1144
 25. 1145
 26. 1146
 27. 1147
 28. 1148
 29. 1149
 30. 1150
 31. 1151
 32. 1152
 33. 1153
 34. 1154
 35. 1155
 36. 1156
 37. 1157
 38. 1158
 39. 1159
 40. 1160
 41. 1161
 42. 1162
 43. 1163
 44. 1164
 45. 1165
 46. 1166
 47. 1167
 48. 1168
 49. 1169
 50. 1170
 51. 1171
 52. 1172
 53. 1173
 54. 1174
 55. 1175
 56. 1176
 57. 1177
 58. 1178
 59. 1179
 60. 1180
 61. 1181
 62. 1182
 63. 1183
 64. 1184
 65. 1185
 66. 1186
 67. 1187
 68. 1188
 69. 1189
 70. 1190
 71. 1191
 72. 1192
 73. 1193
 74. 1194
 75. 1195
 76. 1196
 77. 1197
 78. 1198
 79. 1199
 80. 1200

dos; y mucho mas la palabra de *industria*, que solo conduce al hecho de dexar los de el Fundador.

92. Sexto: la disposicion principal fue, que se usassen sus apellidos, y sus armas, à la derecha. Y luego dize: y aunque por los casamientos, que les succedieren, à los llamados à este dicho Vinculo, pretendan poner las armas, è insignias en mejor lugar, ò tomar otro su apellido, que Baena, y Vega, y de industria hizieren lo contrario, quedan exclufos de este dicho Vinculo.

93. Luego la proposicion contraria es, y debe ser el poner las armas en mejor lugar, que el prefuido de la derecha, no tomar sus apellidos, ò dexarlos por otros; pues el tomarlos todos, no es lo contrario directo, sed *diversum per obliquum*; vt Rox. *ibid. num. 139.*

94. Contrario solo es no usar los de el Fundador, diverso es usarlos todos; es assi, que se limitò la exclusion à el caso contrario: luego no siendo lo el usarlos todos, sino el no usar los suyos, solo en este caso es la exclusion; luego se cumple con el precepto, pues no dexa los de el Fundador el que usa tambien de otros. D. Molin. D. Castill. & omnes.

95. Y debiendose estar al proprio, y mas natural sentido de las palabras. Cyriac. *controv. 584. num. 39.* Gracian. *cap. 78. num. 29.* en el qual se juzga habló el Fundador. *L. Si servus plurium. ff. de legat. 1.* D. Valenz. *conf. 67. num. 170.* y siendo lo natural, que la disposicion se entienda regular. D. Larr. *decif. 56. num. 9.* en este modo se declara la mente sin violencia, y en otro sería suponer lo que no quiso, ni dixo el Fundador, y constituir el Mayorazgo irregular.

96. Mas: en lo incompatible posito vno ex contrariis alterum destruitur; Rox. *part. 1. cap. 1. num. 36. & 37.* D. Molin. & omnes; sed sic est, que por el uso de los apellidos, que se adquieren, no se impide el uso de los del Fundador: luego el caso contrario, en que excluye, no se refiere à el uso de los adquiridos, sino al hecho de dexar los suyos, y lo confirma el no aver el verbo, *solos*, ò la exclusion absoluta.

97. A que se llega, que las palabras si lo contrario hizieren, son relativas à la oracion, en que principal, y perfectamente se dispuso el uso de los apellidos, no à la accessoria, en que se habla de adquirir otros, en q̄ nada es dispositivo, y antes quedò la oracion imperfecta: luego el caso contrario será el no usar los del Fundador, que fue lo principal del precepto.

cepto, á lo qual, y no á lo accessorio, se refiere siempre la disposicion.

98. Es texto expresso la *L. fin. §. Titia. ff. de liberat. legat.* ibi: *Titia, quæ duos Tutores habuerat, ita cavir, rationem tutela mee, quam egit Publius Mævius cum Lucio Titio, repeti ab eo nolo.* y resuelve el Juris Consulto, que aunque es mas proxima la palabra *Lucio Titio*, verbum *Ab eo* ad eum non refertur, sed ad *Publium Mævium*. Y dá la razon *Bald. ibid: Quia verbum* ab eo, quod est relativum, debet referri ad id, quod est principale, non ad accessorium, que es terminante. Sequitur *Ruin. conf. 131. num. 2. & §. maxime*, porque el relativo no tiene virtud para extraer de lo regular el orden de suceder, y así se entiende. *L. fin. §. Titius. ff. de vulg. Paris. conf. 21. num. 28. Menoch. conf. 191. num. 21. & 23.*

99. Septimo, porque en vna misma oracion, y baxo de vn mismo concepto dize: *Pretendan poner las armas en mejor lugar, ó tomar otro su apellido, que Baena, y Vega*, sed sic est, que en quanto á las armas admitió el concurso de otras por el comparativo *mejor*, que supone el positivo, y son correlativos, que no pueden estar vno sin otro, ad text. in *L. 2. ff. Qui potior in pign. hab. L. Vbi autem. §. 2. ff. de V. o.*

100. Luego en quanto á el apellido admitió el concurso de otros. *Cyriac. contrav. 585. num. 7. ibi: Præterea, quando oratio est imperfecta, & regitur ab vno verbo posito in fine orationis, tunc qualitas, seu conditio vni rei adiecta afficit etiam aliam contentam in eadem oratione, maxime, quando coniunguntur per modum continuati sermonis. Casanat. conf. 15. num. 54.*

101. La razon es, porque lo dudoso se entiende por lo que claramente se dispuso en otra parte de la disposicion. *L. Qui filibus. ff. de legat. 1. Mantie. de coniect. lib. 3. tit. 9. num. 3. D. Valenz. conf. 63. num. 171.* y regido de vna razon omnia pariformiter determinantur. *D. Valenz. conf. 83. num. 138.* Entendiendose, que dispuso en el apellido en el mismo sentido, que habló en quanto á las armas; *D. Valenz. conf. 97. num. 35. quia æquiparantur. D. Valenz. conf. 94. num. 43.*

102. Luego si en ellas permitió el cócurso de otras, se sigue, que lo admitió tambien en el apellido, para lo que es fundaméto dezir *Doña Antonia n. 14. q. apellidos*, y armas son sinonimos, y que se ha de juzgar lo mismo del vno, q. del otro.

103. Y no sirven conjeturas de la voluntad, quando está

està clara la disposicion. *L. Ille, aut ille. ff. de legat. 3.* ibi: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio:* porque la evidencia destruye las conjeturas. *L. 138. §. Cum ira. ff. de V. o. D. Larr. decis. 33. num. 60. in medio.* ibi: *Quid enim opus est coniecturis, ubi tam manifesta verba sunt?* Ni es de creer, que el Fundador quiso corregirse in continenti, queriendo, y no queriendo el concurso de otros, negandolo en el apellido, y admitiendolo en las armas. *L. Si quando. C. de inoffic. test. cap. Eccles. Extra. de elect. L. Non de ea. ff. de cond. & demonst.*

104. Finalmente, quando no fuesse tan natural, y conforme à la mente de el Fundador, y à lo que explicò este sentido, y quiera Doña Antonia constituir dudosa la disposicion, en duda se està à la regla, que permite el concurso de Mayorazgos, sin extraer la voluntad de lo regular. *Paris. conf. 19. num. 207. D. Larr. decis. 51. num. 3. Cardinal. de Luc. de fideic. disc. 13.*

105. Y las conjeturas, que à esto se arreglaffen tendràn mas eficacia, y por ellas se ha de interpretar. *D. Valenzuel. conf. 97. num. 70. & 194.* y contrapesadas las que se oponen, vencen las que admiten el concurso; porque las fundan las clausulas, ibi: *En mejor lugar. vt dixi num. 99. & ibi: Y aunque por los casamientos pretendan poner,* en que no se prohibe la adquisicion, pues dichas palabras se terminan à la intencion, y practica de colocarlas, que conduce à lo executivo, y no à lo dispositivo, & ibi: *Y que de pequeñas donaciones se vienen à hazer grandes vinculos,* que no es verosimil sin la vnion de otros Mayorazgos; cuyas expresiones totalmente excluyen la incompatibilidad presumpta, que se figura, y admiten expressamente el concurso.

106. Y las conjeturas, que se oponen, son violentas, y no inferen per necessè la prohibicion del concurso, que son la de la memoria, y que los deudos sean socorridos, y aquella, vt dicitur, se conserva mixtim deferendo. Y esta solo mira à los alimentos, *maximè,* porque no es verosimil, que siendo tan corto el Mayorazgo, y queriendo el Fundador su aumento, se implicasse en los fines, y disposicion con lo incompatible, que lo impedìa. *Rox. part. 7. cap. 1. num. 27. Card. de Luc. disc. 13. num. 19.*

107. Demàs que las conjeturas, con que se arguye, se oponen à lo literal, en que se admite el concurso, y no quiso destruir.

*all. d. d. 122 n
1002. l. d. d. 111
10. d. d. 111
Coniecturae in
se conueniunt
cum est in me
raba. repugnans*

truirlo el Fundador, porque puso la palabra *mejor*, y no quiso poner la palabra *Sola*, ni otra exclusiva de él, y como disposicion penal strictè debet interpretari. *L. 24. ff. de lib. & posth. Peregrin. de fideic. art. 22. num. 60. & 61. D. Valenz. conf. 160. num. 55. & 56. Rox. part. 4. cap. 2. num. 8. D. Larr. decif. 51. num. 2. & quanto minus gravet honoratum, que lo fue la linea primogenita. D. Castill. cap. 84. num. 31. D. Valenz. conf. 69. num. 34.*

108. La razon, que pudo tener, fue, que adquiriendo Mayorazgos, no solo se conserva, sino que se adelanta el lustre, y esplendor de las casas, y familias. *L. Quisquis. §. Filiis. C. ad L. Iul. Maieft. Casanat. conf. 57. num. 33. Capic. Latro decif. 192. num. 2. Menoch. conf. 116. num. 2. ex plurib. D. Valenz. conf. 40. num. 12. & conf. 156. num. 94. D. Molin. lib. 1. cap. 11. num. 4. y esto es de creer lo quiso el Fundador, como lo mas verosimil. D. Valenz. conf. 103. num. 18. & conf. 130. num. 53.*

109. Y por esto advertidamente se omitió la palabra *Sola*, y otras exclusivas de el concurso, que impidiera el aumento del lustre de su casa, y successores, por el que respondiera el Fundador, si se le preguntasse. *gloss. in L. Tale pactum. §. fin. ff. de pact. ibi: Et nota id esse statuendum de iure, licet non sit statutum, quod verosimile est, statuendum fuisse, si hoc quasitum esset. D. Valenz. vbi sup. D. Molin. in lib. 1. cap. 13. num. 90. D. Castill. cap. 91. num. 55. Mier. 2. part. in princip. num. 136. Rox. part. 7. cap. 1. num. 27.*

110. Lo insubstancial de las conjeturas, en que fundan la prohibicion del concurso, se demuestra, en que para esforzarlas añade Doña Antonia *num. 9 & seqq.* à las clausulas las palabras *solo Batreá, y Vega*, no han de tomar otro su apellido, y que solo ayan de usar sus armas solas, & *num. 32.* no puedan tener otro su apellido, que Baena, y Vega, *num. 37. & 41.* no puedan. Y luego por discurso (sobrando lo literal, si lo huviesse,) passa à inferir prohibido el concurso de otros apellidos.

111. Lo que es extraño, y desestimable, porque si para fundar derecho se han de suplir, y aumentar palabras, esto no será interpretar, sino hazer de nuevo la fundacion de el Mayorazgo. *Cyriac. controv. 522. num. 87. ibi: Et talis interpretatio non est explicatio mentis Testatricis, sed est facere testamentum pro ea, quia id non dixit. Et in interpretanda voluntate defuncti, non licet sup-*

supplere verba, sed scriptura testamenti servanda est.

112. D. Castill. tom. 4. cap. 7. num. 26. in fin. ibi: *Et mens Testatoris, quando est prasumenda, ita colligenda est, vt nihil supplendum sit, aliàs si quid est supplendum reuicitur mens, & attenduntur verba.* Y si esto fuera facultativo, también Doña Maria Sebastiana dispusiera la clausula à su modo, vt ratiocinatur Cyriac. *ib. n. 89.*

113. De que resulta, que quando no constasse tan claro el permiso de el concurso, y se huviessen de atender las conjeturas, vencen en duda las que dexan regular la sucesion, y permiten la junta de Mayorazgos, vt dixi num. 40. y debe obtener Doña Maria, que funda de Derecho, y por la voluntad fue preferida. Ex D. Valenz. *conf. 97. num. 216.* D. Pard. ad D. Molin. *lib. 3. cap. 4. num. 32.* ibi: *Quod fundans de iure, non solum obtinet in casu claro, sed in dubio.*

114. Y no Doña Antonia, aunque se figure llamada. Micr. 2. part. cap. 7. num. 10. ibi: *Debet ille in successio. e preferri, qui secundum iura, & dispositionem Testatoris vocatus apparet, & est anteposendus ei, qui solummodo ex dispositione Testatoris vocatus est, refert Aquil. part. 4. cap. 1. num. 22.* que esto no se halla, ni por conjeturas.

115. A lo que no obsta la objeccion, que se haze con el motivo de la palabra *suus*, pues no se niega, que fuese relativa à los apellidos, que se adquiriessen, solo si, que su efecto sea prohibir su adquisicion, quando la clausula no dize, que no puedan tomar otro su apellido, & sic negatiue, sino que por assercion positiva dize, *ò tomar otro su apellido, que Baena, y Vega,* vbi verbum *Suus*, relativo à los que se adquiriessen, con la particula que demuestra, que el vsar otros no avia de ser dexando los suyos, como lo avia mandado antes: Ex L. *Cum Pater. §. Hereditas. ff. de legat. 2. Peregrin. art. 2. 1. num. 40.* Menoch. *conf. 215. à num. 51.*

116. Maximè en materia penal, y exclusiva: D. Pardo *ib. num. 36.* *Quod in materia privativa, vel exclusiva id, quod non est expressum, privationem, vel exclusionem non inducit.* D. Castill. cap. 84. num. 31. & cap. 180. num. 30. & tom. 3. cap. 15. num. 22. & 23. ibi: *Exclusio namque non debet subintelligi, que in verbis dispositionis non reperitur expressa::: maximè contra eos, qui antea, atque in eadem dispositione vocantur expressim.*

117. Y concurriendo, que aunque el Vinculo de Oja-Castro tiene la calidad de anteposicion de apellido, no se ha-

*Doña Antonia
ib. n. 104*

halla en el de Baena, ni tiene otra equivalente; que imposible el medio de cumplir ambos preceptos, queda destruida la supuesta incompatibilidad, y satisfechas las objeciones, que la arguyen por el precepto de el apellido.

118. En quanto á el de las armas tampoco son incompatibles estos Mayorazgos, pues en los dos es el precepto, que las traygan á la derecha, y ninguno previene se antepongan á otras, ni el primero, ó principal lugar en el sitio de la derecha, calidad, que puesta en ambos, constituyera lo incompatible, *vt diximus supr. num. 63. & seqq.*

119. Ni se manda, que las usen solas, ó sin mixtura, ni prohíben al successor, que use otras, solo privan á el que no las usasse á la derecha: luego pudiendose traer muchas, y mezcladas, *ex Baldo, & aliis Moren. de Varg. disc. 21. num. 5. & 7. & diximus supr. num. 54. cum D. Molin. & aliis, lo que conduce á la ostentacion de los linages, pues entre los antiguos se tuvo siempre por mas calificado, el que podia poner mas timbres, y estatuas de sus mayores. Alex. dier. genial. lib. 5. cap. 24. Casan. Catal. glor. mund. part. 1. confid. se cumple con los dos preceptos.*

120. Y como no se falte á ellos, es permitido segun las fundaciones; es así, que en el sitio de la derecha ay superior, é inferior lugar, y no distinguen los Fundadores el que deba usar el successor: luego cumple con situarlas á la derecha, aunque en este sitio arbitre para las vnas el preeminente lugar; porque es facultativo, quando no ay tal expresion. *Varg. ib. num. 7.*

121. Si el precepto fuesse colocar en el sitio superior de la derecha las armas, fuera incompatible con Mayorazgo, en que huviesse igual precepto; pero no lo seria, si el otro Fundador mandasse poner las armas á la derecha simpliciter, porque en ella ay sitio, aunque inferior, pero no extraño, respecto de no prevenir, que fuesse el superior, y contentarse con el de la derecha, y así no es igual la calidad, y por esto cessa lo incompatible.

122. Cuya distincion hizo al señor Castillo, *cit. sup. num. 66.* entre superior, é inferior lugar, para discurrir lo incompatible por lo igual de la calidad en ambos preceptos. *Cum D. Larr. Rox. & Aquil. ibid. num. 72.* es así, que los Fundadores no se previnieron con el superior lugar en la derecha

cha, que no es negable, que en ella le puede aver inferior, ni que se puedan vsar tantas armas, como Mayorazgos possea el succesor, vt Varg. ib. sino ay la palabra *Solas*, y que en este caso le es facultativa su situacion, vt ibi asserit: luego no son incompatibles, porque no repugna, que se coloquen todas en la derecha, en superior, ò inferior lugar, pues no se especificò, qual de ellos avian de tener.

123. La razon es, porque de colocar las vnas en el sitio de la derecha, non sequitur precisè non posse alia apponi in eodem loco, neque quòd ex positione vnius alterum tollatur. *ad gloss. in L. Sed etsi pupillus. §. penult. ff. de inst. L. Aucilla. ff. Pro suo. Bald. in L. Vnic. C. Si seruus export.* En fuerza de que no es igual la qualidad, de que se prefieran en la vna, y otra fundacion, lo que fuera imposible; pero no, si un Fundador lo mandasse, y el otro; que tampoco se halla en alguna.

124. Oponese num. 13. que el Fundador del de Baena, no permitio otras armas, que las de Baena à la derecha, y las de Vega à la izquierda, en escudo en pal de dos quarteles: fundalo en dezir, que la palabra à la diestra no supone, que se puedan vsar otras armas, porque fue preciso vsar de este termino, por dezir respecto à las armas de Vega, que se avian de poner à la izquierda, y assi no se puede hazer consecuencia en esta forma; pidiò las de Baena à la diestra: luego en otro lugar permite otras qualesquiera; porque esso fuera bueno, quando no se terminara con respecto à otras, porque siempre la palabra à la mano diestra dize relacion al termino, à que se contrae.

125. Responde, que aunque el discurso es confuso, y no concluye, lo que quiere probar sobre exclusion de otras armas, con su mismo fundamento se conuençe; porque la palabra à la diestra comparatiuè prolata ad rem, & locum, cui comparatur, restringitur. *Abb. cap. In literis de restit. spoliat. ex num. 4. Socin. Iuu. lib. 1. conf. 67. num. 19.*

126. Y supone el positivo de la siniestra, cui comparatur. *L. Vbi autem. §. 2. ff. de V. o.* luego no siendo comparatiua en exclusion de otras, que no expresò, se restringe à las de Vega, porque solo estas postpuso, y les diò sitio, que no à, ni niega à las demàs.

127. Y como la razon es la que limita la voluntad. *L. Item eorum. ff. Quod cuius vni no L. Siquis domum. §. Quod tamen. ff. locat. Peregr. de fideic. art. 14. num. 22. D. Molina. lib. 1. cap. 5.*

num. 9. D. Castill. cap. 169. num. 30. y esta fue preferir las de Baena à las de Vega, que es el termino, à que se contrae (y el fundamento contrario) *ad text. in L. Vtrum. ff. de assign. libert. se restringe à ellas, quia verba intelliguntur, quo respectu prolata sunt. dict. L. Item eorum. L. Restituta. ff. ad S. C. Trebell. y no conuençe, ni se estiende à la exclusion de otras, aunque possit tacitè subintelligi, que no consta. Cyria. controvers. 653. num. 3.*

128. Y à ser otra la mente, no se huiera contentado con preferir las de Baena à las de Vega, sino que huiera mandado se prefiriesen à todas, ò prohibiera su concurso, y no aviendolo hecho, se infiere, que no quiso, y cessa la conjetura, en que funda la objeccion Doña Antonia, *vt supr. num. 45. dixi ex D. Castill. D. Molin. & aliis.*

129. Podrà dezir Doña Antonia, aunque no lo oponen su papel, que la clausula dize, *poner las armas en mejor lugar*, para arguir la exclusion de otras en el mejor lugar.

130. A que se satisface con la solucion dada *sup. num. 99.* pues la palabra *mejor* vtì comparativa se refiere à su positivo, y este fue el sitio de la derecha, en que mandò el Fundador colocar sus armas. Y aunque es constante, que de tres lugares el de en medio es el mejor, Casan. *Catalog. 2. Mund. 3. part. conf. 31. vers. Tu dic.* y que en la derecha puede aver superior, è inferior lugar, como no fue la mente dár à sus armas superioridad absoluta, sino limitada, y respectiva à las de Vega; solo dixo el mejor lugar comparado à el de la derecha, que prefiniò, y no relativo al de en medio, ni otro preeminente lugar en la derecha.

131. Es asì, que el que pone otras armas en el mismo sitio de la derecha, no las pone en mejor lugar, este es el que se estableciò, y no otro mas principal; en el puede aver superior, è inferior lugar, y en la siniestra pueden situarse las paternas, ò maternas, à que no obliguen los Mayorazgos, *vt Varg. ibid. num. 7.* luego se cumple con poner las de vno, y otro en la derecha, que fue el termino de la voluntad.

