



P O R

EL EXCELENTÍSSIMO SEÑOR DON
Joseph de los Rios Zapata y Cordova, Num. 34.
General de las Galeras de España, hijo segundo
del Excelentísimo Señor Conde de
Fernan-Nuñez.

C O N

EL DICHO EXCELENTÍSSIMO SEÑOR
Conde, su padre,

Y C O N

DON PEDRO DE GONFORA, NVM. 31.
Marqués de Almodovar, Don Iope Francisco de los
Rios, Num. 36. Conde de Gavia, Doña Juana de los
Rios, Num. 30. Doña Luisa de los Rios, Num. 39. Don
Diego de los Rios, Num. 40. y Don Francisco Fer-
nandez de Cordova, Num. 38. Vizconde
de la Puebla.

S O B R E

LA TENUTA, Y SVCCESION DEL MAYORAZGO,
*que en virtud de facultad fundaron Martin de los Rios, y
Doña Maria de Inestrosa, su mujer, Num. 1. y de la agrega-
cion que à él hizo el dicho Martin de los Rios,
usando de la referida facultad.*

Num. r:



2
Uchas conveniencias se logran, de que en pleytos de esta calidad se aplique la providencia de que se formen Memoriales

Ajustados, como se ha executado en este, pues vnido el hecho à vn volumen, con continuacion se comprehenden todas sus circunstancias, medio tan inexcusable para proporcionar los fundamentos de derecho, *ex leg. Explaxis, §. Inclivo, ff. ad legem Aquil. leg. ut Responsum §. Cod. de transact. ibi: Ut responsum congruens accipere possis in sere facti exemplum*; lo qual no se consigue con tanta facilidad en los Papeles de Derecho, respecto de que cada vno para las divisiones suele aplicar los hechos, que corresponden à cada Artículo, y pocas vezes se halla junto; siguiendose otra utilidad no menos apreciable, que consiste, en que sean menos dilatados los escritos en Derecho, refiriendose en lo que puede conducir para assentar las proposiciones à lo que resultare de los Memoriales Adjustados, como se observará en el curso de este papel.

2 La diversidad de las pretensiones, y de los fundamentos en que cada vno de los que han salido à este Juyzio intenta manifestar, tener derecho claro à suceder, descubre quan desgraciadas suelen ser las voluntades de los que fundan, y que cada vno aplique por voluntad propria en fuerza de sutileza de discurso lo que quiere concebir de volúntad agena, dexándolas por estos medios defraudadas de las mas propias disposiciones, como dixo el Texto: *In leg. 7. Cod. de institut. §. substit. ibi: Ne dum nimia utimur circa huiusmodi sensus subtilitate iudicia testantium defraudentur.*

3 Nunca se ha podido dudar, que qualquiera que funda vn Mayorazgo, le puede dar la naturaleza mas

ape-

apetecible à su descō, ni que à vno solo lo puede formar con calidades diferentes para la diversidad de casos, y tiempos, haziendolos entre ciertos grados, personas, y lineas regular; para otros de rigurosa agnacion de artificiosa, y de nuda masculinidad, porque todo pende de su voluntad, y alvedrio, *ex leg. in conditionibus, ff. de conditionib. Et demonstrat. Authent. de Nuptis, §. Disponat colat. 4. leg. 2. Cod. de Sacrosanctis Ecclesis, ibi: Cum nihil aliud sit, quod magis hominibus debeat, quam ut suprema voluntatis postquam iam aliud velle non possunt liber sit titulus, Et licitum, quod iterum non reddit arbitrium, leg. 40. Tauri*; de cuya proposicion, aunque cierta, vulgar, y general, son copiosos, y terminantes lugares, Don Juan del Castillo, *lib. 5. cap. 92. num. 4. Et lib. 6. cap. 113. num. 7. Lara de vita hominis, cap. 30. num. 84. Barbof. voto 70. num. 26. D. Larrea decis. 53. num. 26. Rosa consultat. 69. num. 24.*

4 Los que han salido à pretender este Mayorazgo, no han querido hazer diferencia de tiempos, lineas, grados, ni personas para constituirle (aunque vno solo) con calidades diversas, porque cada vno quiere aya tenido, desde el principio, hasta el fin, vna sola la que le ha parecido mas correspondiente à su pretension; y así, unos hazen fundamento de que conforme à la forma de los llamamientos, es de agnacion rigurosa, como son el Conde de Fernan-Nuñez, y Don Joseph de los Rios, su hijo; otros lo pretenden, como regular; y otros, como de nuda masculinidad. Y reduciendose la pretension de Don Joseph de los Rios à corroborar la demanda, que por su padre se propuso, de ser de rigurosa agnacion este Mayorazgo; para conseguirlo dividirá este papel en tres Articulos: En el primero (aunque con brevedad) se procurará persuadir, que los Fundadores desde los primeros llamamientos,

205

3

manifestaron, que el Mayorazgo fuese de rigurosa agnacion, y que solo succediessen en él los descendientes varones de varones: En el segundo, se referirán las oposiciones que se ponderan por el Conde de Gavia, y demás que ha salido à este juyzio, y se procurará satisfacer brevemente à ellas: En el tercero, que supuesta la calidad de agnacion, aunque concorra en padre, y hijo, debe este suceder con exclusion del padre, por aver querido los que lo fundaron, que fuese incompatible con la Casa, y Mayorazgo de Fernan-Nuñez.

ARTICULO PRIMERO.

En que se manifiesta, que en los primeros llamamientos, es de rigurosa agnacion.

5 **P**ocos pueden ignorar, que los primeros Mayorazgos que conocieron las gentes, fueron los regulares; como tampoco, que para fundarlos, ni se gastaron, ni debieron gastar diversidad de modos en los llamamientos; pues como en estos se llama, y sucede à semejança de los Reynos, seria desgracia gastar preambulos para confundir, quando la voluntad se descubriera mas natural, y sin rodeos, con dezir, que en la succession, prefiriessse el mayor al menor, y el varon à la hembra; como cuyos terminos se hazen los llamamientos à los Reynos, y Mayorazgos regulares en la ley 2. tit. 15. part. 2.

6 No conteniendolos esta forma y modo en las Clausulas primeras de la fundacion de este Mayorazgo, avrèmos de sacar de las voces con que estan concebidas la mente de la naturaleza de Mayorazgo, que apetecieron los Fundadores.

70 En este punto, que parecía el principal para quien pretende, como Don Joseph de los Rios, hazer fundamento de que se debe declarar à su favor la Tenuta, por ser varon agnado, procuráremos no detenernos mucho por no aumentar la molestia à los Señores, que tienen visto este pleyto, considerando, que si por agnado se ha de suceder, no puede negar Don Joseph à su padre la primacia de esta calidad, y sería temeridad controvertirfela, quando entre padre, y hijo con vna misma razon debe tener poca duda la prelación de el padre; porque aviendo de fundar el hijo su derecho del que deriba del padre, tendría oposicion con la razon intentarle preceder en la succession à que se aspira con vna misma calidad, teniendo tal dependencia el vno del otro, que todo lo que obstaria al padre para suceder, necessariamente obstará al hijo; y hasta el padre mismo se obstaria, si no huviesse motivos diferentes para deber suceder, *ex leg. si viva matre, Cod. de bonis maternis, Bald. consil. 202. lib. 5. num. 1. in leg. 3. ff. de Senatoribus, num. 3. Et in leg. Maximum vitium, Cod. de liberis prateritis, num. 4. Soccin. lib. 3. consil. 69. num. 23.* Y aviendo de ser la batalla principal para excluir padre, y hijo à los demás competidores la de vencer, como fundamento principal, que este Mayorazgo, por lo que refusa de sus Clausulas es de rigurosa agnacion, siendo el primero que combate el Conde de Fernan-Nuñez, y corriendo à cargo de tan conocida, y adelantada destreza su defensa, teniendo por dificultoso el imitar, y por imposible el dar mayores esfuerzos; tenemos por buena fortuna de Don Joseph de los Rios, salir à la grat los despojos de batalla vencida, contentandonos con dezir algo por satisfacer al instituto, y remitiendonos à lo que discreta, y doctamente se avra escrito, y ponderado por quien defiende al Conde.

