

48



**P O R**  
**DOÑA CATALINA**  
**MARIA DE PALENCIA,**  
 muger de D. Esteuan Ferrarl.

*EN EL PLEYTO*

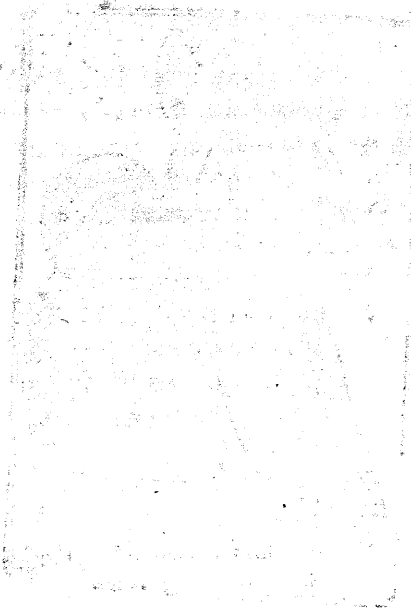
CON DOÑA FRANCISCA PEREZ DE VALENZVELA;  
 muger de D. Francisco de Argandña, todos vezinos de la Ciudad  
 de Cadiz.

*S O B R E*

LA SVCCESION DE LOS MAYORAZGOS  
 que fundaron Doña Clara Garrazin, y Doña Ana Perez  
 de Valençuela.

En Granada en la Imprenta Real de Francisco de Ochoa,  
 en la calle de Abenamar. Año de 1680.






ROYAL  
INSTITUTION OF GREAT BRITAIN  
AND IRELAND

MEMBER OF THE  
ROYAL SOCIETY OF LONDON

MEMBER OF THE  
ROYAL SOCIETY OF EDINBURGH

N.º.  **IGVESE DICHO PLEYTO SOBRE**<sup>2</sup>  
la propiedad de dichos dos Mayorazgos, por  
aver obtenido la Tenuta de ellos en el Real  
Consejo la dicha Doña Francisca Perez de  
Valençuela, y por ser distintos los derechos, diuidiremos estos  
apuntamientos en dos partes.

2 En la primera se fundará el derecho que assiste a  
la dicha Doña Catalina Maria de Palencia à el mayorazgo que  
fundò la dicha Doña Clara Garrazin.

3 Y en la segunda, el que tambien le assiste a el que  
fundò la dicha Doña Ana Perez de Valençuela.

### PRIMERA PARTE.

4 **L**A Fundacion del mayorazgo de la dicha Doña Clara se  
hizo el año pasado de 649. fue por escritura de con-  
trato entre viuos irrenocable, en ella haze relación ; q̄  
del matrimonio que contraxo con Inan Angel Coemo, le que-  
daron tres hijos, el vno D. Pedro Coemo (que yá es difunto) las  
otras dos Doña Maria, y Doña Isabel Coemo, y a todos los pu-  
so en estado, y les diò las cantidades que constará por vn testa-  
mento que refiere : *Y por quanto la que menos ha llenado es la dicha  
Doña Maria, y es la menor, y en todas las ocasiones que se le han ofrecido  
de enfermedades le ha assistido, y regalado, cuidando mucho de su salud,  
en remuneracion de lo qual, y por el grande amor que le tiene, le haze  
mejora de tercio, y quinto, el qual señala en vnas casas principales con su  
buerta, con todo lo que les pertenecen en dicha Ciudad de Cadix.*

5 Quiere que esta mejora se ponga à titulo de Vin-  
culo, llama en primero lugar a la dicha Doña Maria, su hija ma-  
yor, despues de ella à qualquiera de sus hijas, la que ella quisiere  
elegir, y despues de la vida de la elegida, han de suceder sus hi-  
jos, y descendientes, prefiriendo los varones a las hembras, y los  
mayores a los menores.

6 Y si no huviero descendientes de la tal hija nombra-  
da por la dicha Doña Maria, sucedan las demás sus hijas, prefiriendo  
la mayor a la menor, y sus hijos, nietos, y descendientes de aquella hija,  
prefiriendo los varones a las hembras, y los mayores a los menores.

7 Y saltando la descendencia de la linea de la dicha  
Do-

Doña Maria, y de sus hijos, nietos, y descendientes, suceda la dicha Doña Isabel Coemo su hija segunda, y sus hijos, y descendientes, con la misma prelación de varón a hembra, y mayores a menores.

8 Y a falta de la descendencia de la dicha Doña Isabel, y de sus hijos, nietos, y descendientes, suceda Doña Clara Maria, menor, su nieta, hija del dicho D. Pedro Coemo, y sus hijos, nietos, y descendientes, en la misma forma.

9 Y a falta de la línea, y descendencia de la dicha Doña Clara, suceda Doña Catalina Maria su viznieta, hija de D. Francisco de Palencia, y de Doña Clara Perez de Valençuela su nieta, difunta.

10 Y a falta de todas estas líneas, suceda el pariente mas cercano, con la misma prelación.

11 El hecho, como ha sucedido, es, que la Doña Maria Coemo, primera llamada, poseyò este mayorazgo en virtud de dicha disposicion por su vida, y a el tiempo de su fallecimiento, que fue el año de 669. usando de la facultad que su madre, Fundadora, le diò, nombrò por sucesora en ella Doña Ignacia Perez de Valençuela, yna de sus hijas, la qual murió sin sucesion por el año pasado de 678. por cuya muerte se introduxo la Tenuta en el Consejo entre ambas las partes, en que obtuvo dicha Doña Francisca Perez de Valençuela.

12 His suppositis, y el que la dicha Doña Catalina (a quien defendemos) se halla hija de Doña Clara de Valençuela, hija mayor (respecto a la dicha Doña Francisca Perez de Valençuela) de la primera llamada, en cuya mayoría van corrientes las partes, el derecho, y justicia que le assiste se persuade ex sequentibus.

13 No es dudable secundum dispositionem iuris, que Doña Catalina, mediante la representacion de su madre, se halla con la asistencia de la primera regla con que se gobiernan los Mayorazgos de España, que es la prerrogativa de la línea de primogenitura, sin embargo que dicha su madre estuvièssse muerta a el tiempo de la fundacion; porque aunque este punto pudiera tener en terminos de las leyes de Toro, y Partida alguna duda, segun la doctrina de *Mieres de maiorat. part. 2. quest. 4. illat. 5. num. 5. Et Dom. Castillo, tom. 3. cap. 19. num. 199.*

Por.

porque parecia faltar el *initium lineæ*, & ides no aver sugeto representable: oy despues de la nueva Pragmatica del año de 615 que es la l. 14. tit. 7. libr. 7. *Recopil.* no recibo controuersia la materia; y así lo oisienta Roxas, *de represent. lib. 1. cap. 5. per tot.* Et Roxas, *de incompatibilit. 1. part. cap. 6. á num. 57.*

14 Y en el supueto que faltó la línea de posesion (que es la que ocupa el primer lugar, *ex fundatis à Roxas, dict. cap. 6. á num. 147.*) se halla con la habitera, que es la que prefiere a las demás, sin embargo de que parezca que su madre no la tuvo nec actu, nec in potentia, porque este derecho de primogenitura, que constituye la habitual posesion, es transmitible a los successores, y sin ninguna duda oy por dicha l. 14. ibi: *Se suceda por representacion en todos los casos, tiempos, lineas, y personas, aunque los ascendientes ay an muerto antes de suceder, y aunque la muerte aya sucedido antes de la institucion de ellos.* Y así lo funda lañsimamente Roxas, *dict. cap. 6. á num. 155. præcipue á nu. 157.* Ex Dom. Molin. Dom. Gregor. Lop. Dom. Couarr. & alijs multis.

15 Tambien no es dudable que en el caso que ha sucedido (esto es de auer muerto la primera nombrada sin descendientes) se halla dicha Doña Catalina con la asistencia de la voluntad expresada en la clausula del numer. 6. ibi: *Y se no huviere descendientes de la tal hija nombrada por la dicha Doña Maria, sucedan las demás sus hijas, prefiriendo la mayor a la menor, y sus hijos, nietos, y descendientes de aquella hija, prefiriendo los varones a las hembras, &c.*

16 En que es de advertir, que en esta clausula, no solo se halla comprehendida la dicha Doña Catalina en las palabras, *sucedan la hija mayor de dicha Doña Maria* (que corresponde a Doña Clara su madre) en las quales por dos razones se incluye. La vna, porque como en la materia de Mayorazgos los llamamientos son lineales, basta que le tenga el padre para que se incluyan todos sus hijos, y descendientes. Dom. Molina, *lib. 8. cap. 6. num. 30.* Et ibi Dom. Castillo, *tom. 5. num. 3. & 4.* Dom. Larrea, *decif. 34. num. 27.* Dom. Cresp. *observat. 2.2. num. 147.* Y la otra, porque en la misma sugeta materia perpetua, y que tiene trato successiuo, la palabra *hija*, se verifica en la nieta. Dom. Molina, *lib. 1. cap. 6. num. 84.* Dom. Castillo, *tom. 6. cap. 143. num. 42.* Add. ad Dom. Molin. *ibidem.*

17 Sino que literal, y expressamente se halla personalmente llamada en el mismo caso que ha sucedido de morir sin descendientes la primera nombrada; pues no solo dize, *suceda la hija mayor*, sino que copulativamente añade, y *sus hijos, nietos, y descendientes. prefiriendo el varon a la hembra, como si dixera, si al tiempo de esta vacante estuviere muerta, sucedan sus hijos*, y esto prevenidamente, porque a el tiempo de la fundacion ya estava muerta Doña Clara, que ocupava el grado de hija segunda, y lo podia estar Doña Ana Perez de Valençuela, que ocupava el grado de hija mayor.

+ Catalina 18 Conque auiendo muerto antes de dicha vacante la dicha Doña Ana Perez de Valençuela sin dexar descendientes, y subintrado en el grado de hija mayor la dicha Doña Clara. Ex Dom. Molin. lib. 10. cap. 5. num. 20. Vbi Add. Dom. Vella, dissertat. 49. num. 38. Doña Francisca su hija se halla con expreso, y literal llamamiento, así por la representacion de su madre, que oy no se quita por la nueva Pragmatica, aunque estuviessse muerta à el tiempo de la fundacion, como por su proprio, y personal llamamiento.

19 Estas proposiciones, prout in eis sunt, parece no se pueden controuertir; pero si dirà, que falta el supuesto principal, porque la Fundadora en la palabra, *sucedan las demás hijas de la dicha Doña Maria*, no sintió, ni fue su voluntad comprehender a Doña Clara, porque estava muerta al tiempo de la fundacion, y adè si dicha Doña Clara no tuvo llamamiento, cessa la fuerza de la nueva Pragmatica; pues aunque esta induzca representacion para subintrar en la linea de primogenitura del ascendiente, si este no tiene llamamiento, falta el estremo habil que dixo el señor Molina, lib. 3. cap. 7. à num. 4. es necessario, scilicet, que saltim in spe habeat ius succedendi aliquo tempore. Y en consecuencia tambien se dirà, que tampoco Doña Catalina tiene llamamiento en la palabra, y *sus hijos, nietos, y descendientes*; porque estos se suponen de aquellas hijas que viuian a el tiempo de la fundacion.