132. Ni la diestra se tiene por el superior lugar, antes entre los Romanos lo era la siniestra. *ex Anton. Nebrissens. Casan. in Catalog. 3. part. 2. confid.* Ni la colocacion en ella se tiene por el inferior, *vt ex pictura D. Petri, & Pauli in Bullis colligitur. Gracian. discept. cap. 106. ex num. 40. Hieron. Gonz.*

in reg. 8. Chancill. gloss. 1. num. 33. & gloss. 1. n. 36. Casan. vbi sup. part. 3. conf. 2. & 31. Ni la diestra es el mejor lugar ad illud Plalm. Sede à dextris meis. Matth. 26. Amodo videbitis Filium hominis sedentem ad dexteram virtutis Dei. & pluribus locis Sacrae Scripturae, por la igualdad en todo de las Divinas Personas.

133. A que se llega, q̄ el Fundador de Oja-Castro no mandò vlar sus armas en el mejor lugar, y no siendo igual la calidad en ambos, ô aviendo medio de cumplirlas con la situacion à la derecha, cessa lo incompatible, *vt diximus sup. n. 72.*

134. Oponese, que el Fundador de Oja-Castro mandò se antepusiesse su apellido, y que se ha de entender lo mismo de las armas, porque son synonymos.

135. Responde, que la disposicion fue discretiva, porque tres vezes repite la preferencia de el apellido, *ibi: Sin llamarse de otro apellido primero, & ibi: Porque este mio han de preferir, y anteponer à otro, & ibi: Sin anteponer otro apellido.*

136. Las mismas repite el vfo de sus armas, y en ninguna dispone de su preferencia à otras, *ibi: Y traygan siempre las armas de mi el dicho Juan Martinez Oja-Castro à la mano derecha, & ibi: Y traer las armas à la mano derecha, & ibi: Y traer à la mano derecha las armas.*

137. Sed sic est, que en las disposiciones discretivas vnum non includitur sub altero, *Bald. conf. 786. n. 1. ni se dà extension del caso expreso al omitido. L. Et si quis. §. Divus. ff. de relig. & sumpt. fur. Auth. de non eligendo. §. Cum igitur. collat. 1. antes explica diversa voluntad. D. Greg. Lop. L. 21. tit. 1. part. 6. gloss. 1. Mar. Cutel. decis. 40. num. 87. ibi: Que discretiva dispositio, & diversus modus loquendi, diversitatem voluntatis apertissimè demonstrat, nam si vbi voluit expresit, vbi noluit omisit, manifesta redditur voluntas noluisse repetere.*

138. *Alex. conf. 158. vol. 6. num. 10. ibi: Qui incerto casu sibi providit, videtur velle in casu omisso provisionem cessare.... Imò in casu non expreso, videtur potius voluisse contrariam dispositionem sibi locum vindicare.* Luego no quiso para las armas la anteposicion, que previno para el apellido. *ibi: vbi sup.*

139. Ni es argumento lo que fundamos, de que por admitir el apellido concursò de otros, se admite en las armas, y que así por la anteposicion de el apellido se han de anteponer las armas; porque la diferencia està, en que allí queda la succession regular, y así se ha de entender, pero aqui

aquí se constituyera irregular, vt dixi *supr. num. 95.* nec datur extensio, nec relatio de casu regulari ad irregularem. *L. fin. §. Titius. ff. de vulgar. Menoch. conf. 191. ex num. 21. Paris. conf. 21. ex num. 28. lib. 1.* y como quiera, que sea, aunque se antepongan armas, y apellido de Oja-Caltro, esto no se opone al uso de el fircio, que mandò el de Baena, vt dixi *ex num. 130.*

140. Ni obsta dezir, que son synonymos, pues, vt ait Ambros. Calep. es quando eadem res sub diversis nominibus explicatur. y apellido, y armas sunt res distinctæ; y se prueba, de que à vn apellido pueden corresponder diversas armas, y al contrario, vt Moren. de Varg. *disc. 18. num. 4.* Luego no dicen vna misma cosa.

141. A que se llega, que à las armas se aumentan los timbres acrecidos, lo que no puede demostrar el apellido, y aunque este es el demostrativo del linage, solo el mayor lleva las armas, y los hermanos con alguna diferencia, vt Moren. de Varg. *cit. ait.* Luego no son synonymos.

142. Y el no aver puesto en las armas lo que el Fundador previno sobre anteponer su apellido, sería, porque este es notorio à todos, las armas se ocultan à muchos, y por no ser tan publicas, no quiso prevenir la calidad de preferencia, ad text. in *Lg. 1. §. Sed & siquis. ff. de carbon. edict.* y no teniendo el de Baena, se excluye por todos medios lo incompatible, porque puede cumplirse el vno, y otro precepto.

143. No dando de sí las cláusulas incompatibilidad, ni persuadiendola la interpretacion voluntaria de ellas, y estando, si son du dosas, à lo que es mas regular, vt *sup. num. 33.* recurre Doñ. Antonia à conjeturas. Dize *num. 34.* que lo es la conservacion de la memoria, lo que no succede usando vnas, y otras armas, y apellidos.

144. Responde el señor Molin. *dict. lib. 2. cap. 14. num. 32. ibi: Nec obstat, si dicatur non conseruari familiam, nec memoriam Institutoris ex hac mixta nominis, & armorum delatione; illud tamen certissimum est, ex nomine, & armis mixtis memoriam vtriusque Institutoris conseruari.*

145. Refert, & sequitur D. Castill. *cap. 136. num. 78. vers. Nec obstat. & cap. 180. num. 18. & 19. P. Molin. disp. 615. num. 6. & 7. Add. D. Molin. ibid. num. 26. & D. Pard. num. 30. Rox. part. 1. cap. 1. num. 39. & ibi Aquil. y todos, que así*

es costumbre general en los Mayorazgos de España, por la qual se ha de interpretar, y entender la disposicion, y succession.

146. Y es la razon, que en el Concurso de muchos Mayorazgos se constituye el mayor lustre de las familias, se aumentan sus honores, y se conserva su memoria. D. Castill. d. cap. 180. num. 19. ibi: *Ita etiam ex eo, quod iungantur nomini, & armis Patris illustris alia arma Matris illustris, vel duarum familiarum illustrium misceantur, non modo Patris, aut alterius familiae detrahatur vlllo modo, sed potius clarior, & illustrior illi redditur.*

147. P. Molin. vbi sup. num. 6. ibi: *Adde eti. n. ex concursu duorum Maioratum in vno, augmento divitiarum, & potentiae vnumquemque Insitutorum, eiusque familiam magis nobilitari, celebrioremque fieri, quam si illa vno tantum Maioratu potiretur.*

148. Para fundar la objeccion, cita Doña Antonia num. 34. al señor Molin. lib. 2. cap. 14. num. 29. Y este Author resuelve lo contrario. num. 30. & num. 31. sic: *Cumqua mixta nominis, & armorum delatione familiam, atque memoriam conservari.* & num. 32. las palabras, que referimos sup. num. 144.

149. Los Add. & D. Pard. ibid. afirman lo mismo, y la vnica limitacion, que todos ponen, es quando adijcitur verbum *Sola*, vt D. Castill. dict. cap. 136. num. 78. & cap. 180. num. 18. & 19. y aunque le cita Doña Antonia, lleva lo contrario dict. cap. 136. pues el 176. y el 16. en que tambien le cita, no conduce.

150. Cita al señor Olea In iud. tit. 3. q. 4. num. 6. donde nada dize. Y solo trae doctrina de Rox. part. 7. cap. 6. n. 23. & 24. La qual impugna, y en ella es expressa la prohibicion de concurso, porque no se confunda la memoria, lo que no succede en nuestro caso, donde ni se previno la separacion, ni se dà por motivo, que no se confunda.

151. En el mismo sentido habla Rox. part. 3. cap. 5. num. 25. ibi: *Tertia causa, per quam moveri presumuntur Insitutores ad dividenda primogenia.* & num. 32. en que le cita Doña Antonia, ait incompatibilia esse primogenia, quæ ita dividunt.

152. De suerte, que no basta, que la institucion sea para conservar la memoria, ni que asi se diga en el proemio; sino se prohíbe expressamente el concurso, dando por causa, que se conserve mejor, ò que no se confunda; Rox.

part. 7. cap. 6. num. 54. pues sin la dicha prohibición, ò expresión de proveer otra línea, no es argumento de incompatibilidad, vt ibid. asserit, & ex D. Castill. & D. Molin. dictum est.

153. En los mismos terminos hablan Aquil. part. 1. cap. 8. num. 11. & 12. D. Castill. cap. 181. num. 38. Rox. part. 4. cap. 3. num. 34. & Aquil. part. 7. cap. 6. num. 5. los que cita Doña Antonia num. 34. y por la misma razon no obsta la *L. 7. tit. 7. lib. 5. Quia omnes loquuntur in expressa divisione maioratum, & provisione alterius lineæ, eo quòd memoria non confundatur, quod abest à nostro casu.*

154. Pues en las fundaciones no se prohibe el concurso, ni se mandan dividir los Mayorazgos, ni la causal de el proemio es, para que no se confunda la memoria, solo si se previene *la conservacion, y aumento de mi casa, hijos, y linaje*, palabras del de Oja-Castro. Y la Facultad Real. ibi: *Y que de vuestra casa quede memoria.* El de Baena ibi: *Y durará in æternum la memoria de los nobles.* Sin excluir la mixtion, ni prevenir la division. Luego se destruye la conjetura de incompatibilidad, con que se arguye.

155. Oponen D. Antonia num. 42. por conjetura de lo incompatible la causal de que los deudos fuesen socorridos, y quan debil, ò por mejor dezir, inutil sea esta conjetura, se reconoce de que no lo prueba, pues Rox. *de incomp. part. 1. cap. 8. num. 36. & 37.* y los demás, que cita, hablan en caso de institucion para dos líneas, refiere Doña Antonia sus palabras, que lo dicen expressamente.

156. Qué tiene que ver esto con nuestras fundaciones? En las que se halla, que vn Fundador no instituye para primero, y segundo, ni dispone sobre que su Mayorazgo passe à otra línea, si la del successor se halla provenga de otro Mayorazgo. Y es extraer del sentido regular, y natural, la disposicion, que solo fue, para que tuviesen alimentos los parientes. Y sería estraña la division de los bienes, quando el Fundador quiso estuviesen vnidos, de mas de ser la division contra la naturaleza de los Mayorazgos. D. Molin. lib. 1. cap. 11. num. 7. D. Vel. diff. 49. num. 42.

157. Lo que es tan odioso, que dixo el Sr. Solorzan. tom. 2. lib. 2. cap. 16. num. 47. que entre los nobles debe el primogenito llevar el todo, *Quia melius est dispersio secundo ge-*

itorum, quàm hereditatis divisio. lo que trae por authoridad de San Bernardo, y dize conduce para los Mayorazgos de España.

158. Finalmente todo el fundamento de Doña Antonia es vna incompatibilidad presumpta, que solo se substiene en el sentido voluntario, que se le quiere dár à la clausula, conjeturando, si el Fundador de Baena quiso, ò no, que los successores tuviesfen otros Mayorazgos.

159. Y persuadiendo lo literal, que no repugnò su curso con las mismas palabras de la clausula, dixi n. 105. Y siendo esto lo mas conforme à Derecho, por el q se entiende siempre la disposicion regular, y assi lo afirma Doña Antonia, n. 74. Y necessitando, que la exclusion de los primogenitos, que especialmente se llamaron, sea expresa, ò tales las conjeturas, que se juzguen casi evidentes, dixi n. 106. ex D. Valenz. D. Castell. & aliis, no aviendolas de esta calidad; si solo vna inteligencia, no solo violenta, sino visiblemente opuesta à lo expreso, queda convencida en su pretension.

160. Siendo lo mas notable, que consistiendo solo en vna debil presumpcion, quiera estenderla (que es nueva especialidad) à que sus efectos sean la renuncia de otros Mayorazgos, aviendo tantas dudas entre los DD. sobre su extension, aun quando la incompatibilidad es expresa, demàs, que sobre el de Baena no es el pleyto, y el de Oja-Castro no repugna el concurso de otro.

SEGUNDA PARTE.

Que Doña Maria Sebastiana debe ser declarada legitima Posseedora del Mayorazgo de Oja-Castro, sobre que es este pleyto, revocando la sentencia del inferior, alzando el sequestro, y reservando à Doña Antonia la accion de eleccion deducida, y los demàs derechos, que tuviesse para el juyzio de la propiedad.

161. **N**O HA SIDO EL EMPENO DE DOÑA Antonia tanto el persuadir, que el Mayorazgo de Oja-Castro es incompatible con el de Baena, quanto el suponer à Doña Maria Sebastiana Posseedora de este, pareciendole, que assi podrá obtener aquel, que es de mayor renta. Esta

Handwritten notes:
...
n. 105 & 106
53 n. 80-9.

162. Esta es la razon, porque limitò al de Oja-Castro la demanda, y aunque desvanecida la incompatibilidad, parece ocioso fundar el derecho de posesion, para que Doña Antonia se convenza en todas sus objeciones, se expondrà la justificacion, con que Doña Maria posee, y debe poseer estos dos Mayorazgos.

163. Suponese, que de los dos Fundadores ninguno instituyò dos Vinculos para primogenito, y segundo, y en el que cada uno funda, no provee dos lineas: solo hazen llamamientos regulares, privando al successor, si contraviniese, y en este, y no en otro caso, substituyen al siguiente en grado.

164. Suponese tambien, que Don Antonio de la Vega Soriano por su testamento año de 660. declara por sus hijas à Doña Maria, y Doña Isabel, y dice, que à Doña Maria, le toca la sucesion del Mayorazgo de Baena, que poseia, y la del de Oja-Castro, de que era poseedora Doña Ana de Zaldua su muger: en cuya virtud los poseyò dicha Doña Maria, y tomó la posesion judicial del de Oja-Castro, y se ha diferido uno, y otro en los primogenitos hasta Doña Maria Sebastiana poseedora actual.

165. Suponese tambien, que la demanda fue de posesion limitada al de Oja-Castro, en la que se dice, que de Doña Ana de Zaldua se transfirió la posesion civil, y natural à D. Marcos Pedro de Zaldua su nieto, olvidandose de Doña Isabel, hija segunda de Doña Ana, que vivia, quando falleció la dicha su Madre.

166. Tambien se supone, que decretado el sequestro, se variò la demanda, y se introduxo de eleccion, vt dixi sup. num. 9. y que en el pleyto se pretende persuadir, que fueron poseedores Doña Isabel, y Don Marcos Pedro, y Doña Antonia, porque han habitado las casas principales del Mayorazgo de Oja-Castro; y consta de escritura, que se señalaron en parte de alimentos: Y por labrar Don Marcos el Cortijo del Torrejon, y consta de escritura de transaccion, que le tomó por arriendo.

167. Suponese tambien, que no conviniendole à Doña Antonia afirmar el tiempo de la vacante de estos Mayorazgos, ya supone la de Oja-Castro por muerte de Doña Ana de Zaldua, y ya dice, que dà de gracia el aver sido

la de ambos por muerte de Don Juan Alonso su Padre.

168. Esto supuesto, y el aver discurrido la posesion de estos Mayorazgos en la linea primogenita desde el año de 688. y hallarte Doña Maria Sebastiana, como la hija mayor, poss-yendolos desde el año de 714. en que falleció su Padre, seis años antes del pleyto, justifican la manutencion, que pretende ad text. in *L. Qui ex liberis. §. Testamento. ff. de bon. poss. sec. tabul.* donde el testamento, que no era bastante para pedir la posesion, se juzgó serlo para conser-varla. Add. D. Molin. *lib. 3. cap. 4. num. 40.*

169. Lo que se afianza mas, en que le asisten las reglas, y la voluntad expresa, y aunque fuesse dudosa, debe obtener en la possessorio. *L. 3. §. Causa cognitio. ff. de carbon. Edict. ibi: Si verò ambigam causam, hoc est, vel modicum pro puero facientem, ut non videatur evidenter filium non esse, dabit ei carbonianam bonorum possessionem.* *v. cap. 1. n. 3. §. 1. 3. de m. 5. n. 3.*

170. Porque la llaman ambos Fundadores, à quien succede Doña Maria, y no à su Padre, y Abuela; D. Molin. *lib. 1. cap. 1. num. 27. D. Castell. lib. 5. cap. 89. num. 152.* Cuyo hecho, aunque fuesse perjudicial, no le obsta, que es comun, y lo prueba Doña Antonia *num. 23.*

171. Porque no depende de él, sed venit iure proprio, sin necessitar del derecho de la representacion, ni de la transmision: D. Molin. *lib. 3. cap. 6. num. 43. ibi: Secundus, quando non solum filius primogenitus, sed eius filius primogenitus, & omnes descendentes in infinitum, ad maioratus successionem invitati sunt; tunc namque, cum unusquisque primogenitus habeat propriam vocationem, nullo pacto dubitari potest, nisi quod mortuo Parente, ipse in eius locum subrogandus sit, eiusque personam representare debeat, quàmvis hæc, non tam representatio, quàm propria vocatio, aut substitutio censenda sit.*

172. Et *num. 29. ibi: Quòd scilicet, in primogenii institutione semper censeatur vocata linea recta primogenitorum successivè in infinitum de primogenito in primogenitum, ex propria vocatione etiam absque iuris alterius transmissione.*

173. Reperunt Add. *ibid. Humad. in L. 2. tit. 15 part. 2. gloss. 17. num. 14. & 15. Roder. Suar. in L. Quoniam. C. de inof. testat. q. 8. num. 6. Tiraq. de primog. q. 40. num. 111. Gracian. discept. cap. 456. num. 12. & 20. & cap. 771. num. 31. & seqq. Tondut. Resol. civ. cap. 89. num. 3. D. Castell. lib. 3. cap. 19.*

num. 95. 167. & 18. & cap. 93. & cap. 178. num. 18. Rob. de repræs. lib. 2. cap. 16. ex num. 98. D. Solorzan. de iure Ind. tom. 2. lib. 2. cap. 19. num. 48. & 49.

174. El Fundador de Oja-Castro mandò se succediesse por representacion, porque llama à Doña Maria de Ribadenebra, sus hijos, y descendientes, y dize, y conque en la dicha succession prefiera siempre el varon mayor al menor, y el varon à la hembra, aunque sean menores en dias los varones, que las hembras, y conque la linea del possessor prefiera à todas las otras, y para considerar la dicha mayoria, los hijos, y descendientes representen las personas de sus Padres, conforme à la ley de Toro, que en este caso dispone.

175. Et ibi: Y declarando mas la succession de las dichas hembras se entienda, que si el possessor tuviere hija, y no hijo varon, que aquella succeda, y se prefiera à los otros successores, y lo mismo si el hijo mayor faltare en vida del possessor, y dexare hijo varon, aquel prefiera à la hija del possessor, y si dexare hija, y no hijo varon, que aquella prefiera à los otros successores, representado la persona de su Padre. Y estas clausulas se entiendan repetidas en todos los llamamientos de adelante, como si en cada vno de ellos fuesen puestas de letra à letra.

176. Por el mismo orden prescribe la succession el Fundador del de Baena, haziendo los llamamientos regulares, y aunque no expresa, que se succeda por representacion, siempre se entiende asi, si claramente no se excluye. D. Molin. lib. 3. cap. 8. ex num. 1. & ibi Add. & D. Pard. ex D. Castill. & aliis, Far. ad D. Covar. cap. 38. num. 54. & 74.

177. No solo la admició claramente el Fundador de Oja-Castro, sino que diò la regla, para que se succediesse por representacion, queriendo fuesse la de la Ley Real, que la dispone. Y asi no queda duda.

178. Sin que obsten las palabras de grado en grado, guardando la prerrogativa del grado, ni el dezir, que se prefiera el mas cercano al ultimo possessor, pues por ellas no se excluye la representacion, vt sup. dixi num. 26. & 27. ex pluribus Add. D. Molin. lib. 3. cap. 8. ex num. 11. cum seqq. vbi D. Pard. D. Castill. lib. 3. cap. 19. ex num. 314. Gútier. lib. 3. quest. 67. ex num. 18. Rox. de incomp. part. 4. cap. 1. num. 104. & ibi Aquil.

179. Las quales, y otras mas estrechas se entienden intra eandem lineam, & servato ordine primogenituræ, quia gradus non attenditur, nisi in ea, vt Add. lib. 3. cap. 4. num. 13. Micr.

Mier. part. 2. *quest.* 6. *num.* 29. D. Castill. *ibid.* & cap. 15. *num.* 52. dixi *ex num.* 27.

180. No para traslinear, segun los discursos, que forma Doña Antonia, de quibus inf. *ex num.* 444. ni para que la contravencion del Padre obste â los hijos, qui subintrant locum Patris vacantem, y no succeden *ex persona eius*, sed iure proprio, representando solo el grado, y no la persona, ni el derecho de aquel, *ex cuius capite veniunt*. D. Solorzan. *dict. lib.* 2. *cap.* 19. *num.* 48. razon, porqué no impide la representacion el ser grado exclusivo. *gloss. in L.* 3. §. *fin. ff. de lib. & postb.* que es expresa. D. Solorzan. *ibid.* D. Castill. *dict. cap.* 19. *num.* 167. Add. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 39.

181. Y Doña Maria, su Padre, y Abuela sucedieron iure proprio, & vñ primogeniti; y con la apertud, y esperanza de succeder constituyeron linea para los hijos mayores en exclusion de los segundos. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 35. & ibi Add. *ex num.* 49. & 51. Rox. *part.* 8. *cap.* 5. *num.* 56. Aquil. *part.* 1. *cap.* 6. *num.* 224. Faria ad D. Covar. *cap.* 38. *pp. num.* 35.

182. Y cessa el argumento de la proximidad, para que *num.* 47. se cita â Aguil. y se trae el arbol, que pone, pues Doña Antonia se halla in remoto gradu lineali. D. Castill. *dict. cap.* 19. *num.* 87. & aliis locis. Gutier. *lib.* 3. *q.* 67. *num.* 53. D. Covar. *cap.* 38. *pp. num.* 6. & ibi Faria. Y la cercania ha de ser intra lineam, vt *ibid.* omnes asserunt.