8 Y siendo cierto, que la primera, y principal in-⁴
tencion de los que fundan Mayorazgo, es dar forma al
goze de sus bienes, para ~~siempre~~ alargando su ser, y
vida, aun para despues de muertos en la representa-
cion de los que han de conservar su memoria, *ex regu-
la, text. in l. g. liberorum 220. §. vlt. ff. de verbor. signifi-
cat. ibi: Etenim idcirco filios, filias ve concipimus adque
adimus; ut ex prole eorum earum ve diuturnitatis nobis
memoriam in eorum relinquamus.* Es lo verosimil que
primero discurren lo que quieren, que passarlo a exe-
cutar, y que la primera forma que dan de llamamien-
tos, explica la naturaleza que apetecieron al Mayoraz-
go; de fuerte, que las Clausulas posteriores quando
contengan alguna confusion, deben recibir intelligen-
cia de la primera, *ex leg. Saia 42. ff. de donationibus cau-
sa mortis, ibi: Propter legem in exordio datam, leg. 3. §.
Saio, ff. de minorib. leg. 9. §. Licet, ff. de iuris, Et facti ig-
norant. leg. 93. ff. delegat. 3.* Y de esta forma de com-
poner la mente de vnas, y otras Clausulas, es copioso
lugar Alvar, Pegas *de maioratib. 1. part. cap. 2. a num.
2. Craveta consil. 572. volum. 5. a num. 5. vsque ad 10.*

9 Suponese por cierto, que los Fundadores de
este Mayorazgo al tiempo que lo instituyeron tenian
por su hijo varon a Don Lope de los Rios, Num 6. y
a Doña Maria de los Rios, y Doña Inès de los Rios,
Numer. 7. y 8. Y despues de aver expresado la volun-
tad de hazer Mayorazgo, los bienes de que se avia de
componer, la prohibicion de su enagenacion, y divi-
sion, y demàs requisitos frequentes, y ordinarios, passa-
ron a dar los llamamientos en la Clausula 8. llamando
a dicho Don Lope de los Rios su hijo; y a falta de el, a su
hijo mayor, varon legitimo, su nieto, e viznieto, varon
legitimo; y de alli en adelante por los descendientes de los
mismos hijos, y nietos, y descendientes varones de varon
en varon mayor legitimo de legitimo matrimonio, y no le-

gitimados, discarriendo la sucesion, y sucediendose en el Mayorazgo por linea legitima masculina.

10 Y continuado en explicar la afeccion à la agnacion, ordenaron en la Clausula 9. que no embarcante que huviesse otros hijos del dicho Don Lope, è de sus successores, que todavia sucediesse el nieto, ò viznieto del dicho su hijo, è de sus successores, que sea varon mayor, hijo de hijo varon mayor, è asì successivamente de uno en otro, de hijo varon en hijo varon, è que asì por esta via, è forma fuesse este Mayorazgo, è bienes de el al descendiente varon mayor, legitimo del dicho Don Lope de los Rios, para siempre jamàs.

11 Llevando yà propuesto el breve metodo con que se forman los llamamientos de los Mayorazgos, ninguna de estas Clausulas puede hazer creer, que el animo fuesse de fundar Mayorazgo regular, sino es de agnacion rigorosa; porque pocas vezes (aunque asì lo quieran) vsan los que fundan de la voz, ò termino de agnacion, y entonces se recurre à las conjeturas de lo que quisieron en la repeticion, y vfo de los demàs terminos, y voces.

12 La principal conjetura que se forma para concebir de agnacion el Mayorazgo, es de la repetida, y continuada repeticion de varones, *ex Jasson in leg. Gal-lus, §. Nunc de lege Aleia, ff. De liberi, & posthumis, num. 19. vbi Soccin. num. 8. Peregrin. de fideicommiss. artic. 19. num. 16. & tit. 26. num. 15. Menoch. consil. 127. num. 12. Surd. cons. 316. num. 6.*

13 Y aun que ha avido Autores que no han tenido por muy precisa esta conjetura, para que el Mayorazgo sea de agnacion rigorosa; la comun, y mas seguida opinion, y de fundamentos mas firmes ha sido la contraria, y se apoya en D. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 29. vers. *His terminis non obstantibus*, Vela dissertat. 49. num. 55. Cast. lib. 1. cap. 4. num. 74. & 79. & lib. 3. cap.

cap. 4. num. 78. *Et* lib. 6. cap. 136. num. 4. Rosa *consultat* 69. à num. 161. Barbof. *vol.* 7. *Et* *vol.* 70. per totum Lara de *vita hominis*, cap. 30. num. 45. Noguera *allegat.* 23. num. 150. y lo que dexa indisputable la certidumbre de esta congetura, es el tenerlo el Consejo resuelto en esta conformidad con el conocimiento de la diversidad de autoridades, como lo afirman los Adicionadores al señor Don Luis de Molina *lib.* 3. *cap.* 5. num. 26. D. Larrea *decis.* 59. num. 9. cuya autoridad dexa ya indisputable la firmeza de esta proposicion, *ex leg. Filius emancipatus*, ff. *ad legem Corneliam de falsis*, ibi: *Sic inveni Senatam censuisse*; por la grande veneracion, que han merecido siempre las decisiones de vn Tribunal, que ni en el Reyno, ni fuera de el es facil que tenga segundo, *ex leg. Humanum*, *Cod. de legib.* y sus determinaciones merecen para la similitud de casos, concepto, y estimacion de ley, *ex leg. 3. ff. de legibus*, ibi: *Ea que incertis negotis statuta sunt. similium quoque causarum facta componere.*

14 Y cierto, que para que la repeticion de varones, y varones de varones, no huviera de producir los efectos de agnacion, era necesario impropriar la propria significacion de los terminos, porque la palabra varon, corresponde à su natural significado, y solo se verifica en los agnados, *ex l. 3. Institut. de legitima agnator succession.* ibi: *Inter masculos quidem agnationis iure*, dizelo expressamente Vela, *disputat.* 49. num. 94. ibi: *Tamen in potiori magisque proprio significatu ad masculos agnatos, dumtaxat refertur, atque ita verè, ac proprie agnationi regulariter prospectum esse significat.*

15 Y en la conformidad que quando expressamente se llama à los varones, no se puede verificar este llamamiento en las hembras, por ser el traño dellas esta denominacion, *ex leg. 1. Cod. ad leg. Iuliam de adulteris*, D. Molin. *dict. c. 5. n. 30.* quando se halla repetido el llama-

llamamiento de varones de varones, no se comprehenden en el los varones de hebras, por estar desnudos de la calidad de agnados, que se explica por medio de la dicha repetición, *ex leg. Sunt autem 7. ff. de legitimis tutoribus, leg. Jurisconsult. 9. Inter agnatos, ff. de gradibus, ibi: Non utique qui cognatus est, & agnatus est, D. Molin. dict. lib. 3. cap. 5. n. 2. ibi: Subvocatione namque agnatorum descendentes ex feminis non comprehenduntur, cum ipsi non agnati, sed cognati esse dicantur.*

16 Y manifestaron los Fundadores tanto el deseo de que se comprendiese su voluntad totalmente inclinada à la agnacion, que sin embargo de que las dos Clausulas antecedentes dexavan poca duda, las dieron nuevo vigor en la Clausula 10. con vna prevencion, que pocas vezes se halla en otros llamamientos; pues dixeron, que si su hijo moriesse, y no tuviesse hijo, nieto, ni otro descendiente varon por la via masculina à quien perteneciesse el Mayorazgo, è tuviere hija, nieto, è viznieto, ù otro descendiente por la via femenina, si quedasse su muger, ò las de sus successores preñada, no succediessen desde luego los descendientes ya nacidos por la via femenina, sino es que estuviessse en suspenso la succession, hasta que pariesse la muger que avia quedado preñada, para que si naciesse de ella hijo varon de su hijo, ò el otro varon, succediessse en el Mayorazgo; y si fuessse hembra, se guardasse la forma, è orden de dicho Mayorazgo.

