10

POR

DON FRANCISCO GONZALEZ DE ABELLANEDA RUIZ DE SANDOVAL ROCA, Y Roda, Jaymes, de Junteròn, Vezino, y Rexidor perpetuo de eſta Ciudad de Murcia.

EN

EL PLEITO QUE CONTRA EL SUSODICHO PRETENDE introducir Don Lope Gonzalez de Abellaneda ſu hermano, Vezino, y Rexidor aſsi miſmo de ella;

SOBRE

PRETENDER TENER DERECHO A VNO DE LOS MAYORAZGOS FUNDADOS POR Don Franciſco Gonzalez de Abellaneda, y Don Lope Ruiz de Sandoval, de los quales tiene la poſeſsion Don Franciſco. Y articùlo, que por eſte ſe hà formado de no ſer parte dicho Don Lope, para moleſtar à dicho Don Franciſco por la incompatibilidad que ſupone.

POR

DON FRANCISCO GON

ZALEZ DE ABELLANEDA, RUIZ DE SANDOVAL ROCA Y

Roda, Leyva, de Jaureguí, Vezino, y Regidor perpetuo

de esta Ciudad de

Murcia.

EN

EL PLEITO QUE CONTRA EL SUSODICHO PRETENDE

introducir Don Jorge Gonzalez de Abellaneda Ilescinano

Vezino, y Regidor perpetuo

de ella.

SOBRE

PRETENDER TENER DE

N. 1.

PAreze, que por el año possado de 1629. à los 7. de Enero, ante Melchor de Obiedo Escrivano del Numero de dicha Ciudad, Don Lope Ruiz de Sandoval, y Doña Catalina Jaymes su muger, otorgaron su Testamento, y por èl fundaron Vinculo à favor de Don Francisco Ruiz de Sandoval su hijo primogenito, sus hijos, y descendientes, y otros llamados: el dicho Don Lope de todo el tercio, y remanente de el quinto de sus bienes; y la dicha Doña Catalina, en vna parte del tercio de los suyos, señalando desde luego propriedades.

2 Y entre diferentes condiciones, que pusieron à los llamados à dicho Vinculo, fuè la vna que avian de llevar las armas de los Sandovales, en el màs preheminente lugàr como consta de las Clausulas siguientes.

3 *Item, con con condicion que sean obligados todos los que poseyeren este Vinculo, ò Mayorazgo, à nombrarse de el apellido de Sandoval en primer lugàr, y poner el Escudo de mis armas à do se acostumbra, por que es mi voludtad, que este mi apellido, y armas se conserven, y de otra manera no le puedan possèer los llamados à este Mayorazgo, trayendo las Armas en principal lugàr.*

4 *Iten, es nuestra voluntad, que si alguno de los Subcessores en este nuestro Vinculo, y Mayorazgo, fuere hija en quien se juntase este nuestro Vinculo, y Mayorazgo, con otros, ò otro que la tal poseyere, ò à el qual fuere llamada por la linea de su Padres, diversa de la nuestra, el qual Mayorazgo Paterno tuviere Clausula, ò Clausulas de que se aya de llamar en primer lugàr de el Apellido de su Padre, si la tal hija fuere vnica; queremos, y es nuestra voluntad, que herede este nuestro Mayorazgo llamandose en segundo lugàr, con apellido de Sandaval, y juntando las Armas de Sandoval, y las suyas. Pero si tuviere otras hermanas le damos obcion para que pueda escojer este nuestro Mayorazgo, renunciando el de su Padre en el siguiente llamado, y sino lo quisiere, es nuestra voluntad vaya este nuestro Mayorazgo à la segunda hija en edad, con obligacion de llamarse en primer lugàr de el Apellido de Sandoval, è traer las Armas de los Sandovales en primer lugar, è guardar todas las demàs condiciones arriva dichas, è sino lo hiziere, vaya à la tercera hermana, y respectivamente à los demàs llamados. Pero si como dicho es, la hija fuere vna sola, en sus hijos, si tuviere vno solo varòn, se guarde lo que diximos en su Madre. Pero si tuviesse màs de vn hijo varòn el primereo pueda escojer este, ò el Mayorazgo que le viene por via de su Padre, del modo que diximos en su Madre. Si tuviere mas hermanos; y si tuviere vn hijo solo varòn, y las demàs hermanas, el hijo varòn possea este Mayorazgo, hasta que en sus hijos aya mas que vn varòn en quien se divida, ò sean todas hembras en quienes se guarde el orden arriva dicho; y esta es nuestra voluntad la qual queremos inviolablemente se guarde en el orden de suceder en este nuestro Vinculo, y Mayorazgo, y le expresamos principal substancia de el, y con este orden, è modo de subceder, queremos le possèan los llamados, è no de otra manera*

5 Y en 14. de Mayo de el año passado de 1641. ante dicho Melchor de Obiedo, Don Francisco Gonzalez de Abellaneda, otorgo su Testamento, y vltima voluntad, y entre otras Clausulas de que se compone, ay vna por la qual funda Vinculo, y Mayorazgo de el tercio de sus bienes, y de otros efectos de que le tenian hecha donacion señalando propriedades parà dicho Vinculo,

culo, y en primer lugàr llama à Don Francisco Gonzalez de Abellaneda su nieto hijo de Doña Florencia Abellaneda, y Jaymes su hija, y de Don Nicolas de Abellaneda, y Roda su Yerno, y à sus hijos, y descendientes; y prosigue à otros llamamientos regulares, y entre otras condiciones que quiere se observen, es vna la de la Clausula siguiente.

6 *Iten, que los Subcessores de este Mayorazgo se ayan de llamar de mi nombre, y apellido, y traer mis armas derechas, como yò al presente las traygo, llamandose primero de mi nombre, y apellido, Gonzalez de Abellaneda, y trayendo mis armas siempre en el mas preheminente lugar; y no lo cumpliendo assi, que por el mismo hecho passe la Subcession de èl al siguiente en grado; loqual se entienda aviendose passado tres meses sin lo aver cumplido despues de averse le diferido la subcession de èl, y aver savido lo sobredicho, sin que para esto sea necessario interpelacion ni monicion ni lapso de mas termino, ni otra diligencia alguna*

7 Y ate dicho Escrivano en 6. de Julio de el año passado de 1646. la dicha Doña Catalina Jaymes, y Junterón Viuda de el dicho Don Lope Ruiz de Sandoval otorgò otro Testamento, por el qual pareze que de la parte de el tercio que le quedava de sus bienes, y remanente de el quinto fundò Vinculo, y Mayorazgo (aprovando el fundado à favor de su hijo primogenito) llamando en primer lugàr à la Subcesion de èl à Don Antonio Jaymes de Sandoval su hijo segundo, y de el dicho Don Lope, y poniendo la Clausula siguiente entre otras.

8 *Primeramente, con condicion, que todos los que poseyeren los bienes de este dicho vinculo, sean obligados à nombrarse en primer lugàr de el nombre, y apellido de Jaymes, y poner el Escudo de mis Armas à donde se acostumbra, por que es mi voluntad, que el dicho apellido, y armas se conserve: por que mi voluntad es, no lo puedan poseher los llamados à este dicho Vinculo de otra manera sino fuere como dicho es, llamandose de el dicho mi nombre de Jaymes, y trayendo mis armas en el mas preheminente lugàr, y si assi no lo hiziessen passen los dichos bienes à el siguiente en grado que lo cumpliere.*

9 *Item, es mi voluntad, y condiciones de la Subcesion en los bienes de este Vinculo, y Mayorazgo que siempre que huviere dos hijos Varones, ò màs, y el mayor de ellos tuviere otro qualquier Mayorazgo, este mi vinculo, y Mayorazgo, passe al segundo hijo que no tuviere otro ningun mayorazgo, por que mi voluntad es que mi nombre, y apellido se conserve; pero si no huviere mas de vn hijo varon, pueda possheber los bienes de este dicho Vinculo por todos los dias de su vida, avn que tenga, y possea otro mayorazgo, y dexando hijos varones, se divida como dicho es, en el segundo, el qual, y los demàs Subcessores, han de ser obligados à guardar, y cumplir esta condicion, y las demàs condiciones que van declaradas; y no aviendo ningun varon, sino hembras, poseyendo la mayor otro qualqvier mayorazgo, la segunda Subceda en los bienes de este dicho Vinculo; por que assi es mi voluntad, y lo mando como mejor aya lugàr en derecho.*

10 Y aviendo vacado la subcesion de este Mayorazgo por aver entrado en Religion Don Luis Ygnacio de Cevallos quien le possèia como hijo legitimo de Doña Ines de Sandoval, hija legitima de Don Francisco Ruiz de Sandoval, hijo legitimo de dicha Doña Catalina, pidiò el dicho Don Lope, que respecto de lo referido, y de hallarse el dicho Don francisco Gonzalez de Abella-

neda

neda su hermano, con otros muchos Mayorazgos, que avida informacion sumaria, que ofrezìa de como era hijo de Don Fernando Abellaneda, y de Doña Catalina Jaymes Sandoval, hermana mayor de dicha Doña Inès hija primogenita de el dicho Don Francisco Ruiz de Sandoval, en quien avia recaìdo la Subcesion, por aver muerto el dicho Don Antonio Jaymes de Sandoval, primer llamado sin ella, y por muerte de dicho Don Francisco, en dicha Doña Inès, como hija segunda, y por aver faltado esta Linea en dicha Doña Catalina su Madre, se le diese la Possesion de dicho Vinculo; y por Auto que se proveyò en 30. de Julio de el año passado de 1689. en vista de dicha informacion, se mandò dàr, y diò la possesion à dicho Don Lope, con la Clausula regulàr, en la qual ha estado, y està de presente.