183. Pruebase en Doña Maria la posesion de estos dos Mayorazgos; del de Baena, porque se la confiesa Doña Antonia, dando por motivo, que como poseedora de él, pidió la posesion de el Olivar de Mara corona, que es agregado.

184. La posesion del de Oja-Castro se prueba del mismo modo, porque afirmó Doña Maria reperidas vezes, que lo poseia por actos inmediatos, y consiguientes â la vacante por muerte de su Padre.

185. Aviendo sido esta año de 714. Doña Maria, como poseedora de ambos, consignò alimentos â Doña Antonia, y Doña Isabel, y en parte de ellos les señaló las casas principales del de Oja-Castro.

186. En 18. de Noviembre de 715. Doña Maria, como poseedora de ellos, dió poder â Don Marcos Pedro su Tio,

Tio, para que los administrasse, en cuya virtud diò en arriendo el Cortijo de las Suertes, y labrò, como Arrendador, el Cortijo del Torrejon (alhajas del de Oja- Castro) llevó la cuenta de su renta, y pagò con esterilidad la de el año de 718.

187. Y por su muerte diò la cuenta Doña Antonia, como su heredera, y en todas las escrituras se afirma Doña Maria poseedora de estos Mayorazgos, y en la descripcion de bienes, que hizo Doña Antonia, incluye los peltrechos del Cortijo del Torrejon, confesando poseedora à Doña Maria de el Mayorazgo de Oja-Castro.

188. Que los arrendamientos, percepcion de frutos, asignacion de alimentos, y los demàs actos, prueben la posesion, lo resuelven Ant. Gom. *L. 45. Taur. num. 66. & 193. D. Paz de tenut. cap. 8. num. 20. D. Solorz. de Iur. Ind. lib. 2. tom. 2. cap. 29. num. 9. D. Valenz. conf. 156. num. 31.*

189. Expresè text. in *L. Si is, qui. §. 1. ff. de pignori. ibi: Eo usque retinet possessionem, donec illi pecunia solvatur, cum in usufructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo.* Y algunos dixeron, que se probaba el dominio. *Ad text. in L. Titia. 48. ff. de solut. ibi: Omnia pro Domina egit, redditus exegit, & moventia distraxit. gloss. in L. Qui univasas. §. Quod per Colonum. & ibi Bartol. ff. de adquir. poss. Carroc. de locat. part. 6. quest. 11.*

190. Finalmente se prueba, porque Don Marcos Pedro, como poderista de Doña Maria, justificò por informacion judicial, que Doña Maria era poseedora de estos Mayorazgos, y que avian vacado por muerte de Don Juan Alonso su Padre.

191. Por cuyos hechos, aun mas que por las palabras, se prueba la posesion. *ad text. in L. Paulus. ff. Rem rat. haber. D. Castell. tom. 5. cap. 107. num. 17. cum seqq. maxime, por averla reconocido poseedora legitima Doña Isabel, Don Marcos Pedro, y Doña Antonia. D. Covar. in cap. Alma Mater. 2. part. relect. §. 1. num. 2. Micr. part. 1. cap. 64. num. 68. y aver recibido las dos alimentos; conducit D. Castell. ib. num. 19.*

192. Fundase esta posesion in Iure ex *L. 2. tit. 15. part. 2. & in voluntate claus. de Oja-Castro, supr. relata ex num. 174. & ibi: Y despues de los dias de su vida vengam, succedan, y passen los dichos bienes en su hijo mayor legitimo, y despues de el, su*

nieto, varon legitimo por la via masculina, y linea recta de varon, y en falta de varon, hembra, hasta se acabar la descendencia legitima de el dicho Pedro Martinez Oja-Castro, mi nieto, in infinitum, y conque en la dicha sucesion prefiera siempre el varon mayor al menor, y la hembra mayor à la menor.

193. Et ibi: Y de los dichos dos mudos, si ambos hablaren, prefiera el mayor al menor, y vaya el dicho mi Mayorazgo, en este caso, por los descendientes legitimos del dicho mi nieto mayor varon, que hablare, de uno en otro, por la misma orden, y regla, que antes de esto se contiene.

194. Claus. del de Baena. ibi: Y despues de el su hijo mayor varon legitimo, y no legitimado por subsiguiente matrimonio, y su hijo nieto, y bisnieto, por la misma orden, y assi sucesivamente, sin diferencia de quarta, ni quinta generacion.

195. Y sino tuviere hijo varon, succeda en el dicho Vinculo su hija mayor legitima, y despues de ella su hijo mayor legitimo, y sus descendientes de varon en varon, y à falta de varones succeda la hija mayor, &c. prefiriendo siempre el varon à la hembra, y el mayor al menor de la forma, que en esta condicion se ha hecho particular declaracion, la qual siempre se ha de guardar. Esto mismo repite en los demás llamamientos.

196. Esta posesion de Doña Maria fue configuiente à la que tuvieron de estos Mayorazgos, como primogenitos, su Padre, y Abuela, y à la judicial, que à esta se le dió del de Oja-Castro en el año de 688. poseyendo yà el de Baena, y es la actual, que continua Doña Maria. Gracian. *discept. cap. 3. 10. num. 54.* D. Valenz. *conf. 145. num. 15.* D. Covar. *vbi sup.*

197. La actual de D. Juan Alonso se prueba por la escritura de transaccion, que otorgaron el referido, y D. Marcos Pedro, y Don Marcos de Zaldúa su Padre, en que declararon à Don Juan Alonso poseedor de estos Mayorazgos, que avian vacado por muerte de Doña Maria de Zaldúa, dividiendo los demás intereses, y bienes libres de la fustodicha, quedandose Don Marcos con el Cortijo del Torrejon por arriendo, y obligandose à pagar la renta à Don Juan Alonso su hermano, como poseedor de el Mayorazgo de Oja-Castro, en lo que no se puso duda.

198. Cuya escritura, como la mas distintiva de los derechos, y la de alimentos, excluyen el debil reparo, conque se arguye, de que poseyó D. Marcos el Mayorazgo, por-

que labrò el Cortijo, y que Doña Isàbèl, y Doña Antonia le possedyò, porque habitaron las casas.

199. La possession judicial declarò la aceptacion ex *L. Si Avia. C. de iure de lib. Mier. part. 1. cap. 36. num. 25. Add. D. Molin. lib. 4. cap. 2. num. 76. y en este hecho la voluntad de la Abuela. D. Castill. dict. cap. 107. num. 17. y tuviera fuerza de eleccion del de Oja-Castro, si fuesse incompatible con el de Baena. D. Paz de tenut. cap. 34. num. 43. D. Solorz. de Iur. Ind. tom. 2. lib. 2. cap. 18. num. 12. ibi: Et hæc acceptatio est quasi electio secundi.*

200. Y por la dicha aceptacion, y possession se adquiriò derecho invariable à su linea. *L. Quoties. ff. de donat. que sub mod. L. 7. tit. 4. part. 5. D. Valenz. conf. 69. num. 70. D. Larr. decis. 91. D. Castill. tom. 4. cap. 5. D. Paz de tenut. cap. 10. num. 24. D. Castill. lib. 3. cap. 15. num. 78. yfque ad 82.*

201. Este es el vltimo estado de la possession, y succession del Mayorazgo de Oja-Castro, à que se debe atender en el juyzio possessorio. *Mier. part. 3. q. 6. num. 93. D. Castill. cap. 93. §. 7. num. 14. Add. D. Molin. lib. 2. cap. 6. à num. 57.*

202. Porque lo corrobora la observancia, que declara la succession, y su qualidad, y quita qualquiera duda de las palabras, si la huviesse. *L. Si servus plurium. §. fin. ff. de legat. 1. para lo que bastan diez años. D. Molin. ib. num. 57. & Add. & D. Pard. ibid. ibi: Aut agitur de interpretandis aliquibus verbis dubiis clausularum ipsius maioratus, tunc verò ordinaria præscriptio consuetudinis decem annorum sufficiet. D. Castill. cap. 93. §. 7. ex num. 5. D. Valenz. conf. 97. num. 204. aunque lo observado repugnasse à lo literal. D. Castill. dict. §. 7. num. 13. D. Pard. dict. cap. 6. num. 57.*

203. A que se llega la inteligencia de todos los successores, pues en esta virtud se capituló à Doña Maria Sebastiana, y à D. Juan Alonso su Padre para sus casamientos, como inmediatos successores de estos Mayorazgos; *L. 6. tit. 2. p. 1. ibi: Que assi como acostumbra otros del à entender, assi debe ser entendido. Cap. Cùm dilectus. de consuet. Casanat. consil. 35. num. 22. Gutier. consil. 2. num. 10. Surd. consil. 403. num. 14. acreditandolo mas el hecho, que se ha repetido; de que Doña Antonia, y sus Tios reconocieron por verdaderos poseedores à Doña Maria, su Padre, y Abuela en tres vacantes, tiempo de 32. años, vt sup. dictum est.*

204. Que es el bastante, y aun diez años, para que; aunque se les considerasse algun derecho, perdiessen Doña Isabel, y Don Marcos la posesion civil, y natural: asi porque es perscriptible la forma de succeder, y declara las dudas. D. Molin. *lib. 1. cap. 3. n. 22.* Add. *vbi sup. & D. Castill. ibi §. 7. num. 2. & 7. D. Larr. decif. § 3. num. 4.* que da la razon ibi: *Hoc quidem non est prescribere contra titulum, sed declarare dubium intellectum.*

205. Como porque con el transcurso de diez años animo desierunt possidere. *Ex text. in L. Quod meo. 18. §. Fortasse. ff. de acquir. poss. gloss. in L. 1. ff. de serv. fugit.* Menoch. *lib. 6. pres. 66. num. 5.* Mier. *part. 4. cap. 21. num. 39.* ibi: *Non obstat dict. L. 45. Taur. Quia non procedit ubicunque ille, qui verus erat successor bonorum, tacuit per tantum tempus, quod verosimile est, eum possessionem animo amisisse.*

206. Y aunque el vltimo poseedor no puede alterar la disposicion, puede declararla, y el successor, y la duda en la forma de succeder, como lo hizo Don Antonio Soriano, dixi *num. 164.* à lo que se debe estar Hieron. Gab. *conf. 132. q. 2. num. 8.* D. Molin. *lib. 1. cap. 8. num. 38.*

207. Ibi: *Sed quàmvis vltimus maioratus possessor non possit quidpiam ex his, quæ eius Institutor disposuit, alterare, potest tamen dubiam illius dispositionem interpretare designando in suo testamento illum, quem arbitratur maioratus Institutor in eiusdem successione præferre voluisse, eaque interpretatio, si verosimilis sit, à Iudicibus sequenda, vel saltem summè consideranda, atque existimanda erit.*

208. Afianza Doña Maria su posesion, en que es llamada al de Oja-Castro, que es la hija mayor, y cumplió los preceptos, y no està impedida, y que llegó el caso de su substitution, quando falleció su Padre.

209. Y aunque D. Antonia pretende fundar en si estas tres calidades con el motivo de la incompatibilidad, y contravencion, porque no consta lo vno, ni lo otro, duda el modo de persuadir lo incompatible; pues ya lo afirma en la adquisicion, ya en la retencion, ya que se causò en la Abuela, y ya en Doña Maria Sebastiana.

210. Varía tambien en el tiempo de la vacante: yà dize, que fue en la Abuela, ya que por muerte de Don Juan Alonso, ya dize, que Doña Antonia, y sus Tios dexaron poseer à Doña Maria, su Padre, y Abuela, y ya que de Do-

ña Ana de Zaldua pasó la posesión del de Oja-Castro á Don Marcos Pedro su nieto segundo, aunque vivía Doña Isabel hija segunda, lo que afirma en la demanda, y que fue la vacante por muerte del referido.

211. Todo lo qual descubre la ninguna substancia de sus derechos, y que no tiene fundamento solido para sustentarse, por lo que aun supuesto lo incompatible, se fundará la justicia de Doña Maria para la posesión del de Oja-Castro, satisfaciendo todas las objeciones.

212. Opone Doña Antonia num. 54. & aliis locis, que lo incompatible se causó en la Abuela, porque obtuvo primero el Mayorazgo de Baena, que este resiste el concurso con otro; de que arguye, no pudo la referida adquirir, ni poseer el de Oja-Castro, si Doña Isabel, y Don Marcos Pedro.

213. Para responder, se juzga propria de este caso la question *An adeptus maioratu incompatibili cum alio fiat successor incapax alium acquirendi, & competat electio?* in qua Aquila. part. 7. cap. 4. hablando ex num. 47. de Mayorazgos incompatibles ex natura sua, ut in conditione explicita ferendi nomen, & arma sola, vel sine mixtura, num. 56. sic ait:

214. *Sed pro affirmativa sententia, & quod successor non idem ab alio maioratu exclusus maneat, quod incompatibilem adquisierit, sed detur facultas eligendi, plura fundamenta sunt, cum enim ex eventu illum adquisierit maioratum, & potius necessitate successionis, quam facto suo, & voluntate, sequitur non ex eo debere ab alio privari.*

215. Et num. 57. dà la razon ab inconvenienti, ibi: *Quod si ob spem alterius maioratus, quem sperabat successor, alium incompatibilem delatum nollet acquirere, evenire posset, ut utroque careret, ut D. Larr. decis. 52. num. 20. unde linea primogenita evacuata maneret, cum semper predilecta sit, quod nihil absurdius, & à mente Testatoris alienum excogitari potest, quam utroque maioratu carere eum, qui ad eos vocatus esset.*

216. Num. 58. responde á la Clem. Gratie. y funda num. 61. el derecho á la adquisición del segundo, primo dimisso, y que no obsta la condicion de que no pueda tener otro Mayorazgo, porque solo obliga durante eius posesione, eo autem dimisso maioratu, amplius conditione adstringi non potest.

217. Afianzan esta resolucion validissimis fundamentis Add. D. Molin. lib. 3. cap. 2. num. 30. Rox. dict. cap. 4. ex num.

num. 42. con otros muchos omnino videndi, cuyas palabras se omiten por no transcribir. Y todos, que por la adquisicion del primero, no es visto renunciar el segundo, y que compete eleccion, la que funda el llamamiento. Aquil. *ib.* num. 30. D. Solorz. tom. 2. lib. 2. cap. 18. num. 16.

218. Et quamvis D. Castell. & D. Valenz. niegan el derecho de elegir, quando no lo concedè el Fundador, todos los demàs AA. los impugnan *ibid.* Y vista bien la question, en que hablan, es quando està llamado expressamente el segundo genito, ô no tiene llamamiento el primogenito, vt D. Castell. *dict.* cap. 178. & cap. 179. n. 1. D. Valenz. *conf.* 83. num. 134. que es el caso, en que se limita, y no compete la facultad de elegir. vt Rox. *dict.* cap. 4. num. 48. & Aquil. *ibid.* num. 64.

219. Conque no se adaptan estas doctrinas à nuestras fundaciones, porque està llamado el primogenito, y nunca el segundo, ni persona cierta de otra linea, sed genericè el siguiente en grado. D. Castell. *lib.* 3. cap. 15. num. 59. no se impide la adquisicion, non adest verbum *Sola*, ni se excluye al que tiene otro.

220. Luego, aunque se suponga, que el de Baena resiste el concurto, y que ex natura sua sit incompatibilis, pudo adquirir la Abuela el de Oja-Castro, como de hecho lo adquirió, y aceptò con la possession judicial, vt dictum est.

221. Por las clausulas se concede la adquisicion; el de Oja-Castro, *ibi: A quien fuere diferida la succession.* & *ibi: Oviere, y succedere.* El de Baena, *ibi: Y los que despues de el succedieren.* Y vno, y otro transfieren el dominio, y possession; & sic non datur incompatibilitas ex natura sua, & non obstant D. Castell. & D. Valenz. que solo hablan en caso, que se prohibe la adquisicion.

222. Quando se figure lo incompatible quoad retentionem, & ex accidenti, vt à facto possessoris, que es incompatibilidad respectiva por la qualidad igual de los preceptos, y no poderlos cumplir vn possedor, tunc non obstat acquisitioni, y resuelven todos, que compete eleccion, quia ad vnum, & alterum ius successionis, & acquisitionis habet successor. Rox. *dict.* part. 7. cap. 4. & *ibi* Aquil. num. 30.

223. Pruebase de las clausulas; el de Oja-Castro, *ibi: Por el mismo hecho ayan perdido, y pierdan.* & *ibi: So pena de perder*

20. 1022 1/2
 33 ex n. 58. in l.
 de p. d. d. d. d. d.
 27. et m. l. m.
 m. n. 78. in l.
 de m. l. p. d.
 art. 64 n. 4

el Mayorazgo. El de Baena, ibi: *Y de industria hizieren lo contrario, queden exclusivos.* & ibi: *Y el que no lo hiziere, siendo requerido, quede exclusivo.*

224. Y la pena de privacion supone adquiridos los Mayorazgos: *Surd. conf. 268. num. 64. ibi: Cùm ergo pena præsupponat privationem, & privatio non habeat locum, nisi post ius questitum;* pues lo no adquirido no puede perderse. *L. Non videtur. ff. de reg. iur. D. Valenz. conf. 25. num. 58. Quia privatio præsupponit habitum. L. Decem. ff. de verb. obligat.*

225. Luego no obsta suponer, que el de Baena no puede concurrir con otro por la calidad de los preceptos, quia hoc non impedit acquisitionem; sed retentionem, vt *Aquil. part. 1. cap. 1. num. 27. & part. 7. cap. 4. num. 30.* y así adepto hoc maioratu pudo adquirir la Abuela el de Oja-Castro, como llamada en ambos, y elegir este.

226. Mas: ni la incompatibilidad respectiva se halla, ni condicion negativa, y los preceptos solo son positivos, sin calidad igual, que repugne el medio de cumplirlos todos: Solo es la privacion en caso de contravenir.

227. Esto no se verifica, pues con la noticia cumplido Doña Maria los de Oja-Castro, y su Padre, y Abuela los ignoraron; los de Baena no obligan, sino es precediendo requerimiento, y siendo de industria la contravencion, como previno el Fundador: luego no tuvo Doña Maria impedimento, para adquirir, y retener el de Oja-Castro.

228. Pero supongase lo incompatible, etiam quoad ritulum, luego que se aceptó el de Oja-Castro con la posesion judicial, vt dixi *num. 199.* vacaria el de Baena, quia asequutione secundi maioratus cum primo incompatibilis, vacat primus. *Ex cap. De multa. de preb. & aliis iuribus. Add. D. Molin. lib. 3. cap. 2. num. 30.*

229. Ibi: *Asserantes iuxta dict. cap. De multa. Quòd per asequutionem secundi maioratus vacat primus, & sic fateri videtur, quòd acceptatio primi non exclusit omnino primogenitum à successione secundi maioratus, sibi competitura, & non sibi delata, quæ sententia in praxi, & in iure sic debet observari.*

230. *Paz de tenut. cap. 34. num. 25. 36. & 38. ibi: Et dicendum videtur, per acceptationem secundi maioratus cum primo incompatibilis statim ipso iure vacare primum primogenium, & eius possessionem transfundi in verum successorem.*

231. Rox. de incomp. part. 7. cap. 4. n. 42. & 44. & ibi: Aquila vbi ex D. Sebast. de Orteg. *Quòd in actibus incompatibilibus posterioris electione, prioris ius amitti, non è contra.* D. Solorz. dict. lib. 2. cap. 22. num. 57. *los dos hijos de Don Sebastian sup. n. 217.*

232. Es así; que no es lo incompatible, quod ad titulum, vel ex natura sua, porque ay llamamiento, y no ay condicion negativa, ni taxativa, nec quoad retentionem, y que quando se figure así, vacaría el de Baena, por la posesion judicial del de Oja-Castro, que se disfrió despues à la Abuela; luego continuò la posesion de èl en su linea primogenita.

233. Si por el supuesto de lo incompatible vacò el de Baena, ò passaría este à Don Juan Alonso su hijo, ò à Doña Isàbel su hermana, si lo primero, lo mismo sería en todas las vacantes, y es oy Doña Maria Sebastiana poseedora del de Oja-Castro, y su hijo mayor, del de Baena.

234. Si lo segundo, potiori ratione Doña Maria Sebastiana es poseedora del de Oja-Castro, pues la sucesion de èl ha discurrido por su linea primogenita, y Doña Isàbel, y D. Marcos Pedro poseedores del de Baena, como segundos, y en vno, y otro caso se destruye el impedimento, que se le arguye à Doña Maria de poseer otro, antes le tiene Doña Antonia en la supuesta especie, y està impedida, y sin las qualidades para la pretension del de Oja-Castro.

235. Y siendo el fundamento contratio, que por lo incompatible passò el Mayorazgo vacante al siguiente en grado: Siendolo entonces Don Juan Alonso, ò Doña Isàbel, aceptado por la Abuela el de Oja-Castro, continuò en los primogenitos, y se causò la vacante del de Baena, que continuò en su hijo, ò en Doña Isàbel hija segunda, como siguientes en grado.

236. De que resulta, que siendo la Abuela llamada, y la hija mayor, llegó el caso de su substitution, quando falleció Doña Ana de Zaldúa su Madre, y se le transfirió la posesion del de Oja-Castro, con cuya aceptacion en la supuesta especie vacaría el de Baena, verificandose en este modo las tres qualidades, y la de no estar impedida excluyendose à competencia, que pudiesen tenerlas Doña Antonia, y sus Tios.

