



P O R

DON SALVADOR MONTERO MUÑOZ DE
Ayllón Presbytero vecino de esta
Ciudad (25)

C O N

D. LUIS FRANCISCO DE MORA Y VILLALTA
(23) Marques de Lugros vecino asimismo
de esta Ciudad.

SOBRE

LA SUCCESSION DEL MAYORAZGO,
que fundò Doña Maria Muñoz de Ayllón
(9) en el juicio de la
propiedad.







ARA MANIFES

tar el derecho, que asiste à D. Salvador Montero, (25) es preciso suponer, que Doña Maria Muñoz de Ayllon, (9) muger que fue de Don Diego Romero Miota, Ventiquatro de Granada, otorgò su poder para testar en 15. de Mayo de 1672. al dicho su marido; y hallandose con vn hijo vnico, que lo fue D. Pedro Melchor de Miota, Marqués que fue de Lugros, le hizo vn legado, diciendo: *Que usando de la facultad, que las leyes de estos Reynos me permiten, quiero, que el quinto de los bienes, que me tocan, derechos, y acciones, de que puedo disponer, quede à D. Pedro Melchor de Miota mi hijo, para que lo aya Vinculado en los bienes raíces, que basta en la concurrente cantidad le señalare su Padre: con condición, que el dicho Don Pedro, para entrar à gozar dicho quinto, aya de agregar à el, la tercera parte de los bienes, derechos, y acciones, que le tocassen de su legitima materna, para que anden juntos por Vinculo, y Mayorazgo con las fuerzas, y firmezas, que las leyes de estos Reynos disponen; y llamò à la sucesion de este Vinculo al dicho D. Pedro su hijo, y sus descendientes; y à falta de ellos diò facultad à su marido, para que hiziesse llamamientos de successores, con las demàs clausulas de prohibiciones, que le pareciesse à su voluntad.*

2 Por otra clausula previno: *Y si el dicho D. Pedro mi hijo, no hiziesse la referida agregacion dentro de seis meses contados desde el dia de mi muerte, habilitado por la Justicia, ò emancipado del poder de su padre, como mejor conviniese por Escritura publica, guardando esta voluntad, y la de su padre, pasado el dicho tiempo mandò el dicho quinto al referido mi marido, para que de el haga, y disponga en mandas, Patronatos Capellanias, ò lo que mas bien le pareciesse à su voluntad; e instituyò por su heredero al referido Don Pedro su hijo vnico.*

3 En fuerza de este poder en 29. de Agosto del dicho año el D. Diego otorgò el testamento de la dicha su muger, y en el instituyò por heredero à su hijo Don Pedro con la carga, y gravamen del tercio de su legitima, que à el avia de hazer conforme à la voluntad de su madre, sin alterar, ni innober el contenido del poder, ni hazer llamamientos algunos para despues del Don Pedro, y sus descendientes.

4 Despues en 26. de Agosto de 1678. otorgò su testamento el Don Diego, y en el se refiere al testamento de su muger, en que avia mandado el quinto de sus bienes à su hijo con la calidad, de que fuese vinculado, lo que montasse dicho quinto, y tercera parte de legitima materna, y que avia reservado en este el llamar successores à dicho Vinculo à falta de los hijos, y descendientes de el Don Pedro.

5 Y que en virtud de ello avia hecho inventario de los bienes, que avian quedado al tiempo de la muerte de su muger, y asi es su voluntad, que por lo que à el toca se guarde, y cumpla; y que usando de la facultad, que le diò su muger, llama à la sucesion de este Vinculo despues de los hijos, y descendientes del Don Pedro Miota su hijo à Don Luis Pedro de Mora, y Villalta su sobrino, (19) hijo de Don Alonso de Mora, y Villalta, y nieto de Don Julian de Miota Romero su hermano, (2) y sus hijos, y descendientes, y despues de ellos haze otros llamamientos.

6 Succedió en este Mayorazgo el D. Pedro Miota Romero, (16) quien solo dexò vn hijo menor, (20) y muerto este, se entro à gozar este Mayorazgo D. Luis Pedro de Mora, (19) y por no ser el susodicho legitimo poseedor, Don Joseph de Campos Verafigui (24) saliò pidiendo la possession de el Mayorazgo de el quinto de la Doña Maria Muñoz de Ayllon, y agregacion de la tercera parte de la legitima del primer llamado, por ser el Don Joseph pariente

en grado 4
conocido de la fundadora, y que como tal era, en quien se avia transferido la posesion en la ultima vacante del menor hijo del D. Pedro Melchor. (16.) Se opuso à ello D. Luis Pedro de Mora, diciendo, que el era el legitimo poseedor, y en quien se avia transferido la posesion en dicha vacante, por estar llamado, y otros fundamentos, que expuso.

7. Seguido este juicio posesorio, y aviendosele negado al Don Joseph su filiacion, que resulta del Arbol, y presentados varios instrumentos, y hechos probanzas, se pronunciaron sentencias de Vista, y Revista à favor de el Don Joseph de Campos, restituyendo al Don Luis Pedro de Mora el derecho para el juicio de la propiedad.

8. En merza de esta reserva en el dia 5. de Septiembre de 732. D. Luis Francisco de Mora, Marqués de Lugros (23) puso demanda en la propiedad al D. Joseph de Campos, pretendiendo la restitucion de los bienes, en que consiste el dicho Vinculo con sus frutos, y rentas; proponiendo los fundamentos, que discurrió asistirle, de no aver Mayorazgo de la Doña Maria Muñoz; y aviendolo, tener llamamiento expreso, y no aver tenido el Don Diego Mota Romero, que lo dió, defecto de potestad para ello, y otras razones, que alegó, y infundió en la negativa de la filiacion del D. Joseph de Campos.

abuelo 9. Este contestó la demanda, pretendiéndolo ser absoluto, y dado por libre, fundado la existencia del Mayorazgo en el llamamiento, q̄ à él tiene, como pariente de la Fundadora, tenerlo así justificado, y no tener llamamiento de dicho Marqués, ni averfelo podido dar el D. Diego Mota. Aviendose substanciado esta demãda, y concluso el Pleyto, se pronunció sentencia de Vista en el dia 8. de Junio de 735. declarando tocar dicho Mayorazgo al Marqués, y condenando al D. Joseph à la restitucion de sus bienes, y frutos desde la contestacion de la demanda.

10. Suplicó de esta Sentencia

Don Joseph de Campos, y el Pleyto se recibió à prueba, y solo la hizo el Marqués, y estando concluso, murió el Don Joseph de Campos; con cuyo motivo Don Salvador Montero (25) pidió se le diese la posesion como imitador sucesor, la que se le mandó dar, y dio.

11. En cuyo estado el Marqués pidió, que al D. Salvador se le hiziese saber el de el pleyto: hizo se así, y salió pretendiendo se le absolviese de la demanda, así por ser pariente indubitado de la Fundadora, segun resulta del Arbol, como por los fundamentos, que en esta alegacion se opondran; y aviendose dado traslado al Marqués, no dixo cosa alguna contra la filiacion del D. Salvador, y lo que hizo fue concluir, con lo qual se vió el Pleyto sobre confirmar, ò reformar la sentencia de Vista, que se pronunció con el D. Joseph de Campos.

12. Esto supuesto se dividirá esta alegacion en quatro puntos. En el primero se fundará la subsistencia de el Mayorazgo de la Doña Maria Muñoz de Ayllon, y agregacion de la tercera parte de legitima de su hijo primero llamado, y que es Mayorazgo perpetuo, y en qualquiera especie es legitimo sucesor D. Salvador Montero.

13. En el segundo se fundará, que el Marqués no tiene llamamiento à este Mayorazgo, ni el D. Diego Romero tuvo facultad para darlo.

14. En el tercero, que este Mayorazgo fue distinto, y separado del que fundó dicho D. Diego de sus bienes en virtud de Facultad Real, la q̄ no comprehendió al Mayorazgo, que oy se litiga.

15. En el quarto, que aunque no se ha negado la filiacion à D. Salvador, no se puede admitir oposicion contra ella, por estar executoriada, y evidentemente probada; y aunque la hubo en la de D. Joseph, se dirá la prueba, que ay del grado de ella, que puede tocar al D. Salvador.

PUNTO I.



UE ESTE MAYO-razgo se gobierne su sucesion por la regia ordinaria de derecho comun, ò que se go-

vierne por la regla ordinaria de la sucesion de los Mayorazgos, parece claro el derecho de D. Salvador, para que se le conserve en la posesion de el: porque esta parte entra en la controversia de este pleyto como reo convenido, poseedor del Mayorazgo, asistido de la presumpcion de derecho, que le produce los mas vigorosos efectos, como son el primero, de legitimo titulo, *cap. Cum persone. 7. de privileg. in 6. Sese de inibizione, cap. 5. §. 10. D. Cresp. obseruat. 93. n. 4. 27.*

17 El segundo, que por dicha causa entra fundando de derecho la asistencia, que en su defensa, y para conituar la posesion, le produce el favorable efecto, que en caso de duda debe obtener: ut D. Castillo *de tertijs cap. 3. n. 6. cap. Si à sede 3. t. de Præbend. in 6.*

18 El tercero, que transfiere la obligacion de probat en su contrario, porque como poseedor tiene à su favor la presumpcion de derecho §. Retinendè, *de Interdict. Institat. L. Circa eam 14. ff. de probationib. L. Possessionem 2. Cod. eod. cap. Ares de rescriptis.* Expresamente, *L. 28. tit. 2. part. 3. Roxas de incompatibilit. p. 5. cap. 5. n. 21. vbi Aquila.*

19 El quarto, que en concurso de iguales justificaciones se prefiere, y debe la del reo, y poseedor: vt D. Salg. *de revent. 2. p. cap. 34. n. 193. D. Vela, disert. 34. n. 77.* de que resulta, que en este pleyto D. Salvador debe obtener, no solo en caso claro, sino es tambien en el dudoso, ò de igual justificacion: vt D. Castillo *cap. 104. versic. Quarto denique.*

20 Si este Mayorazgo se ha de gobernar por las reglas del derecho comun, que permiten à los Padres fundat-

lo confornte à el orden de la *L. 27. Tauri*, es su orden tan preciso, y substancial, que sin disputa alguna està comprehendido en su fundacion el D. Salvador, y con preciso llamamiento para succeder como pariente indubitado de la Fundadora, y que es preciso se prefiera à el Marquèz como estraño de ella; porque la orden de la referida Ley no se puede pervertir, ni alterar, como se vè en todos los repetentes sin discrepar alguno: vt D. Molina *lib. 2. cap. 11. n. 12. Azebedo in leg. 11. n. 38. D. Covarr. in Epitome Retaldus §. 2. n. 4. versic. 6. Mier. de Majoratib. 2. p. q. 6. n. 15. Angulo in d. leg. 11. glos. 7. n. 1. Gutierr. practicar. lib. 3. q. 5. 2. D. Castill. lib. 2. cap. 7. n. 2. ibi: Ante alia constituo, quod ordo vocationis, & substitutionum in d. leg. 27. Tauri, quod meliorationis tertij præscribitur, præcissus est, & substancialis, & nullo modo perverti, aut alterari possit.*

21 Y esto no solo respecto de los descendientes del Fundador, que tienen el interes de ser parte de la legitima el tercio, sino es tambien respecto de todos los demas graduados por la ley: de manera, que aviendo descendiente no pueda preferir el ascendiente, ni à este el transversal, ni à este el estraño, porque avièdolos omitido, à qualquiera transversal ha de ser preferido, aunque el estraño tenga expreso llamamiento: Gom. Arias *in d. leg. n. 590. Tello Fernandez n. 17. Avendaño gloss. 2. n. 10. in fin. D. Castill. d. cap. 7. n. 4. ibi: In melioratione tertij descendentes primò sublineandi sunt, & ijs deficientibus ascendentes, & statim transversales; ita quod dum adfuerint descendentes, aut ascendentes, sive masculis, sive feminæ transversales non admittuntur, nec possunt vocari; & dum adsunt transversales, similiter extranei, neque admitti, neque vocari debeant.*

22 Siendo en tanto grado, que aunque en la fundacion aya contra-

ria disposicion à la Ley, se ha de reducir, y reduce à los grados, y orden prevenido en ella, aunque alguno, de los que substituyessen, tengan formal excoesion: porque la facultad, que por ella se concede, es condicional *Con tanto que lo hagan*; y en otra forma; no verificada la condicion, la fundacion no subsistiera, sino es arreglandola à los llamamientos de la misma Ley. D. Castill. cap. 7. n. 12. *Sed pro vera resolutione distinguendum existimare primo, quod si is, qui fecerit meliorationem, sive in testamento, sive in contractu inter vivos jure perpetui Vinculi, aut Majoratus, meliorationem, seu primogenium, aut Vinculum perpetuum duraturum instituat, & in substitutiombus, aut vocationibus L. 27. Taur. ordinem non servaverit: sed alteraverit illum, tunc in ea specie dispositio non vitabitur; imo potius valebit vocationes tamen ad ordinem, & formam legis reduci debebunt. Idem Castill. lib. 5. cap. 98. n. 7. Paz in leg. 200. stili, n. 160. & de Tenn. q. 34. n. 42. usque 155.*

23 Y solo la limitacion, que esto tiene, es en el caso; de que el Mayorazgo sea temporal, y limitado à ciertas personas, y grados; porque entonces el Mayorazgo solo dura, mientras permanecen, los que estàn llamados; à la L. *Qui solidum* 78. §. 3. ff. de legat. 2. Albar. F. 2. de inclus. & exclus. p. 11 cap. 1. n. 8. Add. ad D. Molin. lib. 1. cap. 4. n. 34. D. Vela disert. 49. n. 38. Y la razon està contenida en la misma L. 27. de Toro. De forma, que avia dicho esta Ley, que el padre pueda hazer mejora del tercio en qualquiera de sus hijos, con las substituciones, y Vinculos, que le pareciesse; y concluye diciendo: *Que estas valgan para siempre, ò por el tiempo, que el testador dispusere*; en cuya clausula està conferido el arbitrio, para hazer el Mayorazgo temporal; y si así lo haze, solo dura, y permanece hasta aquel tiempo, y grados, que el Fundador apeteció.