11 Pretende Don Lope, sin embargo detener la possesion de el Mayorazgo fundado por Doña Catalina Jaymes, y averla esta adquirido al tiempo que Don Francisco su hermano la tenìa de los fundados, por dicho Don Lope Ruiz de Sandoval, y dicho Don Francisco Gonzalez de Abellaneda, se declaren estos por incompatibles, y hecho, que elija Don Francisco, y de el que dexase, que se le dè la possesion; formòse articulo por esta parte, de no serlo legitima el dicho Don Lope, para fomentar semejante litigio, no estando en esta consideracion obligado à responder ni contestar la demanda que el susodicho puso

12 Y pareciendo justa la excepcion opuesta por dicho Don Francitco, se nos ha de permitir no dexemos al silencio su defensa, por que si como dixo Leonc. *Apud Pont. in Bibliot.* no es menos culpable negarse à la defensa de lo justo, que proponer por cierto, lo dudoso: *Silentium non oportunum audatiæ orationis simile est, & quod habet vituperij os futile, hoc habet per negligentiam tacens.* Siendo la razon que govierna tan aguda sentencia, la que nos propone Tul. *de Offic. lib.* 1. en que segun sus doctas quanto comprehensivas vozes, llama injusticia negarse à la defensa si esta se halla asistida de fundamento, ibi: *Sed iniustitiæ duo sunt genera vnum eorum qui inferunt alterum eorum qui ab ijs quibus infertur si possint non propulsant iniuriam.*

13 Parece, que segun estos principios, nos vemos precisados à formar estos borrones en defensa de Don Francisco; y si bien lo arduo de el empeño, gravedad de la materia, è intrincado de el punto, pudiera servir de remora à nuestra visoña pluma, confessando con Ovid. *lib.* 1. *trist. eleg.* 4.

Materia vires exuperante meas.

14 Concurriendo con esto, no poder nuestra limitada inteligencia, por mas que procure adelantarse, explicar lo conceptuoso de tan grave disputa, en que tan altas plumas han remontado felizmente sus buelos, faltando à nuestra balbuciente lengua, por mucho que el desseo la instimule, vozes que abrazen campo tan difuso.

Non tamen id circo complecterer omnia verbis.
Ovid. *vbi sup.*

15 Solo puede servir de consuelo para tan temeraria resolucion, el que esta no passarà nunca la raya de traer à la memoria lo justo de la pretension de Don Francisco, por no necessitar esta de el corto esfuerzo que le pudiera dàr

 nues-

nueſtra inſuficiencia, menoſpreciando ſu ſolidez, aun panegiricos de Superior gerarquia: *Simplex veritas, negligit orationis fucos* dixo Eraſm. *in Diog. fol. mihi* 319. y al miſmo intento Cicer. *orat. in vatic. & licet in cauſis* (ſcilicet iuſtitia) *nullum Patronum aut defenſorem obtineat ſatis per ſe ipſa defenditur.*

16 Siendo ſolo eſto lo que nos inſtiga à dar à luz eſte papel exponiendonos à la comun zenſura.

Et peragar populi publicus ore reus.
Ovid. *vbiſup.*

Suplicando à los que ocupaſſen el tiempo en regiſtrarle lo que dicho Poeta *Vbi proxe.*

Scripta que cumvenia qualiacumque leget,

Que teniendo preſente eſte cumulo de circuntancias, nos queda el conſuelo de merezer benigna la mas aguda perſpicaçia.

Et hæc ſuficiant ne illotis (vt ita dixerim) manibus rem exponam contra J. C. Gaij. *placitum lib.* 1. *ad leg.* 12. *tab. relatum in l.* 1. *ff. de Orig. iur:*

Yam ergo ad rem.

17 Es indiſputable à los Verſados en la Juriſprudencia, ſer vna de las excepciones que impiden el ingreſo de el juicio, la que opone el reo al actor de no tener accion, que es la que ha opueſto Don Franciſco à Don Lope, *in limine judicij*, propoſicion que ſolo la tocamos por no omitir la menor circunſtancia, ita Canzer. *Var. reſol. tom.* 2. *cap.* 16. *n.* 32. Ildephonſ. Guzm. *de Lauct. queſt.* 35. *n.* 142. Gab. de Parej. *de inſtrum. edit. tit.* 6. *reſol* 5. *n.* 71. *&* 72. Scac. *de ſent. & Re. iud. gloſ.* 10. *n.* 62. Eſto ſupueſto, vamos cercandonos al principal punto de nueſtro aſſumpto.

18 Funda Don Franciſco ſu pretenſion, en que ſiendo eſtos Mayorazgos incompatibles, aun que no eſtuvieſſen aviles los que pretende Don Lope, al tiempo que adquiriò la poſſeſsion de el que goza, para que pudiera hazerlo de aquellos, ſino que tuvieſſe vnicamente eſperança de ſuceder en ellos, fuera motivo baſtante para que eſta la huviera perdido, y juntamente todo el derecho que à ellos pudiera tener, con aver azeptado la poſſeſsion de el que goça, incompatible con los que pretende: Para lo qual, reſpecto de aver de ſer la Clauſula la que nos dè luz para fundàr eſta propoſicion, hemos de regiſtrar en ella las palabras, y dicciones que puedan conſtituir al poſſehedor de eſte Mayorazgo, inavil à pretender otro qualquiera, y hallandoſe en èl fundado, por dicha Doña Catalina Jaymes, el precepto de que los Subceſſores en èl, lo ayan de llevar ſolo, ibi: *de el ſegundò hijo que no tuviere otro ningun mayorazgo*, es claro conſtituir eſta incompatibilidad abſoluta, que impide, no tan ſolo la retencion, ſino es la adquiſicion de otro qualquiera.

19 Y reſpecto de ſer el mas moderno Autor, y el què doctamente diſputa eſta queſtion D. Ferdin. de el Aguila *in add.* ad D. Hemenegild. de Rox. *in p.* 7. *cap.* 4. *n.* 47. quien deſpues de larga controverſia reſuelve al parezer [illegible]ontrario, ſe nos ha de permitir Salva tantiviri doctrina, expreſſar los fundamentos que favorezen à Don Franciſco, y juntamente no hallarnos en los preciſſos terminos que propone.

20 Diſputa dicho Autor en el lugàr zitado, ſi quando el poſſehedor ſe ha-

lla

lla con Mayorazgo, que sus Clausulas inducen incompatibilidad absoluta, se hallarà avil à la sucesion de otro qualquiera *Saltim vt eligat*, y trae por la Sentencia negativa los fundamentos siguientes.

21 El I. la disposicion de la *Clem. Gratiæ. de rescript.* En la qual se dispone, que pierda la gracia de el Beneficio, Curado, ò Dignidad, aquel que obtiene otro antes de su consecucion, incompatible con aquel de el qual tiene la gracia por ser visto, renunciarle, siendo la razon que govierna esta resolucion, la resistencia que tiene la residencia de dos contrarios en vn mismo sujeto.

22 Por cuya causa, puesto vno de ellos, es precisso zese el otro: *Leg. hæc verba ille ff. de V. S. leg. illud. ff. de adquir. hered. leg. si inter me, & te ff. de except. Vel iud. leg. Pomponius §. si is in fin. ff. de Procurat.* D. Præs. Valenz. Velazq. *Consil.* 83. *n.* 32. *& Seqq. & n.* 63. *&* 64.

23 Procediendo su decision en todos aquellos casos en que concurren Titulos incompatibles glos. *in dict. Clem. verb. Gratiæ.* Ioan. Immol. *in dict. Clem.* Federic. de Sen. *consil.* 120. *n.* 2. Flamin. Paris. *de resign. Benef. lib.* 1. *quæst.* 1. *ex n.* 16. *cum. seqq.* y en nuestros terminos D. Hyeronim. Cevall. *quæst.* 828. *n.* 58. *&* 59. ibi: *Sexto principaliter, & vltimo hæc pars prædictæ D. Ioannæ Fovetur ex maioria de Villena, ex cuius acceptatione renunciasse videtur D. Marchio hanc maioriam de Moia, cum sint maioriæ incompatibiles, propter delationem armorum vt in Clem. Gratiæ de rescript.* D. D. Ioan. de el Castill. *lib.* 5. *controvers. cap.* 178. *n.* 16. ibi: *& quamvis Clementina metipsa loquatur in Dignitatibus, & Beneficijs Ecclesiasticis; ratio decisiva illius dispositionis militat, & vrget in cæteris etiam [illegible] sibus, & alijs materijs, in quibus concurrant tituli incompatibiles. Vnde ex paritate incompatibilitatis, in ipsis quoque locum habebit, & in Hispanorum primogenijs. Ob identitatem rationis obtinebunt, vbicumque ob clausulas, & leges institutionis, duo maioratus vnionem, aut coniunctionem non patiantur; vel ob preceptum nominis, & armorum, aut quia quilibet institutor, nominis, & memoriæ suæ Familiæ Splendorem, de perse, & sine concursu alterius maioratus conservare voluit.*

24 Y aunque sin embargo de estos fundamentos dict. Aguil. en el lugàr zitado ad *n.* 58. es de sentir que dicha *Clem.* no corre en la materia de mayorazgos, cuya opinion es tambien de Rox. *in d. part.* 7. *cap.* 4. *n.* 44. hemos de esforzar nuestra insuficiencia à ver si alcanzamos à dàr satisfaccion à los fundamentos conque roboran esta opinion, ò à lo menos, ser inaplicables al caso presente.