237. Para confundir mas, que para fundarlas en sí, de

xa de arguir del tiempo de la Abuela, y passando al de Doña Maria Sebastiana, o pone *n. 28. ibi: La menor se prueba, porque Doña Antonia no tiene otro Mayorazgo, que pida apellido en primer lugar, ni tenga resistencia con otro, ni con apellido, y armas, y Doña Maria le tiene: luego se halla Doña Antonia con la qualidad, y Doña Maria sin ella.*

238. Responderur eodem fundamento, ò los poseyò, y pudo poseerlos ambos la Abuela, & sic filius, & neptis, ò por lo incompatible, luego que adquiriò el de Oja-Castro, vacò el de Baena; si lo primero, cessat quaestio.

239. Si lo segundo; passò el de Baena à los hijos, ò à la Tia, mediante lo qual cessò el impedimento, y se verificò en Doña Maria la qualidad, y no en Doña Antonia.

240. Esforzandose mas o pone *num. 29.* que Doña Maria Sebastiana se declaró poseedora del de Baena, y que este resiste el concurso con otro.

241. Responderur primò, que esta declaracion nada prueba, porque Doña Antonia funda *num. 54.* que lo incompatible se causò en la Abuela, avemos probado, que supuesto lo incompatible, vacò el de Baena, y passò à otra linea.

242. Luego fuera absurdo, que solo con su declaracion hiziesse Doña Maria bolver à su linea este Mayorazgo còtra la decision de la *L. 45. Tauri*, que instantaneamente transficre la possession desde la vacante en el siguiente en grado: cuyos efectos no puede suspender, ni revocar el hecho, ò declaracion del poseedor.

243. Secundò, que aunque Doña Maria mucho antes en repetidos actos consiguientes à la muerte de su Padre, vt dixi *num. 185* se declaró poseedora del de Oja-Castro, funda Doña Antonia, que no por esto lo adquiriò.

244. Luego vn acto, en que se declaró por el de Baena, no pudo ser bastante para adquirirle, ò elegirle, quia vbi est eadem ratio, eadem est iuris dispositio. *L. Illud. ff. ad L. Aquil. D. Solorz. tom. 2. lib. 2. cap. 18. n. 24. D. Valenz. conf. 127. num. 40.* quando muchos no pudieron obrar igual efecto.

245. Tertiò, porque estos actos respectivos al goze de vno; y otro son en consequencia de la pacifica possession de ambos, y sin duda en sus derechos, y así no causan eleccion, mayormente no estando declarado lo incompatible, ni requerida en su virtud Doña Maria, sobre que elija.

246. Y si la causassen, supuesto lo incompatible, aviend^o sido la declaracion primero por el de Oja-Castro, vacaria el de Baena, por lo qual no es buena ilacion: Declaróse Doña Maria por el de Baena, luego fue visto renunciar el de Oja-Castro. Si se infiere bien: Declaróse primero por el de Oja-Castro, luego fue visto renunciar el de Baena, supuesto lo incompatible, como se figura, y siguiendo el orden del argumento contrario.

247. ~~Resguisando el orden del argumento contrario,~~
Demàs, que el causar eleccion estos actos, sin incompatibilidad declarada, ni noticia del derecho de elegir, ni la practica de el, en virtud de sentencia, ò requerimiento, no ay Author que lo asirme.

248. No teniendo replica esta satisfaccion para adelantar la objeccion, dize, que dà de gracia aver sido à vn tiempo la vacante de estos dos Mayorazgos por muerte de D. Juan Alonso, & num. 29. que con la declaracion por el de Baena renunciò Doña Maria el de Oja-Castro, cita la *Clem. Gratiz.* D. Solorz. D. Castill. D. Valenz. D. Larr. Rox. & Aquil.

249. Y reconociendo, que la opinion de estos es contraria, vt dixi sup. ex num. 213. dà salida, diciendo, que hablan de vacante en diversos tiempos: lo que no procede, quando à vn tiempo vacaron.

250. Pero es de notar, que no lo prueba, y aunque es assi, que hablan de vacante en diversos tiempos, y en el conceden la eleccion, vt dixi ex num. 214. no trae Author, que la niegue, quando vacaron à vn tiempo, y ninguno de los AA. lo ha dudado, ni disputado in dispositione hominis, supuesto el llamamiento. *for. ibid. l. ut. in sum. n. 76. A g r e t i a*

251. Y la razon no solo es legal, sino natural, porque sino tuviese eleccion el primero, como la pudiera tener el segundo, no llamado, ni los demàs: Y no pudiendo elegir alguno, ni succeder en ambos por lo incompatible, se acabara la sucesion.

252. El vacar à vn tiempo no solo no excluye la eleccion, sino que la haze precisa aviendo llamamiento, y la prueba es clara; porque supuesto lo incompatible, luego que vacaron, no puede negarse à Doña Maria la aptitud à succeder, como llamada en ambos, lo que funda el derecho de elegir, vt dixi num. 217.

253. Dezirse, q̄ estaba impedida con otro Mayorazgo, es falso, pues pro illo instanti delationis no es verificable adquisi-
riessse el vno, y no el otro, siendo para ambos igual la accion

254. Afirmar, que no tuvo aptitud â cumplir vnos, û otros preceptos, supuesto el llamamiento con esta calidad, es oponerse â lo literal de las clausulas.

255. Fundar, que esta aptitud la tuvo pro illo, tunc Doña Antonia con llamamiento posterior, y concurrido, y no Doña Maria, que le tiene expreso, y anterior, es contra toda regla de Mayorazgos. *D. Castell. tom. 5. cap. 92. num. 32.*

256. Dezirse, que siendo en vn mismo instante la delacion, passò el de Baena â Doña Maria, primogenita, y predilecta de los dos Fundadores, y el de Oja-Castro â Doña Antonia de inferior linea, es truncar el orden prescripto por Derecho, y por la voluntad.

257. Exponer, que por la vacante â vn tiempo se suspendiò la delacion, y adquisicion de estos Mayorazgos hasta el cumplimiento de los preceptos, dexa iguales â las dos; y en este caso Doña Maria, como llamada primero, podrá cumplir vnos, û otros; ò elegir despues de adquiridos los dos mayorazgos; de que resulta destruido el fundamento, conque se niega la eleccion por la vacante â vn mismo tiempo.

258. Suponer llamamiento de hijo segundo en el de Oja-Castro, y exclusion del primogenito, ò negar, que â este se le llamó en el de Baena, es contra lo expreso de las fundaciones.

259. Luego supuesto el llamamiento, es preciso, que pro illo instanti delationis adquiera Doña Maria los dos Mayorazgos, y en el caso de ser incompatibles, tenga eleccion, vacando â vn tiempo, pues los Fundadores no ponen condicion negativa sobre la adquisicion. *Aquil. p. 7. cap. 4. num. 43.*

260. Lo que se comprueba, que siendo vnico el sucesor, pueden estar en el dos Mayorazgos incompatibles. *Rox. part. 7. cap. 1. num. 28. 29. & 35. & ex L. 7. tit. 7. lib. 5. Recop. Aquil. ibid. y puede elegir el primogenito.*

261. Y no estamos en el caso de Aguila *part. 7. cap. 4. num. 64.* ni en el de Rox. *ib. num. 48.* que cita Doña Antonia *num. 32.* pues en ellos no solo no se dà llamamiento, sino que se llama al segundo, y se excluye al primogenito, expli-
can.

Solo así por condición negativa.

262. Ibi: *Non succedat in hoc meo maioratu ille, qui alium quemlibet maioratum possideat, aut ille, qui in alio successerit; sed ille, qui alium non habeat.* Aquil. ibi: *Veluti si Testator vocet, à los que no possayeren, ú otro Mayorazgo tuvieren: Velita.* No entre este Mayorazgo en la persona, que tuviere otro: expresiones, que inducen condición negativa, las que en nuestro caso no se hallan. *en q. habla tambien torr. d. cap. 33.*

263. Y aun en esta especie tan rigorosa pro illo instanti delationis, no es verificable, que Doña Maria no adquiriese el de Oja-Castro, vacando à vn tiempo, por la causal, de que en el mismo tuviese impedimento, sino es ya que fuese llamado el segundo genito, y excluso el primero con el dicho motivo, que tal no consta.

264. En quanto à la retencion, no ay calidad igual en ambos, que repugne el medio de cumplir vnos, y otros preceptos, vt dixi num. 72. y esta no impide la eleccion; Aquil. part. 7. cap. 4. num. 35. & Rox. ibid. porque es facultativo al successor dexar el vno, y aceptar el otro por el llamamiento en ambos, vt ibi, & num. 30. dixi num. 216.

265. No pudiendo negarse à Doña Maria la adquisicion, y la eleccion, o pone Doña Antonia num. 70. que el Fundador de Oja-Castro mandò, que los successores solo fuesen usufructuarios, y antes de tomar la possession traxessen sus armas, y apellido, y no lo haziendo, perdiessen el Mayorazgo, y passasse al siguiente en grado, que Doña Maria, su Padre, y Abuela no cumplieron la condicion; ni Doña Maria pudo, porque se declarò por el de Baena: Luego no se le transfirió dominio, ni possession por la contravencion al precepto, que fue condicional.

266. Aunque en esta objeccion se varia de medio, se responde, que en las mismas clausulas se afirma adquirido el dominio, y la possession.

267. El de Oja-Castro ibi: *A quien fuere diferida la succession.* & ibi: *Oviere, y succedere en los bienes de dicho Vinculo, y se transfiera la possession per clautulam Constituti. y se acepta por la primera llamada.*

268. Sino fuese esta la mente, se implicàra el Fundador en privar à los successores, de lo que no avian adquirido, vt dixi num. 224. y en querer fuesen usufructuarios los

que

que en clausula posterior constituyó dueños, y poseedores á la que se debe estár como de claratoria de lo antecedente.

269. Ad text. in L. Qui duos. ff. de coniung. cum emancip. ibi: Bonorum possessionem accipere potest propter aliud caput edicti, quod à Iuliano introductum est ex nova clausula. L. Pacta novissima. C. de pact. D. Castill. lib. 4. cap. 37. num. 31.

270. Por aver querido fuesen usufructuarios, transfirió el Fundador la propiedad. Bald. in L. 10. ff. de usu, & habit. ibi: Possessiones alicui relictas in gaudimentum videri relictas quoad proprietatem, & ad heredes transmitti. Dà la razon, quia istud verbum in gaudimentum est modus insertus in favorem legatarii, & idè non restringit legatum.

271. D. Castill. de usus. lib. 1. cap. 30. num. 14. maxime, quando adest onus fideicommissi, ibid. num. 21. ex eo, & aliis Add. D. Molin. & D. Pard. lib. 1. cap. 19. num. 9. D. Vela diff. 47. num. 17. y es la razon; porque no ay otra persona, en quien resida el dominio, que no puede estár in pendent, ex Noguera. & aliis D. Pard. ad D. Molin. lib. 1. cap. 20. num. 10. y en el concepto de Doña Antonia, ninguno pudiera tenerlo, sin cumplir antes los preceptos, lo que procede en el fundo legado para alimentos, que tambien se entiende en propiedad. L. 4. ff. de alim. & cibariis. & omnes ibid.

272. Pero esto, y quanto conduce á la contravencion, no tiene que ver con la incompatibilidad, que se arguye para impedir la adquisicion, por ser causa muy diferente, vt infra num. 387. ex D. Olea, D. Larr. & aliis dicemus.

273. Dize Doña Antonia, que por la clausula de usufructuarios, y condicion de cumplir los preceptos antes de tomar la posesion, fue la disposicion condicional, y que por esto no se le pudo transferir á Doña Maria antes de cumplir, y solo fue usufructuaria.

274. Contentase Doña Antonia con dezir, que fue condicional, y no se haze cargo de su naturaleza, haziendo supuesto de lo que es principalmente la question, ad text. in L. Imperatores. ff. de tutel. & rat. distrab. ibi: Cum hoc ipsum quæretur.

275. Que solo fuesen modales se prueba, de que se imponen los preceptos á los successores, despues de aver adquirido el Mayorazgo, instituyendoles purè, y excluyendoles in casu contraventionis, porque los llama primero, y luego manda, que cumplan. esta es la distincion comun En luc. de sed. dicit. 154 ex nro. cor. 72. p. 13 n. 15.

276. En lo qual confiste la effencia de la disposicion modal. Sarmient. *Select. lib. 2. cap. 3. num. 4.* Rot. divers. decis. 39. part. 1. num. 1. ibi: *Quod ubi aliquid venit implendum ex post facto, vel post perfectionem actus, vel post emolumentum questitum, vel post aditam hereditatem, tunc censetur inductus modus, non conditio.* Ancun. de donat. lib. 1. prælud. 2. §. 1. num. 2. & 3. ibi: *Veluti quando actus in se perfectus est, & adicitur aliquid, quod respicit tempus venturum.*

277. Lo que procede, aunque aya las palabras, *hac lege, vel hac conditione, & alia similia.* D. Molin. lib. 2. cap. 12. num. 4. & 5. ibi: *Vt si is, qui facit aliquam donationem, vel aliam dispositionem, adiciat, quod illam facit sub hac conditione, quod scilicet donatarius faciat aliquid, quod venit implendum in futurum, nihilominus tamen illud, quod sub nomine conditionis adicitur, tanquam modus, non tanquam conditio iudicandum erit.* D. Castill. cap. 55. num. 36.

278. Casanat. *Conf. 9. num. 20.* ibi: *Etiamsi dicatur, cum hac conditione* Augustin. Beroi. *conf. 66. num. 5.* ibi: *Tunc non dicitur apposita conditio, sed modus, quamvis expressa sint illa verba hac lege, & hac conditione.*

279. Tondut. *Resol. civ. 141. num. 3.* ibi: *Neque obstant illa verba sub conditione, quia important sepius modum, & non conditionem, & nominatim, quando actus in se perfectus est, illique adicitur aliquid, quod respiciat tempus venturum post consumationem actus.* & num. 4. ibi: *Qui hoc ampliant, ut locum habeat, etiamsi clausula non aliter, nec alio modo sit adiecta.* Julio Caponio *discept. 97. tom. 1. num. 19.* & *discept. 334. num. 4.* P. Molin. de iust. & iur. *disp. 208. num. 4. & 6.*

280. *Surd. conf. 268. num. 55.* ibi: *Sunt enim verba testamenti hoc modo concepta, quod instituit sibi heredem Dominicum de Pachinis in omnibus suis, hac tamen lege, & conditione, &c. & casu quo, &c. & non aliter &c. per quæ verba clarè deprehenditur, Dominicum institutum fuisse sub modo. & ibi cum Bald. que quando las palabras miran à la disposicion es condicional, pero si conducen à la resolucion, ò privacion en el caso contrario, es modal, & ibi etiam num. 64.*

281. En gravamen de nombre, y armas, Casanat. *conf. 9. num. 12.* & 19. ibi: *Et quamvis conditio importetur, quando quis instituitur conditionaliter, si nomen, & arma tulerit, tamen modus importatur, ubi verba condicionalia non adsunt, sed voca. io præcep-*

fit, & onus subsequitur: etiamsi dicatur cum hac conditione, & unum. seqq.

282. D. Molin. lib. 2. cap. 12. num. 11. ibi: Quàmvis enim in his maioratus Institutio verbo cōditionis utatur, nihilominus tamen ea omnia potius ad modum, quàm ad conditionem referenda sunt, cum omnia in futurum, non autem ante maioratus perfectionem conferantur.

283. Et num. 47. ibi: Cùm prope omnia, quæ maioratum successoribus iniunguntur, potius vim modi, quàm conditionis habere, ut prædiximus, compertum est.

284. D. Castill. tom. 5. cap. 180. num. 29. ibi: In casu isto modum fuisse, quia vocatio præcessit gravamen. & ibi: Si enim prius facta fuerit dispositio in testamento, & ei postea iniunctum præceptum assumendi nomen, &c. erit modus.

285. Las fundaciones con estos preceptos continent onus, y se llaman por esta razon donaciones ob causam, y en ellas siempre se entiendo puesto el gravamen in vim modi, & non conditionis, & solum post emolumentum quæsitum obligant, & fit locus implemento onerum. Gracian. discept. cap. 381. num. 24. & 25. & ibi ex D. Molin. que passa al donatario el dominio, y posesion antes de cumplir, porque se juzgan puestos en el modo, que menos lo grave.

286. El ser modo, se persuade de que fueron los preceptos penales, privando in casu contraventionis. Casanat. conf. 9. num. 20. Surd. conf. 268. num. 62. 63. & 64. y de las palabras de la clausula, sean obligados, ita Cyriac. controv. 694. num. 6. ibi: Quinto, illa verba cum hac conditione quòd teneatur non important conditionem, sed modum, qui venit implendus post emolumentum consequutum, y de las palabras cumplan, y sino lo hicieron, pierdan, quæ sunt pœnalia, Surd. ibid. num. 63. & adiecta executioni, & non substantiæ dispositionis. Surd. ibid. Menoch. conf. 160. num. 38. Valasc. consult. 102. num. 10.

287. Quando no se estimen pruebas tan claras, y por lo que se opone quiera juzgarse dudosa la disposicion, en duda se juzgan modales los preceptos, Rota divers. 39. decis. n. 5. Antun. vbi sup. num. 52. D. Molin. lib. 2. cap. 12. num. 11. D. Castill. dist. cap. 55. num. 29. & cap. 115. num. 14. & cap. 180. num. 29. especialmente en los Mayorazgos de España, y gravamen de nombre, y armas, ut ibi resolvit, y es terminante.

288. Sequitur D.Pard. ad D.Molin. lib.2. cap. 14. num. 12. ibi: *Quod hæc gravamina armorum, & insigniorum Testatoris in dubio, censentur apposta in vim modi, ideòque eorum implementum non obligat ante lucrum quasitur.* Casanat. conf.9. num. 14.

289. Quando es modal la disposicion, no obsta el no aver cumplido, para que se transfiera à los successores el Mayorazgo, legado, ò herencia. Antun. dict. pralud.2. §.2. num. 67. D. Castill. tom. 4. cap. 55. num. 45. ni para constituir linea. D. Castill. lib. 3. cap. 15. ex num. 59. & cap. 180. num. 23. & 30. lo que no succede en lo condicional.

290. Ni se priva al successor, sin requerirle, formar proceso super contemptu oncrum, y que aya sentencia de privacion. Casanat. conf. 9. num. 25. 26. & 27. D. Molin. lib.2. cap. 15. num. 13. 23. & 28. D. Castill. cap. 55. num. 45. & 48. & cap. 115. ex num. 19. Casanat. ib. num. 27. *pxo. 22. q. 52. r. 10. 11. & 12.*

291. Y no basta se le requiera durante el pleyto; D. Castill. dict. cap. 55. num. 49. & cap. 115. num. 20. Casanat. dict. num. 27. y esto, aunque no huviesse cumplido, lo que consta, y quando no, el que se escusa, y defiende ex iusta causa no incurte en culpa, ni en mora. *L. Siquis. vers. Vtique, si iuste. ff. de vsur. L. Qui sine dolo malo. ff. de regul. iur.*

292. Ni obsta dezir, que es ociosa la interpelacion, por ser notorio, que no se pueden cumplir ambos preceptos; porque no es justo se llame notorio lo que es tan dudoso. cap. Consultuit. el 2. de appell. y para el pleyto basta cumplir los de Oja-Castro, à que no se opone el supuesto de lo incompatible, demàs de ser notorio de las mismas clausulas, que no ay tal incompatibilidad, y que se pueden cumplir vnos, y otros preceptos.

293. Sin el requerimiento, à vn en el caso de condicion, no se puede privar al successor. Cyriac. controv. 694. num. 7. Casanat. vbi sup. num. 25. aunque siendo condicional, debe cumplir quàm primùm potuerit, etiam non interpellatus. D. Molin. lib.2. cap. 14. num. 20. & ibi Add. num. 23.

294. Pero solo se entienda el precepto in vim conditionis, si Institutor dixerit, quòd non transeat in vocatum dominium, nec possessio, nisi tale gravamen priùs adimpleat. Add. ibid. num. 23. D. Molin. ibid. num. 12. de cuya calidad no son las clausulas de nuestras fundaciones.