24 Mas quando el Mayoraz-

go es perpetuo, entonces es tan preciso los grados de substituciones de la L. 27. de Toro, que si de ellas se desvia, se reducen à sus llamamientos: porque así es expreso tambien de la misma Ley: *que de otra manera no puedan poner gradamen alguno, ni condicion en el dicho sercicio*; lo que es precisio, y precepto, ve Baeza de non meliorand. cap. 35. n. 5. *Efficacissime contrarium factum prohibetur*, y lo advirtió especialmente el Señor Palacios Rubi. que como testigo, que se hallò presente à la ordenacion de las Leyes de Toro, no ignorando su sentido, así lo afirma.

25 Que este Mayorazgo sea perpetuo, y que así lo fundasse Doña Maria Muñoz de Ayllon; demas de que sobre esto, no se ha dicho cosa en contrario por el Marquès, se persuade. Lo primero, de que la Fundadora usò de la palabra de Mayorazgo, que queria fundar cuya palabra por si prueba, el que sea perpetuo, y Torte de Mayorat. tom. 1. cap. 1. num. 54. que testifica esta palabra Mayorazgo jamás se conociò, hasta que los Españoles la inventaron; y estos mismos le han dado el significado de perpetuo: Dom. Molin. lib. 1. cap. 4. per tot. & ibi Add. Noguier. aleg. 9. num. 88. cum Dom. Cobarr. Dom. Castill. Mier, & alijs.

26 Procediendo tan eficaz, que con aver dicho el Fundador, *quero hazer Mayorazgo*, està demas el passar à hazer llamamientos: porque quando el acto tiene cierta, y conocida naturaleza, que la Ley se la concede, no se necesita, que el testador passe à hazer expresion de el modo; como se ha de executar. Maldonad. ad D. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 33. L. *Quæstum*, ff. de distract. pignor. ibi: *Super vacuum est; quia ipso jure ita res se habet, etiam eo non adjecto*: porque si alguno haze Mayorazgo temporal, este no es propriamente Mayorazgo, si no es abusivo; è improprio: como enseña el Señor Vela dissentat. 49. num. 24. ibi: *Vnde si temporaliter tantum majoratus inf.*

infinitum: ita videtur certis personis non extendatur, non erit proprius majoratus, sed improprius: istae sunt, propriam suam naturam non habentis. Siendo la razon, la que llevamos dicha, de ser contra su proprio significado, y de los inventores de el.

27 Pruebase tambien la perpetuidad de este Mayorazgo, de que la Fundadora prohibió absolutamente la enagenacion de los bienes, particion, y division de ellos, Dom. Valenz. *conf. 40. num. 13. effectus dictae prohibitionis tam divisionis, quam alienationis dirigitur etiam in possessores, & successores bonorum: & cum addiderit causam, cum desiderabat bonorum conservationem, refutabat praesumptio favoris familiae, & realis prohibicio non alienandi.* Dom. Cresp. *observat. 22. num. 25.* Y dan la razon: porque nada es mas conforme à la naturaleza, que la vnion de los bienes, y nada mas contrario à el, que la enagenacion, division, y particion, D. Valenz. *conf. 4. num. 5. & est ratio; nam sicut vnio est conformis naturae vinculi, ita divisio, & separatio bonorum contrariatur illius naturae.* D. Molina *lib. 1. cap. 11. num. 3. & probatur ex Leg. Nec in plures ff. de Exercit. act.* Mira la vnion, e incorporacion de los bienes à la conservacion suya, y mira la division à la destruccion de ellos.

28 Vltimamente persuade la perpetuidad de este Mayorazgo, el ver, que la Fundadora dize, que en el se conforma con lo dispuesto por las Leyes de estos Reynos; en cuyo caso nadie ha dudado, que es perpetuo, porque las Leyes no conocieron Mayorazgo temporal; y asì lo testifica Angul, in *Leg. 11. gloss. 11. num. 6. sed quid si pater adicere velle, se cum filium melioratum, eiusque decedentes habere ea bona iure majoratus ea forma, & ordine, quod solet legibus, & consuetudine succedit in majoratibus, & esset deventum ad vltimum descendentem huius filij meliorati, an in eo bona remanere libera, an vero transfere eodem ju-*

7.
re majoratus ad alios filios testatoris, & eorum decedentes, vel etiam pos eos ad eiusdem testatoris transversales in infinitum? Et videtur, quod sic ex natura majoratus, & debet durare, quousque possit: id est ad vltimum de familia, & impleatur integra verbi significatio, quae ex Legibus, & Regni consuetudine hoc ipsum sonat.

29 Quiere persuadir el Marques, que no ay Mayorazgo de el quinto de la Doña Maria Muñoz, ni del tercio, que debio agregar su hijo: porque siendo este como fue, hijo vnico, no pudo la madre hazerle mejora en el tercio, por ser esta preciosa legitima de el hijo, vt D. Larrea *allegat. 51. n. 8. D. Castillo tom. 2. cap. 13. per tot. cum alijs relatis.*

30 A lo que se responde, que quedó hecho el Vinculo del tercio de los bienes de la legitima del hijo, y no huvo impedimento en la madre para poner este gravamen: porque toda la vez, que à el hijo se le dexa alguna cosa mas de aquello, que le es debido, se le puede gravar la legitima en el todo, ò en la parte, à la *L. Si libertus 42. in princip. ff. de bon. libertor. L. 2. ff. de dot. praelegata, §. fin. L. 1. §. Idem Julianus fuerit, ff. cod. L. 111. §. 1. ff. de legat. 1. Aquila à Roxo de Incompatibilit. p. 1. cap. 7. n. 65. cum is, qui onoratus possit gravari. L. Al eo, Cod. de Fideicom. Carlev. de Iudic. tit. 3. disput. 25. n. 18.*

31 Y aun en los mismos terminos de gravamen, que al hijo vnico se pone en el tercio de su legitima, lo pregunta el Señor Molina *lib. 2. cap. 11. y* haziendo reflexion de las prohibiciones, que ay para este gravamen, por ser todo el caudal propria legitima del hijo, excepto el quinto, pone varias limitaciones, y al num. 8. la misma, que asiste en este pleyto, ibi: *Quinta, nisi pater filio vnico fecerit tertij, & quinti meliorationem iure majoratus; adiciens, quod si non consentiat gravamini majoratus, quoad tertium, privetur quinto, & ad alios substitutos ipsius quinti praelegatum trahatur.*

ria disposicion à la Ley, se ha de reducir, y reduce à los grados, y orden prevenido en ella, aunque alguno, de los que substituyessen, tengan formal exclusion: porque la facultad, que por ella se concede, es condicional *Con tanto que lo hagan*; y en otra forma, no verificada la condicion, la fundacion no subsistiera, sino es arreglandola à los llamamientos de la misma Ley. D. Castell. *cap. 7. n. 12. Sed pro vera resolutione distinguendum existimare primo, quod si is, qui fecerit meliorationem, sive in testamento, sive in contractu inter vivos jure perpetui Vinculi, aut Majoratus, meliorationem, seu primogenium, aut Vinculum perpetuo duraturum instituat, & in substitutionibus, aut vocationibus L. 27. Taur. ordinem non servaverit, sed alteraverit illu. n. tunc in ea specie dispositio non vitabitur; imo potius valebit vocationes tamen ad ordinem, & formam legis redaci debebunt. Idem Castell. lib. 5. cap. 98. n. 7. Paz in leg. 200. stili; n. 160. & de Tenet. q. 34. n. 42. usque 155.*

23 Y solo la limitacion, que esto tiene, es en el caso, y de que el Mayorazgo sea temporal, y limitado à ciertas personas, y grados; porque entonces el Mayorazgo solo dura, mientras permanecen, los que estàn llamados; à la *L. Qui solidam 78. §. 3. ff. de legat. 2. Albar. Peg. de inclus. & exclus. p. 1. cap. 1. n. 8. Add. ad D. Molin. lib. 1. cap. 4. n. 34. D. Vela disert. 49. n. 38.* Y la razon està contenida en la misma *L. 27. de Toro.* De forma, que avia dicho esta Ley, que el padre pueda hazer mejora del tercio en qualquiera de sus hijos, con las substituciones, y Vinculos, que le pareciesse; y concluye diziendo: *Que estas valgan para siempre, ò por el tiempo, que el testador dispusiere*; en cuya clausula està conferido el arbitrio, para hazer el Mayorazgo temporal; y si así lo haze, solo dura, y permanece hasta aquel tiempo, y grados, que el Fundador aperteció.

24 Mas quando el Mayoraz-

go es perpetuo, entonces es tan preciso los grados de substituciones de la *L. 27. de Toro*, que si de ellas se desvia, se reducen à sus llamamientos: porque así es expreso tambien de la misma Ley: *Y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno, ni condicion en el dicho sercicio*, lo que es precisison, y precepto, vt *Baeza de non meliorand. cap. 35. n. 5. Efficacissime contrarium factum prohibetur*, y lo advirtió especialmente el Señor Palacios Rub. que como testigo, que se halló presente à la ordenacion de las Leyes de Toro, no ignorando su sentido, así lo afirma.

25 Que este Mayorazgo sea perpetuo, y que así lo fundasse Doña Maria Muñoz de Ayllon; demas de que sobre esto, no se ha dicho cosa en contrario por el Marqués, se persuade. Lo primero, de que la Fundadora vsó de la palabra de *Mayorazgo*, que queria fundar, cuya palabra por sí prueba, el que sea perpetuo, vt *Torre de Mayorat. tom. 1. cap. 1. num. 54*; que testifica esta palabra *Mayorazgo* jamás se conoció, hasta que los Españoles la inventaron; y estos mismos le han dado el significado de perpetuo: *Dom. Molin. lib. 1. cap. 4. per tot. & ibi Add. Noguer. aleg. 9. num. 88. cum Dom. Cobarr. Dom. Castell. Mier, & alijs.*

26 Procediendo tan eficaz, que con aver dicho el Fundador, *quiero hazer Mayorazgo*, està demas el pasar à hazer llamamientos: porque quando el acto tiene cierta, y conocida naturaleza, que la Ley se la concede, no se necesita, que el testador passe à hazer expresion de el modo; como se ha de executar. *Malodonad. ad D. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 33. L. Quæstum, ff. de distract. pignori. ibi: Super vacuum est, qui a ipso jure ita res se habet, etiam eo non adjecto*: porque si alguno haze Mayorazgo temporal, este no es propriamente Mayorazgo, si no es abusivo, è improprio: como enseña el Señor Vela *dissert. 49. num. 24. ibi: Vnde se temporaliter tantum majoratus inf.*

insinuatur: ita ut altera certas personas non extendatur, non erit proprius majoratus, sed improprius instar feudi, proxiam feudi naturam non habentis. Siendo la razon, la que llevamos dicha, de ser contera su proprio significado, y de los inventores de el.

27 Pruebase tambien la perpetuidad de este Mayorazgo, de que la Fundadora prohibió absolutamente la enagenacion de los bienes, particion, y division de ellos, Dom. Valenz. *conf. 40. num. 13. effectus dictae prohibitionis tam divisionis, quam alienationis dirigitur etiam in possessores, et successores bonorum: et cum addiderit causam, cum desiderabat bonorum conservationem, resultat praesumptio favoris familiae, et recalis prohibito non alienandi.* Dom. Cresp. *observat. 22. num. 25.* Y dan la razon: porque nada es mas conforme à la naturaleza, que la vnion de los bienes, y nada mas contrario à el, que la enagenacion, division, y particion, D. Valenz. *conf. 4. num. 5. et est ratio; nam sicut vnio est conformis naturae vinculi, ita divisio, et separatio bonorum contrariatur illius naturae.* D. Molina *lib. 1. cap. 11. num. 5. et probatur ex Leg. Nec in plures ff. de Exercit. act.* Mira la vnion, e incorporacion de los bienes à la conferbacion suya, y mira la division à la destruccion de ellos.

