



B R E V E

APVNTAMIENTO PARA
 el pleyto de Tenuta, que trata Don
 Esteuan de Tapia, vezino de la Ciu-
 dad de Truxillo, con Doña Estefania
 de Erafo y Galindo, vezina de la Ciu-
 dad de Ecija, sobre el mayorazgo que
 fundaron Doña Maria Galindo, y Aló
 fo de Erafo su marido, en virtud de su
 poder, con sus agregados, en 25. de Ju-
 nio de 1546. que vacò por muerte
 de Don Antonio de Erafo, vl-
 timo poseedor.

1 **D**ESTE Pleyto no se ha hecho memo-
 rial ajustado; con que serà preciso, para
 mayor inteligencia del, suponer breuemente:

2 Lo primero, que Doña Maria Galindo, en 21. de
 Julio del año de 1536. otorgò su testamento, y en el hi-
 zo mejora de tercio y quinto de sus bienes en Luis de
 Erafo su hijo mayor, lo qual consta (aunque no se ha po-
 dido hallar este testamento de la fundacion de Alonso
 de Erafo, y del poder que despues le dio Doña Maria Ga-
 lindo su muger, donde repetidas vezes se haze mencion
 desta mejora.

A

Lo



21
3 Lo segundo, que despues por el año de 1545: Alonso de Erafo, y Doña Maria Galindo su muger pidieron facultad a su Magestad para poder fundar mayorazgo de sus bienes en el hijo, ò hija que quisiessen, y en sus nietos, y descendientes; y esta se le concedio en la forma ordinaria, diziendo en ella, que esto lo pudiessen hazer en el hijo, ò hija que tuuiesse, y sus descendientes.

4 Lo tercero, que despues de auer obrenido esta facultad Doña Maria Galindo, hallandose muy apretada de la enfermedad que murió, y no pudiendo testar, otorgò vn poder a Alonso de Erafo su marido, en el qual haze mencion del testamento que auia otorgado el año de 36. y assimismo de vn codicilo, y como en èl auia mejorado a Luis de Erafo su hijo mayor en ciertos bienes; y que su voluntad era aprouar esta mejora, y fundar mayorazgo, no solo de los bienes que entonces declaró, sino de otros que especifica, y señala, y con efecto le fundò, llamando a la sucesion del a Luis de Erafo, y sus hijos, y descendientes; y añadió, que respeto de no poder, por la grauedad de su enfermedad, proseguir en los demas llamamientos, y substituciones, y tenia comunicado con su marido el modo que en esto se auia de guardar, le daua poder en bastante forma para que èl lohiziesse, poniendo en este mayorazgo los vinculos, substituciones, y condiciones que le pareciesse, cuyas palabras no se ponen a la letra por estar impresas entre sus clausulas que se han dado en el Consejo, num. 12. del memorial.

5 Lo quarto, q̄ Alonso de Erafo, haziendo relación deste poder, y diziendo vsa del; y assimismo de la facultad que tenia, funda mayorazgo en forma de los mismos bienes que su muger auia expressado en el testamento, y poder que le dio, y llegando a hazer los llamamientos, llama en primer lugar a Luis de Erafo su hijo mayor,

2

por, y despues del a su nieto varon legitimo, y assi sucesivamente de grado en grado por linea de varones, y en caso de no tener Luis de Erafo hijo varon, aunque tenga hija, llama a Miguel de Erafo su hijo segundo, y a sus hijos varones, y en defecto de no tenerlos, a Christoual de Erafo su hijo tercero, repitiendo en todos estos llamamientos la calidad de varones, como mas por extenso se halla en las clausulas impressas, primera, segunda, tercera, y quarta.

6 Lo quinto, y vltimo se supone, que Luis de Erafo, primer llamado, sucedio en este mayorazgo, y despues se fue continuando esta sucefsion hasta Don Antonio de Erafo su nieto vltimo poseedor, por cuya vacante se ha introducido la Tenuta en el Consejo por parte de Don Estevan de Tapia, que pretende auer sucedido en el por ser varon agnado, descendiente de Miguel de Erafo, segundo llamado en la fundacion de Alonso de Erafo, y ser este vn mayorazgo de rigurosa agnacion.

7 Doña Estefania de Erafo, hija de Christoual de Erafo, y nieta de Dñ Antonio, vltimo poseedor, se opone a esta pretension, y dize ser la sucefsora legitima, por hallarse en la linea, y mas proxima en grado al vltimo poseedor, y ser este mayorazgo regular, en conformidad de la disposicio de Doña Maria Galindo, que es por la que se deue suceder, y que la fundacion de Alonso de Erafo, en quanto por ella se pretende hazer este mayorazgo de rigurosa agnacion, no puede tener subsistencia, por auerla hecho en conformidad del poder que se le dio, y no ser los bienes suyos, y este no estenderse a ello.