17 En esta clausula se hallan quantas circunstancias pueden explicar el llamamiento de los agnados; pues siendo tan poco frequentada la suspension en las successiones, si a embargo de que discurrieron que avia, ò podia aver descendientes por la via femenina, en quienes desde luego passasse la succession, quisieron que se aguardasse à si nacia varon agnado; cuyos circulos no se premeditaron, si el animo fuessse de fundar vn Ma-
yo-

268
6
yorazgo regular, como se ha querido suponer por el Conde de Gavia, y otros.

18. Y lo que en el fin de esta Clausula se dispone para en caso de nacer hembra de la muger que avia quedado preñada del vltimo Posseedor agnado, de que se guarde en dicho caso la orden del Mayorazgo, no dà nueva, ni distinta naturaleza; porque si la forma que se ha de guardar ha de ser la puesta en las Clausulas antecedentes, en ellas estan excluidas claramente las hembras, y sus descendientes, y llamados vnica- mente los varones de varones: Y si se quisiere recurrir à lo dispuesto en la Clausula 11. en que considerando, que podian faltar todos los descendientes varones agnados, atendiendo à la perpetuidad dieron llamamientos à la hija mayor del vltimo Posseedor agnado, estando llamada ella; y sus descendientes varones, en defecto de todos los varones de varones agnados, no pudiendose negar, segun el curso de suceder, que ha avido, y se refiere en el Memorial Ajustado, desde el *num.* 45. hasta el 49. que desde que se fundò el Mayorazgo, hasta que murió Don Martin de los Rios, *Num.* 24. vltimo Posseedor legitimo como varon agnado, no han faltado descendientes varones agnados de los Fundadores; y que quando murió el dicho Don Martin, avia, como actualmente ay, el Conde de Fernan- Nuñez, y sus hijos, todos varones agnados, descen- dientes del primero llamado; ni la hija, ni sus descen- dientes varones, ni hembras, no podian suceder; y el averse introducido à ocupar el Mayorazgo Doña Luisa de los Rios, *Num.* 23. madre del Conde de Gavia, y hermana del dicho Don Martin, ni en ella se verificò possession, que causasse vacante, y abriessse puerta à sus descendientes, ni pudo perjudicar à los que se hallan, y se hallavan con llamamientos legitimos, y as- sistidos de la calidad tantas vezes repetida por los Fun- da-

dadores, ni aquella ocupacion ha podido merecer estimacion de posesion legitima, *siquidem aliud est possidere aliud verò in possessione esse, leg. 10. ff. de adquirenda possessione.*

19. Y no solo no pudo suceder la madre del Conde de Gavia, como hermana, y parienta mas cercana de Don Martin, ultimo Posseedor; pero ni seria sucesible vna hija, que huviesse dexado; porque à estas en la Clausula 11. solo se dà llamamiento, en defecto de todos los varones agnados, descendientes de el dicho Don Lope de los Rios, primero llamado; y aviendolos, como los huvo, y ay, y siendo claro el llamamiento de estos, faltaron à favor de la hembra, hija, hermana, ò parienta mas cercana del ultimo Posseedor, las reglas en que estas deben suceder, que es en el caso claro à su favor, ò en el dudoso; pues quando el llamamiento de varones agnados es claro, aunque el ultimo Posseedor dexa hija, passa la sucesion à buscar el varon agnado, en quien tenga efecto la voluntad de los Fundados; porque en estos casos no se atiende à la prerogativa de la linea, y proximidad del ultimo Posseedor, sino es à la capacidad que contemplò el Fundador para la sucesion, y siempre que se halle ha de hazer transito à buscar la persona que se halla asistida de ellas, aunque sea de otra linea, y mas remota del ultimo Posseedor, Don Juan del Castillo lib. 5. cap. 92. num. 32. ad fin. & num. 33. ibi: *Nec attendendam esse prerogativam linea, & gradus, ne etiam respectu eiusdem ultimi possessoris proximitatem, quoniam voluntas testatoris praevalet, prædominatum, & primum locum obtinet,* D. Larrea decis. 4. per totam, Vela tom. 2. dissertat. 49. num. 63. & num. 51. donde propone los dos casos en que la hembra ha de suceder en competencia del varon mas remoto, que son el dudoso, y el claro à su favor; y hallandolos en los terminos de esta fundacion fue-

fuera de ellos, por ser clara la voluntad de conservar la agnacion, se manifiesta con evidencia, que Doña Luisa de los Rios, madre del Conde de Gavia, no pudo suceder, ni tampoco hubiera podido, aunque fuese hija de Don Martin de los Rios, ultimo Posseedor agnado, por estar substituida en defecto de todos los varones agnados, descendientes de Don Lope de los Rios, primero llamado.

20 Si la clara, y repetida expresion de varones, que resulta de las Clausulas referidas necesitasse de alguna congetura mas; no es la menos apreciable entre los Autores, la que se induce, de que para despues de fenecidos los llamamientos de hijos, nietos, y demàs descendientes varones, se dà expecifico llamamiento à las hembras, y sus hijos varones, como sucede en la dicha Clausula 11. de esta fundacion, en que despues de extinguidos los llamamientos de todos los varones agnados, se llamó à la hija mayor del ultimo Posseedor, y à los hijos, nietos, y descendientes varones de ellas, aviendose necesitado de este especial llamamiento por no quedar comprehendidos los hijos, nietos, y descendientes varones de las hijas en los primeros llamamientos de los varones. *ex regula text. in leg. Cohæredi, §. Qui patrem, ff. de vulgar. & pupilar. leg. Si ita 13. ff. de liberis, & posthumis, Bald. in leg. In multis, ff. de statu hominum, §. consil. 136. num. 1. ibi: Sed hic testator circa filias discretivè, taxativè, & specialitèr ordinavit; ergo substituta, & generali interpretatione masculini generis eas non admisit. Geronimo Gabriel consil. 116. volum. 6. num. 24. ibi: Quia textatrix stinctis descendibus masculis, vocavit filias proprias, & post ipsas ipsarum filios masculos, unde planum fit in conditione si sine filis masculis decesserit non contineri masculos descendentes ex filia, D. Meñin. lib. 1. cap. 5. num. 57. D. Larrea decis. 54. num. 17. & 18.*

21 En este llamamiento de la hija mayor del último Poseedor para el caso de no aver quedado varones de varones, no solo no quisieron olvidar la primera naturaleza de agnacion verdadera para la sucesion de este Mayorazgo, si no es que buscaron el medio de conservarla, como pudiesen, refucitando la falta de la verdad con la ficcion, haziendo cabeza de linea à la madre, para introducir en los hijos, nietos, y descendientes varones de ella la artificiosa; de cuyo remedo necessitarian poco, si quisieran fundar vn Mayorazgo regular, contemplando las personas, y no las calidades. Y assi es comun inteligencia entre los Autores, que quando primero se llaman los hijos, y descendientes varones de varones, y despues se dà llamamiento à las hembras, para que por su medio facedan los hijos, nietos, y descendientes varones de varones de ellas, desde el principio, hasta el fin apetecieron la agnacion, no pudiendose dudar en que si buscaron la fingida, apetecerian con mayor intension la verdadera de esta proposicion; son textos formales, *in leg. 12. §. In his igitur, Cod. de legitimis heredibus, leg. Meminimus, §. 1. Cod. eodem. D. Larrea decis. 54. per totam, Castillo lib. 5. cap. 13. num. 12. Rojas de incompatibilitat. 1. part. cap. 6. num. 312. Fontanel. decis. 36. num. 2. ibi: Quando ineminit de filijs unius filia adiuxit qualitatem masculinitatis, quibus concurrentibus, cum tanta affectione ad perpetuitatem non videbatur posse esse dubium, quin dici deberet licet non exprimeretur, donatorem voluisse bonum conservare in agnatione.*

22 Y seducubre mas el animo de constituir agnacion verdadera, ù artificiosa, de que quando llegaron à pensar, que la hija mayor no tuviessse hijos, nietos, ni otros descendientes, passaron à dividir el Mayorazgo entre las dos hijas, que tuvieron los dichos Fundadores; con que solo previniéron la regularidad para

8

para quando no huviesse agnados verdaderos, ò fingidos; y aviendolos avido siempre verdaderos, ni llegó el caso de la regularidad, ni de la artificiosa agnacion.