295. Ni la privacion tiene lugar in casu omisionis, à que

que no se extiende la disposicion, que priva in casu commissio- nis, como las nuestras, ibi: *Y si lo contrario hizieren, y el que no lo hiziere, siendo requerido. gloss. in §. Pœnales. inst. de act. Bartol. in L. 1. ff. de verb. sign. Peregr. art. 32. num. 71. D. Castill. tom. 5. cap. 127. ex num. 37. & ex num. 53.*

296. Maximè en materia penal negativè concepta, que no se incurre en pena, ni en culpa, sino precede requeri- miento, Innocent. in cap. Extirpandæ. de præb. Felin. in cap. Pro- hibeeas. de Magist. D. Castill. dict. cap. 127. ex num. 52. & 56. in medio ibi: *Quòd in dispositione pœnali negativè concepta, puta, si illud non fecerit, si nomen, & arma non detulerit, nulla pœna in- curritur, nec culpa contrahitur, nisi præcedat monitio. Et vers. Ita quòdque. Surd. cons. 263. num. 64.*

297. Ni se debe cumplir antes el precepto. Casanat. conf. 9. num. 12. ibi: *Tertiò respondeo, veriore, certiore, que opinionem esse, ovis ferendi nomen, & arma non esse adimplendum ante acqui- sitionem perfectam, & possessionem adeptam.*

298. El Fundador de Baena privò al successor, si fuesse re- querido, y siendo ley la voluntad, como forma dada por ella, ad vnguem est observanda; *L. Iulianus. §. Si quis. ff. Ad exhib. Y aunque no lo dize el de Oja-Castro, lo supone en el he- cho de privarle de lo adquirido, sino cumple, con las pa- labras, sino lo hiziere, vt dixi sup. num. 224. que denotan el caso de no querer. L. Pater severinam. ff. de cond. & demonstr. lo que no se prueba sin el requerimiento; y siendo preciso, se juzga la disposicion modal. D. Castill. dict. cap. 55. num. 42. & seqq. & est communis.*

299. Aunque se supongan condicionales los preceptos, que no lo son, solo sera condicion potestativa, quæ in to- tum pender à voluntate implere debentis, notant DD. in *L. 2. ff. de cond. & demonstr. l. d. r. p. l. 9. § 2. n. 23.*

300. En estas non currit tempus implementi, hasta la noticia. Thesaur. decis. 77. num. 1. Gracian. discept. cap. 400. num. 14. Bald. in *L. 1. C. de inst. & subst.* ibi: *Item, quero, an tempus implendi conditionem currat ignorantis. Et dicendum est, quòd non, in conditione potestativa, vel mixta. que es mas estrecha.*

301. Porque ha de concurrir la voluntad, & ideò po- testativæ dicuntur, y sin la noticia no puede averla, *nihil vo- litum, quin præcognitum. L. Eius est nolle. ff. de reg. iur. L. 1. §. Adipiscimur. ff. de acq. poss.* y para adquirir, ò dexar, requiritur ani-

animus. *L. Fere. ff. de reg. iur.* y así no puede perderse lo que se ignora, ni dezir, que falta al precepto, el que no lo sabe. *L. 3. C. de condit. instert. D. Castell. cap. 127. num. 45.*

302. De que se infiere, que el Fundador, que impuso el precepto, solo querria; que obligasse in casu scientiæ, pues antes, ni le corre tiempo, porque no pudo, *L. Quæ sub conditione. §. Quoties. ff. de condit. inst.* ni estaba de su parte. *Patian. de probat. lib. 2. cap. 3. num. 220. Menoch. de arb. cas. 182. num. 72. D. Castell. cap. 55. num. 5. x. ibi: Vel si est potest. iura, non steterit per eum.*

303. Text. in *L. In testamento. la primera. ff. de condit. & dem.* donde fue condicion, que el heredero hiziesse un monumento, y de no hazerlo, se le impuso pena, & ait: *Si autem voluntas eius ignoraretur, pœnam quidem nullam vim habere.*

304. Text. in *L. 3. §. Si conditioni. ff. Ad Silanian.* donde se impuso la pena de no succeder con la dición *non aliter*, si el heredero no vengaba la muerte del Testador, y dize el texto: *Si conditioni intra diem ex die mortis præstitutum parere iussi ignorantia non paruerunt: succurritur ei ad implendam conditionem.* cuya condicion fue mixta.

305. La razon es, porque non est in culpa, nec in mora qui ignorat, y mas si cumple, luego que la sabe, y puede, & nihil ei imputatur. *L. Titia. 34. §. Si ea conditione. ff. de leg. 2. ibi: Iniquum est, eum, cum sit inculpatus, emolumento fidei commissi carere. Gracian. cap. 400. num. 14. Menoch. conf. 1011. num. 5. & 6. ibi: Ignorantiam excusare hæredem, si non paruit voluntati Testatoris.*

306. Antes en este caso se tiene por cumplida la condicion. *L. Si quis testamento. ff. de cond. inst.* Bartol. in dict. *L. Titia.* Menoch. *lib. 4. præf. 183.*

307. Porque la mente de los Fundadores solo fue excluir à los que culpablemente no cumpliesen. *ex dict. L. Titia.* D. Molin. *lib. 2. cap. 13. num. 30.* Add. *ibid.* sequitur P. Molin. Y esto respondieran, si se les preguntasse. *gloss. in L. Tale pactum. §. Qui provocabit. ff. de pacti. Cyriac. contro. 174. num. 39.*

308. Así lo explicó el de Baena, ibi: *Y de industria biziere lo contrario*, y en el de Oja-Castro se debe juzgar, así como lo mas verosímil, y conforme à la razon natural, y à la disposicion de Derecho, à que siempre se entiende arreglado el

Fundador, vt dixi *num.* 20. pues seria extraño poner el precepto en la voluntad del que lo ha de cumplir, y excluirlle, porque no cumplió, quando lo ignoraba, vt *Mier. part. 4. quest. 4. illat. 8. num. 299. lxxxij. 2. g. 52. n. 29.*

309. Contra esto opone Doña Antonia, que la condition de usufructuarios, y la de armas, y apellido antes de tomar la possession, impidió, que esta se transfiriese à Doña Maria, su Padre, y Abuela.

310. Se ha respondido *sup. num. 267.* que en las clausulas se transfirió la possession; y las palabras *antes de tomarla*, solo se terminaron à la Real, no à la civil, y natural, & tunc *D. Molin. lib. 2. cap. 12. num. 14.* sic ait: *Nam in hoc casu, quamvis dominium, ac possessio civilissima in vocatum mortuo ultimo possessore pertranscat: tamen apprehensio actualis suspendenda erit.* cuya doctrina, que cita Doña Antonia *num. 85.* no puede ser mas en terminos, para probar en Doña Maria, y su Padre, y Abuela la possession legal, y excluirla en Doña Antonia, y sus Tios, pues el Fundador solo se terminó à la possession actual.

311. Y no tienen las clausulas las demás palabras, que se citan prohibitivas del transito de la possession civil, y natural; y en aquel caso, aun no quedó firme el señor Molina, pues al *num. 30.* dize, que estos preceptos son comminatorios, y que se entienden puestos in vim modi, non conditionis, & cum casus contigerit, deliberandum erit.

312. Conque aviendo transferido los Fundadores la possession civil, y natural, y sin poner palabras, que impidiesen el transito, ni dezir, que se juzgue no llamado el successor, que antes no cumpliesse, vt *D. Molin. lib. 2. cap. 12. num. 17.* *D. Pard. ad D. Molin. lib. 3. cap. 10. num. 45.* se concluye la possession legal en Doña Maria, y la actual, que continuò, desde que judicialmente la aprehendió la Abuela, y que nada le obsta, que el precepto diga, *antes de tomar la possession*, quia uti modalis, sufficit postea implere, ô en el tiempo de la noticia.

313. Ni aun de la actual quiso privarles, pues en dezir, que fuesen usufructuarios, les constituyó poseedores. *D. Saldad. de Reg. part. 4. cap. 8. num. 145.* *D. Castell. de usuf. cap. 6.* y les competen todos los interdictos possessorios; luego se prueba, que solo fue comminatorio el dezir, *antes de tomar la possession*, pues les transfiere la possession el usufructo, la civil, y natural, y el dominio.

Avien-

314. Aviendo querido fuesen usufructuarios los sucesores, se excluye lo condicional, porque si lo fuese la disposicion, debian restituirse los frutos, D. Molin. *lib. 2. cap. 12. num. 19. Rox. part. 3. cap. 1. num. 54.* y el usufructuario haze los frutos suyos: luego no aviendo mandado, que los restituyesen, no fue el precepto condicional.

315. De que se infiere, que el Fundador tuvo presente, que pudieron los successores ignorar los preceptos, y no queriendo en este caso privarles, les hizo usufructuarios para la justa percepcion de los frutos, y à ser otra la mente, desde luego les huviera privado en el todo con las clausulas, que refiere D. Molin. *lib. 2. cap. 14. num. 12. & cap. 12. num. 18.* D. Párd. ad D. Molin. *lib. 3. cap. 10. num. 45.* de quibus supr. *num. 294.* y por no averlo hecho se sigue, que el animo solo fue comminar, para que se cumpliesse, no impedir el transito de la possession, y dominio, y el de los frutos, y que en qualquiera tiempo, que se cumpliesse, se satisfacía su voluntad. *Surd. conf. 69. ex num. 19. Add. lib. 2. cap. 14. num. 23.*

316. Si estas condiciones lo fuesen, y obstassen à Doña Maria, su Padre, y Abuela, para no succeder en el de Oja-Castro, igualmente obstàran à Doña Antonia, que procede de la misma raiz, y quando para succeder quiera cumplir, siendo Doña Maria la primera llamada, y cumpliendo, no puede ser admitida Doña Antonia, dicam *infra num. 346.*

317. Ni es rèplica dezir, que como segunda Doña Antonia debe admitirse *ex capite incompatibilitatis*, à que satisfarèmos *infra num. 421.* pues, quando se suponga lo incompatible, se arguye, que las dos fundaciones son condicionales, porque imponen los preceptos antes de tomar la possession, en lo que funda Doña Antonia, que esta no se transfirió.

318. Es así, que no se dà incompatibilidad sin el concurso in actu, *vt dixi num. 50.* Luego no poseyendo Doña Maria el de Baena, *ex vi conditionis*, no està impedida de adquirir, y poseer el de Oja-Castr., cumpliendo sus preceptos, y así Doña Antonia se destruye con lo mismo, q̄ le opone à Doña Maria. D. Salgad. *de Reg. part. 4. cap. 13. num. 39.*

319. Si en fuerza de lo condicional, como se opone, ninguna puede poseer sin cumplir, y oy con la noticia, se trata de esto, y cumple Doña Maria, esta deberá poseer, se-
gna

gun lo que respondiera el Fundador de Oja-Castro, si se le preguntasse, pues esto explicò con el llamamiento, que hizo de la hija mayor: dixi num. 109.

320. No obsta à Doña Maria, su Padre, y Abuela el no cumplir los preceptos por ignorarlos, porque esto no es contravencion, si solo el no cumplir culpablemente, y sin escusa legitima. D. Molin. lib. 2. cap. 14. num. 21. ibi: *Idque verum, ac probabile mihi videtur, dummodò contraventio conditionum, non casu, seu ex modica negligentia, sed ex proposito, & cum perseverantia facta sit, nec ex aliqua causa excusari possit.*

321. Eisdem verbis probant Add. ibid. num. 23. & cap. 13. num. 30. ibi: *Nemo enim privari debet ob contraventionem, nisi dolens contraveniat: vbi istud impedimentum gravatum excusat, & ignorantia probabilis inter iustas causas impedimenti connumeratur.* D. Pard. ibid. *Hæc Authoris conclusio certissima est, nam probabilis ignorantia excusat successorem à contraventione.*

322. D. Castill. tom. 5. cap. 136. num. 79. vers. *Ceterum circa fin.* Rox. part. 3. cap. 1. num. 38. ibi: *Quòd hæres, vel successor maioratus non debet esse privari ob contraventionem, nisi scienter, & dolens, seu ex proposito contraveniat conditioni, seu, precepto Testatoris, nam si ignoranter contraveniat, penam privationis non incurrit, cum ignorans non delinquat, nec dolium, nec culpam committat.* Et num. seqq. & ibi Aquil. num. 95. *Lex dicitur non esse de 37 n. 5 ed. dicitur 24.*

323. Ex Mier. & aliis D. Larr. decis. 59. ex num. 17. idem resolvió, y aunque alli la decision fue negar al menor la restitucion, por no aver cumplido la condicion, ex num. 28. dà la razon, quia res non erat integra, pero estandolo, si adfit ignorantia, restituitur. D. Castill. tom. 5. cap. 127. ex num. 56. Aquil. part. 3. cap. 1. num. 107. D. Larr. ibid. hasta aora no se ha quebrantado el precepto, & sic res est integra, y Doña Maria cumplió los de Oja-Castro: ergo.

324. La falta de noticia se ha probado, pues no se le entregaron las fundaciones hasta este pleyto. Aquil. dict. part. 3. cap. 1. num. 115. ni ha tenido motivo para dudar la succession, pues se hallò en su casa, y en su Padre, y Abuela estos mayorazgos, sin oposicion. ad text. in *L. Eius, qui in provincia. ff. de reb. credit.* Y assi està escusada por muger. *L. Error. ff. de iur. & fact. ignor. L. Mater. ff. de inoffic. testam.* Rox. part. 3. cap. 1. num. 43. & seqq. Aquil. ibid. num. 115. D. Molin. lib. 2. cap. 13. num. 3. & 33. D. Castill. cap. 127. num. 56. & 62.

325. Y el saber los preceptos no se presume, sino se prueba. *L. Verius. §. de probat. D. Valenz. conf. 155. num. 58.* Aquí *vbi sup. num. 95.* ni basta, que los supiese, sino entendia de su calidad, pues aviendo duda en hecho, ò derecho, el mas advertido tiene justa excusa. *Rota divers. decis. 56. num. 4. Farin. conf. 45. num. 48. ibi: Ignorantia iuris dubii excusat Doctorem, etiam si peritiores non consuluerit.* Y en nuestro caso no solo ay la duda, pero es lo mas seguro no aver incompatibilidad.

326. Luego si cumplió Doña Maria los preceptos de Oja-Castro, nada le obsta, que se suponga prohibido el concurso, porque puede elegirlo, y dexar el de Baena, *vt dictum est*, y continua justamente la possession del de Oja-Castro, sobre que es la demanda; demás que, aunque se suponga, que el de Baena resiste el concurso con otro, no debe dexarlo; sino es requerido, pues hasta entonces le permite el Fundador, que lo possca, y siempre puede, sino es que aya decision exclusiva del concurso.

327. O pone Doña Antonia *num. 86.* que por no aver cumplido el precepto, se tiene al Contraventor por no llamado, & *num. 87.* que por esta razon no tuvo Doña Maria possession, ni potencia proxima de succeder, ni tuvo principio su linea. Sed *facile diluitur, retorquendo argumentum contra Doña Antonia, sus Tios, Padre, y Abuela, porque ninguno cumplió: Luego todos son Contraventores: Luego ninguno debe juzgarse llamado, ni pudo constituir linea.*

328. Si se vale de la falta de noticia, con lo mismo se defiende Doña Maria, si se le excluye la potencia de succeder, como la puede tener Doña Antonia, que es de la misma linea, que no tuvo principio en el Padre, y Abuela, y que no es llamada, hasta que conste de contravencion?

329. Si dize, que no podia cumplir, mientras vivian sus Padres, y Tios, ni llegaba el caso hasta su muerte, en que ha de fundar, que fueron poseedores Legales Don Marcos Pedro, y Doña Isabel de Zaldua; no siendo primogenitos, ni de la linea llamada, y no aviendo cumplido los preceptos, que es el fundamento suyo; y hallandose, que los cumple la primogenita de la linea predilecta, que ocupò la possession?

330. Para fundar la objeccion, cita *num. 85. & seqq.* al Sr. Molin. *lib. 2. cap. 12. num. 15. & 17. ibi: Veluti si Institutor*

dixerit, quid non transeat in vocatum dominium, nec possessio, nec ipsa successio, donec adimpleat. El mismo lib. 2. cap. 14. num. 10. & 12. adize, que estas palabras importan modum en los Mayorazgos de España: *Nisi maioratus Institutor expresse dixerit, de professus fuerit, se ad eius successionem, nisi illum, qui prius hoc gravamen adimpleverit, non vocare.* D. Castell. lib. 5. cap. 15. à num. 15. refiere lo mismo.

331. Es assi, que estas palabras no se hallan en nuestras fundaciones: Luego no conducen estas doctrinas, ni obsta la palabra antes de tomar la posesion, pues ve dixi num. 330. no impide el transito de la civil, y natural, que lo prueba Doña Antonia num. 85. con el Sr. Molin. dict. cap. 12. num. 15. ni constituyó la disposicion condicional.

332. Num. 86. cita D. Molin. D. Castell. & Aquil. part. 8. cap. 7. num. 35. para probar, que no fue llamado el sucesor, ni pudo constituir linea por la contravención, à que satisficamos infra, en num. 400. en que la distincion es, si fue llamado, y por accidente se hizo inhabil, ò si nunca tuvo llamamiento, pues en lo primero constituyó linea, y no en el segundo; es assi, que en nuestras fundaciones es expreso el llamamiento: Luego tuvo principio la linea, y no son las doctrinas del proposito.

333. Las palabras, que cita de Aguila, lo explican, pues el llamamiento es del hijo mayor con la condicion, de que no tenga otro Mayorazgo, ibi: *Filius ergo maior licet videatur vocatus, sub ea tamen conditione vocatur (si alium maioratum non habeat) hac ergo conditione deficiente vocatus non est.* Omite Doña Antonia las palabras del parentesis. En las fundaciones no ay tal clausula, ni equivalente, ni otra, que induzca condicion casual, mixta, ni aun potestativ: Luego no obsta esta doctrina.

334. Ni las del Sr. Olea, y Pegas, que cita num. 91. (reservando para la tercera parte lo principal de la respuesta, en num. 401) y se ve clara la inconsequencia al num. 92. pues concede Doña Antonia à sus Tios el dominio, y posesion del Mayorazgo de Oja-Castro, sin aver cumplido los preceptos; es assi, que esta es la razon, en que funda, ibi, & num. 94. que Doña Maria, su Padre, y Abuela, no son llamados: Luego se destruye con su mismo argumento, y con los AA. que lo comprueban, y cita num. 86. D. Salgad. part. 4. de Reg. cap. 13. num. 39.

335. D. Molin. *lib. 1. cap. 19. num. 35.* se cita *num. 92.* para probar, que solo fueron usufructuarios, quando assi lo dispuso el Fundador, y que pasó al siguiente en grado el dominio, y que por aver dicho, que se atiende la línea de el poseedor, se ha de entender del hijo segundo, porque el primogenito es mero usufructuario.

336. De la razon Doña Antonia *num. 93.* porque el usufructuario no posee, y afirma que lo es, y no poseedor, el que no cumplió la condicion; sed sic est, que Doña Antonia ni sus Tios no la cumplieron: Luego ninguno fue poseedor, ni pudo serlo, aunque se le juzgue siguiente en grado, porque antes debe cumplir: Luego tambien se debe juzgar usufructuario el hijo segundo, y assi le obsta la misma doctrina.

337. Vencida de que la contravencion excluye la línea, de que procede Doña Antonia, se haze vna replica *num. 96.* recurriendo à la incomparibilidad; dize, que aunque es assi, que le obstan los grados exclusivos de su Padre, y Abuela, como à Doña Maria, para representar à la Bisabuela, no obstante Doña Antonia, como secundogenita debe suceder, à quien no impide la exclusion, que fue por causa de incompatibilidad, la que solo obsta al primogenito, y su línea, cita à Aguil. *part. 7. cap. 6. num. 7.* y no à Doña Antonia, aunque proceda de la misma rayz.

338. Aunque no es responder salirse de la dificultad de la replica, variando de medio, en el verè convincitur (& infra *num. 421. latius*) porque el Aguila *ibid.* habla en la question de Roxas de expresa prohibicion de concurso de Mayorazgos, refiriendose à la *part. 4. cap. 1. num. 87.* & Aguil. *ibid. num. 20.* en que es la causal para la exclusion, el tener otro Mayorazgo, y la institucion es de dos para primero, y segundo genito.

339. En este caso no ay duda, que inuirtir línea primogenita, & non secunda, y que no obstaría à Doña Antonia, siendo llamada como segunda, que su Padre poseyese los dos Mayorazgos incompatibles, pues la hija mayor entraría en el vno, y la segunda en el otro.

340. Es assi, que institucion de dos Mayorazgos para primero, y segundo no se halla, que no ay provision de dos líneas, ni exclusion del primogenito, por tener otro Mayo-

razgo, ni llamamiento al que no tenga otro, ni la palabra *Sola*, ó *sin mixtura*, ni igual calidad en los preceptos, ni prohibicion de su concurso: Luego no conduce la doctrina de *Aguila*, ni prueba el *assumptio*.

341. Demás, que aunque se suponga lo incompatible, no puede negarse ni el derecho de eleccion, ni el llamamiento de Doña Maria, que lo produce: Luego, hasta que conste aver elegido, no puede verificarse, qual de los Mayorazgos quedará á Doña Antonia. Es assi, que hasta la posesion pacifica del vno incompatible, non potest dici infecta linea primogenita quoad alium. Y á esto debe preceder la eleccion: Luego nada le aprovecha á Doña Antonia el esugio á la incompatibilidad.

342. Maximè, porque la demanda se limitò al de Oja-Castro, en que Doña Maria tiene llamamiento, y derecho de eleccion: Luego elegido este, solo quedará infecta la linea en quanto al de Baena, & nihil prodest el supuesto de lo incompatible.

343. Mas por lo condicional, que se supone en las palabras *antes de tomar la posesion*, en las dos fundaciones, no se debe considerar á Doña Maria poseedora de alguno. Sin la posesion de ambos in actu non datur incompatibilitas, vt dixi num. 50. Luego no conduce, que se entienda la exclusion por causa de lo incompatible; para que se suponga infecta la linea primogenita, y no la segunda, si á vna, y otra no puede diferirse la posesion, segun se arguye, sin cumplir antes los preceptos, y por lo mismo no puede obstar á la primogenita la causal de lo incompatible.

344. Finalmente por este motivo no se haze lugar Doña Antonia, porque su Abuela, de quien procede, tomò posesion de el de Oja-Castro, y supuesta la incompatibilidad passaria el de Baena á la linea segunda, quedando radicada en la primogenita la succession del de Oja-Castro, vt dixi ex num. 228. luego aunque la exclusion fuesse ex causa incompatibilitatis, por ella se admitiera á Doña Antonia en el de Baena, y no en el de Oja-Castro: Y esto aviendo precedido declaracion de ser incompatibles, y la eleccion de la primogenita.

345. Et reddendò vnde digressi sumus sobre contravencion, esta siempre le obsta á Doña Antonia en su Padre,

y Abuela, y à sus Tios nada les sufragò lo incompatible; sino cumplieron los preceptos, ni à Doña Antonia, aunque quiera cumplirlos, porque esto solo toca à los preferidos en el llamamiento.

346. Ita Alex. Raudens. de Analog. lib. 1. cap. 37. num. 115. ibi: *Neque obstat, si dicatur ex consuetudine Hispaniæ, posse filium assumere cognomen Matris, nam respondeo, istud non sufficere, sed requiri, quòd id faciant, quibus à Testatore, uti vocatis, tale onus impositum fuit.*

347. Socin. Iun. vol. 3. conf. 59. num. 23. ibi: *Neque obstat, si Hercules diceret, quòd ferret nomen, & arma dictæ familie, quia hoc non sufficit, sed requiritur, quòd id faciant, quibus à Testatore, uti vocatis, ex sua dispositione, tale onus fuisset impositum; alioquin multi reperirentur, qui tale nomen, & arma ferrent.* D. Molin. lib. 3. cap. 10. num. 19.