25 Y antes que nos entremos à sondàr tanta dificultad, se ofreze reparar si el Señor Don Juan Bautista Larrea sigue la opinion del dicho Aguila, por quien en su apoyo se zita; y haziendolo esto en la *decis.* 52. *al n.* 33. en dicho lugàr solo parece defiende, que en sentencia de algunos, solo tiene lugàr dicha *Clem.* en las causas Beneficiales, quedandose con que su disposicion siempre corre en las materias de mayorazgos, ibi: *Sed tamen vt cumque regulariter ad maioratus trahi possit.* Y mal pudiera dicho S. Larr. favorezer la opinion de Aguila, quando afirma lo contrario tambien en la *decis.* 51. *n.* 32. donde con Zavarel. Immol. Paris. Petr. Gregor. Staphil. Surd. Cevall. D. Valenz. D. Castill. defendiendo acerrimamente extenderse su fuerza à los mayorazgos, y otras qualesquiera gracias de Principes Seculares, ibi: *Et eorum dispo-*

dispositionem non solum in Beneficijs, sed in quacumque gratia, etiam Principis Sæcularis procedere, & Paulo post. ibi: *Et in terminis primogeniorum Hispaniæ circa incompatibilitatem, dictam Clement. locum habere.* Conque parece queda convencido no aver favorecido el S. Larr. la opinion de Aguil. si antes bien, sentido positivamente lo contrario.

26 Esto supuesto, la primera razon que proponen para que dicha *Clem.* no deva correr, es el hablar solo en terminos de Beneficios Curados, como dize Roxas en el *n.* 46. & 47. *de la part.* 7. *cap.* 4. el qual expressa ser su causa final el disponer, que no permaneciesse en la possession de ambos Beneficios vn solo possehedor, por que alguna de las Iglesias no careciesse de el obsequio devido interin que hazia la eleccion, en cuyo tiempo gozaria de los frutos, è molumentos de ambos Beneficios; y que por evitar estos inconvenientes vino la *Clem.* y que esta fue la causa final de su dezision, la qual no se encuentra en los Mayorazgos.

27 Y parezia à nuestra limitada inteligencia, no poder ser la causa final la que se expressa por Rox. porque para salvar todos los inconvenientes que refiere, era suficiente, ò que no gozase mas que los frutos de vn Beneficio, el que eligiera, ò precisamente para cerrarles totalmente la puerta que estuviesse obligado à renunciar el vno luego que obtuviesse la possession de ambos; no empero privarle de la gracia con adquirir la possession de el incompatible, pues bastante era el coartarle el termino para elegir Iuxta axiom. *frustra sunt per plura quæ possunt fieri per pauciora de quo* D. Alvar. Velasc. *in loc. comm. lit. F. n.* 169.

28 Corroborandose mas lo referido con estar ya todos estos inconvenientes salvados con la disposicion de el Cap. de multa *de prebend.* por el qual se previene que vaque ipso iure el Beneficio, luego que se alcanze la possession de otro incompatible, con privacion de ambos al que intentare retener los dos *Cui consonat cap.* 4. & 5. *sess.* 7. & *cap.* 17. *sess.* 24. Concil. Trident. *de reform. de quib. vident.* qui nil ignoravit scilicet D. D. Man. Gonzal. Tell. *in com. d. cap. de multa n.* 7. Con que siendo las Clementinas disposiciones establecidas por la Santidad de Clemente V. y que no pudo sacar à luz, por aver muerto, por cuya causa su Subcessor Ioan. XXI. Alias XXII. las mandò publicar, y observar, fue precisso que estas como posteriores, no tan solamente à las Decretales, si al Decreto, y Sexto ad tradit. per d. D. Gonzal. *in apparat. iur. canon. n.* 55. dispusiesen, y adelantasen mas de aquello que ya estava prevenido *nam, & natura nihil faciunt frustra de quo* Aug. Barbos. *axiom.* 33. *n.* 3.

29 De todo lo qual se infiere, no poder ser otra la causa final, que la incomposibilidad que ay de residir dos contrarios en vn mismo sujeto; *Vt supra fundatum est*, y que como la gracia presupone capacidad en el Sujeto adlat. tradit. per Emin. de Luc. *iusum. tract. de Benefic. n.* 251. y esta cessava por estàr poseyendo Beneficio incompatible con el que le dava aquella; esta fue la causa de privarle desde luego.

30 Veàmos si esta se verifica en los mayorazgos, y parece concurre con superior razon, por que si la subcesion no puede estàr insuspenso vn instan-

te.

te, à que, tamquam sagita evolat, à buscar al possehedor, vt ex D. Solorzan. D. Olea D. Valenz. Anton. Aug. Baboſ. & Rox. tenet. Aguil. *p.* 5. *cap.* 2. *suo n.* 27. & 31. bien claro se ofrece, que hallandole impedido con otro incompatible, no le puede transferir derecho alguno, y que por el consiguiente ha de practicarse la disposicion de dicha Clem.

31 Es la segunda, que respecto de ser odiosa la disposicion de dicha Clem. no se deve extender mas de alo que expressamente contiene en ella; y parecìa deverse extender en sentir de elmismo Aguil. *p.* 4. *cap.* 2. *n.* 6. en donde funda, y es de opinion, que la incompatibilidad es favorable siempre que es entre los descendientes, para conservar el nombre, y familia de el fundador, literàl doctrina de nuestro caso, pues son D. Francisco, y D. Lope descendientes legitimos de los fundadores, y pide la incompatibilidad conservacion de su nombre, y familias, luego la deveremos aplicar todas aquellas disposiciones que la amplien; por subsistir la misma razon, en cuyo caso debe militàr la misma disposicion, non extensivè sed comprehensivè *l. libertum.* 64. *ff. de rit. nupt. l. statu liberi* 29. *§ quintus, Mucius ff. de stat. liber. l. illud cod. de Sacros. Eccleſſ. l. his solis C. de revocand. donat. l. si unquam C. de revocand. donat.* & ex Tiraq. Ioan. Gutier. Surd. Giurb. Stephan. Gratian. tenet. & fundat. D. Solorzan. *lib.* 2. *de iur. indiar. cap.* 18. *n.* 39.

32 Demàs de que aunque assi fuesse, y que dicha disposicion fuesse odiosa (*de quo nunc non disputamus*) siempre que se verifique su razon, deve subsistir aquella vt defendit ex Perez de Lar. Cardoſ. Pat. Rebell. Mar. Antonin. Menoch. Martin. Maguer D. Valenz. Parlad. D. Castill. & alijs quam plurib. d. D. Solorzan. *vbi proxe. n.* 40. 41. & 42.

33 Conque pareze queda claro dever proceder la disposicion de dicha Clem. en las materias de mayorazgo, no tocando los demàs reparos que propone Aguil. particulàrmente, para favorecer su opinion por que en el discurso del papel se haze generalmente pareciendonos favorecen à esta parte.

34 Es el segundo fundamento que favorece esta opinion, y propone Aguil. *d. p.* 7. *cap.* 4. *n.* 49. que el subcessor, y possehedor de el mayorazgo de incompatibilidad absoluta en su adquisicion, renunciò la subcesion de los demàs, lo qual funda con la *l.* 4. *§. eleganter ff. de leg. commiſ. cum alijs apud* D. Valenz. *consil.* 83. *n.* 40. & 63. *cum seqq.* y la ley *cuius bonis ff. de curat. fruioſ.* corroborandolo con el perjuicio que se sigue al subcessor de el otro mayorazgo, en el derecho que ya tenìa adquirido à aquel que pretende el possehedor actual de el incompatible, ponderando el inconveniente que se podia seguir, por que no tan solamante aquel que tiene derecho adquirido, quedara defraudado, sinoes toda su linea quedara privada, para lo qual no trahe fundamento alguno *de quo Paulo poſt.*

35 Veàmos pues, si este se aplica al caso en que nos hallamos, que es el estàr en la possesion Don Francisco de los Mayorazgos que pretende aora Don Lope, al tiempo que pidiò la de el fundado por dicha Doña Catalina Jaymes, aviendo elegido este, en cuyos terminos no parece queda la menor duda de aver perdido el derecho à los otros por aver tomado aquel con el qual no podia juntarse otro qualquiera, *vt supra fundatum est.*

36 Y si como enseña D. Valenz. *d. consil.* 83. *artic.* 2. *n.* 32. es bastante para la exclusion, y tacita renuncia, no el concurrir actualmente los dos mayorazgos incompatibles, si el que aya en el subcessor esperança de subceder en el opuesto, para quedàr privado de la subcesion entrando en el vacante, para lo qual trahe los vrgentes fundamentos que se pueden reconocer, y à que nos remitimos (por no ser nuestro intento el ser vnicamente trâscriptores) que diremos en el caso presente en que tuvo Don Lope facultad para aver pedido la possesion de los que aora pretende, si que fue vna renunciacion expressa de qualesquiera derechos que pudiera tener à ellos, causada con su eleccion verificandose en ella los extremos prevenidos por derecho, como son el concurso de todos los mayorazgos, estando ya diferida la subcesion de ellos aviendo adquirido el que aora possehe, adlate tradit. per Aguil. *p.* 8. *cap.* 6. *n.* 4. y para lo qual parecen text. no vulgares la *l.* 70. *§.* 1. *ff. de adquir. hered. l.* 3. *cod. tit.* ibi: *is qui hæres institutus est, vel is cui legitima hæreditas delata est, repudiatione hæreditatem amittit. Hoc ita verum est, si in ea causa erat hæreditas, vt & adiri possit l.* 17. *cod. tit. l.* 6. *ff. ad S. C. trebel. §.* 7. *instit. de hæred. qualit.* d. Aguil. *vbi proxe. n.* 54. *&* 55.

37 A lo qual se pretende satisfacer con dos medios, el primero, dezir que Don Lope ignorò por entonces, la incompatibilidad que aora representa, *ad text. in d. l.* 17. *ff. de adquir. hæred.* ibi: *si ignorat ad neutrum ei repudiatio nocet* el qual es de ningun fundamento, por que si supo que Don Francisco tenia otros mazorazgos como lo confiessa en el pedimento que presentò para pedir la possesion de el fundado por dicha Doña Catalina Jaymes, pues en èl dà por motivo possehèr Don Francisco su hermano mayor; otros muchos mayorazgos, deviò pedir las fundaciones de estos, y reconocer los derechos que a ella tenìa, padeciendo por esto vna ignorancia crasa que no le puede sufragar ad trad. per D. Velasc. *in loc. comm. lit. Y. n.* 16. Emin. de Luc. *in tract. de iur. Patron. discurs.* 64. *n.* 5. *&* 6. *& in tract. de cred. & debit. discurs.* 130. *n.* 6.