23 No parecia que necesitavan los Fundadores de mayores expresiones de voluntad à la agnacion; pero como la experiencia suele introducir la desconfiança de los diversos sentidos con que se interpretan, ò construyen las voces, y terminos de las disposiciones para lo venidero, se procurò cerrar la puerta à las dudas en la agregacion, que se hizo al dicho Mayorazgo por el dicho Martin de los Rios en 3. de Enero de 1553. dexando indisputable la contemplacion de agnacion.

24 Esto se reconoce de que en la Clausula 5. de dicha agregacion, refiriendo la forma, y caso en que en la fundacion se avia llamado à la hija; añade, que para suceder, ha de ser con la precision de aver de casar con el llamado à el dicho Mayorazgo, si ella no naciera, previniendo en la Clausula 6. que si el primero no pudiere, ò no quisiere casar con ella por no concederse dispensacion, se aya de casar con el segundo, y hazer las mesmas diligencias con todos los demás llamados, ordenando que sean sus descendientes varones, hijos de varones del linage de los Rios, y no de hembras. Y continuando en la Clausula 7. en explicar su deseo de conservar la agnacion ordena, *que si todos sus descendientes varones, hijos de varones* estuvieren casados, ò no se pudiere ganar dispensacion, para que casen con la hija, no suceda ella, y llama al primer varon llamado, si ella no naciera, imponiendo al varon agnado, que avia de suceder en los casos referidos el gravamen de que huviesse de dar à la dicha hija las dos tercias partes de la renta del Mayorazgo, por espacio de 12. años, librando de este gravamen al varon descen-

cendiente, si ella no quisiere casar con él, previniendo no la de porcion alguna.

25 En estas Clausulas se reduxo la disposicion à los casos de que los varones agnados no pudiesen casar, por estarlo yà, ò por no conseguir la dispensacion, y para el en que ella no quisiere casar; pero en la Clausula 9. ordenò, que si los varones agnados no quisiessen casar con ella, tampoco sucediesse, y que entrasse à posseder el primer varon llamado, con la obligacion de que huviesse de dar à la dicha hija las dos tercias partes de la renta de el Mayorazgo por veinte años.

26 Esta Clausula explica del todo el grande amor que tuvo à sus descendientes, varones agnados, como el mas eficaz medio para conservar su memoria, y apellido en varones agnados verdaderos; pues sin embargo de que pudiera concebir voluntad contraria de que repugnasse casarse con la hija, ni quiso que ella sucediesse, ni que él dexasse de suceder; pero aun mas claramente expresò este afecto à su linage, y descendientes varones en la Clausula 10. pues dispuso, que en *caso de no aver descendiente suyo varon de varon, casado, ni por casar*, la hija que avia de suceder hiziesse las mismas diligencias para casarse con los parientes transversales del linage de los Rios, que descendiesen de varon, y no de hembra, empezando desde el mas propinquo, hasta andar los todos.

27 Y solo quiso que sucediesse la hija en el caso prevenido en la Clausula 12. que fue, quando no huviesse descendiente varon de varon, ni transversal, que descendiesse de varon, ni varon que descendiesse de hembra, que esto prevenido en la Clausula 11.

28 De lo literal de todas estas Clausulas, queda tan indisputable la consideracion de la agnacion, que

nō parece se puede reducir à cōtrōversia, quia cum in
verbis, nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis
questio, ex leg. Ille aut illo, §. Cum in verbis, ff. delegatis
3. especialmente quando llegò el Fundador à dār lla-
mamiento à los varones agnados transversales; cuya
forma induce la mas eficáz voluntad de conservar la
agnacion, ex latè traditis à Perez de Lara de vita homi-
nis, cap. 30. num. 95. Don Juan del Castillo lib. 2. cap.
4. num. 84. Casan. consil. 20. num. 25.

ARTICVLO SEGVNDO.

Refierenfe las oposiciones que se hazen
por el Conde de Gavia, y demás
competidores, y se desva-
necen.

29 **R**Econociendose por el Conde de Ga-
via, y demás que continuan este juy-
zio, que de las Clausulas de funda-
cion, y agregacion, està claramente descubierta la ca-
lidad de agnacion de este Mayorazgo, y desvanecidas
las de regularidad, y demás, con que cada vno ha
intentado introducirse, y excluir à los demás que com-
piten, han passado à ponderar, que en las Clausulas de
la primitiva fundacion contienen la naturaleza de ag-
nacion, ni Martin de los Rios pudo en la agregacion
aumentar esta calidad, proponiendo, como principal
fundamento, el de que en la fundacion à que concur-
rieron marido, y muger, vincularon todos los bienes
que tenian, y que en adelante tuviesse, con que no
tuvo que agregar el dicho Martin de los Rios, ni facultad
para dar otras expresiones à los llamamientos.

30 La regularidad la querrà inferir de las Clausulas 11. y 13. respecto de que en la 11. dandose llamamiento à la hija mayor del último Posseſſor, se ordena, que despues de ella succedan sus hijos, y descendientes varones, prefiriendo el varon à la hembra. Y en la 13. que en defecto de los hijos, y descendientes varones, y hembras de Don Lope de los Rios, primero llamado, se divida el Mayorazgo entre las dos hijas de los Fundadores, ponderando, que esta forma de llamar, es la propia de los Mayorazgos regulares.

31 Y como en las Clausulas referidas no se contuviera primero el llamamiento de hijos, y descendientes varones de varones del primero llamado, pudiera merecer alguna consideracion la ponderacion referida; pero se haze division de lo contenido en estas Clausulas, eligiendo su vltima disposicion, y olvidando, que la primera q̄ dellas resulta, debe ser la principalmente atendida para la forma de suceder; porque quando las Clausulas contienen muchas circunstancias, y entre ellas ay alguna contrariedad, deben recibir inteligencia vnas de otras, y formar el concepto de las que descubren mas verosimilitud de la voluntad; y si atendemos à todas las Clausulas, así de la fundacion, como de la agnacion, así juntas, como separadas, descubren el deseo de la agnacion, y las pocas voces, y terminos, que denotan la regularidad, no destruyen el concepto general de todas las demas; pues aun en ellas primero se contienen llamamientos de agnacion, y de descendencia, y como disposicion primera debe hereder mayor apnyo; porque dize, que si su hijo falleciere sin Exar, hijo, nieto, ni descendiente varon de varon, succeda la hija, procediendo aqui las reglas, *ext. in leg. 44. ff. de manumissis testamento, ibi: Ex text. totius scriptura, leg. 50. §. fin. ff. de leg. 1. leg. 75. ff. de legat. 3. D. Larrea decis. 53.*

num. 10. Castill. lib. 4. cap. 6. num. 42. & 43. & cap. 50. num. 2. & lib. 5. cap. 81. num. 2.