348. Y es la razon, quia, dum adest primus gradus substitutionis, non est locus secundo. L. 79. ff. de hered. inst. D. Molin. ibid. & lib. 3. cap. 6. num. 50. & ibi Add. D. Valenz. conf. 97. num. 12.

349. Ni obsta dezir, que no aviendo cumplido Doña Maria, no pudo despues cumplir, porque à lo primero diò causa la falta de noticia, y en lo segundo la potencia de cumplir proviene de su llamamiento, & à diversis non fit illitio. L. Papinianus exuli. ff. de minor. demàs, que Doña Antonia, y sus Tios no cumplieron: Luego no han podido cumplir.

350. Sed sic est, que como se arguye, el que antes no cumpliò, no pudo ser poseedor legal: Luego Don Marcos Pedro, y Doña Isabel no lo fueron, y no aviendo otras, que Doña Maria, y Doña Antonia, como dice esta, num. 28. si cumple Doña Maria, no se admite Doña Antonia, ni es del caso, que cumpla.

351. Todo lo qual comprueba en Doña Maria, aun supuesto lo incompatible, las tres calidades para la sucesion, y posesion del de Oja-Castro, pues se le llamó primero, no està impedida, tiene la qualidad, y el caso de la substitution por muerte de su Padre, y cumpliò los preceptos luego que los supo, y ninguna de ellas verifica en si Doña Antonia, ni con el motivo de la incompatibilidad, ni de la contravencion.

352. Impugnaf *num.* 50. la representacion con las palabras de grado en grado, llamamiento del pariente mas cercano, y otras, de quibus *sup. num.* 178. y quiere aora esforzarlo con las palabras, conocer la mayoría, diciendo, que la mayoría siempre está conocida, y que esta expresion fue para excluir la representacion.

353. Sed convincitur: porque no dize para conocer, sino para considerar la mayoría, en que explicò, que no se estuvièsse à lo material de las edades actuales, sino que en la linea se atendiesse à la qualidad de hijo mayor por la regla de la representacion, para que el nieto menor en dias, siendo de esta linea, se prefiriesse à los Tios, aunque mayores, y por esta razon dixo considerar, no conocer, como se supone.

354. Y assi entendidas las palabras en sentido natural, no discursivo, ni conjeturado, solo dize, que se prefieran los hijos, nietos, y bisnietos à los Tios, y para considerar la mayoría, que no pueden tener aquellos por su edad, representen las personas de los Padres, y Abuelos, que la tuvieron, hoc est, que el hijo, hija, nieto, ò nieta del hijo mayor, aunque menores, se prefieran à los Tios, aunque estos sean mayores en edad, explicando claramente, que quiso preferir los hijos, y nietos de la linea primogenita, y para que assi se entendiesse, mandò, que la sucesion fuesse por representacion conforme à la Ley Real.

355. Y no excluyendose de conjeturas, vt dixi *num.* 169. ex D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 8. *num.* 1. & 2. D. Castell. *lib.* 2. *cap.* 20. *num.* 28. & *lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 284. es inutil la referida, pues aun las mas eficaces no turban voluntad tan expresa. D. Castell. *tom.* 2. *cap.* 22. *num.* 72. & 73.

356. De que resulta, que sucediendo Doña Maria iure proprio, y con independencia de el grado antecedente, Add. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 39. & omnes, no obsta lo que se opone *ex num.* 65. de que la Abuela no constituyò linea, que el grado caduco no puede ser representado, porque si fue *ex causa contraventionis*, à todos obsta; porque ninguno ha cumplido, y si *ex incompatibilitate*, no la ay sin la posesion pacifica de ambos, vt Rox. & Aquil. *part.* 7. *cap.* 4. *num.* 32. & 33. que no puede aver sin cumplir antes las condiciones, como funda Doña Antonia, y antes de tomar

la possession: Luego vno, y otro medio no obsta à Doña Maria, ni favorece à Doña Antonia.

357. Y concluimos, si explica Doña Antonia, qual de los successores es el llamado, pues à ninguno aprovecha la incompatibilidad, si antes no cumple los preceptos, como funda *num.* 96. quia retro, & ab initio non est vocatus, nec possessor, nec constituit lineam: el Padre, Abuela, y Tios de las litigantes no han cumplido, como supone, ni ya pueden cumplir: lo incompatible no conduce, y aunque produzga la possession legal, el no aver cumplido la excluye: Luego ninguno es llamado, ni poseedor legal, ni ha constituido linea.

358. Solo se hallan oy Doña Antonia, y Doña Maria, como lo dize en su papel *num.* 28. y esta como primogenita cumple los preceptos de Oja-Castro: Luego cesan todos los argumentos, que se hazen con los motivos de incompatibilidad, y contravencion; pues por ellos antes de las dos no hubo quien pudiesse ser poseedor actual, ni legal.

359. Parece queda fundado con claridad la justa possession, y succession de Doña Maria en el Mayorazgo de Oja-Castro, aun en el supuesto de la incompatibilidad, conque aviendose probado in prima parte, que no la ay, ni aun conjeturada, se excluye por todos medios la pretension de Doña Antonia.

360. Por estos fundamentos no pudo tener lugar el sequestro, pues es constante, que los Fundadores transfirieron la possession civil, y natural, la que no suspendieron con las palabras *antes de tomar la possession*, vt ex D. Molin. dixi *num.* 310. y que en ella se continuò la judicial de su Abuela, y sus derechos, y que tenia la actual tempore litis motæ, la que impide el sequestro. *A. Q. Paz et al. lib. Q. Carill. ubi supra.*

361. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 72. & ibi Add. ex Gutierr. Gom. & aliis, D. Paz de *tenut.* *cap.* 10. *ex num.* 5. Y aunque al *num.* 18. lo admite, quando es incierto el derecho de los litigantes, habla en el mismo tiempo de la vacante, y que de ella no se dude, & plures contendant super possessione, y en nuestro caso han passado seis años de possession actual, y es cierto, que no hubo vacante por muerte de Don Marcos Pedro, y à lo menos es dudoso, vt ex D. Paz, & Cardin. de Luc. dicam *num.* 366. y assi no se pudo sequestrar,

por-

701x 2/1500
216

porque constaba de poseedor. D. Paz. cap. 12. per tot. & cap. 19. num. 17. D. Larr. decis. 58. *Q. Cas. Mt. de alm. cap. 3 n. 76273*

362. Maximè, porque Doña Maria tuvo titulo, y buena fee, y poseia à vista, y consentimiento de Don Marcos Pedro, Doña Isabèl, y Doña Antonia. Mier. part. 3. quæst. 6. ex num. 19. vt num. 25. y que lo corrobora la Ley 9. tit. 7. lib. 5. Recop. que restringe à seis meses el juyzio de restitucion, y pasados, solo puede tratarse de la propiedad, Mier. *ibid.* num. 49. & D. Paz de tenut.

363. Y aunque D. Larr. & D. Paz vbi sup. distinguen, quando propria auctoritate, vel officio Iudicis, se ocupò la possession, vt in primo casu sit locus sequestro, intelligitur in tempore proximo vacanti, pues defiende, que se debe conservar in suo statu al poseedor, y que no tiene lugar el juyzio de tenuta, ni el sequestro, por aver pasado cinco años despues de la vacante.

364. Luego aviendo poseido Doña Maria seis años, y con su Padre, y Abuela, que obtuvo la possession judicial, tiempo de 32. años, con titulo, y buena fee, y consentimiento de los que se dizen interesados, se excluye con las mismas doctrinas el sequestro, pues es cierto el poseedor, y se duda, que la vacante fuesse por muerte de Don Marcos Pedro, ni pudo averla; porque no fue poseedor legal, ni pudo serlo, porque segun se o pone, no cumplió los preceptos, y por esta causa no se le transfirió la possession civil, y natural.

365. Y sería bastante para escusar el sequestro el titulo de usufructuarios, que concedió el Fundador, pues, aunque se le dispute à Doña Maria por este medio la possession, es innegable el derecho suyo à percibir los frutos, razon, porque no pudieron sequestrarle, y lo que es mas, aunque se declarasse lo incompatible, cumpliendo los preceptos de Oja-Castro Doña Maria, como los ha cumplido, y lo declaró en el pleyto, nunca pudiera aver restitucion de frutos.

366. Finalmente los AA. que mas se han estendido à fundar la incompatibilidad, ò contravencion, se contienen à vista de ser dudosos los preceptos, de que se arguya, ò no, siendo cierta, y sin duda la vacante; Paris. *conf.* 19. num. 207. D. Paz de tenut. cap. 34. num. 42. Cardin. de Luc. *disc.* 13. num. 13. de fideic. Lo que urge mas, porque Doña Antonia

interpreta à su arbitrio las clausulas, suponiendo voluntad contra lo literal de ellas.

367. Reconociendo pues, que aun supuesto lo incompatible, no se le puede disputar à Doña Maria la posesion del de Oja-Castro, variò la demanda, que limitò à la posesion de el, y la introduxo de eleccion, vt dixi num. 9. en cuyo hecho fue vito apartarse del possessorio, è introducir el juyzio petitorio.

368. Sic Card. de Luc. vbi sup. num. 10. ibi: *An secundo-genito auctori concedendum, vel denegandum esse petitam remedium tenet, dicebant satis bene scribentes pro primogenito reo convento, quod ipsamet auctoris petito continebat formale petitorium, dictumque possessorium excluditur, dum concepta erat per alternativam; vt scilicet, vel concederetur tenuta: vel prescriberetur terminus primogenito eligendi vnum de duobus; ista enim secunda pars continebat petitorium, cuius determinatio pendet à puncto principali incompatibilitatis, quod prius terminandum est, & eo formato primogenitus eligit, aut repudiet.*

369. El petitorio es incompatible con el interdicto retinendæ, que deduxo Doña Antonia ex D. Paz. Rox. part. 5. cap. 5. ex num. 35. donde, que por la nueva demanda de propiedad se confessa la posesion à Doña Maria. Y generalmente en los juyzios petitorios se supone en el reo la posesion.

370. De vno, y otro no se puede conocer à vn tiempo, Rox. ibid. num. 52. ibi: *Nec de eis simul cognosci propter incompatibilitatem ratione ordinis, vel repugnantie.* ni pueden acumularse, aunque se propongan condicionalmente; Rox. ib. num. 49. como lo hizo Doña Antonia.

371. Incompatibilidad no puede aver sin la posesion pacifica, y concurto actual de los dos Mayorazgos. Rox. part. 7. cap. 4. num. 43. & 50. Aquil. ibid. num. 33. ibi: *Et quia tunc incipit incompatibilitas, cum iam pacificè possideat, non antea. Et num. 34. ibi: Tunc planum est, non ante prohibitionem urgere, quam delata sic possessio pacifica, & ibi: Et tunc æquè planum est, non antea prohibitionem, aut incompatibilitatem incipere, quam si nanciscatur possessionem pacificam.* Add. D. Molin. lib. 3. cap. 2. num. 30. vers. Caterium. *2207. 61. 33 n. 63.*

372. Es assi, que el hecho de pedir la eleccion supone lo incompatible; luego supone la posesion pacifica; sin ella no puede aver eleccion, ex Rox. D. Larr. & aliis Aquil. ib.

num. 29. Add. D. Molin. *ibid.* num. 30. porque no tiene lugar, nisi inter plures. Barbof. *Vot.* 126. num. 23 i. ni está obligada à elegir, lite pendiente. Rox. *part.* 7. *cap.* 4. num. 50. luego se le confieffa la possessio à Doña Maria, in hoc casu non est locus sequestro: ergo.

373. A que se llega, que los remedios possessorios, y el de tenuta no tienen lugar, si no es en vacante cierta, y successor dudoso. L. 45. Taur. Cardin. de Luc. *vbi sup.* num. 12. y no consta, que la huviesse por muerte de Don Marcos Pedro, ni que antes este fuesse possedor, si lo contrario: dixi num. 361. solo si la variedad de Doña Antonia en afirmar, quando fuesse, y aun no puede dezir, qual de los dos Mayorazgos vacasse.

374. En caso de contravencion non est locus possessorio. D. Paz de *tenut.* *cap.* 36. num. 17. cuya sentencia, como la mas segura, sequitur Doctissimus D. Olea de *cess. iur. tit.* 3. q. 4. num. 23. in *fin.* ibi: *Sed quoad remedium possessorium, dissentit doctè prosequens D. Paz de tenut. cap.* 56. à num. 11. cuius *sententia vera mihi videtur.* Add. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 13. num. 59.

375. Nec in casu incompatibilitatis, pues, aunque el Sr. Paz dize, que puede intentarse la tenuta, el Sr. Olea in *add. tit.* 3. q. 4. num. 7. resuelve lo contrario, y explica el sentido, en que habló el Sr. Paz: ibi: *Vnde difficile videtur, posse ante electionem proponi iudicium tenuta, & quamvis Paz de tenut. introduci posse defendat, loquitur, quando possessori non competit electio, quia acceptando secundum maioratium vacat primus, cuius possessio ministerio L. 45. Taur. statim traslat a fuit in legitimum successorem.*

376. Dà la razon el Carden. de Luc. *vbi sup.* num. 13. porque, sino son incompatibles, ninguno ha vacado, y si lo son, no puede vacar alguno, hasta que aya eleccion, ibi: *Dum non militante incompatibilitate nenter vacaret, eaque militante, donec sequeretur electio, incertum remanet ad quem auctori ius competeret.* Luego no constando la vacante, y confesandose en Doña Maria la possessio de los dos Mayorazgos por el hecho de pedir, que elija, no tiene lugar el possessorio, ni en él puede obtener Doña Antonia.

377. Facit L. 7. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* & ibi Aquil. *part.* 3. *cap.* 1. num. 120. ibi: *Non potest tenuta eo casu proponi, cum resideat utriusque maioratus possessio apud eum, qui iuxta legem novam electionem facere debet.*

Por

378. Por estos motivos no fue correspondiente la sentencia à la demanda, pues se debió ceñir à la accion possessoria deducida, y contextada. Menoch. *de arbit. cas.* 176. D. Valenz. *conf.* 169. num. 35. & 36. & cap. 173. num. 113. Azeved. *in L.* 10. tit. 17. lib. 4. *Recop.* num. 72. Y en lo que excedió declarando incompatibilidad, y mandando, que Doña Maria eligiesse (accion, que no se contextò, antes se contradixo) fue nula. *L. Vt fundus. ff. Comm. divid.* ibi: *Quia ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere Iudicis potestas non potest.*

379. Y Así se debió declarar la justa possession de Doña Maria, reservando el derecho à Doña Antonia sobre la propiedad. Rox. *part.* 5. cap. 5. num. 49. & 52 ibi: *Et sic reservato iure super proprietate indicandum est tantum in possessorio.* O por el dicho motivo, ó por no ser cumulables las pretensiones, vt Rox. *ibid.*

380. Y es el mayor reparo la reserva, que se hizo en la sentencia para el juyzio de propiedad, porque si desde luego declara lo incompatible, y que Doña Maria debe elegir, qué es lo que reserva para el petitorio, quando en él no ay otra cosa, qué disputar? Y así implica la determinacion con la reserva. Bald. *in L. Item labec. ff. Fam. Hæresisc.* ibi: *Quod inter se pugnant reservatum, & dispositum, quia quod reservatur, non disponitur, neque quod disponitur, reservatur.* Surd. *conf.* 205. num. 24. Noguer. *alleg.* 2. num. 20.

381. Mas: la reserva solo se termina, à lo que se omite. Cyriac. *Controv.* 55. num. 8. y no tiene efecto, si aon adest, quid reservabile. Surd. *conf.* 180. num. 14. Cyriac. *Cont.* 651. num. 17. es así, que se determinò lo incompatible, y que se debia hazer la eleccion, lo que toca al petitorio, vt Card. de Luc. *ubi sup.* num. 10. Luego fue inutil la reserva, que se hizo para la propiedad. Noguer. *ibid.* num. 20.

382. Todo lo qual haze notoria la justicia de Doña Ma para que se le mantenga en la possession del de Oja-Castro, y para que se alze el sequestro, por tener las qualidades, que quiso el Fundador, y aver cumplido sus preceptos, & vti Reus debe obtener no solo en caso claro, sino en el dudoso. *L. In pari. ff. de regul. Iur.* Gracian. cap. 736. num. 64. D. Valenz. *conf.* 23. num. 171. maximè en el possessorio. *L. Vti frui. ff. Si usus. petat.* ibi: *Vincet tamen eo iure, quo possessores*

de Oja-Castro ibi: *Y si lo contrario hizieren, por el mismo hecho ayan perdidos, y pierdan.* Et ibi: *So pena de perder el Mayorazgo.* El de Baena ibi: *Y de industria hizieren lo contrario, queden exclufos de este dicho Vinculo.* Et ibi: *Antes de tomar la poffession juren de guardar las Capitulaciones de esta escritura, y el que no lo hiziere, fiendo requerido, quede exclufo de este dicho Vinculo.*

389. No basta fuponer, que fue contravencion el no cumplir los preceptos, quando se ignoraron, porque las claufulas no privan en caso de omifion, fi en el de hecho, ibi: *Hizieren, ni en otro, que en el de industria, y precediendo requerimiento, que nada consta, fi que cumplió Doña Maria, luego que fupo, los preceptos de Oja-Castro.*

390. Ni basta fuponerla à vulto de los dos Mayorazgos, porque se ha de probar specificcâ qual se contravino, para que se fubftenga la vacante en la certeza de la demanda, y que esto fea el de Oja-Castro, porque fi solo ha vacado el de Baena, sobre este no es el pleyto, y de aquel consta el cumplimiento, no la contravencion.

391. Pero fupongamosla en el de Oja-Castro por estrechar mas el afumpto; no fue por ella la exclusion Real, fino perfonal, y afsi puede, y debe fucceder Don Fernando. D. Olea. tit. 3. q. 4. num. 20. ibi: *Quòd licet Pater, ex eo quòd contravenit conditionibus, & voluntati Testatoris, pri vandus venit fucceffione maioratus, filius eius non excluditur, imò ad eum fucceffio tranfeat; cùm privatio ex causa contraventionis perfonalis fit, quæ defcendentes, & filios non excludit.*

392. Ex Tell. Matienz. Azeved. & aliis D. Larr. decis. 51. num. 42. ibi: *Et rectè prædictum locum habebit in casu contraventionis, quando Pater excluderetur, quia non paruit Testatoris præcepto, nam, cùm id respiciat folum perfonam, inde filii, qui proprio iure veniunt, admittendi.*

393. Sequitur D. Solorzan. de iur. ind. tom. 2. lib. 2. cap. 19. num. 34. D. Castill. tom. 3. cap. 15. à num. 59. & tom. 5. cap. 178. num. 2. §. *Diftiguendum. verf. Ac verò.* Add. D. Molin. lib. 3. cap. 10. num. 44. *¶ xxij. l. g. § 3. ex 270*

394. La exclusion Real confifte, en que fu causa fea transcendentel, ò milite en los hijos la misma razon, ve quando quis excluditur, fi contrahit cum perfonâ infecta, quia hoc vitium inficit lineam, & fic de aliis: perfonal, fino fe halla, ò influye en los hijos la misma causa, fed folum rel-

piciae personam. D. Solorz. *ibid.* D. Larr. *ibid.* num. 43. Rox part. 3. cap. 3. num. 54. & Aquil. *ibid.* D. Castill. *vbi sup.*

395. Es así, que la contravencion, que se le supone á Doña Maria, su Padre, y Abuela, es una omision inculpable (que aun no es el hecho contrario, como dispuso el Fundador) y es personal, que no trasciende á los hijos, ni en ellos milita la misma razon, antes con la noticia pueden cumplir los preceptos, & adhuc res est integra ad implementum, vt docet. D. Castill. D. Larr. Aquil. citati sup. n. 323.

396. Luego nada le obsta á Don Fernando la supuesta contravencion de su Madre, pues no le impide, que pueda cumplir. Rox. part. 3. cap. 3. num. 54. *ibi: Quia in hoc casu per contraventionem Patris exclusio non fuit realis sed personalis*, y dá la razon, porque no milita en los hijos la causa para excluirlos, & postea, & quando est personalis contraventio Patris non nocet filio, quia succedit tunc filius ex suo capite iuxta voluntatem Institutoris, & secundum eius vocationem. *Ex p. l. cap. 33 ex n. 16 un.* 124

397. D. Olea de ces. tit. 3. q. 4. num. 20. *ibi: Cum privatio ex causa contraventionis personalis sit, que descendentes, & filios non excludit.* Et in add. *ibid.* num. fin. *ibi: Propter Patris sui contraventionem, quia in hoc casu intervenit factum Patris, quod filio nocere non debet.* *Luc. d. n. 154 n. 20 Ex p. l. 29 53 n. 70.*

398. D. Castill. tom. 3. cap. 15. num. 62. *ibi: Ut quando Mater excluditur ex facto proprio, tunc ipsius exclusio non inficiat eius descendentes;* & num. 59. *ibi: Quod filii ob exclusionem personalem Patris, nunquam censentur exclusi á successione.*

399. Opone Doña Antonia num. 91. que por no aver cumplido Doña Maria, su Padre, y Abuela, se excluyó toda la linea primogenita, aunque la contravencion se juzgue personal, porque no tuvo principio la linea: cita al Sr. Olea *vbi sup.* num. 20. *ibi: Limitare videtur, quando Pater non successit, & propter contraventionem non apprehendit possessionem: Et ex num. 86: que no se juzgan llamados, porque no cumplieron la condicion.*

400. Responde el Sr. Castillo *lib. 3. cap. 15.* que para constituir linea, no se necessita la succession actual, sed sufficit habere aliquo tempore ius in spe, vel potentia: sequitur Aquil. part. 1. cap. 6. num. 297. D. Solorzan. *dict. lib. 2. cap. 17. num. 102.* & est communis.