38 Demàs de que el motivàr para que seledieisse la possesion, el tener Don Francisco otros mayorazgos, precissamente suponìa ciencia en Don Lope de ser estos incompatibles, pues en otra forma como hijo mayor, le tocava la subcesion, que fue lo que se quiso evadir por entonzes.

39 El segundo, y con que parece se puede dar salida à estos, es hallarse Don Lope al tiempo que entrò en la possesion de el que goza, de catorce años de edad, en cuyo tiempo no pudo perjudicarse ni sustenerse el acto sino es en lo proficuo, el qual fue sin intervencion de Solemnidades, por cuya causa no pudo perder el derecho à los mayorazgos que aora pretende incompatibles, ni adquirirse alguno à Don Francisco.

40 Para cuya satisfaccion, nos ha parecido indispensable, tocar la disput de si el menor puede ò no elegir, y optàr vno de dos mayorazgos incompatibles, sin Solemnidades, por depender de esta resolucion el cavàl concepto de el fundamento de esta excepcion, y de su satisfaccion; y teniendo presente ocupar el tiempo lo menos que podamos, entremos desde luego en el assumpto, y prescindiendo de la question de quando no estan diferidas las

subces-

Sucesiones de los mayorazgos, por no ser de nuestro intento; y que se podrà ver lo solido de los fundamentos que sufragan à no ser necessarias en este caso las Solemnidades en los A. A. que abaxo zitaremos; passemos à los terminos de nuestro caso.

41 Que es quando està diferida ya la Subcesion, al tiempo que elixe, en el qual Mier. *de Maiorat. 3. p. quæst. 18 al n. 29.* concluye, son essenciales el decreto del Juez, y todos los demàs requisitos prevenidos por derecho, para las enajenaciones de las cosas pertenecientes à menores ibi: *Et est advertendum, quod vbicumque Primogenitus minor renunciaverit maioratum, sive in casu legis 7. tit. 7. lib. 5. recopilat.. sive in alio quolibet casu, debeat observari decretum iudicijs, & aliæ Solemnitates, quas requirunt leges Regni, & ius commune in alienandis rebus minorum.* Sin traher mas fundamento que el consil. de Iass. 107. *n. 2. vers. ytem licet Imperator lib. 4.* y este, para que los menores en la renunciacion de Primogenitura la ayan de hazer con todas las Solemnidades prevenidas, para enaxenazion.

42 Favoreciendo esta opinion Rox. *de incomp. p. 8. cap. 6. à n. 21. vsque ad 27. maxe. n. 24.* ibi: *exinde teneo quod etiam pubes, seù Adultus, per se solum eligere non potest, sine assistentia Curatoris, & iudicis authoritate.* trayendo por fundamento de su opinion *el text. en la ley magis puto 5. §. fundum 8. ff. de reb. eor. qui sub. tut.* cuya especie es, que el fundo legado no le puede repudiar el pupilo sin la autoridad de el Pretor, por ser enaxenacion insubsistible por su naturaleza, sin esta circunstancia en las cosas de los menores. De lo qual infiere, que el adulto puber no puede hazer eleccion por sì solo, sin la assistencia de el Curador, ò el Juez, trayendo à bargum. *el text. en la ley qui neque 8. §. 1. & l. Si prædia in princip. ff. de reb. eor.* las quales todas prohiven la enaxenacion en los menores sin las Solemnidades referidas; y tocando Aguil. *in add. ad d. Rox.* en el lugàr zitado *à suo n. 12. vsque ad 29. inclusivè* esta quest. resuelve en el *n. 22.* que no es necessario concurso de Solemnidades alguno. Pero por desviarse de este dictamen *al n. 29.* afirmando ser mas seguro en practica la Sentencia de Mier. y Rox. nos emos de exponer à aplicar los fundamentos que estos trahen.

43 Y parece que estos no pruevan ni impelen el animo à persuadirnos, tengamos por tan segura su opinion, por què vnicamente pruevan vna proposicion de eterna verdad en nuestra Jurisprudencia, que es no poderse hazer enaxenaciones de bienes de menores, sin Solemnidades, pero no parece satisfacen algunas limitaciones que esta regla tiene, y que son los terminos precissos en que nos hallamos, y que emos aprendido de el mismo Aguil. que las trahe con graves fundamentos.

44 Como son no correr esta disposicion en las enaxenaciones præcissas, *ad latè tradit* per eund. Aguil: cum plurib. *al n. 13.* satisfaciendo en el *n. 27.* à la disposicion del *§. fundum* de la ley *magis puto.* No pudiendo ni dexando nos de atencion levantar la pluma sin referir el text. que nos parece capital para esta materia, y que trahe Aguil. que es el *§. si fundum 4.* de dicha ley magis puto, cuya especie es, si el fundo legado, ù dexado por fidei commiso à seyo, se podrà restituir por el pupilo instituìdo por heredero, sin el decreto

de

de el Juez; y reſpõde el I. C. Vlpian. que ſiendo la coſa gravada de el Teſtador, no es neceſario, y ſiendo de el Pupilo es preciſſo ibi: *Et putem ſiquidem rem ſuam legavit, ceſſare orationem: ſin vero de re pupilli, dicendum erit, locum eſſe orationi*, con el qual parece no queda duda alguna.

45 Pareciendonos de mas de los fundamentos que propone Aguil. deverſe tener otro preſente para que la eleccion no neceſsite de Solemnidades, que le conjeturamos de la miſma oracion que nos propone *el §. 2. de la l. 1. ff. de reb. eor.* expreſa la prohibicion que los Padres conſcriptos eſtablecièron para las enaxenaciones de los predios de los menores, ſin el concurſo de extremos que ellos mandan, y inſtantaneamente lo limita, ſino es aviendo precepto de el Teſtador ibi: *niſi vt id fieret Parentes Teſtamento vel codicilis caveant*, y no parece mucha audacia el dezir, que dando la eleccion los Teſtadores en las fundaciones de los Vinculos, quienes tienen libre facultad para hazerlo, y gravar ſus bienes como quiſieren; eſta eſtà concedida à los menores, y que eſtos la puedan executar ſin mas que el premiſſo de los que la dieron, por no ſer neceſſaria Solemnidad alguna en terminos de enaxenacion real, y verdadera, quando precede à ella precepto de el Teſtador *l. 1. & 3. C. quand. decret. opus non ſit. l. vltim. ff. de reb. eor.* D. Ret. *opuſc. lib. 4. ad not. Claudij in l. negationem ff. de adminib. tut.* Ciriac. *lib. 2. controv. 308. n. 53. & controv. 309. à n. 4. vſque ad. 9.* Trentacinq. *lib. 2. var. tit. de minor. reſolut. 9. n. 21.* Giurb. *lacis. 66. à n. 5.* Ioan Bapt. Thor. *vot. 24. à n. 26.* D. D. Alphonſ. de Olea. *de Ceſſ. tit. 2. queſt. 2. n. 8.*

46 Demas de no ſer eſta propiamente enaxenacion, nì poderſe regular por eſtos principios por no adquirirſe derecho alguno à el menor ſobre el mayorazgo que dexa, por ſer notorio, que en los legàdos de opcion no ſe adquiere eſte haſta que eſtà hecha teniendolo vnicamente, ſebre el que Opta *l. 12. §. 8. ff. quand. dies legat. ced. l. 11. l. 15. ff. de Opt. legat.* D. Mart. Larriat. *lib. 5. ſelect. cap. 4. & 5.* Aguil. *p. 8. cap. 6. ſuo n. 28.* y por eſta razon, hecha vna vez la eleccion de vno de los mayorazgos incompatibles, es tal el efecto que cauſa, que es conſtante, ſer lo miſmo que ſi al otro no ſe le huviera concedido la menor accion para elegìr, ad late tradit. Per D. Larr. *deciſ. 52. n. 34.*

47 Y ſi el fin Principal (quando todo lo referido ceſſara) por que ſe pudiera conceder las opiniones contrarias, era para evitar qualquiera leſion en los menores que pudieran hazer ſemejantes elecciones, parece eſtà ſubſanado con conzederle la reſtitucion, en caſo de que ſe experimente, *text. expreſ. in leg, ait Pretor 7. §. 7. ff. de minorib.* Cuya eſpecie es, que ſi el menor ſin dolo huviere repudiado el legado, ò huvieſſe ſido leſo en el legado de opcion eligiendo la coſa menos proficua, ò ſi hizieſſe promeſa alternativa, y dieſſe la coſa mejor, deve ſer ſubvenido por el Prætor ibi: *debere ſubveniri, & ſubveniendum eſt l. 5. tit. 19. part. 6.* ibi: *Otro ſi, dezimos, que ſi al menor de veinte è cinco años fueſſe otorgado poder en Teſtamento de otri, ù de otra manera, de eſcoxer alguna coſa que fueſſe mandada, que ſi por aventura ſe engañaſſe en le eſcogencia, cuidando tomàr lo mexor, è non lo fizieſſe aſsi, que puede pedir al Juez, que le mande dexar aquella coſa peor que tomò, è tomar la mejor, è el Juez develo fazèr.*

De

48 De [illegible] dos textos se infieren dos consequencias à nuestro intento; la primera que se le concede la restitucion, y la segunda, que no son necessarias Solemnidades algunas en el acto de la eleccion, y esto pareze tiene la prueva clara, la restitucion no se conzede à los menores, sino es en aquellos actos existentes legalmente, por que los nulos no la necesitan: *Leg. non omnia 44. in fin. ff. de minor.* Didac. Narbon. *de etat. ann. 25. quæst. 13. n. 10.* Aguil. *p. 8. cap. 6. suo n. 26.* por que este remedio como extraordinario, no se deve intentar aviendo otro qualquiera *text. express. in l. 16. ff. de minor.* Y si el acto fuera nulo, competian otros muchos à el menor; se dà la restitucion à los menores en los legados de opcion, quando en ella son lesos *vt sup. fundat.* luego pareze que esto es por la existencia que se considerò en el acto hecho sin Solemnidades, no siendo estas necessarias para la eleccion.