32 Lo que se debe inferir de lo que resulta de las Clausulas de este Mayorazgo es, que dexando explicada la calidad de agnacion rigurosa en las Clausulas 8. 9. y 10. quando llegaron à las 11. y 13. abrieron la puerta à la regularidad, dando llamamiento à la hija; pero para el caso de aver faltado todos los varones agnados, el qual no ha llegado, por ser el Conde de Fernan Nuñez, y su hijo, varones de varones agnados, y descendientes de los Fundadores; con que los que intentaten suceder por la regularidad, se han de considerar vnos segundos llamados, que no pueden suceder, hasta averse vaquado los que tienen primero llamamiento, y de quienes son substituidos los segundos llamados, *ex leg. 3. ff. de adquirenda hereditate, ibi: Quandiu prior heres institutus hereditatem adire potest, substitutus non potest, leg. Cum in testamento 37. ff. de heredib. instituend. ibi: Quia non in primum, sed in secundum casum substituitur;* pues si la prelación en llamar descubre la primera, y mayor inclinacion, feria desgracia, que alterando el orden que explicó la voluntad, quisieran los segundos, y terceros preferirse à los primeros llamados. *contra regulam, text. in leg. Aequissimum 2. §. Deseruit 4. ff. de bonorum posses. secund. tabul. ibi: Deseruit bonorum possessio secundum tabulas primo gradus scriptis heredibus, mox illis non petentibus sequentibus, non solum substitutis, verum substituti, quoque substitutis, & per seriem substitutus admittimus, Don Juan del Castillo lib. 3. cap. 15. num. 24. 25. & 27. ibi: Quatenus ibidem notantur lineam filiorum alicuius precedentem in ordine scripturae lineam aliorum, qui post eos vocantur, preferenda omnino in ordine successionis, & lib. 6. cap. 13. num. 1. ad finem, ibi: Is ergo vocationum, & substitutionum eundo precise ser-*

uan.

vandus erit, quem testator maioratus ve institutor consti-
tuerit, & assignaverit, siue unusquisque succedat. Eo or-
dine quo vocatus fuerit, quamvis in vocacionibus ipsis à
regulis ordinarius successione, recesserit: Nec contra vo-
luntatem institutoris eiusdem, aliquis audiri debet. Y lo
mismo afirman D. Molin. lib. 1. cap. 2. num. fin. & cap.
4. num. 33. D. Valençuel. consil. 63. num. 100. Rojas
de incompatibilitate, 5. part. cap. 4. num. 21. vbi Aguil.
Pegas de maioratibus, tom. 2. cap. 10. num. 90. Torre
de maioratibus, 1. part. cap. 7. num. 2. De todo lo
qual se convence, que teniendo, como tienen, el pri-
mero llamamiento los hijos, y descendientes varones
de varones agnados, no ha llegado el caso del llama-
miento de la hija, ni de los hijos varones de ella; y
consequently, que la madre del Conde de Ga-
via, aunque hermana de el ultimo Possedor, fue in-
trusa, y no legitima Possedora; y que para la decis-
ion de este pleyto, se debe atender à la vacante legal, y
no à la de hecho; y que el Conde de Fernan-Nuñez,
si no tuviera la incompatibilidad para suceder, non tam
potior, quam solus; y quando padeciendo este impedimen-
to, se verifica este regla en Don Joseph de los Rios, su
hijo segundo, ex leg. ff. qui potiores.

33 Procurarase entender, como congetura ex-
clusiva de la agnacion, que viendo concurrido jun-
tos à la fundacion marido, y muger, no se debe creer,
que esta hiziesse tanto aprecio de su sexo, que lo
dexasse del todo y olvidado, quando el apetito natural
se inclina con mayor preferençion à su similitud, ex Ti-
raquel. de legib. annub. leg. 5. gloss. 1. part. 5. num. 26.
ibi: Pulcre dicitur quod mater plus censeatur habere afe-
ctionem ad prolem foemineam, quoad ad masculam, prop-
ter sexus similitudinem, de que es texto formal, leg. Ex
facto, §. Si quis rogatus ff. ad Senat. Consult. Trebell.
ibi: Voluntatis affectio præbitur esse de qualibus liberis te-
sta-

rum, aut patrum earum, D. Larrea decis. 53. num. 25.
ibi: Minusque oberit fœminam primogenium instituisse.
Et post masculos fœminas vocat. et, quia et si fœmina insti-
tuat primogenium recte potest ascendere agnationem mariti
sui, cum quo eadem in carne una consideratur, Et in fami-
liam mariti transit, Et affectio illam ad constituendam ag-
nationem induxit, Et pluries id ab uxoribus in honorem
maritorum, ut in presenti factum est.

36 Manteniendose el Conde de Gavia, y los de-
màs que intentan excluir al Conde de Fernan-Nuñez,
y Don Joseph de los Rios, en la confiança de que los
llamamientos de la primera fundacion, no contienen
la calidad de agnacion; y persuadiendose à que asse-
guran esta certidumbre en las Clausulas 11. y 13. que
ya vãn referidas, y al parecer satisfechas; y aviendo-
les hecho mas armonia las de la agregacion, que hizo
el marido, han intentado quitarles la eficacia, con la
ponderacion de que el marido solo no pudo hazer
aquella forma de llamamientos, con dos considera-
ciones; la primera, con que desde luego dexaron vin-
culados los bienes, que tenian, y tuviessen, y que no
quedò al marido que agregar, ni pudo revocar lo dis-
puesto en perjuizio de derecho adquirido à los llama-
dos; la segunda, con que quando por lo que tocava à
su parte lo pudiesse hazer, debe quedar subsistente lo
que perteneciese à la muger, especialmente, quando
reciprocamente se prometieron no hazer novedad.

37 A la primera oposicion se satisface, con que
es proposicion innegable, que qualquiera que funda
Mayorazgo, hasta que muera, se queda con la facul-
tad de revocarlo, enmendarlo, y añadir Clausulas, y
formas para la succession, como no sea transfiriendo
desde luego el dominio a los llamados, entregandoles
la escriptura de la fundacion, y conteniendo esta la
Clausula de constituto, ut cavetur in leg. 17. Tauri,

vbi Antonius Gomez, & in leg. 44. Tauri, D. Molin. lib. 1. cap. 11. § num. 2. & precipue, num. 8. & 9. ibi: Ex eo autem maiora sunt etiam in contractu simpliciter instituci ultima voluntatis naturam observant, quod morte confirmatur, atque irrevocabiles perpetuo efficiuntur, vbi Add. plura & plures congerunt. Y esta mesma reserva dexaron prevenida los Fundadores en la Clausula 4. ibi: *Erreservamos en nos la merced, y facultad que tenemos para cessar, è facar, è revocar, è tornar hazer el dicho Mayorazgo.*

38 A la segunda se responde, que no se duda que quando marido, y muger fundan Mayorazgo, puede el que sobrevive deshazerlo, por lo que à el toca, y disponer de los bienes, como libres, ni que el Mayorazgo queda subsistente en los bienes del que premuriò, porque se entienden dos disposiciones hechas en vn mismo instrumento. Y como la voluntad es de ambulatoria, *vsque ad extremum vitæ exitum*, el que muriò sin voluntad contraria, dexa subsistente lo que tenia dispuesto, pero el que vive puede mudar la suya, como le pareciere; de cuya proposicion son lugares ciertos, D. Larrea *decis. 6. à nam. 11.* Castillo *lib. 2. cap. 18. à nam. 16.* & *lib. 5. cap. 7. num. 28.* Gregorio Lopez *in leg. 2. tit. 15. part. 1. quest. 4. & 5.* Pero aqui no concurren estos terminos, porque ni marido, ni muger han revocado el Mayorazgo, antes se queda firme, y subsistente, como fundado por los dos; pues ninguno dispuso de los bienes, como libres, ni passò à dexar sin efecto el Mayorazgo.

39 La replica de la certidumbre de esta proposicion, serà confessar necessariamente, que no se revocò el Mayorazgo; pero que el marido con motivo de la agregacion, y en la calidad de sus Clausulas, passò à darle naturaleza diversa; pues siendo la voluntad de los dos en la primitiva fundacion hazer vn Mayorazgo re-

gular, lo mudò de forma, dando à los llamamientos en la agregacion la calidad de agnacion, y que esto no lo pudo hazer viviendo la muger sin su concurencia.

40 Verdaderamente, que si esta consideracion se verificasse de las circunstancias del hecho, podria causar algun rezelo esta replica; pero nada menos que resultar de lo executado lo que se propone.