8 Con que auiendo se alegado por entrambas partes todo lo referido, y otras muchas razones, que despues se ponderaran, se le diò la administracion a Doña Estefania, y oy està pendiente para verse en lo principal.

Esto

9 Esto supuesto, la justicia de Doña Estefania de Eraso se dividirá muy breuemente en dos puntos.

10 En el primero se fundará auerse de regular la sucesion deste mayorazgo por la disposicion de Doña Maria Galindo, y que segun ella es la legitima sucesora en el Doña Estefania, sin que le pueda ser de embaraço la fundacion que hizo Alonso de Eraso.

11 En el segundo, que quando se huuiesse de estar a la fundacion de Alonso de Eraso, tambien segun sus clausulas tiene derecho claro para la sucesion.

Punto Primero.

12 **P**ara incluirse en la sucesion deste mayorazgo Doña Estefania, y excluir a Don Iñouan de Tapia, entra con grandes ventajas, porque tiene a su fauor las reglas mas conocidas, obseruadas, y seguidas comunmente en los mayorazgos de España.

13 Hallase en la linea del vltimo poseedor, que fue Don Antonio de Eraso su abuelo, de la qual no puede hazer transito a otra diferente, hasta auer se acabado, *cap. 1. de natur. succes. feud. ad solos, & ad omnes qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit, vt latè probant D. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 4. num. 13. & 14. & cap. 6. num. 30. Burgos de Paz conf. 29. num. 43. D. Valenç. conf. 97. num. 13. Fontanel. decif. 34. ex num. 5. Giuru. de succes. feud. §. 2. glos. 5. à num. 31.*

14 Asimismo tambien el grado, y cercania al vltimo poseedor, que es a lo que se atiende mas precisamente, *l. 9. tit. 2. part. 1. & l. 2. tit. 15. part. 2. vt ex communi docet D. Molin. d. lib. 3. cap. 9. D. Iuan del Castillo, que juntò, y exornò ambas reglas, tom. 5. controu. cap. 91. n. 61. & 62. & cap. 92. num. 35. D. Ioseph. Vcl. disertat. 49. num. 76.*

15 Asimismo concurre el auer entrado en la posesion.

3

señalacion deste mayoraçgo, y ocupadola sin contradiccion, y auct el Consejo amparadola en ella, dandole la administracion por autos de vista, y revista; con que en fuerza de excepcion defiende con ella mejor su derecho, ex *l. qui liberis* 11. §. *testamento*, ff. *de bonor. posses. secund.* Tab. donde el testamento que no era bastante para pedir la posesion, se atendió para conseruarla, advertunt *Addent. ad D. Molin. lib. 3. cap. 4. n. 40.*

16 Reconocenfe estas reglas por el Abogado de Don Estevan de Tapia, y assi solo recurre a dezir, que no puede auer lugar su disposicion todas las vezes que ay voluntad del testador en contrario, ex *l. cum ita*, §. *infideicomisso*, ff. *de legat. 2. l. 40. Taur. cum alijs adductis à Castill. d. tom. 5. cap. 92. num. 33.*

17 Y que esta se manifiesta claramente, auiendose de regular esta sucesion por la disposicion, y llamamientos que hizo Alonso de Erafo, en los quales, como se ha dicho, parece auerse considerado rigurosa agnacion.

18 Con que la question, y dda deste pleyto viene a consistir en si se ha de regular la sucesion deste mayoraçgo por la fundacion de Doña Maria Galindo; ò por la que despues hizo en conformidad de su poder Alonso de Erafo su marido.

19 Y que se aya de suceder por la primera fundacion, no admite duda, y que segun ella tiene derecho claro Doña Estefania.

20 Porque es llano, y consta, que Doña Maria Galindo en el poder que otorgò a su marido, de que hizimos mencion supra num. auiendo hecho relacion, de que tenia mejorado en el tercio, y quinto de sus bienes a su hijo Luis de Erafo, añadió otros bienes a esta mejora, y de todos ellos fundò mayoraçgo, lo qual se manifiesta claramente de las palabras del poder, ibi: *Las quales juntamente con los demas bienes de suso declarados,*

dos, y a. y tēga el dicho Luis de Eraso despues de los dias del dicho Alonso de Eraso por titulo de mayorazgo, y despues del sus descendientes, memorial numero 13. & 14.

21 Desta clausula se manifiesta con euidēcia auer se fundado mayorazgo por Doña Maria Galindo, porque la palabra mayorazgo, puesta en ella, obra de su naturaleza, quando no se huuiesse passado a hazer llamamiento alguno, vna fundacion clara, por la qual se entienden llamados todos los de la familia, y puestas todas las clausulas necessarias para su perpetuidad, D. Molin. lib. 1. cap. 3. & 4. n. 13. & 30. Burgos de Paz *quæst. ciuili* 2. *per totam*, Castill. tom. 2. cap. 22. & tom. 6. cap. 143. August. Barbof. *rot* 72. num. 4. D. Ioseph. Vell. *disert.* 49. num. 33. Giun. *de succes. feud.* §. 1. gloss. 8. num. 29.