20 Ad quod responderetur, que lo que consta es, que indistintamente llamó a las demás hijas de Doña Maria, y a sus descendientes, y segun lo literal, siendo hija Doña Clara, y D. Catalina nieta, y descendiente, nadie puede dudar, que nominatim,

natim, & expressè se cõprehendieron en el nombre vniuersal, y colestiuo de hijas, nietas, y descendientes, que se tiene por expreso, y personal, *l. nominatim, ff. de iust. rapt. l. 3. tit. 7 p. 6. Dom. Castill. ex multis, tom. 6. cap. 129. num. 22.* Y tambien es cierto, que alio non constitio el Fundador se presume arreglarle alo regular, y legal en la materia de Mayorazgos, *l. heredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebel. Gutierr. cons. 17. num. 18. Dom. Larrea, decif. § 3. num. 7.*

21 Vndè abstrayendonos de dicha nueva Pragmatica, y regulando la materia solo por la *l. 40. de Toro*, y leyes de Partida, si la Fundadora huiera dicho, suceda la hija mayor de Doña Maria, que fuere viua à el tiempo que faltaren los descendientes de la nombrada: adhuc auiedo muerto sin descendientes Doña Ana Perez de Valençuela, aua de suceder Doña Catalina, representando a Doña Clara su madre, que subintió en la linea de hija mayor, prefiriendo a sus tias, que es la question que antes de la nueva Pragmatica controuirtió el señor Molina, *lib. 3. cap. 8. ua. 1.* en los mismos terminos, *ibi: Suceda el hijo mayor que fuere viuo a el tiempo de la muerte del vltimo possedor.*

22 En la qual, aunque por modestia, por auer pleyto pendiente, no interpuso su dictamen, es cierto q̄ sintió a fauor de la representacion, como lo reconocen sus Add. los quales en el *num. 20. verf. Secunda.* citan por ella à el P. Molina, Gamma, Gutierrez, Robles, Aucendaño, Dom. Castill. & alij. Y aunque citan por la contraria à otros, se inclinan a fauor de nuestra opinion, solo atendiendo a las leyes de Reyno, *ibi: Sane ego in hanc sententiam inclino in hoc Castella Regno, ex l. 2. tit. 15. part. 2. § l. 40. Taur. inquam etiam Molina prapendet quamuis questionem non diffinit, eo quod dicat causam grauem eadere, tunc pendere.*

23 Y si esto corte en los terminos referidos, en que ay la restriccion a los que fueren viuos, es preciso corra en nuestro caso por mayor razon, siquidem en el no ay razon de dudar, asì porque indistintamente llamò a todas las hijas, y de ellas la mayor, cuya calidad de primogenitura honorifica nunca muere, y se transfiere en el descendiente, vt de mente omnium refert Roxas, *part. 1. cap. 6. num. 160. ibi: Cum sit in honorificum, & utile à primogenito sua natinitate occupatum, absque vlla actuali adoptione transmissibile fuit ad omnes eius posteros,* como por la nucua

nueva Pragmatica del año de 15. que vino a quitar todas las dudas, pues manda, que se suceda por la representacion de la linea de mayoria, aunque el ascendiente aya muerto antes de la fundacion.

24 Y en nuestro corteo sentir no se puede dar exemplo adecuado a esta ley, si no es el de nuestro caso; pues supone, que el padre (v. g.) que fundò tenia hijo muerto, y de este nieto, y que el llamamiento de hijos fue generico, aliàs si llamara a el nieto frustra quærentur de representatione ad eum, qui mortuus fuit ante fundationem.

25 Y esto, que es tan conforme a nuestras leyes del Reyno, y doctrina de los Autores dèl se corrobora mas con las consideraciones siguientes, sacadas de la mente presumpta de la Fundadora, y de otras de la serie de la fundacion.

26 Y es la primera, que si quisiera excluir la representacion en Doña Clara, yà difunta, hija de Doña Maria, pues tenia presentes todas las quatro que le quedauan, las podia nombrar por sus proprios nombres, graduandolas por su edad, que es el caso en que los Add. del Señor Molina, *libr. 3. cap. 8. nu. 20.* antes de la nueva Pragmatica, dizen, que se pudiera tener por excluida la representacion, *ibi: Hoc limitari potest quando relatio facta fuit ad superviventes nam inibus proprijs, ex Magon. Peguer. Leon. & Enslat.* y pues no hizo esto, sino que con la relacion comprehensiva de todas dixo, *sucedan las demás sus hijas la mayor.* fue visto arreglarfe a la disposicion de las leyes Reales, y que suce diessen gradatim por su orden.

27 La segunda, que no descubriendose razon de odio, ni deutiendose presumir en Doña Clara (que era la segunda entre las cinco, en orden a la mayoria) y observando, como observa regularidad, no es de presumir que la quisiese quebrantar en la linea de D. Clara, no siendo menos hija de D. Maria, que las demás, la qual irregularidad no presumo el Derecho, antes para indozirla es menester una evidencia, *l. si plures, ff. de valg. ibi: Nisi forte alia mens fuerit testatoris, quod vix credendum est, nisi evidenter fuerit expressum.* Dom. Vela, *dissertat. 49. num. 51. 65.* Dom. Molina, *libr. 2. cap. 14. num. 21.* Roxas, *de incompatibil. part. 7. cap. 7. num. 13.*

28 La tercera, porque despues de aver dicho, que suce-



3  
sucedan las demás hijas de la dicha Doña Maria, prefiriendo la mayor a la menor. &c. añade otra clausula, que es la del numer. 7. ibi: *Y saliendo la descendencia de la linea de la dicha Doña Maria, y de sus hijos, nietos, y descendientes, &c. y passa à hazer los llamamientos posteriores, en cuya clausula no es dada b'c que comprehende a Doña Clara, y toda su descendencia, pues haze cabeza de linea à Doña Maria su madre, y a linea de esta, poniendola en condicion, le dà expresso llamamiento.* Dom. Molina, *libr. 1. cap. 6. nu. 2.* Dom. Castillo, *lib. 4. cap. 9. num. 73.* Add. ad Dom. Molina, *ibidem* Dom. Cresp. de Vald. *observat. 19.*

29 En cuya voz colectiva, linea, tampoco es dudable se comprehenden todos los descendientes, servata gradus prerrogativam. Add. ad Dom. Molina, *lib. 3. cap. 6. num. 33.* Ex Bald. *conf. 321.* Cravet. *conf. 65. libr. 4. num. 5.* Mieres de maiorati. 2. part. *quest. 7. num. 34.* Raud. *conf. 30. libr. 2. num. 33.* Fuslar. de *substitut. quest. 346. & alij.* Y esta linea, si no ay expresion de lo contrario, siempre se entiende directa, y regular, y no de calidad. Idem Mieres, 2. part. *quest. 6. nu. 11.* Copiosè Dom. Castillo, *tom. 6. cap. 119. num. 327.* Add. ad Molina. *diēt. libr. 3. cap. 6. num. 33. in princip.*

30 Vnde no pudiendose dudar que en este llamamiento condicional, esto es quando puso en condicion a toda la linea de Doña Maria, primera llamada, para hazer transito a otros llamamientos, cõprehendiò a D. Clara, y a D. Catalina su hija; y por mayor razon quando no solo se quedò en el llamamiento colectivo de linea, que era suficiente, sino que añadió: *Toda la descendencia de la linea de dicha Doña Maria, y de sus hijos, nietos, y descendientes, segun la qual, todos gradatim tienen expresso, y literal llamamiento por si, y sin dependencia el y no del otro.* Dom. Molina, *libr. 1. cap. 1. num. 17.* Vbi Add. Mier. 1. part. *q. 24. num. 11.* Dom. Larrea, *decis. 8. n. 48. in fin.* (si yà no es que se quiere dezir, que Doña Catalina, y Doña Clara su madre no son de la linea, y descendencia de la dicha Doña Maria, ni eran su hija, ni su nieta, siendo así, que para apartarse del natural significado de las palabras, es menester vna expresion clara, *l. non aliter, ff. de legat. 3.* ibi: *Non aliter à significatione verborum recedi oportet, quãcum manifestissimum est aliud sensisse testatorem.* Dom. Castillo, *tom. 6. cap. 131. num. 15.* Dom. Larrea, *decis. 34. num. 18.*)

31 Tampoco parece que se puede dudar que sintió de ellas ; y las quiso comprehender en lo dispositiuo , esto es quando despues de la sucesion de la hija nombrada quiso que sucediessen las demás hijas de Doña Maria , prefiriendo la mayor a la menor. Lo vno , porque es la forma que se observa en casi todas las fundaciones de los Mayorazgos de España ; pues ordinariamente acabada vna linea , se buelue esta à poner en condicion para passar a la otra. Y lo otro , porque aunque huviera alguna duda , siempre se presume que los puetos en condicion , para passar a substitucion , son los mismos comprehendidos en la institucion dispositiva. Vt ex doctrina Bart. notat Socin. *conf. 69. num. 35. lib. 3. ibi: Illa conditio si sine filiis masculis decesserit debet intelligi de his persona , quæ supra erant vocate.* Idem Menoch. *conf. 95. num. 80. & conf. 106. num. 302.* Honded. *conf. 63. num. 7. vers. 1.* Euerard. *conf. 4. num. 13.* Calan. *conf. 32. num. 29.* Peregria. *decif. 17. num. 17.*

32 La quarta consideracion nace , de que si quisieramos excluir a Doña Clara , y a Doña Catalina su hija de la comprehension del llamamiento , ibi: *Sucedan las demás sus hijas , y sus hijos , y descendientes.* Sobre violentar las palabras , dicamos vn absurdo en la mente de la Fundadora ; pues auiedo hecho esta mejora en contemplacion de su hija Doña Maria , y por causa de remuneracion personal (como se manifiesta del premio) conque fue visto amar mas a esta linea , que a las de los otros sus hijos , les diera primero llamamiento a las de las lineas menos amadas. quod iure non præsumitur Dom. Castillo, *tom. 5. cap. 84. num. 31.* Dom. Larrea, *decif. 54. num. 7.*

33 Y se esfuerça mas , porque resultara otra irregularidad mas perjudicial , como es , el que no dandose odio en Doña Clara , ni presumiendose por Derecho , y siendo la mayor , respectiuè a las otras tres hijas de Doña Maria , a quien se constituyò por cabeça de linea , quebrantara esta regularidad , contrauiendo a la regla que ella misma expressa ibi: *Prefiriendo la mayor a la menor,* siendo así , que como diximos supra nu. 27 sucede tan a el contrario , que si no estuviera expressa , en duda se auia de presumir , y coadjuvar.

34 Y finalmente sobran todas estas consideraciones , pues así en lo literal de lo dispositiuo ibi: *Sucedan las demás*  
hi-

hijas de la dicha Doña Maria, y sus hijos, y descendientes, prefiriendo la mayor a la menor, como en lo condictonado ibi: *Et saltando la descendencia de la linea de la dicha Doña Maria, y de sus hijos, nietos, y descendientes, expreslamente se comprehenden Doña Clara, y Doña Catalina*, y para apartarse de esto literal es menester vna voluntad euidente, como fundamos *supra num. 30. ex luan aliter, Dom. Castillo, & Dom. Larr. quos ibi citauimus.*

35 Todo lo qual parece no contiene la menor duda, y lo que la puede ocasionar, es la clausula posterior, referida en el *no. 9.* en que Doña Catalina tiene otro llamamiento: claro está, por que si no huiera esta clausula, quien auia de poner en conuercsua el que segun las que hemos referido en el caso que ha sucedido dicha Doña Catalina, tenia la asistencia de la voluntad clara, y literal, y la de las reglas legales, con que sola viene a ser la duda del pleyto, si por tener otro llamamiento posterior se quebrantara, en que entraremos aora.

DVDA DEL PLEYTO.

36 Para esta duda, que la tenemos por la vnicadel pleyto, es preciso suponer, que todos los Autores que han tocado la question (aunque ninguno adequado a los terminos de nuestro caso) lo mas que sacan de hallarse vna persona con dos llamamientos, vno anterior generico; otro posterior especifico, es vna presumpcion de que no se comprehendió en el primero generico, que obrará mas, ò menos, segun la diferencia de los casos, y las razones en que se fundan son de el axioma comun, de que *generi per speciem derogatur*; y lo mas eficaz que se pondera, es, que parece que ropugna el que vno está instituido, y substituido al mismo.

37 Todos los Autores los juntó el señor D. Iuan de Larea en la *decis. 54. num. 17. propofuim*, y segun ex mente omnium quos ibi citat, supone los estromos, es, que el llamamiento primero sea generico, dudoso, ò incierto, y el vltimo especial, *vt constat ibi: Et generaliter à iuris ratione a lienum confertur, vt qui posteriori substitutione expressim vocatus, possit comprehensus censeri, in subs-*

substitutionibus anterioribus vniuersalibus, eo ipso quod postea substitutus fuit. Nec substitus specialiter in aliqua parte testamenti, potest dici mutatus ex alia causa dubia, & incerta, vel ex qua vocatus censeri potuisset si expressa alia, & specialis non addeberet. Y lo mismo supone Mieres, de maiorat. part. 2. quest. 6. num. 460. ibi: Tunc est, quod vna persona substituta in vno casu non videtur substituta in alio casu diuerso, nisi dictam sit.

38 Todo lo qual pudiera correr en los terminos en que habla el señor D. Iuan de Larrea, y Pedro Sardo, Menoch. Hippolit. Rimiaald. Prospero Passetho, Federico, y la decis. de Rota, que alli cita, que son. Lo vno, en la extension de la *l. liberum, ff. de verbor. significat.* en que dicen los Autores, que en la institucion de los hijos, lata interpretatione, se comprehenden las hembras, y los nietos, y los otros descendientes, que es el vn extremo. Y lo otro, que se trata de introducir la irregularidad de agnacion, o masculinidad, que es el segundo extremo, como se podrá ver, reconociendo dichos Autores.