28 Vltimamente persuade la perpetuidad de este Mayorazgo, el ver, que la Fundadora dize, que en el se conforma con lo dispuesto por las Leyes de estos Reynos; en cuyo caso nadie ha dudado, que es perpetuo, porque las Leyes no conocieron Mayorazgo temporal; y assi lo testifica Angul, in *Leg. 11. gloss. 11. num. 6. sed quid si pater adijcere velle, se eum filium melioratum, ejusque decedentes habere ea bona jure majoratus ea forma, et ordine, quod solet legibus, et consuetudine succedit in majoratibus, et esset deventum ad vltimum descendentem hujus filij meliorati, an in eo bona remanent libera, an vero transire eodem ju-*

7.
re majoratus ad alios filios testatoris, et eorum decedentes, vel etiam pos eos ad ejusdem testatoris transverales in insinuatione? Et videtur, quod sic ex natura majoratus, et debet durare, quousque possit: id est ad vltimum de familia, et impleatur integra verbi significatio, quae ex legibus, et Regni consuetudine hoc ipsam sonat.

29 Quiere persuadir el Marques, que no ay Mayorazgo de el quinto de la Doña Maria Muñoz, ni del tercio, que debio agregar su hijo: porque siendo este como fue, hijo vnico, no pudo la madre hazerle mejora en el tercio, por ser esta precisa legitima de el hijo, vt D. Larrea *allegat. 5. l. n. 8. D. Castillo tom. 2. cap. 13. per tot. cum alijs relatis.*

30 A lo que se responde, que quedó hecho el vinculo del tercio de los bienes de la legitima del hijo, y no huvo impedimento en la madre para poner este gravamen: porque toda la vez, que à el hijo se le dexa alguna cosa mas de aquella, que le es debido, se le puede gravar la legitima en el todo, o en la parte, à la L. Si libertus 42. in princip. ff. de bon. libertor. L. 2. ff. de dot. praelegata, §. fin. L. 1. §. 1. Idem Julianus scribit, ff. cod. L. 11. §. 1. ff. de legat. 1. Aquila à Rox. de Incompatibilit. p. 1. cap. 7. n. 65: cum is, qui onoratus possit gravari. L. 1. h. eo, Cod. de Fideicom. Carlev. de Judic. tit. 3. disput. 25. n. 18.

31 Y aun en los mismos terminos de gravamen, que al hijo vnico se pone en el tercio de su legitima, lo pregunta el Señor Molina *lib. 2. cap. 11. y* haziendo reflexion de las prohibiciones, que ay para este gravamen, por ser todo el caudal propia legitima del hijo, excepto el quinto, pone varias limitaciones, y al num. 8. la misma, que asiste en este pleyto, ibi: *Quinta, nisi pater filio vnico fecerit tertij, et quinti meliorationem jure majoratus; adiciens, quod si non consentiat gravamini majoratus, quoad tertium, priuatur quinto, et ad alios substituitos ipsius quinti praelegatum trahat;*

8.
y así se dispuso por la testadora: *Que en el caso de no agregar la tercera parte de sus bienes el Don Pedro su hijo, mandó el quinto de su caudal à el marido para que en el biziesse, dispusiesse en mandas; Capellanías, ò lo que mas bien le conviniessse.*

32 Y si es cierto, que el dicho Don Pedro consintió, y aceptó el gravamen, persiguiendo el caudal del quinto, y haciendo repetidos actos, que persuadieron este consentimiento, cómo se puede dudar de la fundacion de Vinculo en el referido tercio? El que así lo huviesse consentido, resulta de ser cierto, que el referido D. Pedro no reclamó el gravamen de Vinculo del tercio de su legitima, y bastó, el que poseyese por tiempo de 30. años, para que despues de este tiempo no pudiesse reclamar el tal gravamen; y quedan sujetos con la naturaleza de Mayorazgo: *ex L. Licet; Cod. de Jur. deliberandi. Suar. in L. Quoniam in priorib. de inoffic. test. ff. ampliat. 10. n. 24.* Y es la razon, porque por el tiempo de 30. años se prescribe la accion para el suplemento de la legitima: *vt D. Greg. Lop. in L. 5. tit. 8. p. 6. D. Molina lib. 2. cap. 11. n. 7. Et ibi Add.*

33 En cuya consideracion con este transcurso de tiempo se contempla perfecto el Vinculo, y Mayorazgo, ò retrorrayendose de el consentimiento, y aprobacion de el tiempo, que se instituyó; ò empezando, y terminando su perfección en el dia, que se entiendo prestado. *Dom. Larr. dec. 77. n. 2. Nam cum filius omnis injunctum consentire appareat, consideratur majoratus perfectus, sive ex die dispositionis, si ad eam consensus retrorrayatur, aut ex tempore prestiti consensus.* Argumento *in L. Donationis 25. Cod. de donationib. inter vir. Et vxor. ibi: Specialis earum confirmatio ex eo tempore vim habeat, ex quo eadem donationes confirmatae sunt.*

34 Con mas distincion, y claridad procedieron los SS. Add. *al num. 7.* para entender, quando, y en que caso

con el transcurso de el tiempo de los 30 años se considere el gravamen consentido y aprobado, para lo qual vñan de este disyunto; *aut legitima gravata est in quantitate, aut fuit gravata in qualitate: quando fuit in quantitate* (que procede quando se dà à el hijo menos porcion, que la que le toca de su legitima) en este caso con el transcurso de los 30 años se tiene el gravamen por consentido, y aprobado: *quando legitima fuit gravata in qualitate* (que lo es quando integramente se le dexa à el hijo; y en ella se le impone gravamen) entonces dize, que se haze dudosa la doctrina del Señor Molina, y que en este caso no basta el lapso de los 30. años; ni otro alguno, para que se entienda consentido el gravamen.

35 Y la razon de diferencia la dà; de que quando se grave la legitima *in quantitate*, se entiende aprobado el gravamen con el transcurso de los 30. años; porque para el efecto de la adquisicion debe preceder necessariamente primero de el hijo, y no pudiendo, lo que se debe por razon de su legitima; no es posible, que se le de; y así esta accion se prescribe con el lapso de los 30. años; y cita *Add. ad D. Molin. d. num. 7. Et. Ante legitima.* En el caso, que se prueba la legitima *in qualitate*; no se excluye la accion despues de los 30. años, porque tiene retención legal el referido gravamen; y así no basta el simple, y tacito consentimiento; y es preciso, que sea expreso; y aun que aya discurrido el lapso de mil años, no se puede arguir consentimiento: *vt D. Salgad. 2. part. Labor. cap. 16. num. 17. Et 18. Ayll. à Gom. lib. 1. Variar. cap. 11. n. 25. Et Vinculum, Ciriac. contro. 448. n. 17. Et 26. D. Castill. tom. 5. cap. 107. à n. 40. Aguil. part. 1. c. 13. num. 28.*

36 Los actos de consentimiento, que prestó el Don Pedro, no fueron solo tacitos, que fueran bastantes, por averle dexado el quinto en recompensa de el gravamen, como afirman los Add. à *D. Molin. lib. 2. cap. 3. num.*

7. y. *Segunda conclusio*, si no que los ay
 expresamente: pues aviendo muerto el
 D. Diego Miota en el año de 83. de pe-
 dimiento de el Don Pedro su hijo se hizo
 cuenta; y particion de el caudal entre el
 Vinculo de la madre, y otro Vinculo, que
 fundó el Don Diego en virtud de Facul-
 tad Real del tercio, y quinto de sus bie-
 nes, y de la mitad de la legitima del di-
 cho Don Pedro su hijo; y al Mayorazgo
 de la madre se le adjudica el quinto de su
 caudal, y el tercio de la legitima de el hijo,
 diciendo, que esto pertenecia à el Mayo-
 razgo fundado por la madre, y despues
 se pasó à formar el Vinculo de el padre,
 cuya particion se aprobò por la Justicia, y
 por el D. Pedro; y despues por otra Escrip-
 tura en 16. de Agosto del año de 84. el
 mismo D. Pedro dixo, que tenia aproba-
 do, y consentido la fundacion conforme
 à la particion hecha, y de nuevo lo hazia,
 y consentia, y hazia pleyto omenaje en
 manos de D. Juan Miota de cumplir, y
 guardar todas sus condiciones.

37 Y mas se persuade, de que
 aviendo el D. Diego en el año de 678.
 obtenido Facultad Real para fundar Ma-
 yorazgo de sus bienes, ò de la parte, que
 de ellos quisieste, otorgò vn codicilo en
 28. de Diziembre de dicho año de 678.
 y declarò en el aver ganado la Real Fa-
 cultad para la fundacion en cabeza de su
 hijo, así del tercio, y quinto de sus bienes,
 como del quinto, que le mandò Doña
 Maria Muñoz en conformidad de su dis-
 posicion, y del residuo de todos los demás
 bienes de el otorgante, dexando libre la
 mitad de las legitimas paterna, y materna
 al D. Pedro, y así lo executa, y el D. Pe-
 dro entra aceptando esta fundacion, y
 gravamen: con que así el padre interesa-
 do, como el hijo gravado, vno, v otro
 prestan el consentimiento expreso para
 la fundacion de la Doña Maria Muñoz
 de Ayllon.

38 Y no se duda, que el Don
 Pedro en esta forma, y baxo del consen-
 timiento, que avia prestado, poseyò vno,
 y otto Mayorazgo; y si por ayer sido el

9.
 gravamen; que la madre le puso solo *in*
quantitate (esto es en parte de la legiti-
 ma) el tiempo de los 30. años fue bastan-
 te para el consentimiento sin otro acto, ni
 requisito alguno, hallando el expreso
 consentimiento del Mayorazgo, y grava-
 men, pues como tal lo permite en la di-
 cha particion, como se puede dudar, que
 el Mayorazgo quedò perfecto, y que en
 el todo substitiò, pues no se halla acto al-
 guo contrario!

39 Mas aunque todavia se
 insta por el Marqués diciendo, que no
 pudo aver el tal Mayorazgo, ni en el ter-
 cio de la legitima del Don Pedro, ni en
 el quinto de la Doña Maria Muñoz de
 Ayllon, porque esta la fundacion, que
 hizo, fue condicional con tal, de que den-
 tro de seis meses contados desde el dia de
 su muerte, el dicho Don Pedro huviesse
 de agregar el tercio de sus bienes, y que
 pasado este tiempo mandaba el quinto à
 su marido, y que no aviendolo así cum-
 plido despues de la muerte de la testadora
 en los seis meses, que señaló, llegò à adqui-
 rir el quinto de su caudal, y no substitiò
 el Vinculo, como sucede en otra qual-
 quiera disposicion condicional: *Ve proba-
 tur ex text. in Leg. 2. Cod. de Donacionib.
 qua sub modo. Leg. Quodcumque §. pe-
 nultimo. ff. de Verbor. obligationib. L.
 12. tit. 11. p. 3. y lo mucho, que en
 razon de esto dixo Albar. Peg. de Ma-
 yorazib. tom. 1. cap. 1. u. 11. P. Molin.
 de Jusf. & Jur. tom. 1. disput. 177.
 num. 10.*

40 Mas à esto se responde,
 con la misma clausula de la fundacion:
 porque viendo, que su hijo era menor, y
 que por si no podia consentir el grava-
 men, previene en la dicha clausula: *Que
 si no hiziere la agregacion dentro de los
 seis meses havilitado por la Justicia, ò
 emancipado de poder de su padre, como
 mejor conviniesse*; de manera, que avia
 de tener vna, ò otra havilitacion; y así
 luego que el hijo la tuvo, porque salió de
 de la potestad del padre, y pudo prestar el
 consentimiento, lo executo, que fue en
 el

el tiempo, que se hizo la particion, pñes hasta entonzes de su parte no estuvo el consentir, ò no consentir; y como sea cierto, que la tal condicion fue mixta, y que esta en qualquiera tiempo se puede cumplir por el onerado, à distincion de la potestativa; que se debe cumplir en el termino señalado: *vt in Leg. 2. ff. de Conditionib. & Demonstrationib. & in Leg. Hec conditio eod. tit. no se faltò al implemento de la condicion.*

41. Porque la diferencia, que ay entre la condicion mixta, y la potestativa sobre su implemento, es, que como la potestativa dependa de la voluntad del onerado, debe cumplirla dentro del termino, que se le señaló, y demonstrò, y en otra forma la disposiciõ falta: mas la mixta, ò casual no depende el implemento de la voluntad del onerado, y entonzes, y en qualquiera tiempo se puede cumplir, y luego que quedò en su arbitrio el executar lo: ita Ant. Gom. tom. 1. cap. 12. num. 61. *Cujus ratio subtilis est, quia quando est casualis, vel mixta non pendet à voluntate oneratis; & ideo tantum consideravit testator effectum, & implementum ejus, ideo sufficit, quocumque impleri.* Dom. Castill. tom. 4. Controvers. cap. 25. Pichardo in repetitione tit. de legat. cap. 9. num. 79. Mantica, Fufar. Gratian. D. Vela, & alij relati Ayllon num. 64. d. cap. 12.