22 Y no solo se halla esta palabra mayorazgo en el poder que se ha referido, sino que expressamente le funda llamando a su hijo Luis, y sus descendientes, en los quales se halla comprehendida Doña Estefania, porque la palabra descendientes es comun comprehensua de varones, y hembras, *l. cognoscere. ff. de verbor. signific. l. fin. C. de suis, & legitim. hered. late Fusat. conf.* 137. num. 2. & *de substitution. quæst.* 325. num. 1. quem cum pluribus alijs refert, & sequitur August. Barbof. *in tract. de appell. verb. Descendentes*, num. 9. Castill. tom. 5. *cōtrou.* cap. 93. §. 19. Burgos de Paz *conf.* 29. à num. 38. Francisc. Redenasc. *conf.* 30. num. 6. De que se infiere claramente, que este poder solo le dio Doña Maria Galindo, para que Alonso de Eraso pudiesse en este mayorazgo q̄ ella auia fundado las cōdicionēs, y grauamenes que entre los dos tenian comunicado, como se dize en el libi: *T la dicha Doña Maria tiene comunicado con el dicho Alonso de Eraso su marido largamente las cōdicionēs, y substitutiones, y restituciones, y vinculos, que en*

el

4

el dicho mayorazgo quería poner, y por la dicha causa no tiene aora lugar de las explicar aqui, memorial numero 12.

23. Siendo esto cierto, lo es tambien en derecho, que Alonso de Erafo, en conformidad deste poder no tuvo potestad de fundar mayorazgo irregular, ni excluir las hembras por los varones mas remotos.

24. Lo primero, por la estrecha naturaleza del poder, que no se deve estender a mas de aquello que suena, *ex l. diligenter. ff. mandati. cap. cum dilecta de rescriptis. cap. qui ad agendum de procurat.* Con que no auiendo le dado desta calidad Doña Maria Galindo, antes bien en el fundado mayorazgo en Luis de Erafo su hijo, y sus descendientes, no pudo alterar Alonso de Erafo esta disposicion, ni reuocarla en perjuizio de los llamados expresamente, *ex l. 34. Taur.* donde se dispone, que el Comissario, en virtud de la facultad que tiene para testar, no puede reuocar el testamento hecho por el testador sin poder especial para ello, Tello Fernandez *in dict. l. Taur. num. 4. & conferunt dicta per Barbat. conf. 76. lib. 3. Menoch. de presumpt. lib. 3. presumpt. 44. num. 6. & in terminis Noguera. allegat. 9. ex num. 50. §. 9. i. ad notata in l. si hominem. ff. mandat.*

25. Y aun quando estuuiessimos en terminos menos apretados, que son el no aver fundado mayorazgo Doña Maria Galindo, sino solo dado poder para ello a su marido, aunque este fuesse in amplissima forma, no se podia hazer irregular, como contra Dō Iuan del Castillo *tom. 4. cap. 36 num. 71.* que intento fundar lo contrario, reluelue Paz de Tenui. *cap. 34. num. 117. vsque ad 141.* donde trae doze fundamentos muy juridicos para apoyo desta doctrina, a quien sigue Don Pedro Noguera. *allegat. 9. ex num. 54.* que es copiosissimo lugar para el caso deste pleyto, por ser vna misma la question, y es muy del proposito la doctrina de Mier. *de maiorat.*

part. 1. quæst. 48. n. 68. donde dize en estos mismos terminos, que no podrá añadir clausula alguna penal, ò de incompatibilidad.

26 Y son tambien del punto las resoluciones de Don Juan del Castillo, *tom. 5. consouers. cap. 87. num. 34. & 35. & tom. 6. cap. 142. num. 22.* que lleua por cierto, que aquel a quien se le huviere dado facultad para elegir en vn mayorazgo, aunque esta sea amplissima, està obligado a elegir al de la familia del testador, y no a extraño, *idem tenent Add. ad Molin. lib. 2. cap. 5. sub n. 4. vers. Nec persona extrana.*

27 Y la razon que dan todos estos Autores es muy legal: porque el excluir las hēbras por los varones mas cercanos, es especie de exheredacion, para la qual se necesita, conforme a derecho, de poder especial, y no basta el general cum libera, *l. 31. Taur. Paz de Tenut. dict. cap. 34. n. 129. cum tribus seqq. Noguera. dict. allegat. 9. num. 92.*