39 Y a la verdad este es vn argumento, o coniectura ab homine, porque los textos de la *l. ex facto, §. item quero, ff. de vulg.* y la *l. acquisitum, §. si prius, ff. de bon. poss. secund. tab.* que cita el señor Larrea, no prueuan el assumpto, antes aliquo modo lo contrario, porque en la especie de ambos, las dos substitutiones son en distintas personas, veluti in Titio, & Meuius: *In Titio si filius intra decem annos decesserit, & in Meuius si intra quatuor decem,* y murió el pupilo a los 8. años: y la razon de dudar era, porq̄ murió dentro de los 10. y de los 14. años, conque en ambos parece se verificaua la condicion; y la resolucion es, que le toca à Titio, porque fue visto que el testador limitò la substitution de este hasta los 10. y la de Meuius desde los 10. hasta los 14. y assi dize: *Nec sibi iunguntur cum ad suam quisque causam substitutus sit:* ergò si Meuius fuera substituido intra decem, y el mismo Meuius intra quatuor decem, claro està que resoluiera el texto a fauor de Meuius; porque como despues diremos, no es extraño en el Derecho que vno tenga dos substitutiones en vna misma disposicion, aunque tengan alguna repugnancia.

40 Y lo mas que se puede considerar de esta coniectura es. Lo vno, que si la primera institucion es general, y la segunda especial, entra la regla de que generi per speciem derogatur;

7.  
gatur. Y lo otro, que parece que implica el que vna persona sea instituida, y substituida a sí mismo, porque la institución supone la muerte del instituido. Y lo otro, que si a Doña Catalina le huviera dado llamamiento entre las hijas, y descendientes de Doña Maria, era superfluo, y ocioso darle después, cuya superfluidad se deve evitar.

41 A todas las quales razones, si no estuvieramos en los terminos de excluir vna representación de la línea primogenita en vn mayorazgo absolutamente regular, y en vn llamamiento claro, y literal, y tal, que la vía que quiere excluir esta representación no tiene otro, se les pudiera dar salida jurídica, y concluyente, adecuada a los terminos de este pleyto, y tal, que aun no las dexara en terminos de conjetura.

42 Porque en quanto a la regla de que generi per speciem derogatur, aut substitutio specialis derogat generalem, pudiera correr, como deziamos en los terminos de la *l. liberorum*, quando la palabra, *hijos*, que en su natural significado solo comprehende varones, y a los hijos de primer grado, se quiere extender a que la vía significacione comprehenda a los nietos, y demás descendientes, y a las hembras: At verò quando nos hallamos con vn llamamiento tan claro, y especial, como es el *dezir, sucedan las demás hijas de Doña Maria, y sus hijos, nietos, y descendientes* (que es el que deziamos *supr. nn. 20.* es tan claro, y literal, que se juzga por especial, y personal, y el que tienen todos los Mayorazgos, porque no se dice, *sucedan primero mi hijo, y Juan mi nieto, y Sancha mi viznieto, &c. sino suceda Pedro, y sus hijos, y descendientes.* Y este remachado con lo condicional, *ibi: Y faltando la descendencia de la línea de dicha Doña Maria, y sus hijos, nietos, y descendientes*, como se puede dezir que es llamamiento generico, y dudoso (cuya dada es menester para esta generalidad) si tampoco se puede dezir, que Doña Clara, y Doña Catalina no son hija, y nieta de la dicha Doña Maria.

43 Y esta limitacion es comun a la regla de generi per speciem derogatur, la qual comprueua Pedro Surdo, *consil. 352.* en vn caso bien adecuado a el nuestro, y aun in fortioribus terminis, scilicet, de que la institución fue con amplia facultad de disponer de todos los bienes, *ibi: Concessa ampla facultas disponendi de dictis bonis*, la qual comprehende etiam per vltimam

voluntatem, l. si quis prius, ff. de stat. liber. y la substitucion fue de los bienes que el instituido no huviesse enagenado, conlumido, ni legado, ibi: *In bonis qua non fuisset alienata consumpta, vel legata substituit Florispinam*, la heredera en los bienes que no auia enagenado, instituyò por heredero a Julio, y la substituta pretendia, que la amplia facultad de la institucion de poder disponer de los bienes, que comprehende etiam por titulo de herencia, la limitò en la substitucion alegados, y defiende Pedro Surdolo contrario con muchos fundamentos.

44 Y en el num. 11. trae esta limitacion, scilicet, de que para que la especie derogue a el genero, es menester que el genero sea dudoso, no em pero corre quando es cierto, determinado, ò preciso, en cuyos terminos se deve entender omitida por impericia, ò abundancia, ibi: *Generi per speciem non derogatur, quando genus est certum determinatum, & precisum, & tunc specierum enumeratio, censetur per imperitiam, vel abundantiam, licet aliud sit quando genus est dubium*. Y esta sentencia la comprueua con Ruino, *conf. 119. num. 3. vers. 4. Sylva, conf. 81. num. 24.* Idem copiosè Dom. Castillo, *lib. 5. cap. 95. num. 40.* Luego con mayores ventajas auia de correr esta limitacion en nuestro caso; pues con mayor certidumbre, determinacion, y precision se comprehenden Doña Clara, y Doña Catalina en lo positiuo de las palabras, *sucedan las hijas, nietas, y descendientes de Doña Maria*, que en la palabra, *pueda disponer de todos los bienes*, el hazerlo etiam por titulo de heredero.

45 Y pudieramos darle a esta regla otras limitaciones que trae el mismo Pedro Surdo, *dict. conf. 352.* videlicet, que cessa quando genus est species ponuntur circa eadem personam, vt ex Dino, Deci, Cagn. Crauet. & Cephal. *tradit. nu. 16.* quam plures Dom. Castillo, *tom. 5. cap. 95. num. 41.* Y que esta coartacion de lo general por lo especifico, necessita de expresion, y en duda no se presume, vt ex Barr. Cagnol. *Afflict. & alijs tenet Surd. ibidem num. 5. & 15. & Dom. Castell. cum pluribus, dict. cap. 95. num. 30. in fin.*

46 Y en quanto a que parece que implica que vno sea instituido, y substituido asimismo, lo cierto es, que no ay ley que califique este argumento por presumpcion legal; pues como diximos *supra nu. 39.* los textos que trae el señor Larrea, no son aplicables. Y tambien confesamos, que arguyendo ab  
ho-

homine, es la coniectura que puede hazer mas fuerça, porque parece que se puede ponderar, que si sintió de Doña Catalina, como hija de Doña Clara, en aquella substitucion primera, para que le dà llamamiento posterior, y tan posterior como despues de otras dos lineas diversas.

47 Pero aunque pudieramos contentarnos con la respuesta de Pedro Surdo, y el señor Castill. que le cita (vt supra num. 44.) *quod debet censer per imperitiam, vel abundantiam*; y por mayor razon quando no haziendo este concepto incidieramos en que incontinenti se cogiesse, quando non præsumitur, l. non a dea, ff. de coadit. & demonstr. vbi Gloss. & DD. Alciat. de præsumpt. reg. 2. præsumpt. 28. Surd. dict. conf. 352. num. 3. e introduzir vn odio contra vna nieta, de quien hizo cabeça de linea, sin saberse por que, y vna irregularidad, scilicet, que las menores prefiriesen a las mayores, y las lineas remotas a las predilectas, córralo q̄ notamos supr. n. 20. in fin. y vn quebrantamiêto cō violencia de lo literal, excluyendo a Doña Clara, y Doña Catalina de las hijas, nietas, y descendientes de Doña Maria, y de la descendencia de su linea, contra lo que apuntamos supr. num. 27.

48 Quando deue suceder lo contrario, pues auiendo fundado mayorazgo regular, arregiandose a las leyes del Reyno, de cuya naturaleza es, que no se translinee, sino que se prefiera la linea primogenita, y sus descendientes, se han de buscar las interpretaciones posibles para no desviar de esto regular, aunque se improprien las palabras, imò aunque se tengan por inuiles, y ociosas, como de doctrina de Bald. Sim. de Præc. Surd. & alij tenet Dom. Castillo, tom. 5. cap. 86. num. 9. ibi: *Verba debent intelligi secundum naturam actus, etiam impropriando verba, imò etiam si reddantur inutilia.*

49 Lo que respondemos mas eficaz, es, que en este llamamiento posterior de Doña Catalina no se reuoca el anterior, ni esto se presume de Derecho, l. 3. ff. de probat. l. Lucius. ff. de legat. 2. Mantica, de coniect. ultim. voluntas. libr. 2. tit. 1. Mascard. de probat. conclus. 1416. Præc. de interpret. ultim. volunt. solut. 8. Fuffar. quæst. 62. 2. num. 14. y que no es insolito, ni repugnante a èl, que por error, por imprudencia, ò por olvido, incuria del Escriuano, ò por otras causas, el testador instituya a vno por heredero, y le substituya afsimismo, ò con igualdad, ò con mas grauamen, y  
por

por estos accidentes prouido el Derecho previene lo que se ha de hazer: buen exemplo es el de la *l. 1. ff. si quis omiff. can. test.* en la qual el edicto del Pretor obra para cuitar la calumnia de los herederos, de no aceptar la herencia en fraude de los legatarios: y en el *§. si proponatur*, duda si vno es instituido por heredero, y tambien substituido asimismo, y entra en la herencia por el titulo de substituto, y no por el de heredero, *utrum incidat in adictum* (esto es, que tenga obligacion de pagar los legatarios) y resuelve que no: y la razon es, porque es visto concederle a el heredero, y juntamente substituido eleccion de lo lo que mas bien le estuviere, ibi: *Si proponatur idem & institutus, & substitutus, & prater miserit institutionem, an incidat in adictam queritur, & non puto incidere, quasi testator, hanc ei dediderit facultatem.* Y la misma conclusion saca Bart. de esta ley en el epigrafe de ella, ibi: *Si idem est sibi substitutus potest institutionem omittere ex praesumpta voluntate defuncti.* Y este es el exemplo en que en la institucion primera es mas grauiosa, y sin embargo se està a la institucion posterior.

50 Auerò quando vno se halla con dos instituciones, la primera mas vtil, y la segunda mas grauiosa, se està a la primera mas vtil. Asì lo dize el texto en la *l. si te solam 27. §. 1. ff. de hered. instit.* ibi: *Sed si te heredem instituero, & deinde sub conditione te eundem instituam, nihil valere sequentem institutionem, quia prior satis plena fuisse.* Y aqui dize Gotofredo, que quando ay semejantes implicaciones, se està a la disposicion que mas favorece a el heredero, ò a el substituto, ibi: *Quoties institutionis prima forma plenior est secunda, statur priori.* Y lo mismo dize Bart. in epigrafe dict. leg. ibi: *Si prima institutio est plena, secunda in eodem testamento facta, nihil operatur.*

51 De fuerte, que toda la armonia de la conjetura que sacan Menoch. Hippolit. Riminald. y los demás DD. que cita el señor Latrea, *dict. decis. 54. num. 17.* scilicet, de que no es visto comprehenderse en lo generico de la institucion el que despues en posterior lugar, ò tiempo se halla substituido, por el absurdo que parece que resulta en los estremos, respecto de que los substitutos entran despues de la muerte de los instituidos, se elide por estos textos, y doctrinas: siquidem no negamos que parece impropriedad, pero que se ha de hazer para no destruir la



la voluntad que assiste a los instituidos, lo explican estos textos, scilicet, que es visto darle eleccion para lo que mejor le estuviere, como lo dice la *l. si proponatur quasi testator hanc ei dederit facultatem*, o que se ha de citar a lo que le tuere mas util; y lo demas se teaga por inutil, como dice la *l. si te solum sibi: Nihil valere*. Y Barr. en ella: *Nihil operatur*.