42. De manera, que en esta condicion mixta, ò casual, lo que sucede es, que aunque no se cumpla en el termino señalado, se retrotrae en qualquiera tiempo, que se cumpla à aquel, que se debia cumplir, lo que no sucede à la potestativa: vt Dom. Vela dissert. 21. num. 73. Tiraq. Mantica, Tusco, & alij, Morquecho de Divisione bonor, lib. 4. cap. 11. num. 56. *Et quando maritus uxori alimenta in domo mariti prestanda legavit, vt patet, quia in domo mariti pacifice, & oneste videre non possit, extra domum prestanda sunt: vt in Leg. Cajo, §. Imperator ff. de Aliment. & cebat. legat.*

parte de el Don Pedró el no implemento de la condiciõ en el tiempo señalado, porque dependia, de que el padre le emancipasse, ò el Principe le habilitasse, lo que por si no podia hazer, sin que su padre en cuya potestad estàba, lo pidiesse, ò hiziesse, para cumplir en el tiempo señalado la condicion, no se puede dezir, que hubo defecto en el cumplimiento de ella, porque en qualquiera tiempo se pudo cumplir. Pues en el caso que el implemento dependa de la voluntad agena se llama casual, ò mixta; à la L. 2. §. Sub conditione, ff. de Bonor. possess. secundum tabul. & in Leg. Suis quoque, ff. de Heredib. instituent. Leg. Si pater, Cod. de Institutionib. & Substitutionib. Y por ser cierto se haze ver clara, y evidentemente, que esta cumplida, y se cumplió la condicion; y que el Mayorazgo baxo de el concepto de ella se cumplió; y que si en esta forma se quisiere considerar obligacion de probarlo, en el que pretende succeder, vt D. Castill. lib. 6. cap. 118. num. 1. & seqq. con evidencia se ha probado, que el hijo consentió el gravamen, y la fundacion de Vinculo, y cumplió la condicion en el tiempo, que debió.

44. Y por otra razon se persuade este mismo concepto; es, ser cierto, que en el caso de no consentir el gravamen el hijo; previno la Fundadora, que el quinto lo huviesse su marido. Y cierto, que toda la vez, que el hijo el gravamen lo consentiesse, el quinto avia de ser caudal de su padre, porque demás de disponerlo la testadora, está prevenido el derecho, que quando el onerado no quiere consentir el gravamen, ò condicion, que se le puso, entonzes debe restituir, lo que baxo de la condicion se le dexò al substituido en defecto de ella: Pat. Molina de Just. & Jur. tom. 1. disput. 175. num. 10. Gutieri. lib. 3. Practic. q. 58. num. 5.

45. Y si vemos, que el padre, que era el substituido en este quinto, en caso de no consentir el hijo el gravamen inmediatamente à la muerte de su mu-

ger otorga el testamento de ella, instituyendo al hijo por heredero con el gravamen de Vinculo en el quinto del caudal, y la agregacion del tercio de la legitima, y esto mismo lo repite en su testamento el año de 78. donde buelve à hazer mencion de la fundacion hecha por su muger, y haze varios llamamientos para despues de su hijo, sus hijos, y descendientes, para la sucescion de este Vinculo, y dize: *Que su voluntad es, que por lo que à sí toca, se guarde, y cumpla, y que usando de la facultad, que la muger le avia dado, baze los llamamientos, que previene;* por donde se ha de inferir, el que no se prestò el consentimiento, y que el quinto quedo por caudal de el marido, quando èl dize lo contrario? Y si es bastante el averse entrado en la posescion de los bienes sin reclamacion alguna, para que se entienda prestado el consentimiento; vt Add. à Domin. Molin. in loco citato num. 7. Rox. in dist. cap. num. 28. 13. Albar. Peg. de Majoratib. tom. 1. cap. 4. num. 85. Barbof. in Collectan. Cod. tom. 1. Leg. Quoniam in priorib. de inoffic. testam. num. 28. que diremos quando no solo ay aprehension de los bienes, continuar la posescion en ellos, consentirlo, no solo el hijo instituido, si no es el padre, que parca en este caso era sustituido con tan feminados actos? Por lo que parece, que no ay capacidad para dudar de el implemento de la condicion, y consentimiento del gravamen.

46 Y asi en estas reglas ciertas no podemos dudar de la perpetuidad de este Mayorazgo, y que de esta naturaleza se fundò; y que si se ha de gobernar por las reglas de la Ley 27. de Toro, y graduar sus substituciones, Don Salvador està comprehendido en sus llamamientos, y debe ser el successor de este Mayorazgo, como pariente de la Fundadora, y no el Marqués, que se halla sin sangre de ella: Aguila p. 1. c. 2. n. 17.

47 Si la sucescion de este Mayorazgo no se ha de gobernar por

las reglas de la Ley 27. de Toro, por no ser Mayorazgo de el tercio de el caudal, si no es de libre fundacion, que es el quinto, de que la testadora pudo disponer à su voluntad, es preciso, que se gobierne su sucescion por las reglas ordinarias de los Mayorazgos de estos Reynos, y que Don Salvador Montoro fundado en ellas sea el legitimo poseedor, y preterido al Marqués de Lugros, porque el Don Salvador està contenido en los llamamientos, lo que no sucede al Marqués.

48 Pruebase de ser regla cierta en la disposicion de derecho, que los bienes sujetos à Mayorazgo deben permanecer en la familia de el que lo funda, porque su animo se presume es, que unidos, è incorporados perpetuamente permanezcan; y asi si los llamamientos, que inducen esta perpetuidad, faltaran, quedara sin efecto el fin, y causa principal de la disposicion: vt Dom. Molin. lib. 5. cap. 4. num. 14. *Cum bona majoratus subjecta perpetuo debeant in familia remanere; majoratum instituens cencendus est facere omnes substitutiones ad ipsam perpetuitatem inducendam necessarias, & sine quibus ipsa bona perpetuo in familia conservari non possunt;* & ibi Add. num. 38. D. Cobarr. lib. 3. Variar. cap. 5. num. 5. Dom. Castill. lib. 2. cap. 22. num. 21. ibi: *Cum eo ipso, quod majoratus institutor dixit, se facere majoratum ex bonis suis, satis explicite iudicium suum complexit, voluntatemque suam declaraverit, & quamvis nihil aliud adjiciat perinde haberi debeat, ac si vincula omnia conditiones, & substitutiones exprimeret, &c.*

49 Procede esta conclusion con mayor extension: pues aunque el Fundador no haga llamamientos, basta solo para la naturaleza de perpetuo, y que discurre en la familia, el que diga, *Fundo Mayorazgo;* porque esta palabra generice sumpta comprehende à todos los parientes del tronco, y familia de el Fundador:

12.
 dor: vt Noguér. *allegat.* 25. *num.* 4. D. Vela *dissertat.* 49. *num.* 38. *cum alijs* Aguila *part.* 1. *cap.* 6. *num.* 1730. Siendo la razon ; el que el Fundador apetece la perpetuidad por el hecho de la fundacion ; y así aunque no haga llamamientos, se entienden llamados por su orden los parientes : ita D. Valenz. *Conf.* 112. *num.* 65. Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 10.

50 Porque eo ipso, que sea Mayorazgo, ha de ser perpetuo para todos los de la familia del Fundador etiam in millesimo gradu : sic D. Molina *d. lib.* *cap.* 3. *n.* 14. haziendo comparacion de la sucesion de los Reynos con la de los Mayorazgos, sienta por conclusion corriente, que vna, y otra es perpetua : *Ita etiam majoratus successio perpetua esse debeat, de ferrique ad omnes de familia, etiam in millesimo gradu, & vteriori existentis, non habita tertia, nec quarta generationis rationes,* y cita al Señor Cobarrub. *lib.* 3. *Variar. cap.* 5. *num.* 14. y en el *cap.* 4. del mismo libro, numero 14. 15. y 16. sienta lo mismo ; y de este sentir sin controversia es el Señor Castillo *lib.* 5. *cap.* 87. *num.* 25. *¶ Quod si, & cap.* 143. *§. Vnico, num.* 7. *Add. ad D. Molin. in dict. cap.* 3. *num.* 14. *& 15.*

51 De manera, que quando el Fundador no haze llamamientos especificos, o solo haze algunos, que se fenecen, y acaban, no por esto se feneces el Mayorazgo, si no que subsiste, quando se fundò perpetuo ; y en este caso se gobierna la fundacion por la *L. Cum ita legatur, §. In fideicommissis de legat.* 2. donde se dispone, que no solo deben suceder, los que son nominados de la familia, si no es los que de ella proceden ordine successivo : ibi : *Sed pos eos extinctos omnes, qui ex familia procefferint ordine successivo:* porque la nominacion, solo lo que demuestra es, la precedencia de los tales, mas no la exclusion de los demás : *Quod nota gloss. in §. Fideicommissis, verbo Nominati sunt, Garcia de Nobilit. gloss.*

1. *§. 1. num.* 29. *¶. Præterea: in materia perpetua, quæ non potest aptius explicari ; quam per verba perpetuitatem importantia expressa in dispositione, & expressè vocati non possunt dici taliter dispositi, ut dispositio finiatur contra desideratam perpetuitatem, sed continuatè vocantur ad conservationem perpetuitatis.* D. Castill. *dict. cap.* 143. *num.* 12. Guzm. *veritat.* 24. *n.* 21. D. Vela *diss.* 49. *n.* 38.

52 Y es tambien la razon, de que qualquiera disposicion se ha de gobernar, y entender segun la costumbre de el territorio donde se hizo ; y aunque no esté así expresso, se ha de entender el tallo : *Quælibet namque dispositio secundum Regionis consuetudinem accipienda, atque interpretanda est, etiam si id, quod consuetum est, in ea expressum non fuerit.* L. Numinis, *§. Libidinum, §. Quod tamen casus, ff. de legat.* 3. L. Si servus plurium, *§. 1. Cum similibus, ff. de legat.* 1. *Similiter etiam dispositio simplex, ac generica respicit interpretationem à Jure, vel consuetudine, atque res de quæ agitur, & si à contrahentibus id expressum non fuerit.* L. Cujus vbi Barthol. *n.* 7. *ff. Solutio matrimonio, L. Post mortem, ff. eod.* Sicque secundum simpliciter ab aliquo pro se assertum filios, a: descendentes masculos comprehendit, & si de eis mentio facta non fuit, vni veniat ex fœudi natura, atque præcepta fœudorum consuetudine : vt dicit Baldus in *cap.* 1. in principio : *Quibus modis fœudam consisti possit in vrbibus fœudorum, num.* 4. Julio Claro in *L. 4. præcepta sententia, §. Fœudum, q. 6. ¶. Sed quid dicendum;* Y lo mismo sucede en los emphiteutis : *Ea namque secundum ejus naturam, ac consuetudinem accipienda, atque interpretanda erit.* Text. in *Auth. de nouo alienat. §. Emphiteusim.* Y por la misma razon es comun opinion de los Doctores, que lo mismo se ha de practicar en los Mayorazgos, como afirma el Señor Cobarrub. *dict. lib.* 3. *cap.* 5. *per tot.* D. Gregor. Lop. in *Leg.* 2. *titul.* 15. *part.*

part. 2. in gloss. verbo *Majoria*, & in Leg. 3. verbo *Mugeres*, columna 2. post medium tit. 13. part. 6. Burg. de Paz in *Proemium legum Taur.* n. 38.

53 Y como sea cierto, que la costumbre, y forma de la sucesion de los Mayorazgos sea, que fenecidos los descendientes varones, y hembras de los Fundadores, succedan los mas propinquos parientes: *Ex Leg. 2. tit. 15. part. 2. E si todos estos falleciessen, debe heredar el Reyno el mas propinquo pariente, que hu-*

13.
viessé. Dñm. Molina lib. 1. cap. 3. num. 13. Ita in successione majoratus dicendum sit, ut deficientebus descentibus majoratus successio proximiori etiam in millesimo gradu deferatur. Aviendo faltado, como no se duda, todos los descendientes de Don Pedro Miota Romero (16) primero llamado, y no dudandose, que la fundacion es perpetua, llegó el caso de el llamamiento tacito, que tienen los parientes, y que como el mas inmediato, que lo es D. Salvador, es el legitimo poseedor.

PUNTO II.

54



DIZESSE POR EL Marqués, que tiene llamamiento expreso en la fundacion, y que por las mismas reglas, que van fundadas, debe suceder en este Mayorazgo con preferencia al Don Salvador; cuyo llamamiento lo funda en dezir, que la Fundadora dió facultad à D. Diego de Miota su marido, para hazer los llamamientos, que le parecieran, y que este usando de ella, despues de los descendientes del Don Pedro Melchor su hijo llamó à Don Juan Romero (7) su hermano, y sus descendientes, como lo es el Marqués.