28 Sin que sea de embaraço alguno el ponderar, que las palabras del poder que tuuo Alonso de Erafo, fueron amplissimas, y que por ellas se le dexò a su arbitrio el poner las condiciones, y substitutiones que quisiere, y por bien tuuiesse, porque esto siempre se deuio entender entre los descendientes de Luis de Erafo; pero no en los transversales, por ser este vn arbitrio, y potestad que se deve regular conforme a derecho, y no absolutamente, *l. Thais ancilla, §. sorore, & ibi Bart. de fideicommiss. libert. Menoch. de arbitrar. lib. 1. q. 8. n. 1. Rot. per Farin. decis. 359. nu. 6. & decis. 640. n. 13. Barbosa. de diction. dict. 424.*

29 Replicase en contrario diciendo, que todas estas doctrinas pudieran tener lugar en caso de auer fundado mayorazgo Alonso de Erafo solamente de bienes de Doña Maria Galindo, en conformidad del poder que le dio, lo qual se dize es incierto, respeto de que la fun-
da-

5

dación que hizo fue de bienes suyos, y de su muger, en virtud de la facultad Real que ambos obruieron.

30 Para lo qual se ponderan las palabras de la facultad Real, donde se halla repetidas vezes en su narrativa auerse pedido para fundar mayorazgo de los bienes de ambos a dos, y auerse expedido en esta conformidad; con que se viene a inferir, que supuesto que el Fundador dispuso de bienes suyos, pudo muy bien hazer el mayorazgo regular, o irregular en quanto a ellos de la manera que quisiere, *ex vulgari regula in l. in re mandata, C. mandati*. A que se responde.

31 Lo primero, que es constante, y esta prouado concludentemente por Doña Estefania con muchos testigos que deponen de inmemorial, que todos los bienes deste mayorazgo, sobre que se litiga, fueron propios de Doña Maria Galindo, y auerlos lleuado al matrimonio que contraxo con Alonso de Erafo, de lo qual dan razones concludentes los testigos, diciendo ser publica voz, y fama en aquella Ciudad, que fue vn Cauallero forastero, sin que en ella tuuiese bienes muebles, ni raizes, y que solo por su illustre sangre, y nobleza, y ser tambien tan auentajada la de Doña Maria, se vino a efetuar este casamiento: y no es dudable ser esta la mejor prouança conforme a derecho, quando se trata de prouar el dominio en cosa tan antigua, y donde no se han podido hallar instrumentos por vna, ni otra parte que la califiquen, *ex doctrina Bald. in l. indicia, num. 5. C. de rei uedictat. Dec. cons. 46. Tiraq. in tract. de prescription. verb. Per decem annos, §. 1. gloss. 4. Crauet. de antiquit. tempor. n. 3. latè Mascard. de probat. conclus. 546. & 547.*

32 Lo segundo, por la clausula del codicilo que otorgò Doña Maria Galindo, por la qual le manda a su marido por los dias de su vida el usufructo de todos los bienes de que se fundò este mayorazgo: de lo qual se infiere claramente no ser propios de Alonso de Erafo, por-

que a serlo, no se hauiera conformado con esta disposi-
cion, respeto de que conforme a derecho implica el ser
vsufructuario dellos siendo suyos, ex *l. uti frus §. ff. si
vsufructus petat. l. cum in fundo de ture dot. l. in re com-
muni. ff. de seruitut. urban. prad.* Y por el mismo acto
de auer acertado esta disposicion, en quanto auer se le da-
do por ella este vsufructo, se induce tacitamente el ser la
propiedad, y possession de Doña Maria, argum. text. in
*l. qui quis, C. de donat. l. si quis argentum. §. sed siquidē,
ff. eodem tit.* Anton. Gom. in *l. 45. Taur. num. 63.* donde
exorna esta conclusion con admirables doctrinas, y au-
toridades.

33 Lo tercero, porque esto se halla comprouado
por la deposicion de dos testigos presentados por Don
Esteuan de Tapia, los quales asertiuamente, y en la for-
ma que pueden confiesan, que estos bienes sobre que
se litiga es publica voz, y fama en aquella Ciudad fuerō
de Doña Maria Galindo, y sus antepasados, lo qual cō-
uençe con toda claridad la pretension contraria, *nam
vulgare est quod testis licet vnus probat plene cōtra pro-
ducentem ex celebris cons. Roman. 104. n. 6. Farin. de te-
stib. quaest. 62. n. 237.*

34 Lo quarto, por otra clausula del codicilo de
Doña Maria Galindo, por la qual dispone se le den a su
marido 400j. marauedis que traxo al matrimonio, de
que se conoce con euidencia no auer tenido otros, *nam
exceptio firmat regulam in contrariis. l. nam quod illi qui-
dem §. fin. ff. de pen. legat. l. quesitum, §. idem respondit,
ff. de fund. instruct. cum vulgat.*