49 Con que pareze aver gravissimos fundamentos por nuestra opinion, sirviendonos de grave admiracion, el que aviendolos tenido presentes la bien cortada pluma del Aguil. prorrumpa sin darles satisfaccion al *n.* 29. de la dicha *p. 8. cap. 6.* deverse seguir en practica, la opinion de Mier. y Rox. quando en esta tan solamente, deven tener lugàr aquellas doctrinas que la probabilidad intrinseca las govierna: *Adlate tradit. per* Cyriac. *controv. 50. n. 3.* ibi: *non enim ex his sum ego, qui magni faciam Doctorum Authoritates nisi quatenus lege, vel ratione sint munitæ nam considerandum non est quis dicat, sed quid dicatur.* Emin. de Luc. *in tract. de fidei com. disc. 27. n. 9.* quien en el *disc. 126. eiusd. tract. al n. 2.* dize, explicareme con sus vozes, ibi: *Quanvis modernus vsus contrarium doceat, quod vbi habentur textus, adhuc tamen eis oblitatis, seu verius nunquam visis, neque cognitis tota scientia, vt pote desumpta ex repertorijs, consistat in decisionibus ac in modernis doctrinis.* Y conociendo persuadir esta lo contrario, ibi: *Ex quibus vides minorem ad electionem inter mayoratus incompatibiles non indigere Solemnitatibus, quæ ad alienationem requiruntur, quià ea conditione maioratus adquiruntur, vel delati sunt, ideoque ante electionem nichil de suo alienat, minor quod quidem probabile iudico,* nos admira aconseje lo contrario.

50 Y quando (con resistencia Juridica) lo referido cesara, todavia parezìa inaplicable esta excepcion al caso presente; por que ò se considera à Don Lope leso, ò no, en la adquisicion que hizo del Mayorazgo fundado por dicha Doña Catalina Jaymes, y derecho que por este hecho se radicò en Don Francisco, si lo primero pareze se yerra el medio de fomentàr este litigio, por que era precisso pedir la restitucion: *Vt sup. fundat. remanet.*

51 Para la qual, indisputablemente, se requiere que sea leso, *l. verum. 11. §. Sciendum. l. quod si minor 24. §. Non sæper l, nõ omnia 44. ff. de minor. l. 6. tit. 19. part. 6. in fin.* Rox. *de incomp. p. 8. cap. 6. n. 26.* ibi: *quo supposito, infertur etiã, quod in electione vnius duorum incompatibilium maioratum, si minor fuerit læsus, erit in integrum restituendus, & non aliter: quia ad hoc vt possit restitui debet esse minoret lesus.*

52 Y que esta lesion aya intervenido por facilidad de el menor, ù dolo de el [illegible]on èl contraxo, *d. leg. 11. §. Sciendum. Ias. in leg. nam, & postea §. si minor n. 5. ff. de iure iur.* Corn. *consil. 135. n. 7. lib. 2.* Dec. *in l. nichil consensui §. ius publicum n. 3. ff. de Reg. Iur. & consil. 89. n. 10.* Ruin. *consil. 119. n. 13. lib.*

5. Cels. Hugo *conf.* 101. & Odd. *de reſtit, in integr. p.* 1. *queſt.* 4[illegible] 2. & *artic.* 5. *maxè n.* 21. donde deniega al menor la reſtitucion, quando no [illegible]rvienen los dos extremos arriba referidos, è interviene leſion en acto, que qualquier Padre de Familias prudente le huviera executado; Cancer. *var. reſol. tom.* 2. *cap.* 1 *n.* 242. & 243. remitiendonos à los ſiguientes en quanto al tiempo, y con que conozimiento de cauſa ſe deve conzeder la reſtitucion, *maxe n.* 244.

53 Y bien ſe ve, que el no averſe propueſto eſte medio, avrà ſido por conſiderar lo defectuoſo de extremos, que eſtà en nueſtro caſo; por que en quanto à eſtàr leſo, bien claro conſta de los Autos, no aver diſparidad entre los tres mayorazgos que ſe controvierten. Y en quanto à aver ſido por dolo de Don Franciſco la adquiſicion que hizo Don Lope de el Mayorazgo que poſſehe, no ay el mas leve motivo para eſte diſcurſo, pues no tuvo la menor intervencion en ella; y menos ſe puede diſcurrir aver ſido por la facilidad de la edad, pues eſto lo reſiſte el preciſſo llamamiento de hijo ſegundo, que ſe encuentra en ſu fundacion, y la inſiſtencia, en ſu poſſeſsion, deſpues de cinco años, que cumpliò los 25. y en que ſaliò de la menor edad.

54 Todo lo qual, aſianza mas la pretenſion de Don Franciſco, pues quando fueſſe cierta la opinion contraria, y ſe quieran aplicar à Don Lope todos los privilegios conzedidos à los menores, y que por la aceptacion que hizo de el mayorazgo fundado por dicha Doña Catalina Jaymes, no pudieſſe eſta por entonzes aver producido efecto alguno, ni adquiridoſele derecho à Don Franciſco, à los Fundados por Don Franciſco Gonzalez de Abellaneda, y Don Lope Ruiz de Sandoval, toda via no fuera baſtante, para que eſte no ſe conſidere exiſtente por aora, y que dicha aceptacion produzga los efectos legales referidos; por que ſi como conſta de el teſtimonio de la Fè de el Bautiſmo, que eſtà en los Autos de dicho Don Lope, cumpliò 30. años à 18. de Julio de el año paſſado de 1705. por averſe Bautizado otro tal dia del año de 1675. bien claro ſe ofreze, averſele paſſado el tiempo que tenia para reclamar de los Actos executados en la menor edad, pues ſolamente ſe le conzede el quadrienio Jacob. Menoch. *de recup. poſ. rem.* 15. *n.* 114. Hermoſ. *in. not. ad leg.* 4. *tit.* 5. *part.* 5. *gloſ.* 12. *n.* 48. *l. vltim. C. de temp. in integ. reſtit. l.* 8. *tit.* 19. *part.* 6. & ibi: D. Greg. Lop. *gloſ.* 5. D. Covar. *lib.* 1. *Cap.* 3. *n.* 11. Cancer. *tom.* 2. *var. cap.* 1. *à n.* 233. Barboſ. *in collect. diet. leg. vltim. & ex eis & alijs* Aill. ad Gom. *tom* 2. *cap.* 14. *à ſuo n.* 8. en tanto grado, que paſſado eſte tiempo, ni por via de excepcion ſe puede pedir la reſtitucion, dict. Barboſ. *vbiſupra n.* 5. Aill. *vbi proxe n.* 8.

55 De lo qual bolvemos à inferir, que ſi dicho menor fue leſo en el Acto que executò en la aceptacion de el Mayorazgo, tuvo tiempo para reclamar, y no lo hizo; y que aunque el Acto por entonzes no pudiera adquirir derecho alguno en Don Franciſco, eſte eſtuviera ya radicado por la taziturnidad, y ratificacion que ſe induçe de eſta.

56 Demas de que ſi *vt ſup. fundatum remanet*, la Subceſsion no pu[illegible]ar vn inſtante inſuſpenſo, fue preciſſo, que en el miſmo que Don Lope hizo la aceptacion, paſſaſen eſtotros à Don Franciſco, lo qual ſe prueva: Pareze no

pue-

puede ... arse, que hallandose Don Lope con dicho Mayorazgo, que sus Clausulas tienen incompatibilidad absoluta, ad late tradit. per Aguil. *p.* 7. *cap.* 4. *n.* 30. se hallò con total incapacidad para que se le pudiera adquirir derecho alguno à los que possehe Don Francisco, reputandose por esta circunstancia, como si estuviesse muerto, no constituyendo grado alguno, por la incapazidad que en èl residìa, *leg.* 1. *§. qui habebat. ff. de Bonor. poss. cont. tab.* Aug. Barbos. *vot.* 30. *n.* 46. Giurb. *de suess. feudor. §.* 2. *glos.* 6. *n.* 65. D. Molin. *de prim. lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 17. D. Castill. *lib.* 6. *controv. cap.* 137. *n.* 46. *& seqq. & lib.* 5. *cap.* 110. *n.* 30. D. Crespi. de valdaur. *observ.* 97. *n.* 11. Antun. *lib.* 1. *p.* 2. *cap.* 29. *n.* 57. Aguil. *p.* 3. *cap.* 2. *n.* 12. 13. 14. *&* 15.

57 En cuyo caso, fue precisso que la Subcesion hiziesse transito en Don Francisco, y que radicara en el legitimo derecho à los Mayorazgos que possehe en virtud de la Clausula de el fundado por Don Lope Ruiz de Sandoval, ibi: *si la tal hija fuere vnica, queremos, y es nuestra voluntad, que herede este nuestro Mayorazgo, llamandose en segundo lugar con apellido de Sandoval, y juntando las armas de Sandoval, y las suyas*: por la qual dispensa, la incompatibilidad, no aviendo mas que vn descendiente en quien puedan recaer las Subcesiones, que es lo que sucede en el caso presente, por la incapacidad de Don Lope.