55 A lo que se responde, no se duda de la Facultad, que la Doña Maria Muñoz dió à su marido para los llamamientos al Mayorazgo, no se duda de los que este hizo por su Testamento de el año de 678. como fe expressa. Lo que se duda, que lo pudiesse executar al tiempo, que lo executó, y como lo executó: pues consta, que la Doña Maria dió poder à su marido para hazer su Testamento, y fundacion, y como tal Comissario en el día 29. de Agosto de 673 otorgó el Testamento de su muger, y instituyó por heredero al Don Pedro su hijo, con el gravamen de Vinculo del quinto de el caudal, y de la agregacion de la tercera parte de su legitima, conforme lo avia preve-

nido su muger; en cuyo Testamento no hizo llamamientos algunos para del hijo, ni sus descendientes: con que fue preciso, que los demás, que avian de conservar la perpetuidad, quedassen tacitamente llamados por la Ley; así se entiendo dispuesto no solo por el Comissario, si vo es por la testadora: *Ex Leg. 1. & 4. Cod. de Bon. vacantib. L. 1. §. Divus, ff. de Jur. Fiso. L. 6. in fin. tit. 13. p. 6. Mantica in Leg. 6. tit. 4. gloss. 5. num. 2.*

56 Y toda la vez, que el Comissario dispuso el Testamento, no tuvo Facultad, para hazer otra disposicion contraria, ni en ella causar perjuicio à los, que derecho tenían adquirido por la primera, lo que es expreso: *Ex Leg. 35. Taur. El Comissario no pueda revocar el Testamento, que haviere por virtud de su poder vna vez hecho, ni pueda despues de hecho hazer codicilo, aunque sea ad pias causas, y aunque se refirve en sí el poderlo revocar, ò menguar, ò para hazer codicilo, ni declaracion algunas* y es la razon, porque esta Facultad compete ex Testamento, la que se debe cumplir, y no se puede variar vna vez, que se hizo, y executó; à la *L. Vnum ex familia in princip. ff. de legat. 2. & in Leg. Servi electione, ff. de legat. 1.*

57 Como porque el Comissario alieno nomine haze la disposicion, & habetur pro delegato; que este vna vez,

D

que

que vsò de su comission bien, è mal cum-
plió su oficio: *Ex Leg. Judex postea quam,*
ff. de Re Judicata; y como la comission
no sea commodo de el Comissario; si no
del testador, *ut semel fecit, est privatus*
jure, & Facultate concessa, a la *L. Divi*
frates, ff. de Pœnis, L. Dicere, §. fin. cum
Leg. sequente, ff. de Arbitrijs, de ay es,
que no puede alterar, lo que vna vez hizo:
como sucede al Juez Ordinatio, ò à otto,
que vna vez, que pronunciò la Sentencia,
despues no la puede alterar, ni revocar.
Asi lo siente Tello Fern. *in d. Leg. num.*
1. Matienz in L. 9. tit. 4. lib. 5. gloss.
1. n. 1. Mier. p. 1. q. 48. 45. & 46.
Ant. Gom. in d. Leg. 55. Avend. in d.
L. gloss. 1.

58 Sucede esto sin embargo,
de que el Comissario reserve en la disposi-
cion Facultad, para poderlo hazer, como
la misma Ley lo previene: *Aunque re-*
serve el poder en sí, para lo revocar en
eo quod cum actus declarationis commissarij
reiterabilis non sit, sed facultas sibi
concessa: statim facta declaratione finia-
tur, merito non poterit testamentum a se
factum, nomine committentis revocare.
Gómez Arias *n. 1. y. Leg. vero, Matth.*
d. loc. gloss. 3. per. tot. pues solo ay la
duda, de si el Comissario puede declarar
la voluntad, que quedò dudosa, y si esta
se entienda hecha por el testador. Algun-
os dixeron, que ni aun en esto podia de-
clarar: como fue Matienz. *in dist. Leg.*
gloss. 4. Ac in specie nostra Commissarius
testamentum nomine defuncti ab eo fac-
tum, non potest executione mandari; ut
supra ead. L. 7. gloss. 6. n. 3. Nec potest
declarationem ejus aliquam facere: Ergo
reservatio declarationis inutilis est. Es
esto cõforme à la *gloss. 3. in L. Quidquid,*
de Verb. londe està prevenido, que quan-
do compete à alguno declarar à lege, vel
à homine, vna vez, que declarò, no puede
bolver à declarar.

59 Otros dixeron, que po-
dia hazer la declaracion: quando la que
hizo fue nula, y no arreglada à la mente
del testador: que entonzes puede declarar,

y disponer arreglado à ella: *Ex text. in L.*
Dicere, §. fin. cum L. sequent. Cod. de
Arbit. Tell. Fernand. in dist. Leg.
numer. 35. Matienz. gloss. 1. Y en
otro caso, quando la declaracion es so-
lo por modo de manifestar la duda, no
para nueva disposicion: porque en este ca-
so de ninguna manera puede hazerlo, ni
dar otra forma de la prevenida: Matienz.
in d. L. 9. gloss. 1. & 4. Mier. p. 1. q.
44. n. 6. Intelligenda erit in declaratio-
ne dispositivè, non verò declarativè, atque
nihil de novo inducat, sed jam factum ape-
riat, atque explicet.

60 Y aun en este caso no se
està à la declaracion, si que queda al con-
cepto, que puede hazer el Juez, que cono-
ce de la causa, y de la duda, que trata de
declarar: *Surd. C. 288. n. 9. in fin. & n. 10.*
in fin. lib. 2. D. Cañill. tom. 6. c. 184.
n. 3. Y como sea cierto, que en fuerza
de la primera disposicion del Don Diego,
como Comissario quedò fundado el Ma-
yrazgo, sin que aya duda ni clausula, que
necesite de declaracion, no pudo subsistir
la segunda disposicion; ni con ella perju-
dicar, à los que en virtud de la primera te-
nian adquirido su derecho.

61 Y mas quando la comi-
sion, que se diò al D. Diego fue por tes-
tamento, el que otorgado, no se puede
variar, porque trae la execucion desde
luego, que se hizo; à la *L. Vram ex fa-*
milia, in princip. §. Rogo, ff. de legat. 1.
L. Servi electione, ff. eod. potque de lo
contrario se incidiera en oposicion expre-
sa de derecho, porque siendo el testamen-
to, que haze el Comissario de aquel, que
le diò la facultad, *ut Tell. Fern. in d. L.*
35. si se permitiera ser valido el segundo,
que haze el Comissario, y hizo el Don
Diego; fuera querer pediria Doña Ma-
ria morir con dos testamentos, contra la
disposicion de derecho: *Quia nemo potest*
cum duobus testamentis decedere, nisi sit
miles, L. 1. Cod. de Testam. milit. §. Pos-
teriori Instit. quib. mod. Testam. in fir-
metur.

62 Y viniere precisadamente

à verificarse la oposicion de dos testamentos. Uno hecho en fuerza de la facultad de el Comissario, como hecho por el testador; y otro hecho por el mismo Comissario; y asimismo se incidiera en otra oposicion de derecho, pues dietamos, que el Comissario pudo revocar lo dispuesto por el testador, y que la persona elegida por este quedasse sin eleccion; y siendo así; que no pudo el Comissario revocar el testamento, ni lo dispuesto por el Testador por tres razones. La primera, porque el Comissario es procurador, qui nequit revocare factum Domini. Castill. in L. 34. Taur. gloss. 1. La segunda: *Quia solemnitas in actu, à quo constituendo, & consentiendo, requiritur in destruyendo, & revocando.* La tercera: *Quia testamentum effectum sumi à morte testatoris. Cap. Cum Mattheo, de Celebrat. Missar. Leg. 25. tit. 1. p. 6. Et facultas etiam ab ipso testatore concessa similiter, sed mortuo testatore iniquam, & absurdum esse mutabile, & alterius voluntate pendere, quod est impossibile: ut in L. Ille institutiones, ff. de Heredib. institutend.* Luego nunca pudieron subsistir las disposiciones, que hizo el Don Diego por el testamento de el año de 678. pues para ello era menester, que expressamente la Testadora le huviesse dado la facultad de revocarlo, la que despues de muerta no pudo darle, por que en otra forma nunca pudo alterar, ni revocar lo executado: *Ex Leg. 34. Taur. ibi: El Comissario por virtud del poder, que tiene para hazer testamento, no puede revocar el testamento, que el Testador avia hecho, en todo, ni en parte: salvo si el Testador especialmente le dió poder para ello.*

63 Mas por otra tazon, no pudo subsistir lo dispuesto por el D. Diego en el Testamento; que otorgó en el año de 678: porque la comision, que se le dió, fue la que se permite por la Ley 33. de Toro, en la qual se vé ay tiempo determinado para usar del tal poder, y facultad; el qual passado, no puede usar de ella, como la misma Ley lo previene: *R*

passados los dichos terminos no pueda mas hazer, que si el poder no le fuera dado en tanto grado, que no le servira de, escusa, la de que à su noticia no vino la tal comision, y mandamos, que corra al tal Comissario, aunque diga, y alegue, que nunca vino à su noticia.

64 Porque aunque en qualquiera disposicion, ó acto post lapsum termini habet locum purgatio more, y pudiera hazerse la disposicion, in Leg. Si insula, ff. de Verb. Obligationib. Lo contrario sucede en el caso de nuestra Ley: porque así lo previene, y determina: ibi: *Los quales terminos mandamos, que corran à el Comissario, aunque diga, y alegue, que el tal poder à su noticia no vino.* Lo segundo, porque en qualquiera acto, ó disposicion se pone dia, no habet locum purgatio moræ. L. 2. ff. ad Tertulian. L. Qui fundam, L. 1. ff. de Contrab. empt. Leg. Qui ad rem, ff. de Conditionib. in debiti; text. in Leg. Magnam, ff. de Contrab. & Committend. stipulat. Auth. hoc amplius Cod. de Fideicom. text. in cap. Nos quidem de Testament.

65 Lo tercero, quia quando executio est facta à lege, & privat vnum aliquo ire, & transferte in alium, non habet locum purgatio moræ; L. Is cui, ff. de Legat. 2. L. fin. §. Sed quis commune, Cod. de Legat. Es así, que quando haze el Testamento, y vfa de la Facultad el D. Diego, es en el año de 578. quando no solo los seis meses, si no es todos los demás terminos estãban passados: luego no pudo executarlos; y luego es el caso mismo; que dize la Ley, *vengan à los que los avian de aver, muriendo el testador sin la tal disposicion;* y no aviendo otros, que lo pudiesen ser, si no es los parientes de la Fundadora; à estos se les adquirio el derecho.

66 Mas se dize por el Marqués, que el dicho Don Diego, lo que executó en el Testamento del año de 678. fue hazer llamamientos para el Mayorazgo, para que sucediesen despues de los dias de el Don Pedro Melchor de Miota pri-

16:
primero llamado, y de sus descendientes, porque la dicha Fundadora le dió Facultad para hazer estos llamamientos con las clausulas, y prohibiciones, que le pareciese, y que usando de esta Facultad llamó al Don Luis Pedro de Mora su sobrino, y otros llamamientos, que hizo, y que para esto tuvo Facultad, y testad.