35 Lo quinto, porque quando todo esto cessara, y
en la verdad muchos de los bienes de que dispuso Doña
Maria fueren de su marido, como es lo que en su presencia
fundò mayorazgo dellos, llamandolos suyos propios re-
petidas vezes en el poder, sin q̄ Alonso de Erafo lo con-
tradixesse, antes bien aprouando la disposicion de su mu-

ger,

ger, quedò perjudicado en qualquier derecho que tuviere en ellos, *Parif. conf. 76. ubi in terminis dicit, num. 2. Qui habet ius ad rem si eo presente, & non contradicente id ius in alterum transferatur videtur tacite renuntiare, ex vulgar. reg. l. qui tacet, ff. de reg. iur. l. qui patitur, ff. mandat. l. si sine, C. ad Veleian. Mascard. de probat. conclus. 1218. per totam.*

36 Lo sexto, y vltimo parece, que esto se com̃ prucua con vna ponderacion que se puede hazer de la disposicion de Alonso de Erafo, clausula 9. num. 31. 32. y 33. en donde despues de auer llamado a la sucesion de este mayorazgo a sus hijos, y descendientes en la forma que dexamos referido, llega a hazer diuision destos bienes, y manda que se partan en tres partes, las dos dellas para Doña Isabel Galindo, hermana de Doña Maria, y la otra parte quiere que suceda en ella Iuan de Erafo su hermano.

37 De que se colige claramente la poca seguridad que tuuo Alonso de Erafo en disponer destos bienes entre los de su familia, por reconocer eran de su muger, pues luego que acabò de hazer los llamamientos en los descendientes de ambos a dos, prefirió en la sucesiõ de ellos en la mayor parte a los de su muger, lo qual no es de presumir si fuesen suyos todos, ò en la mitad, *cum nemo presumatur velle alienas successiones proprijs anteferre, l. cum acutissimi, C. de fideicom. l. generaliter 6. §. cum autẽ, C. de institut. & substitut. l. cum annis 102. ff. de condit. & demonstrat. & in terminis probant Scio. Sen. conf. 98. num. 3. lib. 3. Bald. conf. 40. lib. 3. num. 1. Surd. conf. 473. numer. 13. libr. 4. Pacian. conf. 66. num. 16.*

38 Con que parece queda bastantemẽte comprobado, que estos bienes sobre que se litiga fueron de Doña Maria Galindo, por cuya causa no pudo Alonso de Erafo disponer dellos, ni fundar mayorazgo, mas de en
quan-

quanto a los llamamientos, que fue para lo que se le dio el poder, nam vt inquit textus in *Authent. ingressi. C. de sacros. Eccles. nec de his testari possunt, utpote nec domini rerum, l. conficiuntur, §. si post, ff. de iur. codicillor. ibi: Et alienis quodammodo rebus testatur, l. fin. C. de heredib. instit. cum vulgat.*

39 Ni obsta a lo referido lo que se pondera de las palabras de la facultad, en donde parece auerse pedido para fundar mayorazgo de los bienes de ambos a dos, y concedidose en esta forma, porque esto no puede perjudicar al hecho de la verdad, y lo que tan bastantemente esta prouado, y antes se estraña mucho se haga reparo por el Abogado de Don Estuean en vna circunstancia tan leue, como llamar Alonso de Erafo a los bienes de su muger suyos, quando es vn modo tan comun de hablar, el dezir vn marido, que los bienes que recibio en dote son suyos, pues aun el derecho (respeto de aquel quasi dominio que le dà en ellos) vsa destas palabras, como se colige del texto in *l. quamvis 78. ff. de iur. dot.* donde hablando de la dote dize, *quamvis in bonis mariti sit, l. si pradium 23. C. de iur. dot. l. dotale pradium 13. verb. Dotale, ff. de fund. dot. l. Lutius 21. §. idem respondis, ff. ad municip. l. doce ancillam, C. de iur. dot.*

40 Tampoco puede ser de embaraço, si se replica, que el testamento que Doña Maria Galindo otorgò el año 1536. en el qual hizo la mejora de tercio, y quinto a su hijo Luis de Erafo, no se ha presentado, de que se quiere inferir ser de ningun efecto esta mejora, por no constar della mas que en el poder que se dio a Alonso de Erafo donde se menciona, *ex vulgari regula Authent. siquis in aliquo documento, C. de adendo, l. à se toto, ff. de heredib. instit.*

41 Porque se responde, que esta regla podia tener lugar, si en el poder solo se hiziesse mencion de esta mejora, sin auer passado a mas que a referirlo, lo qual no

fue

7

fue afsi, refpetò de què auiendo hecho relacion della en-
trò Doña Maria ratificandola, y aprouandola, y dispo-
niendo en caso neceffario, ibi: *Por ende que aprueua el
dicho testamento, y codicilo en aquello, y en todo lo de-
mas, y declara, y manda, que si los dichos bienes monta-
ren menos que el tercio, y quinto de sus bienes, quiere, y es
su voluntad, que la tal falta se supla al dicho Luis de
Eraso su bijo en los otros sus bienes, quales el quisiere esco-
ger, y señalar; y si montaren mas que el tercio, y quinto, en
tal caso lo manda la tal demasia por via de mayoraz-
go, por virtud de la licencia, y facultad que tiene de su
Magestad.*