52 Y esta conclusion textual la comprueua en los mismos terminos el Cardenal Mantica, *tract. de coniect. vltim. voluntat. lib. 8. tit. 18. num. 23*. ibi: *Neque absurdum est eandem in duobus gradibus esse substitutum, sicut absurdum non est eandem esse institutum, & substitutum; quo quidem in casu testator videtur ei dedisse facultatem, vt possit eligere institutionem, vel substitutionem, l. 1. §. si proponatur; ff. si quis omi. cas. test.* Y lo mismo (citando a Mantica) resuelve Ioseph de Sesse, *decis. Arag. tit. 3. decis. 254. in motiu. ad calcul. num. 86*. ibi: *Non est dubitandum secundum Doctores, vnam, & eandem personam in pluribus locis vocari posse, & eidemmet substitui, quando voluntas testatoris est expressa, l. 1. §. si proponatur ff. si quis omi. cas. test. quod non est absurdum, quia lex, & dispositio tribuit electionem, vt eligat quam vellit vocationem, quando reperitur repugnantia, ea tamen non data, nulla est difficultas.*

53 Y en quanto a el tercer argumento, de que parece superfluo, ocioso, e inutil este llamamiento vltimo de Doña Cata ina, si la tenemos por comprehendida en las primeras substitutiones, & verba debemus intelligi, vt aliquid operentur, *l. si quando; ff. de legat. 1. vbi Gloss. Dom. Vela, dissert. 7. nu. 10*. respondemos. Lo vno, que el mismo Mantic. en los mismos terminos que le citamos supra, dice, que la coniectura que de esto se saca, es muy debil, y flaca, *dict. numer. 23*. ibi: *Et hanc presumptionem, vt verba aliquid operentur, tenuem, & in firmam esse scribit.* Alciat. *in l. 3. ff. de legat. 1.* Et Bald. *in l. quoties. ff. de hered. instit.* Idē Calanat. *cons. 4. num. 171. in fin.* Ex Mand. Cagn. & alijs.

54 Y lo otro, que esta presumpcion, vt verba aliquid operentur, correrà quando lo que contienen dichas palabras es util a aquel a cuyo favor antes se dispuso: aliàs si le diminuyen algo de la disposició, no solo no corre, antes se han de tener por ociosas, y q̄ no obran nada, porq̄ no se siga el absurdo de que lo que parece es en aumento de favor, se retuerça en daño contra la regla de la *l. quod fauore, C. de legat.* Ita Dom. Vela, *dissertat. 47.*

num. 14. ibi: *Regulam quod dispositio, verba ita sunt accipienda, vt aliqui operentur, tunc habere locum, cum operatio verborum vltra id quod in precedentibus inclauditur, utilis est ei, in cuius fauorem dispositio emanabit, secus si ei sit damnosa, ne illud sequatur absurdum, vt quod in illius fauorem introductum est, in eius damnum retorquatur: quare potius tolerandum est, vt verba nihil operentur, quam vt hoc absurdum contingat.* Idem tenet Bald. in *l. terminato, C. de fruct. & lit. exp. Socin. regul. 335. in fallent. 1. Deci. conf. 231. num. fin. Crauet. conf. 70. nu. fin. Berraq. conf. 43. lib. 1. num. 31. Thusc. litter. V. conclus. 85. num. 76. Barbof. axiom. iur. litter. V. num. 24.*

55 Y de esta misma argumentacion vfa Mantica en el caso de hallarle vno con diferentes substitutiones en diuersos grados (que es semejante a el nuestro) vt constat *di. lib. 8. tit. 18. num. 23. ibi: Vnde substitutio repetita non debet in eorum odium retorqueri, l. quod fauore, C. de leg. cum talis ratio magis ipsius causa, quam contra ipsum posita videatur, & idem cum expresse sint substituti in secundo gradu ab eo non debent excludi propterea, quod in quarto etiam gradu fuerint vocati.* Y tiene Mantica por expressa substitution en segundo grado a los descendientes varones de tales hijas, vt constat num. 13. ibi: *Testator in secundo capite substituit filias suas, & earum legitimos descendentes masculos, ad isti sunt legitimi descendentes masculi ipsarum filiarum, ergo intelliguntur in secundo capite substituti.*

56 Luego si no podemos dexar de confessar, que la substitution, *suceda la hija mayor de Doña Maria, y sus hijos, nietos, y descendientes,* comprehende literal, y expressamente, y es a fauor de Doña Clara, porque es verdad Phisica, y Real, que es hija mayor de Doña Maria, y de Doña Catalina, porque contiene la misma verdad el que sea hija de la hija mayor, precisamente hemos de concluir, que a las palabras en que dos grados despues le dà llamamiento a la dicha Doña Catalina, no le hemos de dar el sentido, vt verba aliquid operentur, de que quiso reuocarle el llamamiento primero, antes si, como concluyen los Autores citados, de que se tengan por ociosas, è inutiles, vt verba nihil operentur, porque no se siga el absurdo de que lo que se introduce a fauor, se reuerça en daño, *ne sequatur absurdum, vt quod in illius fauorem introductum est in eius damnum retorquatur.*

57 Y fuera mas el absurdo, quanto aqui fuera mas el

el daño, porque si el aliquid operentur fuera reuocar el llamamiento anterior, y verosimilmente, y à communiter accidentibus quedara dicha Doña Catalina siendo hija de la hija mayor infucessible, y possibiliter sus descendientes si le huvieran de preceder los dos grados anteriores, y los hijos, y descendientes de ellos: consideracion que hazen Mantica, y Sesse en los lugares citados, sic Sesse, *diel. decis. 254. & diel. nu. 86.* citans Mantica. ibi: *In prima vocatione fuisse vocatos masculos ex femina natos, qui verosimile viuere non poterant tempore nonissimarum substitutionum, nam si ea non venirent minus possent in nonissima, & manerent exclusi.*

58 Y finalmente, si estas palabras de la vltima fofitucion, como dicen estos DD. se han de tener por ociosas, è inotiles, vt verba nihil operentur, tenemos a nuestro fauor la regla de que vtile per inutile non vitiatur, *cap. ille, de regul. iur. in 6. l. eos, §. superfluo. C. de vsur. cum vulgat. Thufc. litter. V. concl. 333. Duñas, axiomat. iur. litter. V. num. 192.*

59 Nec oberit si se dixere, que Doña Catalina està llamada en la primera substitution con el nombre apelatiuo, ò colectivo de la hija mayor de Doña Maria, y en la substitution posterior con el nombre proprio. Porque se responde, que para el efecto de ser llamados, y derecho de suceder, no hemos hallado ley, ni doctrina que constituya diferencia alguna; pues como fundamos supra nu. 20. en las fundaciones de Mayorazgos el mismo llamamiento literal, y expreso se considera en dezir, *sucedan los hijos de Iuan*, que en dezir, *sucedan Pedro, ò Francisco, hijos de Iuan*. Y así lo asienta, y supone Roxas, *de incompat. part. 1. cap. 8. num. 38.*

60 Y solo ay la diferencia, no para excluir de llamamiento, ni para introducir irregularidad, antes si a fauor de la regla, que es la question que toca Roxas, *diel. cap. 8. à num. 38.* scilicet, quando setunda en hijo segundo: vtrum la incompatibilidad serà R. cabe exclusiva de la linea del primogenito, ò serà personal; y allí asienta, que si se funda expressando el nombre proprio, veluti, *suceda Iuan, hijo segundo de Diego*, la incompatibilidad serà personal, para que solo Iuan, y sus descendientes sucedan; y acabada esta linea, no passe a el tercio, ni quintogenito, sino que buelva à la linea de primogenito, porque es visto

tener afecto solo a la linea de Iuã, y a sus descēdiētes: *secus verò*, quando se dize, *suceda el hijo segundo de Iuan*, en cuyos terminos se introduze la irregularidad; y acabada la linea del hijo segundo, no buelue a la del primogenito, sino passa à la del tercero, y quartogenito, &c.

61 Desuerte, que en este punto no se puede considerar diferencia en los llamamientos, ni avrà Autor que lo diga: claro està, porque tanta verdad es, que la parte que defendemos es Doña Catalina Maria de Palencia, contenida en la clausula posterior, como que es nieta de Doña Maria Garrazin, y hija de Doña Clara su hija mayor, expressada en la anterior; y solo ay las dudas, y dificultades, en que hemos discurredo, que se reduzen a vnas conjeturas hominis, scilicèt, que generi per speciem derogatur, y que implica q̄ vno estè instituido en mejor grado, y substituido assimismo en grado inferior, a que parece queda satisfecho.

62 Bolviendo, puès, del diuerticulo en que nos metimos supra num. 46. a el curso de la satisfacion de la duda genuina del pleyto, que es halla tse Doña Catalina comprehendida en el llamamiento de la hija mayor de Doña Maria, y nominatim llamada despues de otras dos lineas posteriores: bolvemos a dezir, que la incongruencia, y conjetura que induze esta multiplicidad de llamamientos, pudiera correr en los terminos de Derecho comun, en que hablan Menoch. *Surd. Hippolit. Riminald.*, y otros; y en los terminos de las leyes de Partida, y de Toro, en que habla el señor D. Iuan de Larrea, que los cita, *dict. decis. 54. num. 17.* y esto en Mayorazgos antiguos, antes de la nueva Pragmatica del año de 65. y para induzir la irregularidad de agnacion, ò masculinidad, extendiendo lo general de la palabra, *hijos a los nietos*, que fue el caso del señor Larrea, *vt constat epigraphæ, dict. decis. ibi: Filij masculi ex filia appellatione, an nepos masculus contineatur.*

63 Y aun en estos mismos terminos conuinados, los motivos que se consideran para esta conjetura con lo especial de nuestra fundacion, tienen la respuesta que le hemos dado, que la excluyen de conjetura, ò por lo menos la dexan en terminos de que sea muy leue, y mas quando se pudo poner la dicha clausula vltima por olvido, indiscrecion, confusion, ò por otras muchas causas.

Ar-

64 Atverò siendo la fundacion de este Mayorazgo el año pasado de 649 y tratandose sino de la exclusion de las hembras por varón agnado, ò cognado, sino de quitarle a Doña Catalina la representacion de Doña Clara hija mayor de Doña Maria, solo por la conjetura, tal qual sea ella (aunque no tuviera las dichas respuestas) de que nominatim le dió llamamiento posterior quando la nueva Pragmatica del año de 615, que es la *l. fin del tit. 7. libr. 5. Recop.* dize así: *Mandamos que en la sucesion de los Mayorazgos que de aquí adelante se hizieren se succeda por representacion de los descendientes a los ascendientes en todos los casos, tiempos, lineas y personas, aunque los ascendientes ayau muerto antes de la institucion de ellos, si no es que el Fundador huviere dispuesto lo contrario, expresandolo clara, y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos, ò conjeturas; por precisas, claras, y evidentes que sean.* Parece intratable el quebrantamiento de esta ley.

65 Ad quod ponderamos, que es de tanta eficacia esta nueva Pragmatica á fauor de la representacion, a diferencia de la otra que salió el mismo año de 615, a fauor de las hembras, y en exclusion de la masculinidad (que es la *l. 3. dist. tit. 7. libr. 5. Recop.*) que teniendo ambas vnas mismas clausulas, ibi: *En los Mayorazgos que de aquí adelante se hizieren.* Et ibi: *Expresandolo lo clara, y literalmente, sin que baste para ello presunciones, argumentos, ò conjeturas, por precisas, claras, y evidentes que sean.* En las dos questiones que los Autores han mouido sobre ellas. La primera, *utrùm* en los antecedentemente fundados se ha de determinar lo mismo. La segunda, *utrùm* en los fundados despues de las Pragmaticas se admitirán conjeturas evidentes, y claras.

66 En la primera (que solo hemos visto la discurrelle el señor D. Juan del Castillo, *tom. 4. capit. 56. á num. 8.*) en quanto a la Pragmatica de la representacion, desde el *num. 82. vsq. ad 97.* con grandes fundamentos dize, *q̄ etiam* en los Mayorazgos fundados antes de la Pragmatica no se puede excluir la representacion por conjeturas, aunque sean precisas, claras, y evidentes, si no es con expresion clara, y literal. Y la razon es, porque es declaratoria de las leyes de Toro, y Partida, & regulariter la ley declaratoria trahitur ad præerita; *ex multis quos citat num. 88.* Y en el *num. 97.* dize, que quando no fuera, como es declaratoria, *saltim in vim exempli,* se acia de determinar por

ella, ibi: *Concluditur, & resoluitur, quod quando in omnibus videretur non iuris inductiva, negari tamen non posse, quod in vim rationis, & auctoritatis, quoad præterita, etiam vigeat, & expendi posse.* Y en quanto a la otra Pragmatica de la exclusion de las hembras, por agnacion, ò masculinidad, desde el num. 100. resuelve lo contrario, y que solo no se admitirán conjeturas en los Mayorazgos fundados despues.