67 A lo que se responde, que no se duda de la clausula, en que le dió Facultad, mas en esta clausula, en que así la dió, por ventura la testadora dixo, si estas personas, à quienes avian de llamar, avian de ser proprias, ò estrañas? Dixo à caso, si avian de ser parientes de la Fundadora, ò ajenos? Ni es cierto. La verdad es, que no dixo, si avian de ser vnos, ò avian de ser otros. Hablando de otra clausula semejante à esta, así lo advierte, y pregunta Noguero *allegat. 9. num. 73. Au voluerit, quod in defectum suorum descendens successor majoratus fuisse extraneus, vel consanguineus.*

68 En esta duda, y pregunta ni será razon, que se resuelva, por lo que dize Don Salvador Montero, ni por lo que dize el Marqués, y así avrèmos de recurrir à los AA. y à la Ley haziendoles la pregunta: Qué personas son estas, à quienes avia de nombrar el Don Diego despues del primer llamado, y sus descendientes en el Mayorazgo perpetuo, que se avia fundado? Y si atendèmos à los AA. estos nos responden, que las personas, que se avian de nombrar son precisamente los parientes de la Fundadora; docet Noguero *allegat. 9. num. 54. ibi: Tradunt omnes, quod si testator faciat dispositionem inter illos de familia (ve facit, qui Majoratum instituit) & postea comissionem generalem det, ut personarum fiat electio, debet esse juxta subjectam materiam inter consanguineos, & num. 74. ibi: Quod personæ nominandæ debent esse de familia testatoris, & non extraneæ, quantumcumque facultas elegerit, & nominandi sit in amplissima forma, & per verba quantumcumque generalia, & libera, & absolute voluntatem significati.*

69 De la misma opinion es Agustín Barbosa en el *voto 65. D. Castell. lib. 5. Controvers. cap. 87. num. 32. 34. & 35.* donde refiere las mismas palabras, que el Noguero, Rox. *de incompatibilit. part. 1. cap. 6. num. 369.* Dom. Crespo *Valdour. observat. 22. num. 35. usque ad 49.* y afirma con varios fundamentos, que entonzes se ha de nombrar al pariente mas cercano *Add. ad Molin. lib. 2. cap. 54. num. 4. & 5. & Ne personæ extraneæ, Menocci. tom. 5. consil. 497. num. 19. quarto, & ultimo me movet auctoritas multorum, qui in specie respondent, facultatem testandi gravato datam à testatore, qui fideicommissum ordinabit, intelligit in eos, qui ex agnatione, & familia sunt.*

70 Lo mismo está dispuesto en los Emphiteusis, en que ay tres especies, vna, que se llama hereditaria, otra mixta, y otra familiar, de que tratan el Farias, D. Covarr. *lib. 2. Variar. cap. 18. num. 35. Pat. Molin. de Justit. & Jure. tom. 2. trat. 2. disput. 472. Dom. Gonzalez. in cap. ad aures 7. de reb. Ecclesiæ non alienand.* El Emphiteusis familiar es, el que se concede à vno pro se, vt filijs, & descendentibus, & cognatis, aut pro filijs, & descendentibus tantum: vt D. Vela *dissertat. 15. num. 35. Pat. Molina vbi supra num. 7.*

71 En el Emphiteusis hereditario, si se da à alguno facultad para nombrar successor, puede nombrar à estraños: pero en el familiar ha de nombrar, ò suceder precisamente al pariente: vt Dom. Vela *d. dissertat. 15. D. Covarr. d. cap. 18. & ibi: Faria à num. 8. Jul. Clar. lib. 4. Sententiar. §. Emphiteusis quest. 35. & 37.* Y quando se dize en el derecho, que de Emphiteusis ad majoratum valet argumentum, se entiende del familiar: de donde inferimos, que en qualquiera, en que se trate de fundacion, y successión perpetua, aunque se diga, que se da facultad alguna, para que elija, ò nombre successor, se entiende esta facultad, para que aya de nombrar precisamente à el

pariente; y como la Doña Maria dixesse, que hazia Mayorazgo perpetuo, y este no sea otra cosa, que vn fideicomiso dexado a la familia, aunque dió facultad à el Don Diego su marido, para que nombrasse successores en la persona, ò personas, que le pareciesse para despues de su hijo, y de sus descendientes, debe entenderse para los parientes de la Fundadora.

72 En terminos de Capellanias se pregunta esta misma question, en que despues de estar fundada la Capellania, se dió facultad al Patrono, para que nombrasse Capellan, que le pareciesse, y fuesse su voluntad, sin hazer mención, si estos que avian de nombrar, avian de ser propios, ò estraños, y se pregunta si el Patrono estará obligado precisadamente à nombrar de los parientes de el Fundador, ò podrá nombrar los estraños? Y la resolución es, que está obligado precisadamente à llamar à los parientes, y que será nullo el nombramiento, que hiziere en estraños: vt Mostazo de *Caus. pijs tom. 1. lib. 3. cap. 8. à num. 70.* Bayo in *Praxi part. 3. lib. 2. quæst. 5. per tot.* Cevall. *Comm. contra Comm. quæst. 265. num. 69.*

73 Varias diferencias ay entre Mayorazgos, y Capellanias, y vna de ellas es el distinto fin de su fundacion: porque el Mayorazgo se haze por el fin vnicamente temporal, la Capellania espiritual. El que haze Mayorazgo lo haze por conservar el lustre de su familia, y casa, y aumentarlo con caudales, para que se mantenga, vt Barbof. *d. voto 65. dissert. 49. num. 22.* pero el que funda Capellania, solo lleva el fin de socorrer à las Almas de el Purgatorio con suffragios, y poner vn ministro mas en la Iglesia: vt Salazar de *Vsu, & Consuetudine cap. 12. num. 14. Sed qui anniversarium facit, vel Capellaniam, nihil gentilice dicens de anima consideravit, dumtaxat, vel de anima tantummodo credendum est considerasse: ergo de agnatione nihil, vel profanitatis, sed de oratione, & devotione.* Lara de *Capellan. lib. 2. cap. 2. n. 33.* Mostazo *tom. 1. lib. 3. cap. 7. n. 42.*

74 Para suffragios de las Animas Benditas lo mismo es, que se digan las Missas por parientes, que por estraños, y sin embargo es sentençia comun, y practicada en todos los Tribunales Ecclesiasticos, de que sin embargo, de que la facultad sea dada al Patrono en amplissima forma, está obligado à nombrar Capellanes parientes de el mismo Fundador, y si así no lo haze se reduce por S. S. Y si esto sucede, en lo que es puramente suffragio de las Animas, con quanta mayor razon se deberá practicar en la successión de Mayorazgos, cuyo fin de el Fundador fue favorecer à sus parientes, y enya essencia es el mismo Mayorazgo no es otra, que fideicommissum familiaris relictum, & intentio vt in familia, & primogenitus conservetur; y si en el se nombra à los estraños, sería oponerse à su propria essencia, y mente, del que fundó.

75 Esto responden los AA. à la duda, y pregunta, que se les ha propuesto, sobre si no aviendo la Doña Maria en la facultad, que concedió à su marido, para llamar successores, si avia de ser proprio, ò estraño. Pues hagámos la propria pregunta à las Leyes, y hallaremos, que en todo genero de successión perpetua, ò fideicommissio responden lo mismo. Pruebáse lo primero: *Ex Leg. Si mulier. 59. §. Ex à se 1. ff. de Jur. dot.* Proponefe la especie, de que vno instituyó à otro por su heredero, y le mandó, que por via de fideicommissio restituyera cierta porcion, y no le dixo si esta restitucion la avia de hazer à pariente, ò estraño; y dize el texto, que no se puede restituir à otro, si no es à aquellos, à quienes se debe el fideicommissio: ibi: *Quas transferri ad aliud, quam cui debet fideicommissum.* P. eguntémos à la Ley, el fideicommissio, à quien se debe? Responde, que à los parientes: *Ita probat text. in Leg. Cum ita, legatur. §. In fideicommissio ff. de Legat. 2. ibi: Et ad petitionem admitti possunt, qui nominati sunt, & pas eo: extimos bi, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur.* Y sobre todo

no avrà alguno que diga, que se le debe à los estraños; que se le puede dexar, transferat, pero que se le debe, nadie lo ha dicho: es así, que el texto dize, que el fideicomisso se ha de dar, à quien se debe: luego no aviendo otra, à quien se deba, si no es à los parientes, à estos se debe dar.

76 Pruebase lo segundo de la *L. Vnum ex familia 67. ff. de Legat. 2.* Figúrase allí, que vno hizo Testamento, y fundò vn fideicomisso, y en demàs bienes libres, que dexaba instituyò por heredero à vn estraño, y le mandò, que eligiesse successor al fideicomisso, sin dezirle si avia de ser pariente, ò estraño. Decide el texto, que el tal heredero ha de elegir à vno de la familia de el testador: *ibi: Vnum ex familia propter fideicommissum à se cum moreretur relictum, hæres eligere debet.*

77 Pruebase lo tercero de la *L. Cum acutissimi, Cod. de Fideicommissis.* Donde se propone la especie, que vno fundò vn fideicomisso, llamò à èl à vn hijo suyo; y despues de los dias de èl llamò à vn estraño, sin dar llamamientos à los hijos del tal hijo; murió este dexandolo; el estraño pretendió la successiõ, como immediatamete llamado; y sin embargo decide el texto, que ha de succeder hijo del poseedor; y da la razõ, *nec videatur testatorem alienas generationes proprijs anteponeere.* Esto mismo, que el texto dize en los hijos, es sentençia comun, que procede en los transtversales, que no tuvieron hijos: vt *Noguet. allegat. 9. num. 59. ibi: Proccedit ejus dispositio ex identitate rationis in majoratibus etiam ad favorem transtversalium.* D. Covarr. *cap. 38. Pract. num. 12. §. Quod si dixeris, & Id circa.* Luc. de *Fideicommissis. discurs. 146. num. 11.* Aplicando esta especie hallamos, que Doña Maria diò facultad à su marido para hazer los llamamientos de successores, no dixo, si avian de ser propios, ò estraños: con que avèmos de dezir, que debió elegir à los parientes, *ne videatur, testatorem proprijs generationes alienas anteponeere.*

78 Pruebase lo quarto de la *L. 27. Taur. quæ est L. 11. tit. 6. lib. 5. Recop.* en la qual se da facultad al padre, para que pueda Vincular del tercio de sus bienes, y hazer los llamamientos, y substituciones, que le pareciesse: pero le pone vn precepto la Ley, que antes de llamar à estraños, aya de llamar los parientes, y si hiziere lo contrario, no es valido, *et que en otra manera no pueda poner gravamẽ alguno;* de que inferimos; que siempre, que se pregunte à la Ley, quienes avian de ser estos, que el Don Diego avia de llamar? Nos responde, que à los propios, y no estraños; y no aviendolo así hecho, fue ninguno el llamamiento, que à los estraños se diò.

79 Por ser esto cierto dixo *Garzia de Nobilitat. gloss. 1. §. num. 27. & Ex qua ratione* que el que tiene facultad de dexar los bienes vinculados à alguno, ò algunos, ha de nombrar à aquel, ò aquellos à quienes la Ley haze legitimo successor: *ibi: Ex qua ratione fit, ut postremus ex nominatis, qui ad conservandam perpetuitatem eligere debet successorem, eum debet nominare, quem lex successorem facit, scilicet legitimum heredem juxta gradus, sexus, & ætatis prerogativa:* La Ley llamò à los parientes: con que el Don Diego no ruvo arbitrio para llamar estraños de la Fundadora.

80 Se persuade por otro fundamento; qual es, que así por derecho Divino, como por derecho humano, y en todos los Reynos de el Mundo, està prevenido, que muriendo alguno ab in testato, succedá los parientes en su herençia. Preguntèmos aora, porque será esto, siendo así, que ay muchos hombres, que no conocieron, ni trataron à sus parientes, ni saben de ellos, y que tienen algunos amigos tan intimos, que les suelen estimar mas que à sus parientes, vt *Mantic. de Conjectur. lib. 6. tit. 11. n. 26.* y algunos, que no teniendo hijos, amaron tanto à sus mugeres, que las anteponen à todos los suyos, y son tan intimos en el cariño, que Divinas, y humanas letras afir-

maron, que eran duo in carne vna, que eran socios Divines, & humanae domus, porque quando estos mueren, la Ley, ni haze heredero al amigo, ni à la muger, ni aun à su propria Alma; que se presume la quiere mas, que à todos?

81 Dà la respuesta el *Text. in L. 8. ff. de Jur. codicill. ibi: In fideicommissis dari possunt abintestato succedentibus, quoniam creditur patresfamilias sponte sua his relinquere.* De manera, que para que suceda el pariente, solo con aver dicho el fundador: *Fundo Mayorazgo, y fideicommissio*, basta, para que en los bienes libres succedan los parientes, es bastante morirle sin testar: mas para que suceda el extraño, es preciso, que el dueño de los bienes clara, y expressamente los llame; vt *Carp. lib. 3. cap. 6. num. 10. Mantic. de Con. testur. lib. 6. tit. 11. §. 12. In dubio illa interpretatio accipienda est, quae magis prodest legitimis successoribus abintestato*; de que se infiere, que para poder succeder en este Mayorazgo los extraños de Doña Maria, era preciso, que clara, y expressamente huviesse dado facultad à su marido para llamarlos; y no aviendolo así hecho, debió llamar à los parientes: *Quoniam creditur patresfamilias sponte sua his relinquere; atque indubio illa interpretatio accipienda est, quae magis prodest legitimis successoribus abintestato.*

82 Lo que llevamos propuesto procede en tanto grado, que si vno antes de morir dixo à otro muchas vezes publica, y secretamente, avia de instituir

por heredero à Seyo, ò al Fisco, ò al Rey, que es la persona más privilegiada en el derecho, y lo estuviessse diciendo hasta el mismo acto de morir, mas no obstante murió sin averlo dispuesto, todavia no puede el Fisco, ni el tal Seyo pedir la herencia, aunque justificasse lo referido: *Ex L. Bona 31. ff. Qui testament. fac. poss. ibi: Ejus bona, qui se Imperatorem futurum heredem esse, jactantia à Fisco occupari non possunt.* Azeved. in *L. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. n. 79. Et ideo si testator ante testamentum dicat, velle instituire heredem Titiam, si postea non instituat, nihil agitur.* Pichard. in *§. 2. Instit. quib. mod. testam. inferunt. n. 35.*

83 De manera, que para que el extraño pueda succeder, ya sea en los bienes de la herencia, ya en los de Mayorazgo, ò fideicommissio perpetuo, es preciso llame, ò diga, que suceda el extraño: porque si no lo dice, las Leyes Divinas, y humanas siempre quisieron, y entendieron, que el animo fue, que succediesse el pariente: *Quoniam creditur patresfamilias sponte sua his relinquere; & quia praesumitur magis dilexisse suos, quàm extraneos*: con que avremos de dezir, que segun todas las Leyes, y derechos, las personas, à quienes D. Diego avia de llamar para succederos del Mayorazgo de su muger en fuerza de la facultad, y comission, que le dió, fueron precisamente à sus parientes; y por configuiente el nombra-
miento, que hizo en los extraños, fue nulo, y no pudo tener validacion.