42 Con que nos hallamos en la limitacion que co-
munmente se suele dar a la Authent. *siquis in aliquo*,
que por ei contrario se ponderarà, pues su regla cessa to-
das las vezes que en el instrumento referete se entra dis-
ponièdo cosa cierta, y determinada; y en este caso, aun-
que no conste de aquel a que se haze relacion, prueua en
toda forma, ex doctrina Bart. *in l. eum qui, §. Iulianus,*
ff. de constit. pecun. Paul. de Castr. *conf. 17.* Grammat. *de-*
cis. 59. num. 25. Matth. de Afflic. *decis. 273.* plures con-
fert suo more Castell. *libr. 4. controuers. capit. 43. ex*
num. 30.

43 De todo lo que hasta aqui se ha dicho se infiere
con toda certeza, que el verdadero suceffor, en quien la
ley passò la possession deste mayorazgo, es Doña Este-
fania de Erasó, por hallarse con el llamamiento expres-
so, y asistir a su fauor todas las reglas que se han pon-
derado.

Punto Segundo.

44

Queda tan bastantemente comprobado
auerse de regular la suceffion de este
mayorazgo por la fundacion de Do-
ña

D

ña

ña Maria Galindo, y que segun ella es la legitima sucesora Doña Estefania, que se podia escusar el discurrir en este segundo punto, mas no obstante, para que se reconozca, que aun si nos hallaramos en los terminos de auerse de suceder, segun la forma dada por Alonso de Erafo, tambien se hallaua con inclusion clara Doña Estefania, se ponderaràn breuemente las clausulas, y llamamientos que puso, y como tambien le tiene a su fauor.

45 Despues de auer hecho Alonso de Erafo los llamamientos de que hizimos mención supra num. llega a disponer en la clausula 12. la forma que se ha de tener en la sucesion, si acaso muriere el poseedor actual deste mayorazgo, dexando hermano, y assimismo nietos, cuyo padre huicisse muerto antes de suceder en el, y dize estas palabras: *Otro si quiero, y mando, que qualquiera de los dichos nuestros hijos, ò descendientes que tuuiere, e possyere el dicho mayorazgo, si muriere teniendo a la sa con hermanos legitimos, y algun nieto varon, ò hembra hijo de algun hijo, ò hija del tal tenedor, è poseedor del dicho mayorazgo que aya finado, que si fuera uiuo fuera llamado al dicho mayorazgo, que en tal caso el tal nieto legitimo, hijo de hijo legitimo difunto aya este mayorazgo, como persona que representa la de su padre, ò madre, que lo auia de auer si fuera uiuo, y se prefiera al tio hermano del tal tenedor del dicho mayorazgo.*

46 Desta clausula se infiere con toda euidècia estar llamadas expressamente las hembras, y auerfeles dado prelación a los varones agnatos, porque en ella se entra suponiendo por el fundador, que las hijas del poseedor actual eran capaces de suceder si uiuiesen al tiempo de la vacante: porque dize, que si entonces huuiere nieto, ò nieta, faltando hijo, ò hija, suceda, y añade las palabras, *ibi: Hijo de algun hijo, ò hija, que si fuera uiuo fuera llamado, & ibi: Como persona que representa la de*

su padre, ò madre, que lo auia de auer si fuera viuo. Las quales hazen relacion del hijo, ò hija del poseedor; con que no admite duda estar puestas en condicion las hijas.

47 Y aunque no se puede negar auer sido muy cõtrouertida la question de si los hijos, ò hijas puestas en condicion se juzguen llamados expressamente para la *l. Lulius la 2. ff. de heredib. inst. Et ibi gloss. fin.* esto pudo tener alguna dificultad, como reconocen los Doctores por derecho comun en los fideicomissos; pero en los mayorazgos de España no admite duda esta question, como magistralmente lo enseña el señor Molin. *de primogen. lib. 1. cap. 6. à num. 1.* & ibi Additionatores, *Peregrin. de fideicommiss. art. 28. num. 15.* *Petra eodem tractatu, quest. 9. num. 223.* *Mantic. de coniect. lib. 1. tit. 3. num. 16.* *Rot. per Farinac. decis. 139. num. 4. part. 1.* *Don Juan del Castillo tom. 2. controuers. cap. 12.* *Donat. Anton. Marin. resolut. quest. cap. 141.* *Capit. Latr. decis. 1. à num. 3.*

48 Ni puede obstar a lo referido la ponderacion que se haze en contrario de las clausulas tercera, quarta, y quinta, donde parece dispuso el fundador, que si su hijo Luis de Erafo muriese sin hijo, ò nieto varon (aunque dexasse hija) sucediesse Miguel su hijo segundo, y en la misma forma llamó a Christoual su hijo terceros; con que parece claramente auer excluido la hija del poseedor actual en competencia de su tio.