41 Lo primero, porque se huviera gastado el tiempo viciosamente en lo que hasta aqui se ha escrito, si confessassemos, que marido, y muger en la primera fundacion constituyeron vn Mayorazgo regular; y todos los esfuerzos que hasta aqui se han hecho, han sido sobre que fue de agnacion, hasta que huviesse descendientes agnados; y que para en defecto de ellos diò llamamiento à las hijas, y varones de varones de ellas; y lo que aumentaron las Clausulas de la agregacion, solo fue vna mayor explicacion, para que no se pudiesse poner duda en la agnacion, que dexavan contemplada; con que se verifica la proposicion de que, *nihil de novo dat, sed datum significat, ex leg. heredes palam, §. Sed si notam, ff. de testamentis, cap. 1. de Summat Trinitate, lib. 6. l. 1. Ado, §. 1. ff. de rerum divisione, Et adquirend. rer. in domo. Menochio lib. 1. de arbitraris, quest. 73. num. 17. Et alij relati à D. Valenç. consil. 120. à num. 16.* Con esta inteligencia queda desvanecida otra consideracion que se haze, de que reciprocamente se prometieron marido, y muger, que el vno sin el otro no harian novedad en la disposicion, circunstancia que se previene en la Clausula 3. Y demas de no aver, como va propuesto, novedad, ni alteracion, si no es mayor declaracion de lo dispuesto; aun en la promessa tuvo mayor permiso el marido, que la muger; porque el la ofrece, que viviendo ella, no hara novedad; y ella, que ni viviendo el marido, ni despues, ibi. Yo el Sr. D. Martin de los Rios, à vos la

dicha Doña Maria de Hiestrosa, mi muger, que durante los dias de vuestra vida, no harè mudamiento, ni alteracion, ni quitara, ni añadirè, ni enmendare cosa alguna de lo en esta carta contenido; y en vos la dicha mi muger, è sin vuestro placer, è consentimiento expresse; è yo la dicha Doña Maria de Hiestrosa, que en vida de vos el dicho Martin de los Rios, mi señor, è marido, è sin vuestra licencia, y expresse consentimiento, ni despues de los dias de vuestra vida, no harè mudamiento, division, ni apartamiento, ni cosa alguna que sea contra la dicha union.

42 Para anular la agregacion, y prevenciones, que en ella se contienen, executada por el marido solo, se haze vn supuesto de hecho, que no resulta de los autos, y se reduce, à que en el tiempo que el marido otorgò la escritura de agregacion vivia aun la muger; y como este es fundamento de las Partes contrarias, para anular este acto; y teniendo para proponerlo la representacion de Añores, han debido justificarlo plenamente, *ex leg. 2. ff. de probationibus, leg. Actor. Cod. eodem, leg. 1. tit. 14. part. 3. vbi Gregor. Lopez gloss. 3.*

43 No verificandose, como debiera, que la muger vivia quando el marido hizo la agregacion, y siendo el vivir, ò morir casualidades, y accidentes de hecho, y no presumiendose lo que es de hecho, sino se prueba, *ex leg. in bello, §. Facta, ff. de captivis, Et posthlimin. revers.* faltando la justificacion de que la muger vivia quando la agregacion se hizo; y no dandose, no solo probança de medios regulares, pero ni aun la de presunciones evidentes, que fue en merecer algun concepto de probança, *Gonçalez; ad regulam 8. gloss. 11. à num. 98. P. Sanchez de matrimonio, lib. 2. disputat. 46. numer. 4. Escobar de ratiocinis, cap. 6. num. 52.* Falta el fundamento para de permanecer la firmeza de la agregacion.

44 Y para deshazer la disposicion de la agregacion, causando perjuyzio à la voluntad y à los interesados, no bastaria probança (presuntiva) ò congetural; sino es que era necesaria plena y concluyente, Gonçalez *ubi supr. num. 100.*

45 Hallase favorecida la subsistencia, y firmeza de la agregacion de las reglas comunes, de que quando se disputa la firmeza, ò insubsistencia de vn acto, ò disposicion executada, siempre se presume, que concurren todos los requisitos, y solemnidades necesarias para su validacion, *ex leg. quoties, ff. de rebus dubijs, leg. quoties, ff. de verbor. obligationib. leg. quoties, ff. de regulis iuris, D. Valenç. consil. 155. à num. 33. Barbosa Axioma 12. num. 2. Gutierrez Canonizar. lib. 1. cap. 2. num. 4.* especialmente quando se llegó à verificar, y poner en practica el acto, como ha sucedido en nuestros terminos, aviendose posseido vnidos los bienes del Mayorazgo, y agregacion, por los que han ido sucediendo.

46 Concorre otra presumpcion vehementissima, de que la muger no vivia quando el marido hizo la agregacion: Y consiste, en que descubriendose de la primera fundacion la union de las voluntades de marido, y muger, y la reciproca confiança que hazia el vno del otro, aviendose cometido el no hazer novedad, ni alteracion, viviendo; como seria delito el faltar à la observancia de este ofrecimiento; y no debiendose creer con facilidad este olvido culpable à la buena correspondencia, se debe presumir, que en aquel tiempo avia yà muerto el marido, *ex regulis vulgaribus, in leg. 1. ff. de constituta tut. l. cunia, ibi: Hoc adicto Prator favet naturali equitati, qui constituta ex consensu facta custodit; quoniam grave est fidem fallere, leg. 1. ff. de pactis, leg. merito, ff. pro Socio.*

47 De lo que va fundado parece quedan excluidas

das las pretensiones del Conde de Gavia, su hijo, y Marqués de Almodovar; Pero Doña Juana de los Rios, *Numer. 25.* Hermana de Don Martin de los Rios, ultimo Posseedor legal, y Doña Luisa de los Rios, *Num. 34.* hija del Conde de Gavia, intentan la sucesion en virtud de las Clausulas de la agregacion: La primera, ponderando, que Doña Luisa de los Rios, Condesa de Gavia, su hermana, Posseedora intrusa que ha sido, no pudo suceder, respecto de que al tiempo de la muerte del dicho Don Martin, se hallava ya casada, y no podia cumplir con el gravamen de que huviesse de ser con descendiente varon agnado de los Fundadores: La segunda, con que era ya nacida al tiempo de la vacante; y que desde entonces, hasta aora, ha estado, y está apta para poder contraer matrimonio, satisfaciendo à dicho gravamen.

48 Pero las mesmas Clausulas en que pretenden fundar su derecho, las excluyen; porque el llamamiento solo se limitò à la hija del ultimo Posseedor; cuya circunstancia no se verifica, ni en la vna, ni en la otra: Y aunque por atender à la conservacion, y perpetuidad de los Mayorazgos, se haze extensiones comprehensivas de lo que propriamente no explican los terminos de los llamamientos; de suerte, que *appellatione filij, vel filia*, se comprehenda el nieto, y los demás descendientes, *ex leg. filij appellatio, § 84. leg. iuxta 201. ff. de verbor. significat. Roxis part. 8. cap. 8. num. 9. vbi* Aguila, quando el llamamiento es limitado à hija del ultimo Posseedor; debaxo de este no estan comprehendidas, ni la hermana, ni la lobrina; especialmente quando ay varones agnados con primos llamamientos, en quienes se pueda cumplir la voluntad, y en cuyo perjuyzio fuera violenta la extension que se procura introducir, *Barbos. de appellat. verborum appellat. 99.*

ARTICULO TERCERO.

En que persuadidos à que este es vn Mayorazgo de agnacion en los primeros llamamientos, y que esta calidad se halla en padre, y hijo, se procura excluir al padre, por la incompatibilidad que los Fundadores apetecieron, para que este Mayorazgo no ande vnido con otros.

49 **A** Viendo sido toda la aplicacion de los Articulos antecedentes, à manifestar la naturaleza, que los Fundadores quisieron dar à este Mayorazgo; y persuadiendonos à que compuestas las Clausulas con las proposiciones que van referidas, quisieron fuesse de agnacion; y que mientras huviesse descendientes varones agnados, no pudiesen suceder hembras, ni los hijos varones de ellas: La obligacion en este Articulo sera, no de buscar el interes de Don Joseph de los Rios, sino es continuar en defender, que en todo, y en todas las circunstancias, que contemplamos en los Fundadores, no se contravenga à su voluntad.