401. Y así distingue el Sr. Castillo al num. 76. si se halla,

illa, ô no llamamiento, ô si siempre huvo incapacidad para succeder, ô no la huvo, ibi: *Secus tamen si non simpliciter, & absolute exclusus est, sed potius ad successionem vocatus, licet in aliquem casum, aut eventum exclusus, aut semotus à successione, ita quod non omnino incapax fuerit, sed potius aliquando capax, tunc namque eius descendentes non censentur inhabiles, nec exclusi.*

402. Et ex Alex. Raud. ibi: *Multum ponderat, an quis simpliciter exclusus fuerat, vel numquam vocatus, an verò aliquando vocatus, & ad oculus demonstratus sit, vt primo casu eius descendentes excludantur omnino, secundo verò admitti debeant, quia per vocationem, & demonstrationem certæ personæ, & per potentiam, & facultatem succedendi aliquo tempore, vel aliquo casu, & defectum absolutæ exclusionis, in sic vocato linea videtur initium accipere, & omnes eius descendentes admitti videntur.*

403. Ex Giurba, Aquila ad Rox. part. 4. cap. 1. num. 18. & 19. vbi eisdem verbis resoluit, & part. 8. cap. 7. num. 31. in dispositione hominis ibi: *Quod si vocatus inueniatur cum gravamine incompatibilitatis ex eius contraventione excludatur, lineam constituit, ideoque eius filii non manent exclusi ob contraventionem, quia exclusio personalis est, nec afficit lineam.*

404. D. Molin. lib. 3. cap. 7. num. 4. ibi: *Quæ omnia, quando Pater nullo tempore primogenituræ ius, nec in potentia, nec in spe habere potuit: intelligenda sunt, secus verò, si Pater aliquo tempore ius primogenituræ saltè in spe, vel in potentia habuerit, tunc namque etiam si ex post factò inhabilis ad successionem maioratus efficiatur, nihilominus tamen eius filius representando personam Parentis possessionem maioratus consequetur.*

405. Add. ibid. num. 4. ibi: *Secus verò si inhabilitas sit contracta per aliquod accidens, quia tunc vitiat suam personam, non verò suam lineam. Mier. 2. part. cap. 7. num. 28.*

406. D. Solorz. dict. lib. 2. cap. 19. num. 34. ibi: *Ceterùm vbi exclusio nascitur ex aliquo impedimento temporali, vel accidentali, quod in persona filii non reperitur, nihil ei ex proprio suo iure, ac vocatione succedere volenti Patris inhabilitas, aut incapacitas obstabit.*

407. D. Larr. decis. 34. num. 60. ibi: *Quemadmodum etiam qui amisit maioratus successionem, & ei inhabilis existit ex aliqua contraventione, non præiudicat filiis suis, aut descendentibus, qui ex proprio iure veniunt.*

408. Con cuyas doctrinas queda entendida la de Mieres,

res, à quien cita el señor Olea en dicha limitacion, pues el sentido, en que habla, que es conforme à los AA. que cita D. Solorz. tom. 2. lib. 3. de Jur. Ind. cap. 10. num. 55. D. Valenz. conf. 35. num. 10. fue, quando se constituyó la incapacidad antes de suceder, y no hubo aptitud para la sucesion en algun tiempo, vt Mier. part. 2. quæst. 7. num. 27. & 28. D. Solorz. tom. 2. lib. 2. cap. 19. num. 37. D. Castill. lib. 3. cap. 15. ex num. 76. citados por el señor Olea. Y estos mismos resuelven con el señor Olea, que no obsta la contravencion al successor, que fue llamado, & aliquo tempore habuit ius in spe, vel potentia ad succedendum, vel ius primogenituræ. Como sucedió à la Abuela, y Bisabuela, que non solum spe, sed in actu tuvieron la sucesion, y posesion. D. Castill. ibid. num. 78. & omnes. *For. expl. cas. 33*

409. Por esta razon no obsta, que el grado excluso no pueda ser representado, à que satisface el señor Solorz. dict. cap. 19. num. 47. ibi: *Vbi rectè concludit, quòd quoties Pater ob aliquam incapacitatem supervenientem impeditus reperitur, licet eo tempore, si supervixisset, repellendus esset, nihilominus eius filius gradum tantùm representans ex propria persona esset admitendus excluso Patruo.*

410. Dà la razon con doctrina de Bald. ibi: *Neque eis obstat, quòd intrant in locum Matris, quia succedunt per locum à remotione, seu privatione Matris, vnde non assumunt sibi materiam iam extinctam, sed sibi assumunt locum, quem inveniunt vacantem.*

411. Text. in L. Paterfamilias. ff. de hered. instit. ibi: *Respondit, neminem ex alterius factò nec alligari nec exheredari posse.* D. Castill. dict. cap. 15. num. 72. Y en esto consiste la diferencia de la sucesion de descendientes, ò transversales, quia in his representatur persona gradus, & ius eius, ex cuius capite succeditur; in illis autem solus gradus, cum descendentes iure proprio vocentur. D. Solorz. ibid. num. 48. & D. Castill. ibid.

412. Por lo qual ni à Don Fernando, su Madre, ni Abuela, obsta la supuesta contravencion, porque, etsi supponatur, sublatis his de medio, iure proprio, & vti primogeniti veniunt ex vi vocationis. D. Castill. ibid. num. 72. Add. D. Molin. lib. 3. cap. 6. num. 39. *For. ubi sup. ex art. 6*

413. Aunque se suponga la contravencion Real, no obsta à Don Fernando: fundalo Doña Antonia, en que no tuvo principio la linea, ni pudo radicarla la Abuela, porque contraviao. *De*

414. De esta misma linea procede Doña Antonia, y no le obsta la limitacion del señor Olea, donde, que no tuvo principio por no aver sucedido el Padre: Luego se ha de confesar, ò que Doña Antonia no puede suceder, porque contravino, y no formò linea su Padre, y Abuela; ò si no le obsta, menos le obstarà â Don Fernando, y â su Madre, por ser los llamados, y de linea predilecta, y â consecuencia se debe afirmar, que el hecho personal del Padre, y Abuela, no transcendiò â los hijos, ni impidiò la continuacion de la linea.

415. Lo eficaz de este fundamento vrge tanto, para que no se juzguen Don Fernando, ni su Madre excluidos, ex capite contraventionis, que por no tener solucion, se vale Doña Antonia del medio de la incompatibilidad, cita â Aquil. part. 7. cap. 6. num. 7. donde dize, que aunque los hijos procedan de vna misma rayz, solum inficitur linea primogenita.

416. Cuya instancia se responderà infrà num. 421. en el segundo medio, anotandose aqui solo la diferencia, y es, que en aquel caso se proveyeron dos lineas, y assi para el Mayorazgo segundo semper est infecta linea primogenita, & non secunda, quia exclusio est realis, y procede de la voluntad sobre la separacion.

417. Sed in contraventione, que proviene â facto possessoris aliud est, porque si es real, no tiene principio la linea, vt D. Olea *ibid.* n. 20. & tota inficitur, & sic omnibus obstat. D. Olea *ibid.* ex D. Crespi de Valdaura. Yâ sean primeros, ò segundos por no aver rayz, en que tome principio.

418. De que resulta satisfaccion concluyente â la doctrina de Mieres, que cita el señor Olea *tit.* 3. q. 4. num. 20. Aquil. part. 8. cap. 7. num. 21. citados por Doña Antonia, num. 91. para fundar, que Doña Maria no pudo suceder, ex eo, quod non habuit principium linea in Patre, & Avia, pues esto mismo destruye su intento.

419. Et certè nihil probant estas doctrinas, assi porque funda Doña Antonia num. 27. que no perjudica el hecho del antecesor, aunque por no aver tomado possession, no aya radicado linea, como porque esta tuvo principio en la Bisabuela, y se continuò en la Abuela ex vi vocationis, la q̄ tuvo derecho, non solum spe, & potentia, sed etiam actu,

porque comò la possession judicial, la que ha continuado en Doña Maria como primogenita, y asi no le obsta, ni à Don Fernando la imaginada contravencion.

420. Conque llamando Doña Antonia la atencion al num. 91. ibi: *Aqui la mas clara justicia de este pleyto, & ibi no puede ser mas clara, y quita toda duda, por lo que refiere de estos Autores suo ligone se percutit.* D. Salgad. par. 4. cap. 13. num. 49. porque le destruyen la linea, en que ha de entroncarse para la sucesion.

421. El segundo medio, de que se vale, para excluir à Don Fernando, es el de la incompatibilidad: cita à Aquil. part. 7. cap. 6. ex num. 6. ibi: *Quòd licet attentò capite, à quo lineæ procedunt, videatur omnes inficere tanquàm à radice infecta progressæ: Id tamen in exclusione ex causa incompatibilitatis, verum esse non potest, quia ratio exclusionis licet realis, non se extendit præter lineam primogeniti, cæteras autem non inficit, cum deficiat causa inficiendi.* Dize, que fue real la incompatibilidad, y que asi quedò excluída la linea primogenita, y à consecuencia Don Fernando.

422. En la primera parte se fundò, que no ay incompatibilidad, y parece es demàs inquirir, si es real, ò personal, pero por lo que conduce à la admission de Don Fernando, y à satisfacer las objeciones, se tratarà de este punto.

423. Rox. part. 7. cap. 6. num. 49. dize, que si es lo literal, ò por conjeturas se descubre, que la prohibicion de concurso de los Mayorazgos fue à causa de proveer la linea segunda, ò otra, serà lo incompatible real lineal, y en el mismo modo siempre, que la razon, ò causa de la exclusion influya, ò milite en los hijos: sequitur D. Castell. lib. 3. cap. 15. ex num. 63. & cap. 178. num. 2. vers. *Distinguendum.* D. Solorzan. tom. 2. lib. 2. cap. 19. num. 34. D. Valenz. conf. 97. num. 133. D. Olea in add. tit. 3. q. 4. num. 7.

424. Pero quando la causa, ò razon de excluir solùm respiciat personam, & non inveniatur in filijs, serà personal. Rox. ib. num. 37. & 46. D. Castell. D. Solorzan. & D. Olea. vbi sup. Aquil. ad Rox. part. 8. cap. 7. num. 32. & 38.

425. Ahora, pues, en las fundaciones solo se excluye al que contraviniese, no ay las palabras solas, ò sin mixtura, qualidad igual en ambos, provision de dos lineas, ni otro motivo transcendental à los descendientes, ò causal, que

en ellos influya, que son los casos, en que habla Rox. Aquil. y los demás, que cita Doña Antonia *num. 6. 7. 8. 10. y 12.* Luego, aunque huviesse incompatibilidad, no es real lineal.

426. El concurso de Mayorazgos no se prohibe, antes se permite expressamente, vt dixi *num. 40.* el tener otro Mayorazgo es impedimento temporal, & adhuc eo dimisso non obitat, nec afficit, nisi durante possessione, vt Aquil. *part. 7. cap. 4. num. 64.* y en este caso no ay exclusion de los Fundadores: Luego no ay incompatibilidad real.

427. Dize, pues, Aquil. *part. 7. cap. 6. ex num. 6.* que si el Fundador instituyò dos Mayorazgos para dos lineas, y prohibiò su concurso (que son los terminos, en que habla Rox. *ibid. num. 36. & 46.* & D. Olea *in add. tit. 3. q. 4. num. 6. & 7.*) si fuesse real la exclusion, Aquil. *ibi: Quia ratio exclusionis licet realis,* solo obita à la linea primogenita, & datur locus secundæ. Pero si fuesse personal, & non est vocatus secundus in exclusionem primogeniti, ni proceda otra linea, vt in nostro casu, non obstat filiis, aunque la razon de prohibir el concurso sea por tener otro Mayorazgo, y que no se confunda la memoria, vt Rox. *part. 7. cap. 6. ex num. 49. ad 54.* cuyas palabras vide infra *num. 431.*

428. Es assi, que los primogenitos son los llamados en las dos fundaciones, y à ninguno se excluye, por tener otro Mayorazgo, ni ay institucion para el segundo, ni otra causal, que milite en los hijos: Luego la supuesta incompatibilidad, conque se arguye, vt non inficiatur linea secunda, sed primogenita, nada prueba, ni conduce, porque habla en caso notoriamente distinto.

429. Para fundar, que es real lineal, se vale Doña Antonia *num. 34.* de la conjetura de la conservacion de la memoria; y que lo persuade assi el averla puesto por causal en el Proemio.

430. La que se desvanece, entendidos los casos, en que hablan los AA. que cita Doña Antonia. Rox. *part. 7. cap. 6. num. 53.* dize, que quando se hizo institucion para primero, y segundo, y que si aquel tuviesse Mayorazgo, passasse al otro el de el Fundador, entonces la razon de exclusion, ò prohibicion del concurso lineam comprehendit, & admissio Patruo excluduntur filii. Ad text. in *L. 7. tit. 7. lib. 5. Recop.*

Pero

431. Pero al num. 54. dize: *Secus verò tam in dispositione hominis, quàm legis, si ea causa, & ratio prohibitionis non moveat Institutorem, sed solummodo, nè eius memoria, nomen, & arma confundantur, vel supprimantur, aut obumbrentur cum alio maioratu, tunc enim prohibitio censeri debet personalis, & eius ratio non militat in persona filiorum, nec in aliis, qui alium maioratum in actu non possideant, cum non sufficiat in habitu possidere.*

432. De suerte, que es necessario, que sea la razon la expresa prohibicion de concurso, que vn Mayorazgo no se mezcle con otro, que se provean dos lineas, vel adit verbum sola, y que el disponerlo asi fuesse, para que no se confunda la memoria.

433. En este sentido habian los AA. que cita Doña Antonia ex num. 34. D. Castell. tom. 5. cap. 181. num. 11. ibi: *Et iuxta propositam speciem (habla de prohibicion expresa de concurso, exclusion del primogenito, y llamamiento del segundo) expressa figuratur Institutoris voluntas, quòd maioratus ab eo institutus cum alio non coniungatur ob rationem illam unicam, & principalem, nè nomen eius, aut memoria confundatur.*

434. Et cap. 178. num. 16. vers. *Et quàmvis.* ibi: *Vbiunque ob clausulas, & leges institutionis duo maioratus vnionem, aut coniunctionem non patiantur, vel ob preceptum nominis, & armorum, aut quia quilibet Institutore nominis, & familie sue splendorem de per se, & sine concursu alterius maioratus conservare voluit.* habla en expresso llamamiento del segundo genito en exclusion del primero, vt ibidem, & maximè num. 17.

435. Eòdem casu loquuntur D. Larr. decis. 51. num. 17. vbi num. 36. & 37. que la incompatibilidad es personal, vbi gravamen personis iniungitur, y real, vb: *tota ratio est, nè aliud primogenium cum alio misceatur, & num. 17. & 20.* que se previno la prohibicion del concurso, para que no se confundiesse la memoria, & num. 18. que huvo exclusion del primogenito, y sus hijos por tener otro Mayorazgo, y que por esta razon no succediò el Padre, ni constituyó línea.

436. Rox. part. 8. cap. 1. n. 5. ibi: *Nam quando aliquis instituit maioratum incompatibilem cum alio, & absolute prohibet, nè misceatur, aut cum alio concurrat, presumitur in dubio, quòd ratio huius prohibitionis, qua motus fuit, ea est, nè memoria, nomen, vel arma sue*

familie cum aliis confundantur. Lo mismo dize *part. 3. cap. 5. num. 25. & seqq. & ex eo D. Olea in add. tit. 3. quæst. 4. num. 6.* que haze la misma distincion, si adest vocatio secundogeniti. *Rox. p. 29. § 3 ex n. 70*

437. Luego no disponiendo nuestros Fundadores separacion, ni prohibiendo el concurso, porque no se confunda la memoria, no conducen estas doctrinas, maximè; porque la causal en el proemio del de Baena, no es, que no se confunda, sino que se conserve, que es muy distinto; & hoc fit, etiam si alius maioratus adiungatur, vt dixi ex n. 54. Luego fue merè personal este motivo, & non obstat primogenito, vt *Rox. de incomp. dict. cap. 6. num. 54.*

438. Todo lo funda *Aquil. part. 8. cap. 7. num. 32. & 33.* ex *D. Castill. & aliis*, ibi: *Quòd si vocatus inuenitur cum gravamine tamen incompatibilitatis, ex eius contraventione excludatur, lineam constituit, ideoque eius filii non manent exclusi ob contraventionem, quia exclusio personalis est, nec afficit lineam, quo casu filius primogenitus Patrum excludet.*

439. Y se afianza en la claridad, conque lo explica *Roxas*, *ibid. num. 23.* pues aviendo hablado del llamamiento del hijo segundo de la *L. 7. tit. 7. lib. 5. Recop.* dice en el llamamiento del siguiente en grado, segun la disposicion de la *L. 45.* en cuyo caso estamos, y no en el de la *L. 7.* ni en llamamiento de hijo segundo.

440. Ibi: *Hactenus de vocatione filii secundi, seu secundogeniti contenta in L. 7. sed in vocatione sequentis in gradu, de qua in L. 45. Tauri, non est vocatus alius de alia linea, sed alius sequens in gradu. & num. 24.* ibi: *Quapropter filius respectu Patris exclusi ob incompatibilitatem alterius maioratus, erit sequens in gradu, & verè successor in maioratu incompatibili ex voluntate Institutoris.*

441. Lo que no resolviera, si fuesse la incompatibilidad real, ò estuvièsse llamado el segundo, quia pluribus locis asserit, quòd ea extante, non succedit filius, sed Patruus, aut alius de alia linea.

442. Dize Doña Antonia, que es lineal la exclusion por la conjetura, de que los deudos fuesen socorridos; pero no lo prueban los AA. que cita, pues hablan en fundaciones para dos lineas, lo que es muy diverso de la providencia de alimentos, que por dicha expresion demonstrò el Fundador de Oja-Castro, que el de Baena nada dize, sin que

alguno de ellos fundasse para dos lineas.

443. De que resulta, que ex capite incompatibilitatis, vel contraventionis, ni por vno, y otro se excluye Don Fernando de succeder en el Mayorazgo, cuyas condiciones no cumpliesse su Madre.

444. A que se llega ser el siguiente en grado de la linea primogenita, y predilecta, y no Doña Antonia. D. Castill. tom. 3. cap. 15. ex num. 49. Rox. part. 4. cap. 1. ex num. 52. & 88. & part. 8. cap. 7. ex num. 23. Aquil. dict. cap. 7. num. 32. & 38. que todos resuelven, que en los Mayorazgos regulares, donde no ay provision de dos lineas, ni admision de el segundo en exclusion de el primero, nec verbum sola, aut sine mixtura, el siguiente en grado se entiende dentro de la misma linea, y hasta que se evacua, no se admite otra, ni el hijo segundo, vt omnes ibid. & Add. vbi supra.

445. Es expreso Roxas, cuyas palabras referimos *sup. num. 440.* & *num. 25.* prosigue explicando la diferencia de el llamamiento de el hijo segundo, ò del siguiente en grado al fin de la admision, ò exclusion de los hijos, ibi: *Nec obstat incapacitas Patris, quia nihilominus succedit filius, ac si mortuus esset Pater.* cita al señor Valenzuela, y otros, & ait: *Qui intelligi debent eo casu, quo vocatus est sequens in gradu per dispositionem legis, vel hominis, non verò quando vocatus est filius secundus, vel secundogenitus.*

446. Ni obsta, que Aguil. part. 4. cap. 1. ex num. 3. & part. 8. cap. 7. num. 22. y otros dicen, que el siguiente en grado, y el segundo genito idem sunt in conceptu legis: hablan in casu *dict. L. 7.* vel vbi est exclusus primogenitus ob alium maioratum, vel vbi est vocatus filius secundus, aut provisa altera linea, & sic exclusio est linealis; y entonces se funda bien, que siguiente en grado no puede llamarle el que està excluido, ò en linea exclusiva.

447. Sed sic est, que en nuestras fundaciones està llamado el primogenito, y su linea, y no lo està el segundo, ni por el, ni por otra persona cierta està excluso el primero; como era preciso, vt notat D. Castill. lib. 3. cap. 15. num. 59. y la substitution del siguiente en grado solo es en el caso de no obedecer los preceptos, y no por tener otro Mayorazgo, ni con el fin de que passe à otra linea: Luego de Don

Fernando, y no de Doña Antonia se entiende la palabra *siguiente en grado*. D. Castill. *ibid.* & *cap.* 178. *num.* 2. Roxas *part.* 8. *cap.* 7. *num.* 23. 24. & 25. Aquil. *ibid.* *ex num.* 32.

448. Maximè, porque solo se opone el impedimento de tener otro Mayorazgo (aunque no se prueba, ni que lo sea el tenerlo) y este es merè personal, quia est accidentale, vel temporale, vt Aquil. & Rox. *dict.* *cap.* 6. *part.* 7. *num.* 22. & *num.* 37. resuelve, que es personal, y contra el Tio, y el segundo genito, y en favor del primogenito, ex D. Castill. Aquil. *ibid.* *num.* 33. & 38. *et Roxas cap.* 56. *num.* 17. ait

449. Lo que vrge mas en nuestro caso, donde no se prohibe tener otro Mayorazgo, y solo se terminan las palabras al modo de vsar los apellidos, y faltan las palabras *no puedan tomar otro apellido*, y quando lo tomassen fuera impedimento temporal, quod non obstat filiis, vt dictum est ex Rox. Aquila, & aliis.