67 Atverò en quanto a la segunda question (que es la de nuestro caso) vtrum en los Mayorazgos fundados despues del año de 615. se admitirán conjeturas precisas, claras, y euidentes; para excluir la representacion, demás de ser tan precisa la ley, no ha auido duda en los Autores de q̄ no se admitan. Ve fundat copiosissimè D. Castill. d. c. 56. Et ex Robles, & alijs tenet Roxas, de incompat. 1. p. c. 6. num. 174. Sin embargo, de que en quanto a la otra Pragmatica à fauor de las hembras, ha auido quien diga lo contrario, scilicèt. Dom. Vela: *dissert. 49. num. 62. de quibus fundamentis nunc non curamus.*

68 Pues si esto corre en la precision de la ley, ò inteligencia de los Autores a fauor de la representacion, que como dize Roxas, explicando la misma Pragmatica, no es otra cosa sino que la succession en los Mayorazgos sea lineal, sin que passe de la primera, y sus descendientes a la segunda, aunque la cabeça de aquella aya muerto antes de la institucion del mayorazgo. Vt constat d. c. 6. n. 165. ibi: *Ponderanda sunt verba d. leg. 14. dnm dicit: Lineas, y personas, aunque los ascendientes ayan muerto antes de succeder en los tales Mayorazgos, aunque la muerte aya sido antes de la institucion de ellos. Ex quibus verbis: Loculenter colligitur, quod dispositum est, quod successio maioratus decurat per lineas, & de linea in lineam integram, etiam si caput linea defecerit, antequam institutus sit maioratus.*

69 Y la misma Pragmatica manda, que esta representacion de la linea primogenita, aunque la cabeça aya muerto antes de la fundacion, no se excluya por presumpciones, argumentos, y conjeturas, aunque sean precisas, claras, y euidentes, si no es expresandolo clara, y literalmente; y los Autores andan con tanto rigor en la observancia de esta Pragmatica, que saltem in vim rationis, quieren que se extienda à los Mayorazgos fundados antes de ella.

Que

70 Que hemos de dezir en nuestro caso, quando no se duda en el hecho, que este mayorazgo se fundò despues de la dicha Pragmatica, y se duda menos, que Doña Clara es de la linea primera, respectiue a Doña Angela, que litigò en la Tenuta, y a Doña Ysabel, que por muerte de aquella litiga oy, ni en lo literal de la voluntad se duda, que la Fundadora llamó a la hija mayor de Doña Maria, y a sus hijos, y descendientes, ni que dicha Doña Clara, madre de Doña Catalina, sea la hija mayor de Doña Maria.

71 Si yá no es que se dize, que en auerle dado la Fundadora otro llamamiento posterior excluyó clara, y literalmente la representacion en la linea de Doña Clara; pero nosotros dezimos, que para auerla de excluir, segun la ley, avia de dezir, quiero que no se suceda por representacion en la linea de Doña Clara, ò quiero que mi nieta Doña Catalina no represente a su madre, ò por lo menos, quiero que despues de la hija que Doña Maria eligiere, sucedan las otras sus hijas que de presente están viuas.

72 Imò dezimos, que si tuviere odio a la linea de Doña Clara para preposterarle la linea, lo hiziera, siendole tan facil por qualquiera de estos medios, y pues no lo hizo, se reuerce el argumento a favor de la representacion, *l. vnic. ff. de caduc. tollend. non erat difficultas conuictim ea disponere scap. ad Audientiam, de decimis.*

73 Y tambien dezimos, que si quitaramos de en medio la nueva Pragmatica, y lo expreso, y literal que quiere para excluir la representacion, y fueran para ello insuficientes conjeturas, imò qualesquiera leues, la vntica de la duda del pleyto, que resulta de auerle dado substitution a Doña Catalina en discreto, y posterior lugar, lo es tanto, que no sabemos como se pueda fixar el pie en ella para cosa de poco interese, quanto mas para translinear vn mayorazgo contra todo lo regular; porque aunque esto en lo razonable parezca absurdo, ò incongruencia, vease que peso hizo en la consideracion de Autores tan grandes, como el Cardinal Mantica, y Joseph de Sesse, el estar vno llamado en segundo grado, y substituido en el quarto, vt citabimus *supra num. 52.*

74 Y si no nos firmamos de autoridades, vease como

com-

compone estos absurdos, ò repugnancias el Derecho en la l. r.  
§. *proponatur*. ff. *si quis omis. caus. test.* y la l. *si te solum*. §. 1. ff. *de here-  
dib. inst.* que ponderamos supra n. 49. y 50. mediante las quales es  
preciso que se le conceda elección de lo mas vtil à aquel a cuyo  
fauor resultan las dos disposiciones, ò que se tenga por inuul, ò  
no escrita la mas grauoza.

75 Sed enim, si es tan leue, y tiene tantas salidas es-  
ta coniectura de la duda del pleyto, y determinandose por ella,  
se sigue, que se quebranta todo lo regular de los Mayorazgos  
de España, excluyendo a vn descendiente, que representa la li-  
nea de primogenitura, translineando a otra inferior, sin que es-  
ta tenga mas, ni menos llamamiento que la primera, pues am-  
bas se comprehenden en el llamamiento, ibi: *Sucedan las demás  
hijas de la dicha Doña Maria*, introduziendo a vn mismo tiempo  
vn mendacio contra la voluntad de la testadora; por que aña-  
de, *prefiriendo la mayor a la menor*; y sucede lo contrario,  
pues la menor, prefiere a la mayor, y todo esto por que quizás a  
el Escrivano se le antojò el poner aquel llamamiento de la viz-  
nieta sin advertencia de la viabuella.

76 Quando nadie niega, que en los Mayorazgos  
fundados despues de la Pragmatica del año de 645. se ha de su-  
ceder por representacion de los descendientes de la linea pri-  
mogenita à los ascendientes, aunque estos ay an muerto antes  
de la fundacion, sin que baste para lo contrario argumentos,  
presumpciones, y coniecturas, por precisas, claras, y evidentes  
que sean. Como puede, bolvemos a dezir, inclinarse el animo  
con seguridad, quieta à tener por suficiente este leue motiuo en  
contrapeso de tantas reglas.

77 Conque concluimos esta primera parte, que  
mira à el mayorazgo que fundò Doña Clara Garrazin, hazien-  
do este argumento, segun la voluntad literal de la Fundadora:  
Doña Catalina de Palencia (a quien defendemos) y Doña Fran-  
cisca Perez de Valençuela, nieta, y viznieta de la Fundadora,  
concurren a este mayorazgo (como acabamos de dezir) con  
igualdad, o unimoda de llamamientos; en el de las hijas, nietas,  
y descendientes de Doña Maria: Doña Francisca no tiene otro  
llamamiento en toda la fundacion: Doña Catalina tiene otro,  
nominaum, dos grados posterior, y esta abundancia es la que



tiene a su favor Doña Francisca, por la filiteria de ocioso, in útil, ó incongruente (en cuyo satisfacion hemos gastado todo el discurso antecedente) pero tiene Doña Catalina a su favor, que no tiene Doña Francisca en esta literal voluntad, que no llama a la hija menor de Doña Maria, sino a la mayor, y a sus hijos, nietos, y descendientes; y esto es en quanto a la voluntad.

78 Sed enim; en quanto a el derecho, todo exclama a su favor, pues las leyes de Partida, y de Toro sicquepreaman la regularidad, y que los llamamientos sean lineales, y tanto la nueva Pragmatica, que se adelantó a hazer presente la cabeza muerta antes de la fundacion, para que no se traspasase, y para escusar dudas, y pleytos (asi lo dizo la ley) de terro toda la mente conjeturada; y asi esperamos se determine a favor de Doña Catalina, sin que nos embarace el aver obrenido Doña Francisca en la Tenuta, porque para esto se remiten estos pleytos en la propiedad a las Chancillerias.

## SEGUNDA PARTE.

79 **E**STA Segunda parte mira a el mayorazgo que fundó Doña Ana Perez de Valençuela (vna de las cinco hijas que tubo Doña Maria Coempo, primera llamada en el mayorazgo antecedente) la substancia del hecho se reduce a que dicha Doña Ana por el año de 666. fundó vinculo de vnas calas principales, y vnas accessorias; y en primero lugar llama a la dicha Doña Maria su madre, y despues a sus hermanas, y sobrinas, con la clausula siguiente, que es la que condize a la dificultad del pleyto.

80 Y para despues de los dias de la dicha señora mi madre haudo suceder en la renta de la dicha casa principal por mitad, Doña Ignacia Perez de Valençuela, y Doña Francisca Perez de Valençuela, mis hermanas; y en la accessoria de la calle de la Pelota, Doña Angela Perez de Valençuela mi hermana: es a saber, el quarto de la dicha casa principal, que mira a la calle de la Pelota, a la dicha Doña Ignacia; y el quarto que mira a la calle de Cobos, a la dicha Doña Francisca, para que todas dichas mis tres hermanas gozen cada vna la parte que le deuo señalada, y su renta por todos los dias de su vida, y en fin de ellas, sus hijos, nietos, y descendientes, sin que por las susodichas se pueda auender, ni en

7  
a) *Una manera enagenar, por que mi intencion es, que sean las dichas ca-  
sas enagenables en forma de vinculo, segun leyes, y fueros de España; y en  
falte de hijos varones, ò hembras de las dichas mis hermanas, ha de suce-  
der en la mitad de la dicha casa; y su renta con la misma calidad de pro-  
hibición de enagenacion Doña Catalina de Palencia mi sobrina, hija de  
Doña Clara mi hermana, y sus hijos, y descendientes; y en la otra mitad  
Doña Clara Coemo mi sobrina, hija de D. Pedro Coemo mi tío, y sus hijos,  
y descendientes, prefiriendo en todos los llamados el mayor a el menor, y el  
varon a la hembra regularmente; y en esta forma se vayan sucediendo, y  
sucedan en la dicha casa principal, y accessorias referida en forma de vin-  
culo, hasta que se fenezcan todas las lineas de las dichas mis hermanas, y  
sobrinas, que a stés mi voluntad.*

81 El caso que ha sucedido es, que la dicha Doña  
Ignacia (llamada a la mitad de la casa a la calle de la Pelota) ha  
muerto, y tambien ha muerto la dicha Doña Angela (llamada  
en las accessorias de dichas casas principales), ambas sin hijos,  
ni descendientes, con lo qual la competencia es entre la Doña  
Catalina, primera substituida (a quien defendemos) y la Doña  
Francisca (llamada en la otra mitad de la casa principal a la ca-  
lle de Cobos) que pretende, que así la otra mitad de casas prin-  
cipales, como las accessorias le pertenecen, y eluti ex quodam  
iure accrescendi, por que ella mamiento parece que no le tiene.

82 His supposito antes de entrar en el discurso de la  
duda, que viene a ser, si la substitucion a muchos, nomine col-  
lectiue, se puede verificar en la parte, muriendo vno, ò se ha de  
esperar a que mueran todos (en que ni tanta controuersia co-  
mo despues veremos) es preciso suponer lo especial de nuestro  
caso, que no concurre en los demás que han tocado la mate-  
ria.

83 En el qual es de advertir, que no es dudable, que  
D. Ana Perez de Valenguela, Fundadora, hizo tres Vinculos, y  
Mayorazgos de estas casas principales, y accessorias, quod pa-  
ter, porque quiere que se posean en forma de Vinculo, con-  
forme a las leyes, y fueros de España; y aunque las divide entre  
sus tres hermanas, señalandoles sus porciones, quiere que en  
ellas sucedan los hijos, y descendientes de cada vna, prefiriendo  
el mayor a el menor, y el varon a la hembra.

84 Vndò hemos de confessar, que no tanto mirò a  
la

la conservación de la memoria, y linage, porque se introduxo la vnion en los Mayorazgos, como a procrea sus hermanas, y sobrinos, para que tuuiesen la congrua necesaria, y así las diuide primero entre sus tres hermanas, como más inmediatas, para que posean sus partes ellas, y sus descendientes; y del pues tambien las diuidió entre sus dos sobrinas Doña Catalina, hija de la otra hermana, ya difunta, y en Doña Clara, hija de su tío, continuando en ellas, y sus descendientes el mismo concepto de mayorazgo.

85 Ex quo sequitur, que entre estas tres hermanas hizo tres Vinculos, y Mayorazgos incompatibles con incompatibilidad Real, y lineal entre si, de tal manera, que si muriera la vna sin descendientes, no era posible passar a la otra ocupada, sino a el siguiente en grado de ocupado; y si prouamos esto solo por la sugeta materia de auer hecho estos Mayorazgos incompatibles, ratione prouidendi quolibet lineam, auia de suceder Doña Catalina en competencia de Doña Francisca, que se halla con el Vinculo, que juzgó la Fundadora competente para su linea, y no necessitaramos de passar a apurar la duda propuesta.