50 Y siendo el motivo con que Don Joseph intenta preferir à su padre en la sucession; el de la incompatibilidad con el de Fernan-Nuñez, parece la previnieron en diferentes Clausulas.

51 Porque en la sexta se ordena, que el que huviere de ser Poseedor de este Mayorazgo, se aya de llamar del Apellido de los Rios, llevando sus Armas al lado derecho, *sin otra mixtura de Apellido*, è que no se puedan llamar de otro nombre, ni con otro nombre. Y aunque la condicion, y gravamen, de que el Poseedor aya de llevar el Apellido, y Armas del que funda, sin otro aditamento, no suele explicar bastante-mente la incompatibilidad, por poderse componer, que el Poseedor de dos Mayorazgos, lleve, y tenga Apellidos, y Armas de los dos que los fundaron, quando en qualquiera de ellos se pone este gravamen, *non sincere, & positivè, sed negativè*, como se expresa en la Clausula referida en las palabras: *Al lado derecho, y sin otra mixtura*. Esta prevencion no permite otra concurrencia, y es el modo, y medio con que se explica la incompatibilidad, como latamente explican la diferencia en el modo de imponer el gravamen, D. Molin. lib. 2. cap. 14. à numer. 6. & lib. 3. cap. 2. num. 30. D. Valenç. consil. 69. à num. 26. Don Juan del Castillo lib. 5. controvers. cap. 136. num. 77. Roxas de incompatibilitate, 1. part. cap. 1. num. 42. ibi: *At verò quando conditio, sive gravamen à cognomine Testatoris, vel in signibus familiae deferendis sit appositum in maioratibus, vel quolibet eorum privative, vel quomodounque medio careant incompatibiles iudicari debent: Veluti si absque in mixtione iubeat testator arma portari, vel solum cognomen, vel sola familiae sive insignia, licet præceptum huiusmodi non ita privative, et negativè non sit conceptum in quolibet maioratu, sed in altero eorum, dum in alio simpliciter iubeat institutor referri nomen, & arma, cum ex incompatibilitate qua ex eadem resultat successor non valeat habere medium adimplendi utrumque præceptum, unum maioratum debet eligere, & alium dimittere ad immediatum qui succedere debeat.*

52 Ni se podrá excluir la incompatibilidad que nace de la forma con que se concibe el gravamen en esta Clausula de lo que se podrá ponderar por el señor Conde de Fernan Nuñez de que se le dio su Apellido, y Armas las mesmas, se logra la observancia del precepto; porque se satisface, de que no solo en el caso claro, de ordenarse *positivè*, *Et negativè*, la mixtura, ò concurrencia de otro Apellido, y Armas; pero aun quando *simpliciter* se impone el gravamen, no se deben mezclar, siendo la razon; porque como en las fundaciones de Mayorazgos ha sido siempre la principal consideracion, la conservacion de la memoria de los que fundan con esplendor, si se juntan Armas, y Apellidos de dos Fundadores de Mayorazgos distintos, con vn mesmo Apellido, y Armas, como seria vno solo el que representava, y continuava la memoria, no se podria discernir à qual de los dos representava; y como el que funda apetece su memoria sola, la confussion que causaria esta concurrencia, podria causar olvido del vno, ò otro Fundador, de que resultaria vn grave inconveniente al fin principal. Y assi, aun en este caso llevan por firme los Autores de principal nota, que no debe vno suceder en dos Mayorazgos, aunque el Apellido, y Armas sean vnos mismos, D. Molina *dict. lib. 2. cap. 14. num. 3. Et ibi: Cum ex in mixtione nominis, Et armorum alterius familiae institutoris familia confundatur atque eius memoria oblivioni tradatur, neque in posterum discerni valeat, an huius familiae, vel alterius successor quilibet sit.* Y lo mismo afirma Don Juan del Castillo *dict. lib. 5. cap. 6. num. 78. versicul. tertio, ibi: Tertio comprobatur et eo quod testator aponendo onus, Et gravamen istud affectare videtur, quod successores propria arma, Et nomen portent, ut magis representent gloriam, Et pompam domus suae, quae non ita representari, Et significari potest, ubi confusione, Et in mixtione*

ne confunduntur, nam confusio est ubi dua materia, vel
eiusdem generis, vel diversi, coniunguntur, & per in mix-
tionem res mutant propriam naturam primordiale.

al 53 Non contento el Fundador con explicar la
incompatibilidad de este Mayorazgo, por medio de
la Clausula referida, que parecia suficiente, si no es que
por librarse de los riesgos de las interpretaciones, y
que nunca padeciese obscuridad, ni confusio su re-
presentacion, lo passò a dezir mas claro en las Clausu-
las 11. y 12. de la agregacion; pues continuando en
buscar maridos para las hembras, para el caso de aver
faltado todos los varones agnados, dize, y ordena, que
pueda casar con varon cognado descendiente de hem-
bra; pero con la prevencion, de que si el tal varon cog-
nado, que con ella casare possyere otro Mayorazgo,
aya de passar este al hijo segundo de aquel matrimonio; y
solo permitiò la concurrencia de los dos Mayorazgos,
quando solo huviesse vn hijo. Diò otra manifestacion
à su deseo de la incompatibilidad en la Clausula 12. de
dicha agregacion; pues discurrendo, que podia suce-
der, no aver varon cognado con quien casasse la hem-
bra, ò que si lo huviesse, pudiesse estar casado, ò pade-
cer otro impedimento para casarse, la dexa la absolu-
ta libertad, para q̄ case con quien quisiesse; pero caute-
lando siempre evitar la concurrencia de su Mayorazgo
con otro, y assi dize: *Que el hombre con quien casare tu-
viessse otro Mayorazgo, aya este de passar con su acrecen-
tamiento al hijo segundo.* Y este modo, y forma de pre-
venciones, ha sido siempre el mas eficaz para expre-
sar la incompatibilidad en otros Mayorazgos, Rojas
*de incompatibilitat. 4. par. cap. 1. per totum, & praci-
pue, num. 5. ibi: Sed quia quilibet matrimonii institutor,
qui desiderat, quod suum primogenium sit cum alio incom-
patibile, sive ne inmiscetur cum alio, vel alijs iungatur
ad plurimum solent disponere, quod quodcumque suc-*
ces-

cessor sui maioratus, in alio diverso succedat primogenio, tunc successio sui primogenij ad sequentem in gradu transeat, vbi Aguil. plura. Et plurijs refert.

54 Y aunque de estas circunstancias resulta clara la incompatibilidad, se haze mas indisputable, para que no se pueda juntar este Mayorazgo con el de Fernan-Nuñez; porque el averse prevenido el caso, para quando la hembra case con varon cognado, ò con extraño, y que èl sucediese en otro Mayorazgo, no fue limitar la incompatibilidad à aquel caso especial, sino es añadir prevenciones à estorvarla concurrencia de su Mayorazgo con otro; con que hallandose el señor Conde de Fernan-Nuñez, actual Posseedor del de su Casa, es mas innegable su exclusion, y la prelacion de su hijo Don Joseph, *quia ex identitate, vel maiortate rationis, quando duo casus equiparantur dispositum in uno censetur dispositum in alio, ex gloss. in leg. mancipia, verba advocandum, Cod. de servis fugitivis, cap. si postquam de electione, lib. 6. Antonio Gomez lib. 3. variar. cap. 11. num. 1. versicul. Advertendum tamen, D. Molina lib. 2. cap. 8. num. 16.*

55 Discurriendo el señor Conde de Fernan-Nuñez, que sus esfuerzos no vràn podido bastar para desvanecer la incompatibilidad de su Mayorazgo con este, ha querido sacar à luz para que deba suceder à su hijo primogenito, excluyendo à Don Joseph, su hijo segando.