58 Esto procede, sentado el principio, de que Don Lope pudo hazer la aceptacion de el Vinculo de Doña Catalina, y que en virtud de ella, se le adquiriò à èl legitimo derecho; y si falta esta proposicion, se halla Don Lope en terminos precissos de confessar que ha estado possèyendo dicho Mayorazgo sin legitimo Titulo, y por consiguiente, que està obligado à la restitucion de los frutos, y rentos, desde el dia que tomò la possesion, por faltar la causa en cuya virtud los pudo hazer suyos, *§. siquis a non domino* 34. *instit. de Rer. divis. vbi comm. Repet.* Lo qual pareze no se concederà por Don Lope.

59 Pues si con la adquisicion que hizo Don Lope, adquiriò legitimo derecho al Mayorazgo fundado por dicha Doña Catalina Jaymes, y por este mismo hecho se radicò en Don Francisco à los fundados por Don Lope Ruiz de Sandoval, y Don francisco Gonzalez de Abellaneda, como es dable que aora se le pueda perjudicar en este, por el dicho Don Lope, quando persuaden lo contrario los pirncipios legales, *leg. id quod nostrum. ff. de Reg. Iur. l.* 62. *ff. de pact.* D. Covar. *lib.* 1. *var. cap.* 14. *n.* 7. vbi Far. Anton. Gom. *in l.* 40. *taur. n.* 29. Suar. *in l. quoniam in prioribus quest.* 8. *& alleg.* 29. Gam. *dazis.* 8. *n.* 2. *vbi* Flor. de Mena *& dacis.* 233. *n.* 16. *& dacis.* 238. *n.* 2. *vbi pulchre* Flor. de Men. Gracian. Forest. *cap.* 45: *n.* 2. D. Larrea *dacis.* 65. *n.* 7. Giurb. *ad consuet. mesanens glos.* 7. *n.* 51. 52. *& seqq*, Fontan. *de pact. nupt. Clauf.* 4. *glos.* 9. *p.* 1. *n.* 5. Peregrin. *de fidei comm. art.* 51. *à n.* 43. D. Molin. *de primog. lib.* 4. *cap.* 2. *n.* 73. vbi add. Cancer *lib.* 3. *cap.* 7 *n.* 258. Tondut. *resolut. civil. cap.* 55. *n.* 5. Fachim. *controv. lib.* 8. *cap.* 89. Amant. *resolut.* 30. *n.* 11. 13. *&* 14. idem. D. Larrea *dacis.* 91. *à n.* 4. Gutier. *practic. lib.* 2. *quest.* 52. *n.* 5. D. Castill. *lib.* 4. *cap.* 5. *n.* 21. Antun. *lib.* 1. *pralud.* 2. *§.* 1. *n.* 154.

60 En tanto grado, que aun al derecho que vn tercero tiene *in spe* no se le puede perjudicar ni privar, no tan solamente por otro tercero, pero ni aun por Superior potestad *l. indiem §. non autem. ff. de aqua pluv. arcend. l. si constante*

tãte verſic. exceptiſ. C. de donat. ante nupt. Hermoſ. *in l.* 13. *tit.* 5. *p.* 5, *gloſ.* 2. *n.* 15. Marius Cutell. *de donat. contemp. matrim. tract.* 1. *diceurſ.* 2. *p.* 6. *n.* 86. Serv. à Corr. *de purit. Sanguin.* 1. *p. queſt.* 7. *à n.* 4. ſiendo la razon, por la conſideracion legal que ſe haze de la pertenencia de dicho derecho *leg. filio familias ff. quib. ex cauſ. in poſſ.* ibi: *quia ambo ſpem commodi habent l. Verbum illud* 18. *in fin ff. de Verb. ſign.* ibi: *Pertinere ad nos etiam ea dizimus quæ in nulla eorum cauſa ſunt ſed eſſe poſunt l.* 13. *tit.* 5, *part.* 5. Capyc. Latro. *dæciſ.* 34, *n,* 14, Glurb. *ad conſuet. Meſanenſ.* 1, *p, cap.* 1, *gloſ.* 3, *à n.* 57, dict. Cutel. *dict.* 6, *p. n.* 155, *& diſcurſ.* 3, *à n,* 118, *fol,* 575, *tom,* 1- Burg. de Paz. *conſil.* 9, vbi Add. vnus procunctis. Luminare maius iuriſprudentiæ ſcilicet D, D, Ildephonſ, de Olea. *In ſuo numqm ſatis laudato tract, de ceſſ, iur, tit,* 3, *queſt,* 10, *n,* 13, ibi: *& iure, quod in ſpe tantum competit, privari quis non poteſt, etiam per Principem.*

61 Siendo bien digno de reparo lo que propone Aguil. *al n,* 51, *de el cap,* 4, *de la p,* 7, donde enſeña, no aver tiempo en que ſe pueda dezir competir la Subceſsion de otro qualquier mayorazgo al poſſehedor que ſe halla con otro incompatible abſolutamente, de cuya naturaleza es el que ſe trata, y poſſehe Don Lope, en el qual, no ſe puede aver verificado inſtante capaz, para aver adquirido derecho à otro qualquiera por gravar al Subceſſor con ſola ſu poſſeſsion, de lo qual ſe infiere, que interin que la tiene, no puede ni tiene lugàr otro alguno *argum. text, in l,* 5, *§,* 1, *ff, quand, dies leg, ced,* y por conſiguiente, hizo trãſito en Don Franciſco la Subceſsion de los otros.

62 Deviendoſe tambien tener preſente, que aun que zeſara dicha incompatibilidad, baſtara la tacita renunciacion que de ellos hizo Don Lope, con la adquiſicion de el fundado por dicha Doña catalina, para excluir qualquiera accion, vt ex Franch, Morot, Surd, Anton, Faber, Gratian, Fontanel, Gallerat, & Marin, docet Aguil, *d, p,* 7, *cap,* 4, *n,* 54.

63 A cuyos fundamentos, ſolo ſe ſetisface por el dicho Autor *al n,* 62, *eiuſd, cap,* que no ſe puede inducir tacita renuncicion de otro mayorazgo al tiempo de la aceptacion, por que el poſſehedor no pudo prevenir la Subceſsion de los otros, (cuya concluſion funda con el *§,* 2, *de la ley* 1, *ff, de cond, & demonſtran*: En el qual, vnicamente enſeña el Juriſc, Pompon, ſer dia incierto el de la muerte, por cuya cauſa no ſe tranſmite el legado à los Herederos, no llegando antes el caſo, por no verificarſe la condicion, lo qual pareze no prueva la intencion de Aguila, ni alcança nueſtra cortedad, de que parte de el texto pueda ſacar la prueva de ſu concluſion, no pudiendola renunciar por eſta cauſa, por no entenderſe renunciados los derechos ignorados (in quo non immoramur) ad late trad, per Cyriac, *controv,* 128, D, Olea *tit,* 3, *queſt,* 10, *n,* 22.

64 Y pareze tener notoria reſiſtencia, ſemejante propoſicion, ſi atendemos à los preceptos legales, que goviernan eſta reſolucion, los quales perſuaden, dever prevenir la Subceſsion, por que lo demas dexa los limites de demaſiada vigilançia, y paſa à los de vna negligencia culpable; parezen textos no vulgares para el intento, la ley 9, *§, idem quærit ff, locat,* ibi: *quod hoc evenire poſſe proſpicere debuit leg, qui bona* 13, *§,* 2, *ff, de damn, infect,* ibi: *ſed cum proſpicere ſibi potuerit, damni infecti cautionem non proſpexerit merito combenietur*

nietos *leg.* 8. *ff. eod. tit.* ibi: *cum non ipsius negligentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit leg. Lucius* 78. §. 15. *ff ad S. C. trebel. leg. sed si prætor* 26. §. 7. *ff. ex quib. causs. maior.* ibi: *feriarum rationem haberi non debere, quia prospicere eas potuerit, & debuerit actor ne in eas incidat leg.* 5. §. 1. *ff. de adquir. rer. domin. docet* ex Rofred. & Ricard. D. Valençuel. *dict. consil* 83. *n.* 53.

65 Demàs de no hallarnos en estos terminos, ni en la supoficion que habla Aguil. si antes, en vnos muy distintos, y evidentemente contrarios, como es no tan solamente no poder prevenir la Subcesion, por no estar esta diferida, si antes estarlo, y averla dimitido Don Lope, vt supra expresavimus, en los quales, precissamente seria dicho Autor de nuestra opinion, como quien tendria presentes los graves fundamentos que la assisten.

66 Es ostro fundamento, que favoreze à Don Francisco, que con la aceptacion de el Mayorazgo fundado por Doña Catalina Jaymes, que hizo Don Lope, se obligò à cumplir sus condiciones, y siendo estas incompatibles con los que pretende, pareze ineficaz su intento, como dize Aguil. *al n.* 63. *del cap.* 4. *de la dicha p.* 7. sin traher fundamento alguno para ello, y bastara ver, para su seguridad, lo que enseña el Señor Pichard. *in §. hæres quoque* 4. *instit. de oblig. que quas. ex contract. n.* 5. *& in terminis acceptationis Maioratus* Mier. *de Maiorat.* 2. *part. quæst.* 4. *illat.* 8. *à n.* 65. D. Castill. *lib.* 5. *cap.* 107, *n.* 65. Gratian. *discept. forens. cap.* 816, *n.* 9. *ex plurib.* Antun. *de donat. lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 30.

67 A lo qual satisface *al n.* 64. que esta obligacion tan solamente permaneze, interin que el possehedor goça el Mayorazgo, cessando siempre que lo dimitiese, para lo qual trahe *la ley vltim. ff. de confirm. tut.* ibi: *teneri eis ex fideicommisso, si non curam suscipiret nisi quod ei datum esset nollet potere, aut reddere paratus esset.* De lo qual pareze se ha valido la otra parte, aplicando *la reg. vulg.* de que no se dize impedido aquel que fazilmente puede remover el impedimento.