86 Que sea esto así, parece euidente, pues si quisiera observar regularidad, huiera fundado mayorazgo de todas las casas principales, y accessorias en vna de las tres hermanas: videlicet en Doña Ignacia, a quien llamó primero, y despues de ella, y sus descendientes, llamará a las demás por su orden: sed enim no hizo esto, sino que considerando sufficientemente acomodada a la dicha Doña Ignacia, y a su linea con la mitad de las casas principales a la calle de la Pelota, funda en ella, y en sus descendientes un Vinculo perpetuo; y lo mismo haze en las demás en las partes señaladas, haziendo otro Vinculo perpetuo en cada vna para ella, y sus descendientes, sin darles entre si reciproca successión, antes el segundo grado de substitution de todas es en sus dos sobrinas.

87 Cuyo caso lo dibuja en terminos bien adequados D. Hermenegildo de Roxas *de incompat. part. 1. cap. 8. an. 12.* donde figura vn hipótesi de fundar mayorazgo vno que tiene tres, o quatro hijos, llamando a el segundo, y a sus descendientes a tiempo que el primogenito se hallaua acomodado con otro,  
y el

y el rema es, auicndo fallecido este hijo segundo sin descendie-  
tes, si avra de venir el mayorazgo a el primogenito, o sus descen-  
dientes ocupados con el otro mayorazgo, o avra de passar a los  
otros tercero, quarto, o quito genitos, de ocupados, no a uno de ellos.

88. Y en el num. 3.3. resuelve, que si a el tiempo de esta  
fundacion el Fundador sabia que el primogenito possia, o  
tenia esperanca proxima de possier otro mayorazgo, faltando  
el segundo sin descendientes, no ha de bolver a el primogeni-  
to, ni a los de su linea, sino discurrir en los posteriores, tercero,  
o quarto, de ocupados, ibi: *Quando constat, quod institutor cognitum  
hauit, et prescribit primogenitum in astra, siue spe certa, et inuariabili  
esse successurum in alio maioratu, etiam ad sequentem fratrem intentio,  
vel quartogenitum, non autem de voluitur ad primogenitum, nec ad cete-  
ros eiusdem lineae, qui censentur realiter exclusi.*

89. Y explicando mas Roxas su sentir, dize en el  
num. 34. que por tres causas se pueden considerar los Mayoraz-  
gos incompatibles entre si, con incompatibilidad Real, y lineal,  
que qualquiera de ellas es suficiente, conuiendolas con la in-  
compatibilidad de la ley del Rey, cap. 7. tit. 7. lib. 5. *Reco. L. 1. scilicet:  
Ne confundatur memoria fundatoris* (que pondera en el num. 35.) La  
segunda, que aya muchos rreos en la familia, para que se con-  
serue mejor el esplendor de ella (que pondera en el num. 36.) La  
tercera (que es la que mas se adapta a nuestro caso), es querer  
proqueer otras lineas, considerando prouida la primera,  
y que no queden pobres las otras, (que es la que pondera en el  
num. 37.) ibi: *Tertiam causam finalis, quae presumitur mouisse institutorem  
est, ad prouidendum de maiore a tu secundogenito, ac ceteras eiusdem fa-  
miliae, quia satis prouisum censuit primogenito, et lineae eius ex maiora-  
tu, vel maioratibus in quibus iam successit, vel irrenocabiliter successu-  
rus est, deo ceteris, in se, ac pie subuire iudicandum est voluisse, et egen-  
tibus, et minus prouisis prospicere.*

90. Y lo mismo bolyo a repetir, y poner por regla  
de incompatibilidad Real, y lineal, 3. parte, cap. 5. numer. 8. ibi: *Ex  
tribus causis finalibus praesumitur hominem uelle imperpetuum esse diui-  
sae se parata fidei commissae, vel primogenia nostra, ne commisceantur,  
atque coniungantur, sed quod ita diuisa, et separata permaneant, et dis-  
currant, atque pertranseant per distinctas familias de uo in alium, per  
uias cuiusque lineae.* Y en el num. 9. siguiente, ibi: *Prima causa est  
per*

per quam presumendum est potuisse moueri prudentes institutores ad diuidenda bona per viam primogeni inter plures familias, seu filios, & diuersos successores, ea nempe est, equaliter prouidendi separatim omnibus de illis bonis, & idem quando institutor vocat ad successionem secundogenitum, attendens quod primogenitus habeat alium maioratum, ex quo ei atque omnibus eius familie succursum, & prouisum sit: ideoque necessest, hac prouisio, sed potius illa bona ad id semper diuisa, in quolibet distincta per maueat, necessario presumere debemus nolle eos, quod de vna in aliam trarseat familia. Y para esta especie de incompatibilidad cita à Alciato, Flores de Mena, Dom. Castillo, & alijs ibidem num. 19.

91 Desuerte, que en el sentir de este Autor, en ipso, que vno funda en hijo segundo a tiempo que el primogenito se halla con otro mayorazgo, sin mas precepto de incompatibilidad, se presume tan Real, que en qualquiera vacante de este tal mayorazgo, no solo no ha de entrar en el primogenito, sino en su linea, porque la tiene por suficiente mente prouida, y ha de buscarla linea inmediata desocupada, como se ve en el exemplo que pone Roxas, *di. cap. 8. 1. part. num. 12.* pues no supone mas prohibicion de junta, que el mero hecho de fundar mayorazgo en va hijo a tiempo que el otro posee, ò tiene esperança invariable de poseer otro. Vt constat ibi: *Disputemus quid iuris si aliquis in institutione maioratus nominet ad successionem secundogenitum ex tribus plaribus vè filijs alicuius, ac eius descendentes, omittens primogenitum, tertio genitum, & alios ceteros fratres, postea que eueniat, quod secundogenitus descadat absque descendentes: an successio debeat ad lineam superiorem primogeniti, vel vltra procedere ad lineam sequentem filij tertio, quarto, vel quinto geniti suo ordine.*

92 Y ya hemos dicho supra num. 88. que sin mas prohibicion de junta, que este mero hecho: resuelve, que se deue juzgar vna incompatibilidad Real entre estos dos Mayorazgos, de tal manera, que no ha de bolver el mayorazgo fundado en el segundo a la linea ocupada del primogenito, ni sus descendientes, *quia censentur Realiter exclusi*, sino a la del tercero, quarto, ò quinto genito por su orden, que se hallan desocupadas. Y la razon, como la apuntamos supra num. 89. es, porque se deue presumir que quiso que estuviessen acomodadas dos lineas: y assi justa, y piadosamente proueyò la mas necesitada,

*iuste, ac pie subenire indicandum est, voluisse egentibus, & minus prouisis prospicere.*

93 Igitur bien dezimos, que este exemplo de Roxas es adecuado a la fundacion de Doña Ana Perez de Valençuela, porque no hemos de suponer que diuersifica la substancia, el que alli la fundacion del primogenito sea de otro ascendiente, antes bien para el *cognitum habuit*, & *prescribit primogenitum esse successurum in alio maioratu* es mas eficaz la coniectura, quando vn Fundador mismo prouee à el primogenito, y segundogenito, ni tampoco que alli hable de primogenito, y segundogenito; porque yá se sabe que a qualquiera que se llama para vn mayorazgo se juzga primogenito para el, y el siguiente llamado se juzga de segundo grado, sea mayor, ò menor; y menos el que alli el Fundador quisiere proueer dos lineas, y aqui tres; porque *magis, aut minus non mutant substantiam.*

94 Y assi Roxas bolviendo a inculcar la misma incompatibilidad Real, *ratione prouidendi alteram lineam*, d. part. 3. cap. 5. num. 9. pone el exemplo en vn padre, que teniendo muchos hijos, diuide los bienes haciendo mayorazgo en cada vno de ellos, y resuelve, que son incompatibles realmente entre si eadem ratione, porque los quiso proueer a cada vno separatim; y lo que mas es, que alli adequa este calo a el que acabamos de dezir del cap. 8. de la 1. part. ibi: *Et idem quando institutor vocat ad successorem secundogenitum attendens, quod primogenitus habeat alium maioratum.*

95 Igitur si Doña Francisca Perez de Valençuela se halla oy poseedora del mayorazgo que en su cabeça fundò Doña Ana Perez de Valençuela, señalado en la mitad de las casas principales calle de Cobos, incompatible realmente con los que fundò en cabeça de las otras dos hermanas, ex eo quod, como dize Roxas: *Prasumendum est, potuisse mouere prudentes institutores ad diuidenda bona per viam primogeni inter plures familias, seu filios, & diuersos successores, ea nempe est aequaliter prouidendi separatim omnibus de illis.* De necesidad hemos de concluir, que auiendo muerto dichas otras dos hermanas sin descendientes, se halla con incapacidad notoria para suceder en ellos.

96 Y la sucesion se ha de diferir a el siguiente en grado de ocupado; porque como dize el señor Castillo, tom. 6. cap.

cap. 178. num. 18. aquel se tiene por siguiente en grado, que se halla con llamamiento inmediato, quitado de enmedio el que por su incapacidad no puede suceder, ibi: *Sequentem, aut proximorem eum dicendum, qui secluso eo, qui exclusus fuit, sequens in gradu, aut proximior sit.* Y no dudándose que Doña Catalina es la inmediata substituida à las tres hermanas, muriendo estas sin descendientes, auicndo faltado Doña Ignacia, y Doña Angela, y los suyos, y estando Doña Francisca impedida por que posee el mayorazgo que le señaló por congrua suficiente la Fundadora, & sic ocupada con mayorazgo incompatible con incompatibilidad Real, ex supra dictis, a Doña Catalina le toca derechamente la sucesion de los Mayorazgos que vacaron por muerte de dichas dos hermanas, ò por lo menos la mitad, viuiendo la otra igualmente substituta. Y este servirá por primero fundamento de la justicia de Doña Catalina, y tan eficaz en nuestro corto sentir, que no era necesario passar a el siguiente.

97 El segundo fundamento es como deziamos, abstrayendonos del primero, juzgando la materia en terminos de derecho comun, y sin mezcla de incompatibilidad de mayorazgo, cuya duda se reduce a dos partes. Vna, verùm, Doña Catalina, que està substituida à las tres hermanas con esta forma ibi: *Para que todas las dichas mis tres hermanas gozen cada vna la parte q̄ le dexo señalada por todos los dias de su vida, y en fin de ellas, sus hijos, nietos, y descēdiētes; y en falta de hijos varones, y hēbras de las dichas mis hermanas, ha de suceder en la mitad de la dicha casa Doña Catalina de Palencia mi sobrina, &c.* Avrà de aguardar a que mueran todas tres, como si estuviēse substituida debaxo de esta condicion. Otra, verùm, estando dicha Doña Francisca instituida con sus hermanas con aquella clausula ibi: *Sucedan en la renta de la dicha casa principal por mitad Doña Ignacia, y Doña Francisca mis hermanas, y en la accessoria Doña Angela, assimismo q̄ hermana.* Auicndo muerto dicha Doña Ignacia, y Doña Angela sus descendientes, avrà de suceder dicha Doña Francisca en sus partes iure accrescendi, excluyendo los substitutos.

98 Y en quanto a la primera duda, q̄ viene a ser quando la substitucion fideicomissaria està hecha à muchos, nomine collectivo, si se resuelve en singularidad, lo cierto es, que en los terminos de nuestro caso tenemos a nuestro fauor casu

toda la escuela de Doctores, y la razon juridica, como se verá.