49 Porque se responde, que el animo, v concepto del fundador en las tres clausulas que se han ponderado, nunca fue hazer estos llamamientos de rigurosa agnacion, sino buscar varon entre sus tres hijos, para que començasse a discurrir la sucesion; pero en auiendo ya començado en qualquiera dellos, no quiso aquel rigor en sus hijas.

50 De suerte, que lo q̄ se dispone por las tres clausulas.

solas que se han referido , solo es en caso de morir Luis de Eraso su hijo primero, sin auer sucedido en este mayorazgo dexando hija, la qual en competencia de Miguel su hijo segúdo no quiso que sucediesse, y de la misma manera la hija de Miguel en competencia de Christoual.

51 Pero siendo ya qualquiera destos tres hijos, ò sus descendientes poseedores actuales del mayorazgo, en este caso, como cessa la razon de auer querido començasse la sucesion en varones, y no hembras, no quiso excluir la hija, ò nieta del tal poseedor en competencia de su tio, aunque fuesse varon agnato; y assi se deue entender la clausula 12. y esta siempre, como posterior, ha de obrar, y declarar las anteriores, *l. quam vis, l. 5. C. de fideicommiss. ibi: Tamen quia in inferioribus verbis testamenti, Mantie. de coniect. ultim. volunt. lib. 6. tit. 13. num. 1. Casanat. conf. 47. n. 36. & 37. D. Iuan del Castil, lib. 4. controu. cap. 50. num. 2.*

52 Y esta inteligencia es la mas propia que se puede dar a estas clausulas: porque querer inducir dellas, que el testador tuuiesse concepto de agnacion rigurosa, no se puede inferir de los llamamientos que hizo, pues el auer dado prelación a sus hijos, y descendientes varones, fue executar lo mismo que el derecho dispone sin otra nouedad, como considerã los Adicionadores al señor Molin. *lib. 3. cap. 5. num. 71. vers. Et hinc est.* Y assi estos llamamientos se entienden puestos causa demonstrationis, y no para excluir las hembras de mejor linea, y grado, pues como enseña Bald. *in l. Imperator. ff. de postuland. num. 10.* y en la *l. fratres, num. 13. C. de inoffic. testam.* el llamar varones para començar la sucesion, solo sirue de dar prelación a las personas señaladas, pero no de excluir las hembras, sequitur D. Valenç. *conf. 97. num. 78. & a num. 100. Castil. tom. 6. controu. cap. 129. num. 45. & cap. 143. §. vnic. num. 12. Fontan. de cis.*

cif. 35. num. 11; 12. & 13. D. Ioseph. Vell. *disertat.* 49. num. 57. Censalad Peregr. *art.* 20. fol. 43.

53 Y como dize el señor Luis de Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. num. 32. *Nominatio, atque specificatio personarum solum tribuit nominatis precedentiam successionis, non autem aliorum exclusionem operatur.* Lo mismo advierte Don Iuan del Castill. *d. tom.* 6. *cap.* 166. à num. 26. Horat. Barbat. *de fideicommiss.* part. 1. *cap.* 4. *inspect.* 4. num. 59. que refiere las palabras del señor Molina.

54 La razon es, porque quando se expresa lo que el derecho ordena, y dispone, no se induce efecto alguno extraordinario, *l. non recte de fideiussorib. l. quæsitum, §. 1. ff. de distract. pign. ibi: Super vacuum est, quia ipso iure ita se res habet etiam non adiecto eo, l. si in die, §. fratre, ff. de conditionib. & demonstr. l. 3. ff. de legat. 1.* De donde dixo Mier. *de maiorat.* 2. *part. quæst.* 6. num. 539. & 541. que la expresion de masculinidad mas se ha de juzgar puesta *gratia frequentioris usus*, que para excluir las hembras, y que estas siempre se admitiran, aunque se llamen varones si el mayorazgo no es de agnacion.

55 Demas, que aunque se confessara, que en qualquier caso (ò ya muriendo los primeros llamados antes de entrar en la sucesion, ò despues) se halla excluida la hija en competencia del tio, no obstante no conuence el que por esto solo, no auiendo expreffado el fundador, queria conseruar su agnacion, excluyesse a las nietas, y demas descendientes de Luis.

56 Porque la exclusion de la hija obrará sus efectos en ella, y en sus descendientes; pero no se podrá aplicar a la nieta, o viznieta del hijo, respeto de que en materia odiosa, y correctoria del derecho comun, no se dà extension de persona a persona, aunque milite igual, ò mayor razon, Casanat. *conf.* 24. num. 9.