68 Y segun el texto que nos propone Aguil. pareze deveremos seguir lo contrario de lo que funda en el caso presente. Es, pues, su especie, si la Abuela huviesse dado Curador à sus Nietos por su testamento, dexandole vn fideicommiso al Curador, y se dudò si se podrà apremiar al sobredicho, à que administre, y responde el J. C. Scævol. no ser Curador (hasta que se confirme por la prohivicion legal, que se encuentra, de dar semejantes cargos por Testamento *leg.* 1. §. *hoc amplius* 3. *ff. de confirm. tut. vel curat.*) Pero que està tenido à la administracion, si no es que no quiera el fideicommiso, ò si lo rezibiò, estè pronto à restituirlo, ibi: *aut reddere esset paratus*, lo qual se comprueva con *la ley* 32. *& leg.* 28. §. 1. *ff. de excusat. l.* 28. *ff. de testam. tut. leg.* 111. *ff. de legat.* 1.

69 Y pareze se opone à la disposicion de dicha *ley vltim. ff. de confirm. tut.* el J. C. Paul. *en la ley* 5. §. 2. *ff. de his quæ vt indign. auser.* Cuya especie es, que el Tutor que se le legò algo por el Testamento de el que le nombrò por tal, deve perderlo, escusandose de la Tutela, limitandolo esto, si no es que huviesse recibido la cosa legada, por que en este caso no se admite la escusa, ibi: *Sed si consecutus fuerit, non admititur ad escusationem*, de que se infiere, no tener lugar la escusa, vna vez recibido el legado; teniendo esto su fundamento,

segun el mismo texto, en no permitirse hazer cosa alguna contra la voluntad de el difunto, à aquel que recibiò lucro por su disposicion, ibi: *contra iudicium defuncti fecit l. 34. ff. de excusat.* resolviendose esta dificultad, segun nuestra limitada inteligencia, con ser precisa la ciencia para no tener lugar la escusa, que ignorando ser Tutor, bastara cumplir, con bolver el legado, para librarse de la Tutela.

70 Cuyo fundamento, antes pareze impugnar la opinion de Aguil. y favorezer la que sufraga à Don Francisco, pues supone el texto, que teniendo ciencia de los gravamenes con que se dexa el legado, ò fideicommiso, y aceptandolo vna vez, no bastarà bolver el legado, por que queda obligado à cumplir con sus condiciones, y no pudiendo ignorar dicho Don Lope, que las condiciones de el Mayorazgo que aceptò, le excluyan de poder tener derecho à otro qualquiera incompatible con aquel, y lo que mas à otro alguno, por pedir dicha Doña Catalina Jaymes su Fundadora, que lo huviese este de possehor la persona que no tuviesle otro Mayorazgo; ad trad. per Barbos. *de potest. Episcop. alleg. 72. n. 105* Emin. de Luc. *in suo trat. de iur. Patron. disc. 47. n. 5.* Es claro no cumplir Don Lope con dimitir por aora el Mayorazgo, ni poderlo hazer; y si en algun caso tuviera lugar, fuera restituyendo todos los emolumentos que ha percibido, por la voluntad de dicha Doña Catacina Jaimes, la qual quiere aora prepostterar *leg. 32. versic. recte ff. de excusat* ibi: *Recte ergo placuit, eum, qui recusat id quod Testator relinquit, ab eo, quod petit, quod idem dedit, repelli debere.*

71 Demas, de que en el mismo text. que trahe Aguil. para fundamento de su opinion, se encuentra claramente su ruina, en las palabras siguientes, ibi: *si non curam Suscipieret*, de donde se infiere, que el permitirsele escusarse de la Tutela con bolver el legado, es quando esta no està aceptada, que vna vez hecho es evidente, no tener lugar: pues como quiere persuadir dicho Autor con este texto, que vna vez aceptado el Mayorazgo, estarà avil, y suficiente en qualquier tiempo, para dexarle, inpugnando la voluntad de el Testador, queriendo adquirir otro.

72 Y aunque todo lo referido cessara, y que estas consideraciones se quieran prepostterar, y tenerlas, solo presentes para atribuir desseo de manifestarlas, toda via ay otro fundamento irrefagable, de el qual no se haze cargo Aguil. para que no pueda tener lugar en este caso la opinion que defiende, y que le inferimos, de confessar como confiessa tacitamente, hallarse con actual impedimento el possehedor de el Mayorazgo, semejante al que goza Don Lope, para adquirir otro qualquiera, por expressar como expressa al dicho *n. 64.* no le tendrà, dimitiendole, ibi: *maioratu ergo dimisso; alterum acquirere non impeditur.* De donde pareze sale por legitima consequencia, que interin que le possehe, se halla con impedimento, y subinferimos; luego ha estado la Subcession de los otros Mayorazgos vaca, en quanto à este possehedor durante el impedimento, y apta para transferirse en otro qualquiera, aviendo concurrido transferidose por no poder estar insuspenso, *vt supra fundatum est*, en Don Francisco, por ser este la persona vnica en quien lo pudieron hazer dichas Subcesiones, *vt sup. dictum est.* Siendo evidente que en este tiempo se le adquiriò legi-

legitimo derecho à Don Franciſco à los Mayorazgos que poſſehe, y contra vno de los quales dirixe ſu pretenſion Don Lope.

73 Pues como es dable, que ſi la alta comprehenſion de Aguil. huvieſſe tenido preſente eſte fundamento, huviera reſpondido, que eſtava avil el poſſehedor de el Mayorazgo, ſemejante al que poſſehe Don Lope, para fomentar accion contra los otros, ſolo con la dimiſsion de el que poſſeìa; pues de eſte antecedente ſe infiere, por conſequencia legitima, que el poſſehedor ſolo con ſu hecho podia perjudicar al derecho adquirido en vn tercero, *contra graviſsima fundamenta aducta ſup.* mudando de voluntad, *contra reg. vulg.* 33. *de reg. iur. in* 6. *mutare conſilium nemo poteſt, in alterius de trimentum de qua plura* D. Velac. *in loc. comm. lict. c. n.* 159.

74 Satisfechas ya las reſpueſtas que ſe dan por Aguil. à los vrgentes fundamentos que favorecen à Don Franciſco, veamos los que trahe para roborar ſu opinion, y ſi eſtos ſon aplicables al caſo preſente.

75 El primero que propone *al n.* 56. *de dicho cap.* 4. *dict. p.* 7. es el q̃ parezìa deſproporcionado, que aquel que mas por evento de la Subceſsion que por voluntad ſuya avia adquirido el mayorazgo, quedara excluido de la Subceſsion de los osros, laqual como contingente no pudo prevenir. Y parece eſtàr conſpirando eſta propoſicion à favorecer à Don Franciſco, por que eſtà tan lexos de correr ſu diſpoſicion, quanto eſtà de verificarſe ſu razon, y ſin eſta es claro no poder militar aquella, *iuxt. illud* Apoſtol. 2. *Corinth. cap.* 3. *verſ.* 6. ibi: *non litera ſed Spiritu: litera enim occidit, Spiritus autem vivificat leg. illud* 32. *ff. ad leg. Aguil.* Oſuald. ad Donel. *lib.* 1. *cap.* 14. *lit. A. & in not. & cap.* 15. *lit. B. & in not.* Siendo cierto vt ſup. dict. que el adquirir Don Lope el Mayorazgo que goza, fue acto voluntario.

76 El ſegundo que expreſſa *al n.* 57. es conſtante ſer diſtinto el caſo que contiene, Pues dicho Autor ſupone, no vacantes los dos Mayorazgos al tiempo que ſe difiere la Subceſsion de el vno, ibi: *quod ſi ob ſpem alterius Maioratus, quem ſperabat Succeſſor.* Y en el caſo preſente, eſtava en aptitud (en la ſuposicion contraria) para aver podido adquirir Don Lope qualquiera de los que pretende.

77 Y antes que concluyamos, veamos ſi podemos valernos de lo que enſeña dicho Autor, y Rox. por fin de eſta queſt. confeſſando, que ſolo en vn caſo podia ſuſtenerſe, y defenderian no tener derecho el poſſehedor de el Mayorazgo incompatible à qualquiera otro de eſta calidad, ſcilicet, quando el que pretendìa ſe hallaſe con la clauſula excluſiva de otro qualquiera v. g. *no entre eſte Mayorazgo en la perſona que tuviere otro*, por que como dize Rox. *dict. p.* 7. *cap.* 4. *n.* 48. en eſte caſo no es llamado el tal Subceſſor, ſino excluìdo.

78 De donde inferiamos, que ſi eſta Clauſula es excluſiva, y no permite ſe adquiera derecho al Mayorazgo que la contiene, eſtando el que lo pretende impedido con otro; quanto mas ampliara ſu fuerza à aquel que eſtà ligado con poſſeſsion, para no permitir ſele transfiera en èl el mas leve derecho, que poder repreſentar à otro qualquiera; pues ſi la eſperança no ſe le permite para adquirirlo, quanto menos ya adquirido, ſe le concederà para tener derecho à otro *nam ius quærendum facilius, impeditur, &c. de quo plura* D. Velaſc. *in loc. com. lit. Y. n.* 184.

No

79 No omitiendo vna consideracion que se nos ofrece, y parece terminante disputa Rox. *à el cap. 6. de la p. 8. al n. 29. & seqq.* si huviesse dos Mayorazgos, vno de mera masculinidad, ù de riguroſa agnacion, y el otro regular, y no huviesse mas que vn Primogenito con vna hermana, si podrà elegir el regular, dexando à la hermana sin ninguno, por los riguroſos llamamientos de el que dexa; el qual le propone *al n.* 30. en el Primogenito que tiene vnicamente vn hermano vterino, recayendo en aquel la Subceſsion de dos Mayorazgos, vno *ex parte Patris*, y el otro *ex parte Matris an posit eligere provenientem ex linea materna*: y reſuelve con Paz. *de tenut. al n.* 32. & 33. que si el mayorazgo materno, ò regulàr fuere de mas valor, tiene ſubſiſtencia la eleccion *quia vtitur iure ſuo de quo nunc nondisputamus ne in alienam ſegetem manus immittamus*, que si esta razon es baſtante fundamento para la dicha reſolucion ſemper exiſtit.