PUNTO III.

84 **S**E HA VALIDO EL Marqués, para fundar derecho de succession de este Mayorazgo, de dezir, que la fundación de él fue en virtud de Facultad Real, que para ello se impetió; y que por esta razon el Don Diego, que la configuio, no tuvo impedimento, para aver hecho los llamamientos, que hizo, à sus parientes, de quien trae causa el Marqués. Mas aunque es cierto, que obtuvo la Facultad Real, esta fue unicamente para fundar Mayorazgo del tercio, y quinto de sus bienes, y de la parte, que de ellos quisiese en favor del Don Pedro su hijo, y así se le con-

concedió, sin que en ella se hiziesse la menor expresion del Mayorazgo de su muger; la que con efecto hizo de parte de sus bienes, y de la mitad de la legitima paterna de su hijo, y de el quinto de el caudal de Doña Maria Muñoz su muger, que esta avia dexado à su hijo; el que confintió en esta fundacion, y en ella dà llamamiento à su hijo, sus hijos, y descendientes, y despues à sus parientes, y entre ellos à D. Juan de Miotra Romero su hermano, ascendiente del Marquès.

85 Mas verdaderamente nõ hallamos el fundamento, para que el Marquès quiera en virtud de esta facultad persuadir derecho al Mayorazgo, que se litiga: porque esta facultad solo pudo servir para disponer en perjuicio de la legitima del hijo, que sin ella no pudiera executar: *Ex L. Quoniam in prioribus, Cod. de inoffic. testem. D. Molin. lib. 2. cap. 19.* donde se hallan las distinciones, que sobre estas facultades ay, mas no para la fundacion, de que tratamos, y Mayorazgo, que se disputa, porque para este, ni se impetrò facultad, ni en fuerza de ella se funda, como se lee en la relacion; y así solo para el Mayorazgo del D. Diego sirvió por ser de estricta naturaleza, y que no se estiende de vn caso à otro, *cap. fin. Cum ad hoc de Eric. non residentib. Clement. fin. de Elect. D. Salgad. 2. part. cap. 9. num. 3. cap. 10. num. 73. cap. 4. num. 12.*

86 Y mas quando la Real Facultad se impetrò despues de hecha la fundacion de Doña Maria Muñoz, que no es capaz comprehenda lo executado, ni para esta impetrarla; ni pudiera valer la fundacion, que se hiziera antes de impetrarla, excediendo de la facultad del derecho comun, por discurrir lo podia hazer la facultad, que discurrió impetrar, pues siempre ha de preceder: *Ex L. Qui michi bona, §. Visum, ff. de acquir. hered. L. fin. §. Necessitate, Cod. de Bon. qualiber. L. Ohligari, §. Tutor, ff. de Autorit. tutor. §. Tutor. autem Instit. cod. D. Mol. lib. 2. c. 7. n. 2. Adeo necessaria est, ut*

ejus interventus ante ipsas Majoritatis institutionem pro forma requiritur, nec Majoratus ipse valebitur ex Regia facultate supervenienti. Y oy esta expresamente determinado: *Ex L. 42. Taur. que est L. 3. tit. 7. lib. 5. Recop. Ordenamos, y mandamos, que la licencia para hazer Mayorazgo, por virtud de la tal licencia no se confirme el Mayorazgo, que antes estuviere hecho.*

87 Lo que es preciso observar, cum dicta Lex illud pro forma, ac solemnitate requiratur, & solemnitas requiritur à lege censetur esse substantialis; y lo que en otra forma se haze, contiene nulidad, segun la *L. 1. §. per tot. ff. de reb. credit.* donde se viene, que en las enagenaciones de los bienes de los menores debe preceder el decreto del Juez; à la *L. fin. §. Necessitate, Cod. de Bonis que liber. quia licentia, & consensus paris ad hoc, ut filius possit esse in judicio, debet precedere, & non sequi. L. In militibus, Cod. de militar. testam.* Donde aunque à el Soldado condenado en pena militar se le permite testar, y disponer de sus bienes, quando se le permitiesse por el Juez, tamé debet intelligi, quando permittitur, & referatur in ipsa sententia, & non postea.

88 Lo que si puede suceder es, que despues de hecho el Mayorazgo, se confirme por el Principe, como se previene por la misma Ley 42. de Toro: *Salvo si en la licencia expresamente se dixesse, que aprobaba el Mayorazgo, que estaba hecho.* Y los Commentadores de esta Ley previenen, que la tal expresion ay de ser ex certa scientia, atque in forma speciali expedita: necessaria erit, nec confirmatio in forma communi sufficit. *D. Molina lib. 2. cap. 7. n. 6. & 7. Quia cum actum possit de novo facere, a fortiori confirmari, & aprobari:* Es así, que la facultad, ni se diò para fundar este Mayorazgo, ni menos para confirmacion de el, ni aun clausula que lo induzca, ni trate: con que nunca se puede decir, que se fundò en virtud de la Facultad Real.

89 Aunq: è con ella se funda- se, que infiere de esto el Marques à su fa- vor: respecto, de que Doña Maria Mu- ñoz no le diò llamamiento à su linea, ni su marido pudo darlo à otros, que los pa- rientes de la Fundadora, y lo que hizo en contrario, fue nulo, como ya queda fun- dado: con que se infiere, que son discus- sos, los que haze para obscurecer el dere- cho claro de Don Salvador Montero como paciente indubitado de la Funda- dora.

90 Lo mismo sucede en otro discurso, que haze el Marquès, sobre de- zit, que los llamamientos, que el Don Diego hizo por el Codicilo de el año de 678. para el Mayorazgo, que fundò de sus bienes en virtud de la Real Facultad, y del quinto de su muger con el gravamen de la tercera parte la legitima de el hijo, consentido por estes, y q̄ toda la vez, que fue gravado en el tercio de su legitima, y quedó agregada, pudo muy bien el hijo hazer los llamamientos, que vino à hazer en fuerza de el consentimiento, como Fundador, y por el beneficio, que resultò al Mayorazgo de la agregacion.

91 A lo que se responde, que ade- mas, de que el hijo no tuvo mas acto en el Codicilo, que prestar el consentimiento de el gravamen de sus legitimas, no por esto pudo hazer otros llamamientos, que alterassen los hechos en la fundacion. Pruebase esto, de que en el derecho por dos causas se hazen las agregaciones. O porque es preciso, ò porque es volunta- rio: esto es, ò porque el agregante quie- re hazerla, ò porque debe. Por esta, quan- do està gravado por el Fundador de agre- gar parte de sus bienes, y con esta condi- cion està llamado. Porque quiere, quan- do sin preceder dicho gravamen, ni obli- gacion alguna, el tal poseedor, ò otro qualquiera haze agregacion: vt D. Molina lib. 1. cap. 8. num. 35. D. Castill. lib. 3. cap. 10. n. 16. Rox. p. 1. cap. 7. n. 27. & ibi Aguila.

92 Quando la agregacion se haze en fuerza de obligacion, no puede

el agregantè innovar en cosa alguna en los llamamientos, condiciones, gravame- nes, y calidades de el tal Vinculo, à que haze la agregacion; y aunque lo haga de otra forma, no subsiste, y debe restituir- se à los llamamientos, y calidades de el tal Vinculo, porque la misma naturaleza de la vnion, sigue la de el principal, à que se agrega: vt ex cap. 3. §. fin. de Stat. Monachor. Gonzal. in reg. 8. Garzia gloss. 5. §. 6. n. 2 Mier. de Majoratib. 2. part. quæst. 5. num. 43. Add. ad D. Molin. lib. 1. cap. 8. num. 35. Rox. de Incompatibil. part. 1. cap. 7. num. 27. latissimè D. Castill. lib. 3. cap. 10. num. 17. En el segundo caso de hazer se la agre- gacion voluntaria, y de bienes propios, puede, el que agrega, poner las calidades, y condiciones, à su arbitrio; que estas, si sepueden concordar en vn poseedor, si- guen vnidas: mas si son incompatibles, se dividen, y cada vno sigue su naturale- za: vt Dom. Molina d. cap. 8. num. 30. Pat. Molina de Just. & Jur. disput. 6: 7. num. 8. ad quos sequitur Rox. p. 1. cap. 7. num. 29.

93 Es assi, que la agregacion; que hizo el Don Pedro, no fue volunta- ria, si no es precisa por la condicion, con que se le dexò el quinto, de que huviesse de agregar la tercera parte de su legitima: luego no se pudieron alterar los llama- mientos hechos en la fundacion, ni per- judicar à el paciente, que lo tenia, ante- poniendo à vn extraño: porque aunque fue gravamen de legitima, que no se pue- de poner, como va dicho, ex Leg. Quo- niam in prioribus, Cod. de Inoffic. test. L. Si deportatus 7. §. fin. ff. de legat. 3. si se puede poner toda la vez, que se le da en remuneracion algo, que no le es debido, como sucede en el quinto, de que podia disponer la madre entre estranos, por no ser legitima del hijo.

94 Y por este beneficio pudo gravarle, à que agregasse la tercera parte de su legitima, Leg. Si libertas 42. in princip. ff. de Eon. libertor. L. 2. §. fin. de dos. prelegat. L. 1. §. Idem Julianus, ff.

ff. cod. L. Filius lxxi. §. 1. ff. de legat. 1. L. Ab eo Cod. de Fideicom. L. Nomen
 33. *§. Vni ex heredib. ff. de legat. 3. L. Cum pater, §. Quid dotale, ff. de legat. 2. L. 15. ff. de Jur. Coacil. D. Molina lib. 2. cap. 11. n. 8. & ibi Add.*

95 Lo mismo se practica en la donacion irrevocable no obstante la *Ley Perfecta donatio, Cod. de Donat.* que despues de hecha, no admite condicion, ni

gravamen: *Antun. de Donat. prelad. 2. n. 14. D. Castell. lib. 3. cap. 10. n. 46. Tonduct. Resolut. Civil. cap. 50. n. 48. D. Molin. lib. 1. cap. 9. num. 2. Par. Molin. disput. 617. tract. 2. tom. 3. D. Cobarr. in cap. Reinaldas 18. de Testib. §. 3. n. 6. Tiraq. de Primog. quest. 76. Barbof. vot. 126. n. 166. y por ser asi, la agregacion, ni alterò, ni pudo alterar los llamamientos hechos por la fundacion.*

PUNTO IV.

96



DEZIMOS, QUE aviendo D. Salvador Montero alegado su filiacion de grado en grado, como està en el Arbol, hasta entroncar con la Fundadora, nada se dixo contra ella por la parte del Marques, ni contra alguno de sus grados: que esto solo fuera bastante para excusar, el que se dudara de la filiacion, pues hecho alegado, y no contradicho, se entiende confesado: vt Pareja *tit. 9. resolut. 2. num. 16. & seqq. Escob. 2. p. de Parit. quest. 8. §. 1. num. 1.* Pues al contrario, si dudaba de alguno de los grados de la filiacion, lo huviera expressado y entonces huviera Don Salvador hecho presente la justificacion, que para cada vno de ellos ay en los Autos.

97 Mas aviendo entendido; que con aver negado la filiacion à Don Joseph de Campos (24) se quiera valer de la misma negacion para con Don Salvador, porque trae causa de vn mismo ascendiente, que lo es Alonso Muñoz de Ayllon (5) hijo de Juan Perez de Robledo, le es preciso manifestar, como està excluida esta negaciõ, y executoriada, su filiacion, yq cõtra ella no se puede nuevamente tratar, ni dezir, por q se feneciò cõ la determinacion de la tal excepcion, y quedò verificado el parentesco.

98 Fruebafè esto de la question, que se pregunta: *vtum* la Sentencia, que en vn juicio se pronuncia, caute

excepcion de cosa juzgada en otro. Esta question es de el Señor Castillo *lib. 5. cap. 104. num. 22.* donde pone la especie, que si litigado Pleyto sobre alimentos, que se deben dar, aunque en èl principalmente no se trate de la filiacion, y se diere Sentencia condenando à el pago de alimentos, esta si causará cosa juzgada en otro qualquiera juicio, que se dispute de la filiacion? Y la respuesta es, que si el juicio de alimentos fue solo sumario, la Sentencia, que se diò en èl, no perjudica en el plenario. Y es la razon, porque en el sumario basta vna femiplena probanza, *ex Leg. 3. §. Causa cognitio, ff. de Carboniano edito.* Mas si la Sentencia, que se diò, fue en juicio plenario, entonces se haze otra distincion; y es, que si concurren las tres identidades de la *L. Cum quaritur cum duabus sequentibus, ff. de Except. rei judicate, cap. fin. de exceptionib. in 6. identitas scilicet causa personarum, & rerum*, entonces causa cosa juzgada, y no se puede admitir nuevo juicio en razon de la filiacion; y es la razon, porque de de el mismo hecho de averse concedido los alimentos pedidos, se entiende fue, por averse justificado la filiacion: *Plenarie actum, & cognitum fuerit de eo, quod deducitur in iudicio plenario, non est, filiationis causa principaliter actum non fuerit, nec pronuntiatum, aliquem esse filium, illud certum est filij, aut fratris ejusdem agentis fundamentum præcipuum, & unicam in eo consistere, quod se filium,*

nam, de fratrem contendat, & quod res non alius condemnaretur, quam si ita confiteretur, ipseque actor probasset.