56 Pero si reconoce la incompatibilidad, esta no solo comprehende à los Posseedores, si no es à los primogenitos inmediatos por la identidad, que la disposicion de derecho discurre entre ellos, concibiendola tan eficaz, que el primogenito, aun antes de suceder, y poseyendo el Mayorazgo el padre, se considera como dueño, y Posseedor al mesmo tiempo; de suerte, que la posibilidad, y esperança de suceder, ocasiona
que

que padre; y hijo à vn tiempo padezcán los efectos de la incompatibilidad, para que el Mayorazgo, que la contiene de la pasar al siguiente en grado, *ex regula, text. in leg. Inquis 11. ff. de liberis, & posthum. Rojas de incompatibilitate, part. 7. cap. 6. à num. 4. & num. 5. ibi: Nam si in vita patris primogenitus habet idem dominium, quot pater in regno comitatu, vel maioratu, cum sola ei desit administratio; ergo ea ratione incompatibilitatis qua impeditus est pater, etiam impeditus erit filius primogenitus, & implicatus: Itaque necessario maioratus transire debet, ad fratrem, vel secundo genitum, qui non est preoccupatus imo vacuus, & liber ad succedendum in dicta maioria.*

57 No parece que se puede dudar, que las Clausulas mismas en que se previene la incompatibilidad, conceden la prelacion à Don Joseph de los Rios, respecto de su hermano Don Pedro; porque la que se concibe de ellas, es vna incompatibilidad lineal, que excluye, no solo al Posseedor, sino es à su hijo primogenito, por los fundamentos expressados, de que son terminantes lugares Rojas *ubi supr.* Don Juan del Castillo *tom. 6. cap. 178. num. 2.* De Larrea *decis. 51. num. 15. ibi: Senatus in his controversis, nisi expresse de iudicio disponentis appareat voluisse incompatibilitatem adversus lineas gradus, vel personas limitare, vel aliquam rationem exprimere, que solum excludat personam, & aliam solum admitat semper realem censuram, ut incompatibilitas bona committetur, & non esse admitendos ad successionem incompatibilem descendentes vniogeniti, sed fratrem, & ulteriores alterius lineæ, & primogenitum possessorem vnius maioratus, non posse illum omittere, & alterum, eligere nisi quando expresse conceditur.*

58 Si el señor Conde de Fernan. Juñez se hallase con hermano, y con los dos hijos primogenito, y

segundo, considerada la incompatibilidad con la naturaleza expresada, el hermano excluido a los dos hijos; con que no aviendo hermano, y aviendo hijo segundo, y previniendo en las Clausulas, que el hijo segundo suceda, parece que queda innegable la pretension de Don Joseph.

59 Ponderase tambien por el señor Conde, sin que aya salido a este juyzio Don Pedro, su hijo, que en los Mayorazgos incompatibles se dà al Possedor la facultad de elegir, y que se puede verificar, que el señor Conde elija este, y en el suyo suceda su hijo primogenito; y como en las Clausulas se hallasse este permiso, podria causar alguna armonia el argumento; pero no sucede asì, antes se excluye la facultad de elegir con el mesmo hecho de dar llamamiento expreso al hijo segundo, *ut inquit, D. Larrea ubi proximè.*

60 Pareciendonos que no tendràn los que se han vnido a excluir al señor Conde, y su hijo por tan debiles los fundamentos de sus pretensiones, intentarán excluirlos con lo dispuesto en la Clausula 19. de la agregacion, en que expresamente se excluye de la sucesion de este Mayorazgo al Possedor de la Casa de Fernan-Nuñez, y sus descendientes.

61 A los efectos de esta Clausula se avrà dado entera satisfaccion, por quien se defiende al señor Conde, como primeramente se contenia en su disposicion, y procuraremos manifestar, que Don Joseph de los Rios no debe participar del rigor que contiene.

62 No se duda, que en el tiempo de esta fundacion, la Casa, y Mayorazgo de Fernan-Nuñez estava poseida de trasversal, como se reconoce del Arbol, ni que para que no se vniesen este Mayorazgo, y aquel se tendria por primera consideracion la incompatibilidad, ni que lo absoluto de la exclusion de los descen-

dien-

280

dientes pudo nacer de algun defaecto particular, que no suele contenerse en el que lo motiva, sino es que padecen la desgracia de el odio los que no lo causaron; pero distinguiendo los tiempos, las circunstancias, y las personas, sacaremos de esta Clausula vna poderosa defensa para Don Joseph de los Rios, y se reduce à inferir precisamente de ella la incompatibilidad, especialmente, quando no es sola para explicarla, porque se contiene en otras muchas de las que van referidas; y sacando Don Joseph para lo incompatible lo favorable, no parece le puede obstar lo demás de excluir à todos los descendientes de el que era Poseedor de dicha Casa. Porque siendo descendiente varon de los Fundadores, viene à suceder como tal, y no como descendiente de la Casa de Fernan-Nuñez; y aunque saca de ella la calidad de varon el derecho de suceder por su propria persona, deriva de los Fundadores mismos; y sin embargo de que el señor Conde quiera ponderar lo mesmo, por ser, como es, descendiente varon, y primero de dichos Fundadores; y que por esta calidad debiera suceder, y preferir à su hijo, lo excluye la incompatibilidad contemplada, como absoluta, y en qualquiera personas, en vno, y otro Mayorazgo.

63 Y la razon es, porque la causa de no deber suceder, siendo descendiente varon de los Fundadores, y teniendo llamamiento expreso, es porque posee la Casa, y Mayorazgo de Fernan-Nuñez, entre los quales se debe observar la incompatibilidad; y como Don Joseph no padece este impedimento, y tiene tambien el llamamiento expreso como descendiente varon agnado de los Fundadores, falta el motivo para su exclusion: De esta diferencia, entre el impedimento de la causa, y de la persona, es lugar copiado Don Juan del

Cas.

Castillo lib. 3. cap. 18. per totum, Et præcipue à num. 65. ibi: Et iuxta hanc resolutionem procedit atque intelligi debet alia doctrina, aut communis D. D. distinctio, quam relatis alijs Authoribus aduxit Hippolytus Riminaldus, consil. 664. num. 69. volum. 5. Et consil. 313. num. 37. lib. 3. Vbi distinguit an pater, vel mater, excludatur propter aliquam causam, Et quando exclusio fit ob causam rationem, vel qualitatem quæ in filijs non militat equalitèr, tunc exclusio non afficit filios, nam exclusio semper restringitur ad suam causam, leg. si is qui, ff. de inofficioso testamento, leg. Cancellaverat, ff. de his quæ in testamento delentur, Et num. 70. ibi: Tertio respondetur præfatas regulas, Et doctrinas scilicèt, quod exclusa una persona, vel succedere prohibita, Et eius descendentes exclusi, aut prohibiti censeantur tunc demum procedere quando filij, aut descendentes ad successionem venirent, ex persona patris, vel matris per representationem, Et tamquam sub ingredienti eorum locum, Et gradum ipsosque representando; secus tamen quando venirent ad successionem ex persona eorum, Et iure proprio vocationis, aut substitutionis, non verò per representationem patris, Et sic non consideratur medium à quo procedant, nec impediuntur ex inhabilitate, aut exclusione parentum. Y refiere otros muchos en apoyo de esta proposicion.

64 Y verdaderamente, que si con la generalidad de exclusion de los descendentes de la Casa de Fernan-Nuñez, con la causa que entonces se pudo contemplar, se quisiese comprender excluido Don Joseph de los Rios, se incidia en el inconveniente de dexar destruida, y sin efecto la declarada afeccion que se tuvo de la agnacion para la sucesion continuada en este Mayorazgo, y que en vn mesmo hecho se excluyesse al mismo que se llamava, quando la regla mas cierta, y digna de practicarse, es, quod in ducta ad

unum finem non debet contrarium operari, ex leg. legata
inutiliter, ff. de legatis 1. D. Valençuela consil. 63. num.
123. D. Molina lib. 1. cap. 13. num. 91. Alexand. consil.
106. num. 10. volum. 5.

Ex quibus, espera Don Joseph de los Rios se defe-
rirà à la pretension que tiene introducida. S. T. S. D. C.
&c.

Lic. D. Juan Rosillo
de Lara.