80 Y si el mayorazgo regular, ò materno, fuesse igual con el otro en calidad, y renta, ò casi igual, ò menor, en este caſo dize, que siempre tendrà la hermana, ò hermano vterino, derecho de ſubceder à ſu mayorazgo por juzgarſe fraudulenta la eleccion, ibi: *Sin autem maioratus maternus, vel regularis, à primogenito electus, fuiſet coæqualis, ſivè ferè æqualis, vel minor in valore; tunc ſoror, vel vterinus ſecundo genitus in illo maioratu, in quo valeat ſuccedere, habebit ius ſuccedendi, tanquam ſi primogenitus alium elegiſset, quia tunc ſi cuti fraudulenta iudicari debet electio; aliter facta, & in præiudicium ſecundo geniti non erit valida.*

81 De donde facilmente se colije, que aunque à Don Lope se le quiera reſtituir à el eſtado en que eſtava, al tiempo que adquiriò el Mayorazgo fundado por dicha Doña Cataiina Jaymes (prepoſterando los fundamentos que quedan expreſſados) ſiempre deviera executar lo miſmo que por entonzes hizo, pues de otra ſuerte fuera fraudulenta la adquiſicion; lo primero, por la notoria igualdad en la Calidad de los Fundadores; lo ſegundo, en la renta de dichos Mayorazgos, como conſta de los Autos; lo tercero, por ſer Mayorazgo que llama expreſſamente à hijo ſegundo, como es Don Lope, ex fundam. congeſtis à Rox. *dict. n.* 39.

82 Y pareze que de todo lo referido se infiere (ſeanos licito expreſſarlo) tocar la raya de malicioſa la pretenſion de Don Lope, pues no pudiendo gozar ninguno de los Mayorazgos, ſobre que litiga, junto con el poſſehe, ſiendole preciſſa la dimiſion de eſte, en caſo que fuera dable conſeguir ſu intento, inſta en èl, procurando quitar à Don Frnciſco Mayorazgo de igual valor al que poſſehe, con el no facil recurſo que à eſte le queda, al que tiene Don Lope por ſu eſpecial llamamiento de hijo ſegundo: Parece text. terminante à nueſtro caſo *la ley* 1. *§.* 12. *ff. ſiquis omiſ. cauſ. teſtam.* Diſputavaſe entre los Juriſconſultos, ſi se cometia dolo en dexar de poſſeher malicioſamente, lo que en algun tiempo se avìa poſſeìdo, ò ſi ſereſervava esto, ſolo para los que con malicia, no querian alcàzar la poſſeſsion de algun prædio (que es tan infernal eſte vicio, que à vezes se comete con detrimento propio) y reſponde la firme Columna de la Juriſprudencia Lab. que en ambos caſos igualmente se cometìa, ibi: *Sanè quæſtionis fuit, vtrum is demum dolo malo fazere videatur, quominus poſsideat, qui per dolum eam poſſeſsionem dimittat, quam aliquando habuit. An vero is quoque, qui hoc ipſum malitioſe fecit, ne ab initio poſsidere inciperet? Labeo ſibi videri*

deri[illegible]on minus delinquere eum qui non incipiat possidere, quam eum, qui desinat: qui sententia obtinet.

83 No haziendo especial cuydado de satisfazer à la doctrina de los Add. de Señor Molin. *lib. 3. cap. 2. sub n. 30.* por estar su mayor fuerza desvanezida con lo que dexamos expressado.

84 Evidenciandose de todo lo referido, lo seguro de la opinion que sufraga à Don Francisco, y que defiende el Señor Valenzuel. Velazq. *consil. 83. per tot.* y el Señor Castill. *tom. 6. controv. cap. 178. n. 16. & cap. 179. n. 2. vers. in comprovationem* ibi: *& specifice magis loquendo, velut concludenter vrgent ea omnia, quæ ex eodem, & alijs Author. recensui cap. proximo præcedenti. Concludunt namque; ob acceptationem, & acquisitionem vnius maioratus, etiam facta eo tempore, quo acceptans prævenire non potuit, alterius maioratus successionem sibi deferendam, vsque adeo alterius maioratus successionis ius amittere, vt nec penitere, aut maioratum, iam acceptatum, dimittendo, non possit alterum maioratum eligere, nec semel acquisitum in præiuditium tertij repudiare, prout ea dicta n. 16. commemoravi.*

85 Recojamos ya las Velas à tan molesto discurso, quedando con la justa confianza, que la tormenta que ha padecido en nuestra corta inteligencia, la Justicia de Don Francisco hallarà seguro puerto en la Superior de los Señores Juezes, quienes tendran presentes los contratiempos tan graves que ha padecido esta Nobilissima, y Fidelissima Ciudad (Dulçe Patria mia) que han podido ser bastantes à no dexar sosiego en el animo, para discurrir con acierto. Y si allà Ovid. *lib. 1. trist. eleg. 1.* para la total dulçura de su Metro, se quexava de no poder conseguirla, por las inquietudes que padezìa en el Ponto.

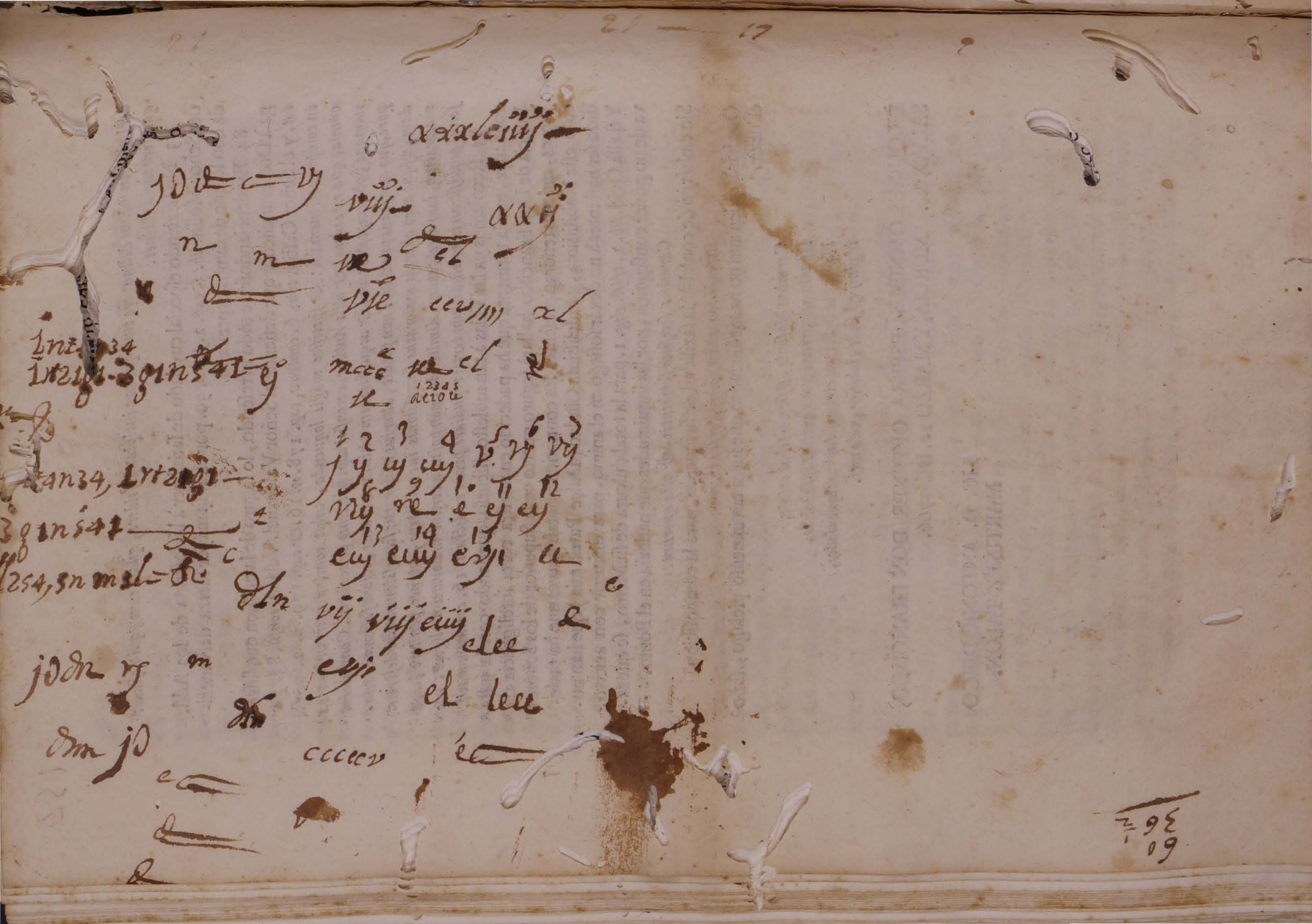
Carmina secessum scribentis, & otia querunt.

Sin embargo de confessar la fazilidad de su ingenio, para la composicion.

Et quid tentabam facere versus erant.

Que harà quien aun no ha medio lustro que surca tan inmenso pielago, si no es dezir.

Carmina Nasonis, si sic vertebat erinis;
Quanto magis mea mens excidet ipsa malis.
Nam cum Bellorum circunsient vndique clades,
ingenij est sivis, labitur, vlla mei.

EX QUIBUS OMNIBUS, ESPERA OPTENER DON FRANCISCO, SALVO, &c. MURCIA, Y MARZO 11. DE 1706.

LIC. D. ANTONIO DIEGO MARTINEZ TALON.