99 Y si esto sucede aun solamente en causa de alimentos, en que por incidencia se tratò de la filiacion, que la Sentencia, que se pronuncia, causa excepcion de cosa juzgada, para otro qualquiera juicio, en que se duda de la filiacion, quando plenarie fuit cognitum, y concurren las tres identidades de la *L. Cum queritur*, con mayor razon en el caso presente ay excepcion de cosa juzgada en razon de el parentesco con la Fundadora: porque aviendose seguido el juicio posesorio por Don Joseph de Campos, y negadole el Marques la filiacion, conociendose en razon de ello plenamente, y declaradole la posesion à su favor, no pudo ser en otra forma, si no es, porque constò justificado el parentesco, *ex Leg. 1. Quorum honorum: non aliter possessor constitui potueris, quam si se filium defuncti, & ad hereditatem esse probaveris;* por lo q̄ aviendo quedado en esta forma justificado el grado de parentesco, que alegò, con la Fundadora por Alonso Muñoz de Ayllon (5) quedò verificado el parentesco, y aquella determinacion causò cosa juzgada en el juicio. Y esto se confirma, de lo que el mismo Señor Castillo refiere al *num. 29.* donde trae la question de este Pleyto: porque toda la vez, que alguno como hijo, ò hermano pidió la herencia, ò el Mayorazgo, y de contrario se le negó la filiacion, y se determinò sin embargo de la denegativa, esta determinacion causa cosa juzgada en el juicio petitorio, *sive etiam, ut si ex eadem causa, quia se filium, aut fratrem prætendit, hereditatem, vel majoratum fecerit, & causa filiacionis ab adversario possidente negatur, id jam sententia terminatum, & de finitum dicere possit, ac ita obtinere debeant, ac si super filiacione ipsa sententia lata fuisset, cum non obtinere, nisi se filium probasset.* De la misma opinion es el Señor Valenz. Velazq. *Cons. 68. num. 62. Cum tamen de ipsa fuisset plene cogni-*

23.
tum, & discussum, absolutoria, quæ sit secuta, parit exceptionem rei vindicatae in perpetuum.

100 Y siendo cierta esta opinion; como las que llevamos fundadas, de los efectos de la cosa juzgada, no ay capacidad de admitir esta nueva excepcion, de que el Marqués se vale, pues està ya determinada, y excurtorizada, que no admite nueva instancia; cuya especie es notoria, como de la *L. 4. tit. 18. lib. 4. Recop. Se entienden ser fenecidos, y acabados los Pleytos, sin que se pueda tornar à ellos;* y parece, que es bastante fundamento, para presumirlo así, el no averse negado la filiacion à Don Salvador Montero.

101 Mas, porque no quede razon alguna de duda: dezimos todavia, que la filiacion està plenamente probada, sin que pueda aver disputa en razon de ella. Y esto se infiere, de que el Marqués solo negó al Don Joseph de Campos dos grados; que el vno fue, el que Alonso Muñoz de Ayllon (10) fuese hijo de Alonso Muñoz de Ayllon, (5) que de este no tenemos, que tratar, porque Don Salvador Montero no trae causa del susodicho. ni su parentesco lo entronca por este grado, si no es por Doña Francisca Muñoz de Ayllon (11)

102 El otro grado, que se negò, fue, que Alonso Muñoz de Ayllon (5) fuese hijo de Juan Perez Robledo, y de Inès Muñoz de Ayllon (1) y hermano de Francisco Muñoz de Ayllon (3) padre de la Fundadora; con que de este grado es solo, de el que se ha de tratar, porque otro alguno no se ha negado. El que està justificado este, se prueba de el Testamento de el dicho Alonso Muñoz (5) otorgado en 19. de Noviembre de 635. en que declaró ser hijo de Juan Perez de Robledo, è Inès Muñoz de Ayllon, y que avia estado casado de segundo matrimonio, y que de el avia tenido por sus hijos entre otros à Doña Francisca Muñoz de Ayllon, que estàba casada con Francisco Diaz (11) segundos Abuelos de D. Sal-

vador, y le instituyó, como à los demás sus hijos, por herederos, como tambien al Licenciado Diego Muñoz de Ayllon (13) su hijo; y por otras dos cláusulas hizo legados à dos huérfanas, y que hasta que tomassen estado, se entregassen estos legados à Francisco Muñoz de Ayllon (3) su hermano, à el que tambien nombrò por Albacea.

103 Esta expresion, y enunciatiua, que se haze en este Testamento, es prueba, de que el dicho Alonso (5) fue hermano de el de la (3) hijos ambos de el de la (1) porque aunque es verdad, que solo la nominacion de llamarle à vno hermano, no prueba, que lo sea, à distincion de llamarle hijo, porque esto prueba, el que lo sea; *Ex Leg. Nemo*, §. 1. ff. de *Heredib. institueud.* Siendo la razon de diferencia, de que de llamarse hermano, no se constituye en obligacion alguna, lo que si sucede en llamarle hijo, porque si es legitimo, se constituye en la obligacion de dexarle por heredero, y si ilegítimo, de darle alimentos; y ninguno se presume, que en esta forma quisiera gravarse, à no ser cierto, que es tal hijo, y que lo mismo sucede respecto de los padres por la obligacion, que ay tambien en los hijos, *ex text. in Leg. Nemo*, §. 1. ff. de *Heredib. institueud.* Quando la nominacion de hermano se haze por algun fin positivo, y no solo simpliciter, entonzes la tal nominacion prueba, el que sea tal hermano: vt *Tiraq. de Retract. linag.* §. 1. gloss. 16. num. 2. *Gratian. tom. 1. dissertat. 175. num. 42.* *Math. in Leg. 7. gloss. 5. num. 5. tit. 11. lib. 5. Recop. Mascard. de Probat. concl. 790. num. 34.* *D. Covarr. de Sponsalib. 2. p. cap. 8. §. 3. num. 7.*

104 Es así, que la nominacion, que le haze el Alonso à Francisco de hermano, no es simpliciter, si no es por la causa de confiarle los legados, que hizo, y el cumplimiento de su obra pia en beneficio de su alma, que es la primera atencion, que en qualquiera testador se presume: luego de este Testamento se

infiere, el que los dos eran hermanos; y mas se persuade de ver los padres, que declara, que quando la nominacion de hermano fuera dudosa; en la declaracion de padres no se duda, que justifica serlo, como en la nominacion de hijos, por lo que va fundado; y siendo el Francisco (3) hijo de los mismos padres, no se puede dudar, que era hermano de el Alonso (5)

105 Que fuese hijo de los mismos padres consta de el Testamento, que otorgò en el año de 661. el dicho Francisco (3) en el qual declara ser hijo de los de la (1) y tener por su hija à la Fundadora, à quien instituyó por heredera, y nombrò por Albacea entre otros à Don Diego Muñoz de Ayllon (13) Beneficiado de la Iglesia Parroquial de el Señor San Mathias, llamadole sobrino: con que de este Testamento resulta ser hijo de los mismos padres, que Alonso (5) ser su hija la Fundadora, y ser su sobrino el Don Diego: que este, como ya queda dicho fue vno de los hijos, que el Alonso (5) declaró en su Testamento, y instituyó por su heredero. Tambien resulta de este Testamento otra enunciatiua, y es que haze legado de 200. ducados à Doña Ana, y D. Beatriz Ayllon (q̄ no está en el Arbol) hijas, que dixo eran de D. Beatriz Muñoz de Ayllon su sobrina; y esta Beatriz la nombra por vno de sus hijos Alonso Muñoz (5) en su Testamento, y la instituye por heredera con los demás; y así no se puede dudar con tan repetidas enunciatiuas, que Alonso, y Francisco fueron hermanos, hijos de vn mismo padre: porque es conclusiõ, cierta, y comun, que por las enunciatiuas de dos instrumentos antiguos, que provengan de diversas personas, se prueba la filiacion: vt *D. Solorzano de Jure Indiar. tom. 2. lib. 1. cap. 26. num. 36. & 37.* *D. Caltill. tom. 6. cap. 123. n. 8. & 9.* *Garcia de Benefic. part. 7. cap. 17 num. 32.* *Noguet allegat. 25. num. 319.* *Barbos. ap. p. 19. Pareja de Fide instrumentor. tit. 7. resolut. 9. n. 68.* Y si parece debe darse por justifi-

ficado este grado, que està desvanecida la duda, que en razon de èl se ha opuesto.

106 Pues aunque tambien se puede ponderar la filiacion, que diò el D. Diego Muñoz de Ayllon (13) para ordenarse de Corona, en que justificò con el Testamento de su padre, y prueba de testigos su filiacion; no se necesitò de recurrir à esta justificacion por averse dicho, que algunos de los testigos, que alli depusieron, padecieron equivocacion en el conocimiento de algunas personas, que fueran declaradas, por averse hecho ver, segun sus edades no averlos alcanzado à conocer, aunque los demàs de los testigos no tienen defecto alguno: porque con la prueba, que vâ dicha de los Testamentos, es bastante para la justificacion de el grado, que se ha dudado, que por ser enunciativas, que resultan de dos instrumentos diversos antiguos, que como vâ dicho, es prueba bastante del grado, que enuncian.

107 Y con mayor razon en el caso presente; pues siendo cierto, que quando la sucecion de el Mayorazgo se litiga entre dos, el vno estraño, y el otro pariente, no tiene obligacion de cumplir con lo prevenido en el *cap. Licet ex quadam de testib.* que es probar de grado en grado el parentesco, *singuli gradus*, si no es, que le basta el probar el parentesco in genere; para obtener: vt D. Castill. *tom. 6. cap. 122. Garcia de Benefic. tom. 2. p. 7. cap. 15. n. 28. 29. & 30. vbi: Quod in materia consanguinitatis probandæ nõ requiritur probatio per gradus distinctus, nisi agatur de probanda consanguinitate restricta ad certum gradum, aut detur conclusus alterius; quando vero non habetur ratio certi gradus, vel descendentiæ sed sufficit, quem esse consanguineum sine gradus præfinitione, satis est probare, esse consanguineum, quamvis nullus gradus distinctè probetur.* Y como fea cierto, que el Marquès fea estraño de la Fundadora, y que no

25.
ay otro consanguineo, que oy litigue, si no es el D. Salvador Montero con el parentesco in genere, solo le basta, para que como tal se cõfidere, y obtener la sucecion; y no pudiendo disputarse la prueba de este parentesco, porque ademàs de la que vâ referida sobre el juicio possessorio, hizo el D. Joseph prueba con 11 testigos, que depusieron de oydas el parentesco, y aun dixeron, que le tenian por cierto, que es la misma prueba, que vâ exponiendo el Sr. Castill. *c. 123. tom. 6.* parece que duplicadamente tanto con prueba generica, que fuera bastante, como por la especifica, està justificado el parentesco de D. Salvador Montero, y desvanecida la duda, que se puso en si Alfonso (5) fue hermano de Francisco (3) padre de la Fundadora.

108 Solamente queda, que satisfacer à vna replica, que por el Marquès se ha hecho, y es dezir, que aviendo salido à este Pleyto en el juicio possessorios otros interesados, que lo fue D. Eugenio Vara, diò por padre de Alfonso (5) à Pedro Muñoz de Ayllon, è Inès Muñoz, que no estàn en el Arbol, y que quando D. Pedro Melchor de Miota (16) diò memorial à S. M. para el despacho de Titulo de Marquès de Lugros, diò por sus següdos abuelos al dicho Pedro Muñoz, y su muger, y que diziéndose despues, que no fue el Padre de Alófo, si no Juan Perez de Robledo (1) se halla diversidad en la filiacion por la duda de las dos personas. Mas esto està satisfecho, de que oy el Marquès ha dicho, que el Juan Perez de Robledo, fue el abuelo de la Fundadora, y no el Pedro Muñoz, que no està en el Arbol, porque se ha conocido el yerro, que se padeciò en aquella assercion, ò porque se necesitò para sacar el Titulo; y siempre ha de prevalecer la verdad, que ya todas las Partes conformes han manifestado, y justificado; por lo que espera D. Salvador, que V. S. fea servido de absolverle de la pretenzion del Marquès, declarandole por legitimo successor. S. I. O.

Lic. D. Lorenzo de Mendoza
Jordan y Fuen Mayor.