99 Esta questio[n] la disputò latissimamente Fuffa-  
rio en el *Tratado de Substitut. en la quest. 473.* por toda ella, diui-  
diendola por ocho capitulos, aunque con alguna latitud, y con-  
fusión; pero en el *cap. 4.* que comienza à *num. 2.* figura puntual-  
mente nuestro caso, y lo resuelve a nuestro fauor. Vt constar  
ibi: *Quartum capud est, quando testator simpliciter substituit in hunc  
modum: instituo Caium, & Scium, & eis sine liberis decedentibus, vel qui-  
bus sine liberis decedentibus, substituo Titium,* que es nuestro mismo  
caso, ibi: *Y saltando los hijos varones, y hembras de las dichas mis herma-  
nas, que es lo mismo que si dixera, si murieren sin hijos, suceda, &c.*

100 Y dize, que esta substitucion colectiua se resuel-  
ve en singular, de tal manera, que muriendo Cayo sin hijos,  
pasa la mitad de la herencia à el substituto, y no se acrece a Ca-  
yo, ibi: *Et adhuc etiam resoluitur in singularitates.* Y la comprueua  
con la *l. fu. §. filium. ff. de legat. 2.* en cuya especie instituidos cier-  
ros libertos en ciertas cosas, y substituidos los hijos collectiua  
nomine, ibi: *Et contenti sitis viuentes, vt post vos filijs meis restituatis.*  
Muerto vno de los libertos, & adhuc vivièdo el otro, resuelve el  
texto, q[ue] los substitutos puedè pedir la parte, ibi: *Partem à cohære-  
de petere posse.* Y con la *l. Lucius. §. Caio. ff. ad Trebel.* que es texto  
mas adequado a nuestro caso, porque tueron instituidos Cayo,  
y Ticia en ciertas porciones. Vt constar ibi: *Caio Scio, ex semisse,  
Titia ex quadrante.* Y la substitucion tambien fue nomine col-  
lectiua, y de la mitad de la institucion de ambos. Vt constar ibi:  
*Vti post obitum vestrum, reddatis Titio sempronio semissem patrimonij,  
& portionis eius, quam vobis dedi.* Muriò Cayo, adhuc viuento Ti-  
cia, a quien dexò por heredera, y se dodò si el substituto auia de  
aguardar a la muerte de Ticia, y resuelve que no, sino heredar  
la porcion del instituido difunto. Vt constar ibi: *An hæc Titia par-  
tem dimidiam semisis, quam rogatus erat Gaius, restituere protinus de-  
beat, auerò post suam mortem vniuersum fideicommissum: respondi Ti-  
tiam, statim teneri, vt partem dimidiam semisis restituat.*

101 Y esta resolucio[n] textual la autoriza Fuffa rio  
con la doctrina de Bart. en la *l. heredes mei. §. cum ita. ff. ad Trebel.*  
vbi communiter Castrenf. Alexand. Iasson, Socin. & Rippa,  
Carrasc. in *l. penult. C. de impub. & alij Ancharr. cons. 31.* Alexand.  
*cons. 38. lib. 1.* Socin. Seni. *cons. 94. lib. 4.* Rippa, de *subst. respons. Al-*  
*ciat.*



ciar. *conf.* 487. *num.* 4. Beroyo. *conf.* 119. *num.* 14. *lib.* 2. Marcario. *conf.* 14. *num.* 6. Cephal. *conf.* 629. *num.* 13. Peregrin. *conf.* 56. Menoch. *conf.* 128. Mantica, *de coniecturis voluntat. lib.* 11. *tit.* 5. *nu.* 17. Trentac. *de subst. part.* 2. *cap.* 6. *num.* 27. & alijs Magistraliter Menoch. (à quo Fulario) *lib.* 4. *presump.* 186. *per tot. qui num.* 12. ponit nostrum casum.

102 El señor Gregorio Lopez, *l.* 14. *tit.* 5. *part.* 6. *gloss.* 4. va con la misma resolucion, vt constar ibi: *Fideicommissum relic- tum simpliciter post mortem aliquorum, an intelligatur post mortem om- nium, vel an admittatur substitutus statim ad partem cuiuslibet mo- rientis, & communis videtur resolutio, quod si substitutio fiat post mor- tem plurium etiam in tota hereditate; substitutio admittatur post mor- tem cuiuslibet ad illius partem, cum hac pluralitas resoluatur in plures singularitates.* Idem Dom. Larrea, *decif.* 61. *num.* 15. & 16. ex Gra- tian. *discept. forens.* *cap.* 272. *num.* 24. & Menoch. *lib.* 4. & alijs.

103 Y aunque la decision de esta Chancilleria, que refiere el señor Larrea, fue en terminos mas claros, porque pa- rece que en aquella substitucion huvo tambien la alternatiua, ibi: *Si illi, aut quilibet eorum decederent sine liberis* es cierto que corre lo mismo quando no la ay, y en el caso de no aver la ha- blan los textos citados; y asi lo supone el mismo señor Larrea, *dict. decis.* 61. *à num.* 15. y por la misma razon Fulario, que dispu- to la question ad partes, *dict. cap.* 473. auiedo puesto por terce- ro capitulo este mismo caso de aver alternatiua en el *num.* 11. y concluido, que se resuelve en singularidades: en el *cap.* 4. siguién- te, *à num.* 22. pone el nuestro de no aver alternatiua, y resuelve lo mismo ibi: *Adhuc etiam resolutur in singularitates, vt iam citauimus.*

104 Y aunque tambien no podemos dexar de con- fessar, que Velon, y otros Autores que cita el señor D. Iuan de Larrea, *num.* 1. lleuan la opinion contraria; y lo mismo Cancr. *tom.* 3. *cap.* 22. *à num.* 136. sed enim, es de reparar la diferencia que ay en los textos en que se funda, que vienen a ser la *l. quauis* 4. y la *l. cum quidam* 10. *C. de impuber. & alijs;* porque en quanto a la *l. quauis* 4. es distinto caso, y no resuelve la duda, sino otra distinta, scilicet, quando la vulgar substitucion del hijo, no com- prehende la tacita popular, y se pone el exemplo en la substituc- ion copulatiua del impubes. y la muger propria, ibi: *Si mihi Firmianus filius, & Elia uxor heredes non erant, publius heres*

esto. Y la resolucion es, que como la substitucion a el hijo impubes, y a la muger propria, esta debaxo de vna oracion, y a la muger no la pudo substituir pupillarmente, no se entiende en este caso la tacita pupilar, porque no se varie de sentido; y assi dize el texto: *Manifestum est in eum casum factam substitutionem quo utriusque hereditatem substitui potuit.* Y esta misma conclusion sacan Baldo, y los demás enigmatarios de este texto, vt constar ibi: *Vulgaris expressa facta simul filio impuberi, et alteri cui non poterat fieri pupillaris substitutio, non continet tacitam pupillarem in persona impuberis, ob euitandam inaequalitatem.* Y en el mismo sentido habla la *l. s. tit. 5. part. 6.* concordante de esta ley, y assi no parece aplicable a nuestro caso.

105 Y en quanto a la *l. cum quidam 10.* del mismo titulo, que a la verdad se adequa mas a el caso, y que parece tiene repugnancia con la *l. fin. §. filium* y la *l. Lucius, §. Gaius*, ponderadas supra *nu. 100.* es de reparar. Lo vno, que la institucion fue de toda la herencia indiuisa en dos hijos propios impuberes, vt constar ibi: *Cum quidam duobus impuberibus filiis suis hereditibus instituitis*, y la substitucion, aunque fue nomine collectiuo, pero fue con vna demonstracion, que parece quiso que se esperasse la muerte de ambos, vt constar ibi: *Adesit si vterque impubes decessit*, cuya diccion *uterque*, segun Ambrosio Calepino, es lo mismo que *Ambo Hispane*; ambos, y finalmente el no admitirse el substituto mortuo vno impubere, lo atribuye Sabino (cuya sentencia aprueua Iustiniano) a la reciproca substitucion tacita inter liberis, vt constar ibi: *Et placuit Sabino substitutionem, tunc locum habere cum vterque decet, cogitasse enim patrem, primo filio decedente fratrem suum in eius portionem succedere.*

106 Ex quo fluit, que es comunmente recibida la doctrina de Barrulo, que compone con vna distincion la antinomia de estos textos, la qual refiere la adiccion de la *Gloss. in d. l. cum quidam*, verb. *Cum vterque*, videlicet, que si los instituidos son hijos, y los substituidos estranos, en este caso se ha de aguardar a que mueran todos, porque ex volunta defuncti se presume entre los hijos vna reciproca substitucion: arverò quando los instituidos, y substituidos son estranos, aut inequali, vel pari gradu, basta q̄ muera el vn instituido, para q̄ el substituto se admita en la parte, sic Barr. in *d. l. heredes mei, §. cum ita, ff. ad Treb. Aut*  
*superst*

*superst. aliquis de liberis, qui ex presump. voluntate defuncti substitus excludat, tunc substitutus excluditur, ita loquitur hac lex, si vero ille qui superst. non sic talis, sed forte est in eodem, vel pari gradu cum substituto, tunc substitutus admittitur, ita loquitur dict. S. cum ita.* Y esta distincion de Bart. es seguida comunmente de todos, citat Fulsar. ibidem nam. 4.

197 Desuerte, que este exemplo que pone Bart. sacado del §. *cum ita* de dicha *l. heredes mei. ff. ad Trebel.* para que el coheredero superstito no excluya a el sustituto, es muy adecuado a nuestro caso, pues alli los herederos fueron hijos, y la substituta nieta, vt constat ibi: *Fidei filiorum meorum committo.* Et ibi: *Si vterque sine liberis diei suam obierit, omne hereditatem ad nepotem meam Claudiam peruenire volo,* y tan adecuado, que segun la sugeta materia, concluye por mayor razon, porque si en el texto se considera igual afeccion en hijos instituidos, y en nieta substituida, para que en los hijos no se presume la reciproca substitucion, y passe la parte a el sustituido, como lo dize el mismo §. *cum ita*, ibi: *Absurdum esse respondi, cessante prima substitutione partis, nepti petitionem denegari,* aqui las instituidas son hermanas, y la substituida hija de hermana, y esta hermana mayor que las otras, que en la sugeta materia de mayor azgos, como lo fueron todos los que fundo dicha Doña Ana Peroz, es a quien assiste la primera regla.

108 Fuera de que es comun opinion entre los que siguen la distincion de Bartulo, que solo en los hijos se da esta afeccion de reciproca substitucion para excluir a el substituto en la parte del coheredero predefuncto, vt tenent Alexand. Socin. Rippa. Paulo de Castro. Guid. Papa. Surd. Mantica. Menoch. dict. lib. 4. *presumpt.* 186. num. 19. Trentac. & alij multi quos citat Fulsar. dict. *quest.* 473. num. 33. ibi: *Et vlt. ibi dicta persona magis dilecta dicitur illa solam, qua est de liberis testatoris.* Et de otros otros infinitos DD. para que se induza esta exclusion del substituto a la porcion del heredero predefuncto, quieren que este coheredero superstite predilecto sea instituido por el coheredero predefuncto, vt tenet ipse Fulsar. citans plurimos, dict. *quest.* 473. num. 38. ibi: *Sub declaratur primo, quod ad hoc, vt hac persona verisimiliter magis dilecta excludat substitutam, debet esse instituta in testamento a predefuncto coherede, alius substitutus, non excludere.*

deretar. Desuerte, que en el sentir de estos Autores, no solo es menester para induzir esta reciproca substitution, el que los instituidos sean hijos, sino que tambien lo es, que el coheredero difunto instituya a el coheredero superstite. *idem* Menoch. *dict. presump.* 186. num. 19.

109 Sed enim, aunque estemos a la opinion de Im- mola, Corneo, Barbacia, y otros, quos citat Fossar. *ibidem* n. 5. que extienden esta predileccion a los transversales, esto lo entienden quando el transversal instituido, alias auia de suceder abintestato, vt constat ibi: *Idem in transversalibus, & quobis modo sanguine coniunctis, qui abintestato successuri erant.* Y ya se sabe, que Doña Catalina, hija de Doña Clara, hermana de la Fundadora, y de las tres instituidas, assi con ellas, como con la dicha Fundadora, se halla con igual grado para la succession abintestato: *Aut post fratres, fratrumque filios, C. de legit. hered.* con que sucede la doctrina de Barr. y el §. *cum ita*, que citamos supra n. 106. para que auiendo igualdad de grado, aut parum distans (como en el exemplo de dicho §. *cum ita*, de hijos, y nietos) cessa la presumpcion de predileccion en el coheredero superstite, y se admite el substituto.

110 Y finalmente, señor, esta question, como diximos, la han disputado ad amicum estos dos DD. scilicet, Fossar. *dict. quest.* 473. que la diuidió en ocho casos, ò capitulos, y antes, y aun con mas concision Menoch. *dict. libr.* 4. *cap.* 186. que la diuidió en cinco, los quales, y los demás que citan, ponen por regla la *l. Lucius, §. Gaius, ff. ad Trebel.* y la *l. fin. §. filiam, ff. de legat. 2.* para que el substituto se admita en la porcion del coheredero, quando la substitution fideicommissaria es nomine collectiuo, y no ay mas limitacion substancial que la de la *l. cum quidam, C. de impuber. & alijs*, que conforme a la doctrina de Barr. citada, induze reciproca substitution solo en los hijos instituidos, y esto en el caso de competir con estranos, que si alias los instituidos, y substituidos fueran *ex liberis*, aunque fueran nietos, ò viznietos, no nos podiamos apartar de la regla, y en estos mismos terminos es el lugar de Cancer. *tom.* 3. *cap.* 22. *á num.* 136. pues alli los instituidos fueron hijos, y la substituida sobrina, hija de hermano, y assi lo pondera ipse Cancer. *á num.* 145.