*que no es ley de
el Srmo Sr. D. Juan
de Capistrano de
Cario de Mayorazgos
por Luc. de D. Juan
de Capistrano*

450. Demàs, que el pleyto no es sobre el de Baena, si fobre el de Oja-Castro, cuyos preceptos ha cumplido Doña Maria, y aunque fuesse por el de Baena, no se le requirio, como previno el Fundador, y sin que esto antecediessse pudo retenerlo, porque no lo resiste el de Oja-Castro. Lo que se confirma, porque no està declarado, que deba el sucesor del de Baena tomar este apellido, y no otro.

451. Estos fundamentos se descubren, y afirman mas en los AA. que cita Doña Antonia desde el n. 44. hasta el 78. pues el Aguila *part.* 4. *cap.* 1. *ex num.* 2. à quien cita n. 47. disputa *an incompatibilitas sit linealis, ita vt totam lineam officiat primogeniti, vel alterius, qui ob alium maioratum exclusus est, an tantum personalis sit, prohibitusque concursus vtriusque maioratus, non apud eandem lineam, sed apud unum successorem?*

452. *In primo casu primogenitus, & eius descendentes, vt potè exclusi, non possunt comprehendere sub vocatione sequentis in gradu: in secundo casu comprehenduntur ex linea primogeniti omnes ex linea, sub ea tamen conditione, si alterum maioratum non habeant, ideòque & ipse primogenitus in vita Patris, vt eius filii sub vocatione sequentis in gradu comprehendere possunt.*

453. Luego, aunque se suponga prohibido el concurso, es Don Fernando el siguiente en grado, como primogenito, vt hic Aguila, & Roxas decilum fuisse ait *num.* 94. contra Patrem, & fratrem secundogenitum.

454. Dize Doña Antonia, que el Aguila *ibid. num. 10.* resuelve à favor del Tio; pero no repara, que habla in casu incomparabilitatis, & exclusionis, eo quòd alium maioratim habeat, *vt ibid. num. 7. & in casu. L. 7.* que es disposicion especial, *vt ait Rox. part. 8. cap. 7. num. 22.* Cardin. de Luc. *de fideicom. disc. 13. num. 16.*

455. Por esta razon dize al *num. 3.* que siguiente en grado se dize, no con respecto à la cercania, sino al orden prescripto para la succession. Et *num. 6.* que la incompatibilidad supone el derecho de succeder, quando primogenitus simpliciter non excluditur; pero si se excluye por tener otro Mayorazgo, entonces no se le considera con derecho à ambos.

456. En esta especie al *n. 10.* trae el arbol, que cita Doña Antonia, y afirma (suponiendo la division, y exclusion) que si el Padre posee vn Mayorazgo, y se le difiere otro por muerte del Abuelo, entonces el Tio es el siguiente en grado; dà la razon, quia Pater invenitur impeditus propter alium maioratim, quem possidet.

457. En la misma especie resuelve, que si la succession se difiere por muerte del Padre, se excluye el Tio, y succede el hijo segundo; dà la razon, quia cum ipse alium possideat maioratim, invenitur exclusus. Y lo confirma *num. 11.* con la *Ley 7.*

458. Es assi, que en nuestras fundaciones vocatur primogenitus, & non simpliciter excluditur (*vt in dicta specie*) por tener otro Mayorazgo, y solo se excluye al que no obedece los preceptos: Luego no obsta esta doctrina.

459. Maximè en el de Oja-Castro, sobre que se litiga, pues no ay otra exclusion, sino por no cumplir lo que se manda; es assi, que Doña Maria ha cumplido, y además no le excluye por tener otro Mayorazgo, como anteponga su apellido, y *vt sus armas à la derecha,* que fue el precepto: Luego no le obsta el tener otro Mayorazgo, ni el tenerlo produce impedimento.

460. Sed sic est, que quando simpliciter non excluditur primogenitus, quia possidet alium maioratim, que es la especie de Aguila, es el siguiente en grado el hijo, y no el Tio, ni el hermano segundo, ò ya se difiera la succession por muerte del Abuelo, ò del Padre: Luego Doña

María, y Don Fernando, y no Don Juan, ni Doña Antonia, ni sus Tios son los siguientes en grado.

461. Así lo entienden in casu *L. 7. & in dispositione hominis*, quando est vocatus filius secundus, vel linea altera provisa. Y succede el Tio. Rox. *ibid. & part. 8. cap. 7. num. 22.* pero sino está llamado el hijo segundo, ni proveida otra linea, ni es el caso de la *L. 7.* por el siguiente en grado, se entienden los hijos primogenitos en exclusion de el segundo genito, y los Tios. Rox. *part. 4. cap. 1. ex num. 88. & part. 8. cap. 7. ex num. 23. & part. 7. cap. 6. ex num. 37. & ibi Aquil. part. 8. cap. 7. ex num. 32. cum seqq. & D. Castell. num. 33. & seqq. luc. del m. ep. art. 9 n. 29.*

462. Y el Aguila dict. *part. 4. cap. 1.* en que le cita Doña Antonia, resuelve lo mismo, y afirma personal la exclusion sino está prohibido el concurso *apud eandem lineam*, sed *apud vnum successorem*; es así, que, aunque se supongael impedimento de otro Mayorazgo, y la prohibicion del concurso, non est *apud eandem lineam*: Luego fue el siguiente en grado D. Fernando en vida de su Madre, esta en la de su Padre, y este en la de Doña Maria la Abuela.

463. Cita Doña Antonia tambien al señor Olea, y este resuelve con la misma distincion de llamamiento de segundogenito, ó provision de otra linea, sic *in add. part. 3. cap. 4. num. 6. & in num. 7. ait. sinverò exclusio personalis sit, filius primogenitus succedet, excluso Patruo, & fratre secundò genito.*

464. Y aunque, si la substitucion fuese del pariente mas cercano, dize el señor Olea, que in casu incompatibilitatis non admittitur filius exclusi, lo entiende Aquil. *part. 4. cap. 1. num. 20.* quando es el mas cercano de otra linea el que está llamado, pero no si solum est vocatus sequens in gradu, & non est prohibitus concursus *apud eandem lineam.*

465. Nada es tan especial, sino lo que fatiga Doña Antonia el discurso desde el *num. 68.* figurando linea de Possecdor, que se aplica, y linea de contraveniente, que aplica â Doña Maria, sin distinguir de Mayorazgos, sino en consumo de entrambos.

466. Y así se le puede preguntar, qual fue la vna, y qual la otra, en los successores del de Oja. Castro (sobre que

que se litiga) desde Doña Ana de Zaldua: Porque funda *num. 71. & 94.* que el que no ha cumplido la condicion, no pudo ser poseedor, ni constituir linea; y es así, que su Padre, Tios, y Abuela, no cumplieron, ni la dicha Doña Ana, que solo usó de los apellidos de Zaldua, y Ribade-neyra: Luego todos fueron contravenientes, y ninguno poseedor; pues donde está la linea de este, que se aplica Doña Antonia?

467. Si recurre á lo incompatible, nada le sufraga para la supuesta linea de poseedor, pues el que no cumple, no puede formarla: Luego con sus mismos fundamentos se convence, que no ay tal diferencia de lineas.

468. Si en el supuesto de lo condicional ninguno ha poseydo vno, ni otro Mayorazgo, y aora se trata de cumplir, está primero Doña Maria, que cumple los preceptos de Oja-Castro; sobre la posesion de este es el pleyto, & non est incompatibilis, hasta que le posea Doña ~~de~~ Maria pacificamente, vt *D. Paz de tenut. cap. 34. Aquil. part. 7. cap. 4. num. 32.* Luego no ay linea de poseedor pacifico, de quien pueda decirse siguiente en grado Doña Antonia.

469. Si Doña Maria es la poseedora, supposita incompatibilitate, datur electio, vt *D. Olca in add. tit. 3. q. 4. num. 7.* & sup. dixi: no ay llamamiento de otra linea, ni de segundo genito: Luego es Don Fernando el siguiente en grado, y quien debe succeder en el Mayorazgo, que no elija su Madre.

470. Et hoc, aunque la exclusion fuesse por tener otro Mayorazgo, pues Don Fernando no le tiene, & non datur incompatibilis sine concursu in actu, vt dixi *num. 50.* ni basta, que no le tenga Doña Antonia, porque no ay llamamiento de hijo segundo, ni de otra linea, sino del siguiente en grado, que se entiene dentro de la misma linea ex dictis, *num. 179.*

471. La contravencion, que se figura, nada obsta á los hijos nacidos antes de ella, como lo estaban Don Juan Alonso, viviendo su Abuela, Doña Maria Sebastiana, viviendo la suya, y Don Fernando, viviendo su Abuelo.

472. *D. Solorz. tom. 2. lib. 2. cap. 19. num. 37. ibi: Et enim si iam nati erant, verior, & communior opinio est, quod filius, vel nepos ob contraventionem Patris, vel Avi, á maioratus successio-*

ne non excluditur. D. Olea tit. 3. quæst. 4. num. 24. & in add. ibid. num. 4.

473. Lo que estienden à los hijos, que nacen, ò se conciben durante el pleyto sobre contravencion; D. Olea in add. ibi: *Sed eorum aliqui loquuntur, vel quando filius natus erat tempore contraventionis, vel quando post contraventionem natus fuit, antequàm per sententiam declaratum fuisset maioratum ad proximiori consanguineum pertinere, quod verissimum est, & nos fatemur.*

474. Sequitur D. Molin. lib. 1. cap. 13. num. 36. & lib. 3. cap. 10. num. 44. vbi Add. ibi: *Etiam si verbis restrictivis maioratus Institutor vocasset.* D. Pard. ibid. num. 45. in fin. Rot. decis. Sac. Palat. 308. in delatione nominis, & armorum per viam conditionis. D. Caltill. tom. 5. cap. 92. num. 55. Luego no obsta la supuelta contravencion a D. Fernando, ni à su Madre, y Abuelos, porque todos estaban nacidos, quando pudo verificarse, que no cumplieron, que fue tempore delate succesionis. *in del. m. 28 domi. art. 24 n. 7.*

475. Dize Doña Antonia, que la incompatibilidad no es odiosa entre descendientes, y que asi se ha de estender, para que succeda Doña Antonia.

476. Esta objeccion supone dos cosas; vna lo incompatible, y la otra, que se debe estender, y todo lo quiere fundar en conjeturas, y siendo dos especialidades, las repugna el Derecho, y mas en materia penal, como lo es privar de la succesion al primero llamado, en que no se admite estension. D. Molin. lib. 2. cap. 14. num. 30.

477. El de Oja-Castro no excluye el concurso de otro, como sus preceptos se cumplan: Luego, aunque se supongan de igual calidad los de Baena, que no lo son, si el primogenito solo cumple los de Oja-Castro, à que conduce lo incompatible, ni su estension?

478. Esta fundacion no es para primero, y segundo, ni para dos lineas: Luego no es del caso lo odioso, ò favorable, ni obsta Aguila, que habla en esta especie, estendiendo en oposito de los transversales la incompatibilidad expresa, y en nuestro caso solo se arguye con incompatibilidad presumpta, que ni està declarada, ni es regular se declare lo que es antecedente preciso, para que se discutiese sobre su estension,

479. Ex num. 98. cita Doña Antonia à Rox. Aquil. D. Castell. y otros, y expone los motivos de la opinion, que funda, que el siguiente en grado ha de ser de otra linea, y no de la de la actual succession. Y aunque resuelven por la contraria (de que no se hazen cargo) se satisfaràn plenamente.

480. Dize, que el siguiente en grado es grado diferente, y assi se entiende del hermano, y no del Padre, porque el del Padre, è hijo es vno mismo, que se presume, que el Fundador quiso enriquezer à muchos, y que considerando al primogenito, y su linea bien proveida con vn Mayorazgo, quiso, que el otro passasse al segundo; para lo qual dixo de grado en grado.

481. Sed facilè diluitur, porque esto procede en provision de dos lineas, ô institucion de dos Mayorazgos por vn Fundador, para primero, y segundo, quod non habemus; si solo fundaciones de vn Mayorazgo, y en cada vna està llamado el primogenito, y su linea, y la substitution del siguiente en grado solùm est intra eam, & servato ordine regulari de primogenito in primogenitum, por cuya regla se entienden las palabras de grado en grado, dixi num. 179.

482. Num. 100. dize, que ay ley en caso de incompatibilidad, que dispone la succession para el hijo segundo, que es la 7. tit. 7. lib. 5. Recop. y que esta se fundò, en que assi sería voluntad de los Fundadores.

483. Quod tantùm abest, que antes su decision limitò lo dispuesto en las fundaciones, y contra su tenor estableciò la succession, dividiendo los Mayorazgos, que se vniessen por casamiento en los hijos primogenito, y segundo, vt ex eius verbis constar.

484. Lo que fue providencia especial, que alterò lo dispuesto por Derecho, y por la voluntad, vt ex Rox. Aquil. & Cardin. de Luc. dixi num. 454. y no conduce, pues en ella se constituyò incompatibilidad expresa, proveyendo dos lineas, lo que no hizo alguno de nuestros Fundadores.

485. Num. 101. supone el inconveniente, de que los successores anduviessen tomando, y dexando Mayorazgos, si ambos discurriessen en la linea primogenita, & num. 103. que el Padre, y el hijo se consideran vna misma persona, y que se tiene por acto la potencia, que tiene el hijo de suceder.

486. A lo que satisface Roxas plenamente *part. 7. cap. 6. num. 38.* pues no ay incompatibilidad in habitu, por lo qual spes habita à filio non est successio actualis, sed contingens, quia deficere potest, vivente Patre, & sic resolvit pro filio in exclusionem Patruum. Et D. Solorzan. *tom. 2. lib. 2. cap. 19. num. 44.* D. Larr. *decif. 2. num. 20.* Aquil. *part. 7. cap. 4. num. 33.* & 57. Add. D. Molin. *lib. 3. cap. 2. num. 30. vers. Ceterum.*

487. D. Olea in *add. tit. 3. q. 4. num. 7.* vbi resolvit in favorem primogeniti, & contra secundò genitum, & Patruum, & Rox. *part. 7. cap. 6. num. 46.* & 47. y todos siguen la misma opinion en los tres casos de no estàr proveida otra linea, ò llamado el hijo segundo, ò en el de dicha *Ley 7.* pues solo en ellos; ò quando eadem causa, qua excluditur Pater, influit, vel militat in filios, non admittitur primogenitus.

488. Ni puede llamarse acto la potencia de succeder, lo que no necessita prueba, aunque no fuesse falible, quia per se patet. Y en nuestro assumpto se evidencia, quia incompatibilitas non incipit ante successione[m] actualem, vt dixi *num. 228.* y no obsta al que solo tiene potencia de succeder, por lo qual es esugio dezir, que ha de atenderse el orden de naturaleza, que imitan las leyes, como si por estas pudiesse alterarse la esencia de la potencia, y del acto.

489. Num. 102. dize, que si el hijo quiere succeder por sí, se halla un grado mas remoto, y si por representacion, le obsta el grado, y rayz infecta, de que procede. A lo que se satisfizò sup. *num. 921.* y lo responde Doña Antonia *num. 104.* donde dize, que el grado no se considera sino en la linea: luego el que estuviere en ella, serà el mas proximo, y no le aprovecharà fuera de ella la cercania, quia hic dicitur in remoto gradu lineali.

490. Num. 105. quiere Doña Antonia, que assi como la potencia en el Padre funda en el hijo derecho à la successione, la potencia en el hijo de succeder le ha de impedir la successione del Mayorazgo, que no eligiò su Padre.

491. Pero la diferencia es clara, porque en el primer caso el llamamiento produjo la potencia de succeder, por la qual se constituyò la linea, in qua est filius, non solum tacite, sed expresse comprehensus ex vi vocationis. Y assi

aunque premuera el Padre, succedit filius ex *L. 40. Taur.*
 y aunque contravenga, venit filius iure proprio. *Rox. part.*
8. cap. 5. num. 56. ex D. Molin. & Add. Aquil. dict. cap. 5.
num. 24. & 25.

492. Sed in secundo casu la potencia de succeder en el hijo es, quasi non esset, para la incompatibilidad; quia hæc non incipit ante possessionem pacificam, vt dictam est. Ni puede tener principio, y la razon es su misma esencia, que se substiene in actualitate concursus, y antes de el no la ay.

493. Confirmase, porque si en el Padre el motivo de no poseer los dos Mayorazgos, es la possession de el vno incompatible, como puede ser esta causal en el hijo, que no posee alguno, nec habet nisi ius in spe? Y así se desvanece la oposicion, que se haze à la doctrina de Roxas.

494. Finalmente separando, y distinguiendo las especies, en que hablan los AA. se podrá hazer seguro concepto de este caso, y quedará resuelta toda la dificultad.

495. Pues es constante, que todos, los que cita Doña Antonia, conducen à la institucion de dos Mayorazgos, para primero, y segundo genito, y para proveer dos lineas, ô en exclusion del primogenito, por tener otro Mayorazgo, ô por llamamiento expresse del hijo segundo, ò en el caso de igual calidad en ambos, que repugna el medio de cumplir, ò quando ay las palabras taxativas solas, y sin mixtura, ô contravencion antes de succeder, ô radicar linea, ò quando excluditur adquisitio, vel expresse, & absolutè prohibetur concursus.

396. Sed sic est, que en nuestras fundaciones nada de esto se halla, solo si en cada vna el llamamiento regular con la calidad, de que se cumplan los preceptos, no ay llamamiento de hijo segundo, ni para diversa linea, los preceptos de Oja-Castro, sobre que es el pleyto, los ha cumplido Doña Maria, el Fundador de Baena no se lo prohibe, y el de Oja-Castro no la obligò hasta la noticia, aunque se quiera suponer, que no pueden concurrir (que es violento) esto no impide la possession del de Oja-Castro, conque se cumpliò, y del de Baena no se trata, ni obligan sus preceptos, sino precede requerimiento para ello, ò decision, que lo mande. En cuyos casos los mismos AA. que cita Doña An-

Antonia refuelven à favôr de la linea primogenita, y contra el Tio, y el hermano segundo: Luego observada esta diferencia es clara la justicia de Doña Maria.

497. La adquisicion no està excluida en el de Oja-Castro, la posesion de el de Baena no la resiste, dixi prima parte; que los preceptos sean contrarios, està convencido, dixi ex num. 87. que no ay incompatibilidad expresa, ni aun presumpta, y que en el de Baena expresamente se permitió el concurso, dixi num. 105. que no es contravencion no cumplir, quando no se saben los preceptos, dixi num. 320. que aunque lo fuisse, non obstat filiis, dixi num. 326. que supposita incompatibilitate datur electio, aun en la opinion del señor Castillo, quando solum est quoad retentionem, que es lo mas, que se pretende estar con la supuesta resistencia generica de concurso, lib. 5. cap. 180. n. 30. Luego, como quiera, que se considere, no ay motivo, en que se sustenga la pretension de Doña Antonia.

498. Y finalmente, no hallandose excluido el primogenito por otra persona cierta, ò demonstrada con qualidad de hijo segundo, ò otra evidente, en caso de ser dudosa la contravencion, ò incompatibilidad, ò en el que claramente està convencido; vno, y otro debe obtener Doña Maria, y su linea, que funda in iure, & voluntate, y solo obtuviera Doña Antonia in casu claro, & non præsumpto. Ita D. Molin. lib. 3. cap. 4. num. 37. D. Valenz. conf. 97. ex num. 216. Gutierr. conf. 13. num. 18. D. Castill. cap. 129. num. 56.

499. Maximè, porque Doña Maria està en la posesion, y se manifestó obediente à los preceptos de Oja-Castro, & sic conceditur facilius retenti, quam peticio ad text. in L. 1. ff. de pign. L. 3. §. Causa. ff. de carbon. edict.

500. Y para constituir dudosos los derechos de Doña Antonia, sufficit quælibet disputatio in facto, vel in iure. L. 3. §. Ibidem. ff. Ad exhib. & ibi gloss. Mascard. de prob. lib. 1. concl. 577. num. 1.

501. Y no es la duda solo sobre el todo, si tambien sobre la vacante, ò si la huvo por muerte de Don Marcos Pedro, y de què Mayorazgo, pues no se prueba, que de alguno fuesse poseedor actual, ni legal, porque no tuvo la posesion civil, y natural, ni la dieron los Fundadores mas que à los primogenitos.

Ni

502. Ni esta se transfirió ex *L. 45. Tauri*, nisi in casu veræ vacantis, scilicet per mortem, y es improbable la vacante en otro caso, quando tiene tantas dudas la contravencion, y la incompatibilidad; Noguer. alleg. 3 r. num. 62. D. Molin. lib. 3. cap. 13. num. 59. y en duda niegan los remedios possessorios. D. Paz, D. Olea, & Cardin. de Luc. vt dixi num. 373.

503. De que resulta notoria la justicia de Doña Maria, no solo en el juyzio possessorio, que se trata, pero aun- que se huviesse litigado la propiedad.

504. Y se ha hecho preciso transcribir algunas doctrinas, y repetir otras, asì para mas claridad, y quitar dudas, vt dixi num. 1. como porque en cada especie duplica todas las suyas Doña Antonia, encadenandolas para la prueba, lo que no se convenciera tan facil sin las palabras de los mismos AA.

505. Con lo que se escusa lo difuso de este papel, pues sería faltar à la claridad, y à lo justo, omitir lo preciso. Vt ait Plinius lib. 1. epist. 20. ibi: *Qui nihil in causis agendis, vt bre- vitas placet, quam ego custodiendam esse confiteor, si causa permittat, alioquin prevaricatio est transire dicenda.* Y asì esperamos se re- voque la sentencia del inferior, y que se mande alzar el sequestro. S. T. S. D. C.

Lic. D. Blas
Gozalvo,

Lic. D. Nicolas Feliz
de Nava y Noroña.

Lic. D. Joseph Ignacio
Ruiz de Hariza.