57 Este discurso se califica con la doctrina de Paulo de Castro en la *l. illam, num.* 8. & 9. *C. de collat.* don-

de en la questtion si excluida la hembra por varones, se entenderàn exclusas las demas, en que milita la misma razon, distingüe en esta forma, o la hembra que se pretende excluir es descendiente, y depende de la q̄ expresa, y señaladamente fue excluida; y en este caso correrà la exclusion en fuerça de auerse excluido la madre; pero si no es dependiente della, no lo quedará, aunque sea semejante, y de la misma calidad que lo fue la excluida, y añade, que esta distincion es verdadera. *sicut Euangelium*, siguió su distincion Filipo Corn. alli, num. 7. y Dec. nu. 13. *Palac. Rubios, Anton. Gom. Gregor. Lopez*, y otros que refiere, y sigue el señor Molin. *d. lib. 3. cap. 5. n. 41. § 42.* que dize al fin, *id que verissimum est*, Simõ de Pret. *conf. 93. lib. 1.* y otros que juntaron los Adicionadores al señor Molin. *d. cap. 5. n. 41.* Con que hallandose oy Doña Estefania descendiente de Luis de Erafo, y no de su hija, que fue la que se pretende estar excluida, estamos en los terminos de la doctrina de Paulo de Castro.

258 Y aun quando se quisiessse estrechar mas la disputa, y se negassse el llamamiento y comprehension en las palabras de la clausula 12. que hemos ponderado, es cierto, que las hembras de mejor linea, y grado, no necesitan de mostrar que le tienen expresse, y literal, pues la ley se le dà en su lugar, y grado, vt arguit Socin. *lun. conf. 30. n. 52. lib. 2. Noguez. allegat. 23. n. 176. facit l. implurium 70. ff. de acquir. haredit.* y quien se opusiere pretendiendo vencerlas, ha de mostrar que tienen exclusion expresa, y no le bástaria que alegasse no tienen llamamiento, porque siempre tienen el que cõforme a derecho, y a la naturaleza de los mayorazgos les toca, y pertenece.

259 Induce se tambien desta clausula 12. que se ha ponderado vn argumento efficacissimo para excluir la pretension de D. Estuan, y que totalmente fauorece la de Doña Estefania, y es, que segun su disposicion, es pre-

ciso confesar, que si de D. Antonio de Erafo ultimo poseedor deste mayorazgo huuiesse quedado vn hermano, y tratara de competir en la sucesion del con D. Estefania, es llano el que fuesse vencido, siendo asì, q̄ era varon agnado de la primera linea: Luego con mayor razón deue vencer a otro transuersal, aunque concurra la calidad de ser agnado, ex vulgari regula, *si vinco vincētē te, à fortiori vincam te, de quo in l. de accessionibus, ff. de diuers. Et tempor. prescript. D. Molin. de primogen. lib. 3. c. 5. num. 16. late D. Iuan del Castill. lib. 3. controuers. capit. 30.*

60 Con que parece llano, segun la inteligēcia que hemos dado a las clausulas referidas, no auerse considerado por Alonso de Erafo en los llamamientos que hizo el concepto de agnacion que se pōdera, pues solo quiso, como se ha fundado, buscar varon entre sus hijos, en el qual començasse la sucesion, y que solo en este caso excluyò las hembras.

61 Y esto se comprouarà mas latamente con muchas presunciones, y congeturas que se hallan en las clausulas, y se ponderan por los DD. lo qual escusamos, por parecer queda bastantemente satisfecho, y no exceder los limites de vn apuntamiento.

62 Y asì queda sin disputa ser llano, y corriente el derecho de Doña Estefania, y à se considere segun la fundacion de Doña Maria Galindo, ò yà por la que despues hizo Alonso de Erafo, y que en vna, y otra tiene llamamiento claro; y por lo menos, con las respuestas que se han dado, las oposiciones contrarias quedan bastantemente excluidas, y conuencidas; y quando solo se huuiesse conseguido dexarlas dudosas, bastaua para que se aya de determinar a su fauor, pues en el caso claro, y en el dudoso, ha de vencer el que tiene por si la linea, y las demas reglas de los mayorazgos, vt docent D. Molin. *dict. libr. 3. cap. 4. numer. 42. Micr. de maiorat. 2. part. quest.*

quast. 6. num. 9. Castill. tom. 6. capit. 130. ex num. 2.
Et cap. 139. ex num. 1. Et cap. 180. à num. 16. Ioseph.
Ram. conf. 100. ex num. 501. D. Valençuel. dict. conf. 97.
num. 71. D. Ioseph. Vell. disert. 49. num. 33. Salva in
omnibus, &c.

Licenciado Don Pedro
de la Cadena.