111 Y aunque algunos Autores en casos occurrentes,

res, ex capite, & non à lege, han futilizado otras limitaciones; videlicet, la que puso Menoch, en el quinto, y vltimo caso, à *num. 29.* de que la substitucion estè con la dición, *Et, y pone el exēp. o, ibi: Et si Caius, & Sempronius decesserint sine filijs,* o como figura en el *num. 4.* a falta de Cayo, y Sempronio, y de sus hijos, y descendientes, *ibi: Instituo Caium, & Sempronium, & ipsis, & eorum filijs, decentibus sine filijs substituo Marcium,* en cuyos terminos le pareció a Menochio, *dict. nu. 44.* que esta dición, *Et,* entre Cayo, y Sempronio, y sus hijos est copulatiuè, y que se auia de esperar al concurso de la muerte de todos para que se admita el substituto.

112 Demàs, que esta opinion no se funda en texto alguno, y es contraria à la regla general que se saca de los textos que hemos ponderado; y así en los mismos terminos lleua lo contrario Socin. *conf. 145. num. 2. 3. libr. 3.* y Zanch. *in dict. 9. cum ita, num. 8.* quos ibi cita Menoch. y otros muchos que cita Fuffar. *dict. quest. 473. à num. 82.* pudiera controuertirse esto si en nuestro caso la substitucion fuera in simili modo, scilicet: *Y muriendo las dichas Doña Ignacia, Doña Francisca, y Doña Angela, y asimismo sus hijos, sin hijos, y descendientes, suceda Doña Catalina.* A verò aqui sucede lo contrario, porque en la primera parte de la clausula, que mira à la institucion, llama à las tres hermanas en aquellas porciones que les señala por los dias de su vida, y en fin de ellos a los hijos, y descendientes de cada vna distributivamente. Y en la segunda, que mira à la substitucion de Doña Catalina, aun sin bolver a poner en condicion a las dichas tres hermanas, solo dize, *ibi: Y en falta de los hijos varones, y hembras de las dichas mis hermanas, han de suceder, &c.*

113 Y la otra limitacion que trae Menoch. *ibidem num. 24.* y Fuffar. *eodem loco nu. 63.* de que quando consta que la substitucion es a toda la herencia, se excluye el substituto hasta que falten todos los instituidos, que es el caso de la *Liquidam testamento, ff. de vulgar.* *ibi: Respondi enim videri voluntatem patris familiæ fuisse, ut tertio gradu scriptos heredes, ita de mum substituerit, si tot hereditas vacasset.* Demàs de que en los mismos terminos lleuaron lo contrario infinitos que cita Menoch. *dict. num. 24. vers. Caterum,* y otros muchos Fuffar. *dict. quest. 373. num. 62.* por cuya variedad casi no se atreuió a tomar resolucion fixa Fuffario,

sario, y la juzgò passo difícil, vt constar *num.* 63. si bien la verdadera inteligencia de esta *l. quidam in testamento*, y à la diò con Cujacio y otros el señor Larrea, *diff. decis.* 61. *num.* 34. scilicèt, de que consistò en ella, que no quiso el testador que el tercer grado de fofitutos entrasse si no es vacando toda la herencia.

114 Y à se vè que no se puede aplicar a nuestro caso, en que no ay vislumbre de semejante voluntad, y solo ay simpliciter la substitution fideicommissaria colectiua de los instituidos, vt constar ibi: *En falta de varones, y hembras de las dichas mis hermanas, suceda dicha Doña Catalina, semejante a la de la l. fin. §. filium ibi: Et post vos filijs meis restituatis, y la de la l. Lucius, §. Gayo, vt post obitum vestrum reddatis Titio Sempronio*, que ponderamos supra *num.* 100. Antes, bien, arguyendo à razione, la voluntad que se puede colegir de todo el contexto de la fundacion, es contraria à la razon de dicha *l. quidam testamento*, y la en que se fundan los Autores que vèn con esta limitacion; pues si miramos a la institucion, cada vna de las tres hermanas, y sus hijos viuiendo, quiso que se contentassen con la porcion señalada, por la razon final de que la tuvo por suficiente congrua: luego muriendo algunas, no quiso que se aplicasse a la superstite, porque duraua la misma razon, sino a los fofitutos.

115 Y todas las demás limitaciones que traen los Autores a la regla de estos textos, no son aplicables a nuestro caso, como se podrá ver de ellas, demás que tienen en si la misma implicacion de oponiones que las que hemos apuntado, de tal manera, que no se puede dar vassa fixa donde poder afiàçar el distamen, y mas para apartar se de la regla: Et huius que de la primera duda, en que yà hemos visto, que los Autores que discurren en ella, y textos de que se valen, hablan en substitutiones, ò vulgares, ò fideicommissarias, y en terminos de derecho comun, sin mezcla de Mayorazgo, porque quede salvo el primero fundamento.

116 La segunda duda es, si por algun modo Doña Francisca por razon de conjunta tendrà derecho para que pueda suceder en las porciones que vacaron por muerte de Doña Ignacia, y Doña Angela sus hermanas iure accrescendi, de la qual nos expediremos muy breuemente, porque se excluye por tres razones convincentes ad oculum.

117 La primera, porque es error injuridico tratar en los terminos en que estamos, de derecho de acrecer, aunque la juzgaramos conjunta con sus hermanas, *verbis, aut re: aut simul re; & verbis*; porque si es conclusion textual, y sin disputa, que con la aceptacion del consorte es el derecho de acrecer, l. 1. §. *interdum. ff. de usufruct. vbi communiter DD. Anton. Gom. variar. tom. 1. cap. 10. num. 41. Cancer. tom. 3. cap. 22. num. 167. Domingo Castillo, tom. 1. cap. 48. num. 43. plures Aill. ad Gomez, dict. c. 10. nn. 4. qui solum limitant in usufructu ex eod. text.* Y para que llegue el caso del ius accrescendi, es menester que *deficiat pars consortis prior ex tribus capitibus*, scilicet, que el consorte sea muerto a el tiempo de la faccion del testamento, conque se haze caduco: ò que lo esté a el tiempo de la muerte del testador, conque se haze qualicaduco: ò que estado viuo a el tiempo de dicha muerte repudie su parte, l. *unica, §. ex triplici, & §. pro secundo, & §. innotissimo. C. de caduc. tol. Anton. Gom. dict. cap. 10. num. 29. vbi Aill. plures, que por esso se introduxo el ius accrescendi: ne testator decedat parte testatus, & parte in testatus, §. hereditas, Inst. de her. inst. Anton. Gom. d. quest. 10. num. 8. plures Vclon. de iur. accresc. p. 1. cap. 3. quest. 1. num. 1.*

118 Auiendo, pues, entrado en la posesion de sus porciones dichas Doña Ignacia, y Doña Angela, y poseidolas por todos los dias de su vida, cesó el derecho de acrecer en dicha su consorte, aunque fuera conjunta, por todos los medios que conoce el Derecho, en tanto grado, que si estas porciones en que sucedieron fueran libres, las huvieran adquirido con pleno dominio, y quedaran a sus herederos: atverd auiendo quedado en forma de vinculo, solo pudiera suceder Doña Francisca en fuerza de llamamiento, y substitution: luego si no le tiene, y a quien le assiste claro, y literal es a Doña Catalina, esta deve suceder, porque como deziamos, es error entender, que auiendo aceptacion del consorte prædefuncto, aya derecho de acrecer.

119 La segunda razon es, porque aun en el supuesto de que las dichas Doña Ignacia, y Doña Angela huvieran repudiado sus porciones, ò muerto antes de la delacion, en cuyo caso se huvieran caducado, ò qua si sus llamamientos, todavia no se podia considerar derecho de acrecer, pues en nues-

tro caso no se halla conjuncion alguna, siquidem à principio la Fundadora diuidió la renta de las dichas calas en porciones distintas, separadas, y ciertas, vt constar ibi: *Sucedanen la renta de dicha casa principal. Et ibi: El quarto que mira à la calle de la Pelota la dicha Doña Ignacia. Y el quarto que mira à la calle de Cobos la dicha Doña Francisca. Y la accessoria la dicha Doña Ignacia.*

120 En cuyos terminos no se dicen conjuntos, antes disyuntos omnimodamente, y no se dà derecho de acrefcer, *l penult. ff. de usufruct. accresc. ibi: Si quis portionibus duobus: eisdem rei fructus legatus fuerit, ius accrescendi cessat, l. 3. l. si mihi pare, ff. de legat. 2. l. plane, ff. de legat. 1. l. triplici, ff. de verbor. significat. l. 1. ff. de usufr. accresc. Dom. Castillo, de usufr. cap. 48. & lib. 3. cap. 17. nu. 9. Dom. Solorc. de iur. Indiar. lib. 2. cap. 3. num. 78. & cap. 12. num. 46. & 48. Aill. plures in Add. ad Gom. tom. 1. cap. 12. nu. 39. ibi: Non habet locum ius accrescendi inter legatarios, verbis tantum coniunctos quando legantur res distincte, nec quando legantur partes certè, & diuersè, quæ ad oculum possunt demonstrari. Y no puede ser mas cierta, y separada diuision, quæ ad oculum patet, que la de nuestro caso; pues a la vna se dexa la renta del quarto de la calle de la Pelota, a la otra el de la calle de Cobos, y a la otra la accessoria, y con tanta separacion, que si las tres tuvieran descendientes in infinitum, auian de estar separadas.*

121 La tercera razon (en el mismo supuesto de que las dichas Doña Ignacia, y Doña Angelana huvieran aceptado sus partes, que es quando llega el caso del derecho de acrefcer) es, porque es conclusion sin disputa, que cessa este quando ay substituto, porque es mas poderosa la substitucion, que el derecho de acrefcer, *l. 2. §. si duo, ff. de honor. poss. sec. tab. l. vnica, §. in primo, & §. pro secundo, C. de cad. tol. Auth. hoc amplius, C. de fideicomm. Anton. Gom. tom. 1. cap. 10. num. 36. Cancer. tom. 3. cap. 22. num. 228. Dom. Larrea, decis. 61. num. 17. plures Aill. ad Gomez. tom. 1. cap. 3. num. 39. & cap. 10. num. 37. Vndè estando Doña Catalina substituida à todas tres hermanas, quando las dos huvieran repudiado, ella era quien auia de suceder.*

122 Igitur si en quanto a el derecho de estos dos vinculos, que vacaron por muerte de dichas Doña Ignacia, y Doña Angela sin descendientes, abstrayendonos que se huviessen fundado por via de mayorazgos incompatibles vno con



con otro, lo que ay a favor de Doña Francisca, es lo que resulta de estas dos dudas: scilicet, si estando substituida Doña Catalina à las tres hermanas, muriendo sin descendientes, ha de aguardar a que mueran todas sin ellos, ò entrar en las partes de las que premurieron. Y la otra, si por algun modo tendrà derecho de acrecer.

123 Y en la primera (que es la que discurrimos à num. 99.) tenemos a nuestro favor toda la regla, y no estamos en terminos de la limitacion legal de la *l. cum quidam*, que habla en disposicion a favor de hijos, en que se dà tacita substitucion reciproca, y con las epigeyas que quedan apuntadas, con el desprecio de las demás limitaciones que tambien le quedan, por no ser adecuadas a nuestro caso. Y en la segunda, que acabamos de discurrir à num. 119. ay tantas distancias para que pueda valerle de derecho de acrecer: y demás a mas ay a favor de Doña Catalina el fundamento primero, que ponderamos à num. 83. tan eficaz conforme a Derecho, y a la voluntad de la Fundadora para hazer incomparibles estos vinculos en dichas tres hermanas: justamente esperamos, que en los dos que vacaron por muerte de Doña Ignacia, y Doña Angela ha de aver determinacion a su favor: y lo mismo en el que fundò Doña Clara Garrazin, en que discurrimos à num. 4. pues en él se halla dicha Doña Catalina con todas las asistencias de lo regular, y de voluntad, sin que a el parecer para apartarse de estas reglas aya fundamento que pueda assegurar el dictamen, que sint dicta. Salva in omnibus V. D. C.

Lic. D. Ioseph de Moratalla  
Ortiz.

1875  
The first of the year was a very  
cold one, and the weather was  
very disagreeable. The snow  
was very deep, and the wind  
was very strong. The ice was  
very thick, and the water was  
very cold.

The second of the year was a  
very warm one, and the weather  
was very pleasant. The snow  
was very thin, and the wind  
was very light. The ice was  
very thin, and the water was  
very warm.

The third of the year was a  
very cold one, and the weather  
was very disagreeable. The snow  
was very deep, and the wind  
was very strong. The ice was  
very thick, and the water was  
very cold.

The fourth of the year was a  
very warm one, and the weather  
was very pleasant. The snow  
was very thin, and the wind  
was very light. The ice was  
very thin, and the water was  
very warm.