



POR

EL SEÑOR D. RAFAEL FANTONI,

Cavallero del Orden de Alcantara,

RESPONDIENDO,

A VN PARECER FUNDADO

POR PARTE DE

LOS SEÑORES DON JACOME

Fantoni Castellanos, Cavallero de dicha

Orden, Regidor perpetuo de esta

Ciudad de Cadiz,

Y DE EL SARGENTO MAYOR

Don Francisco Fantoni Valderrama,

Hermanos.

SOBRE

EL DERECHO DEL FIDEICOM-

miso Familiar, que fundó el señor Simon

Fantoni, en la Ciudad de

Florençia.



POR

EL SEÑOR D. RAFAEL FANTONI,

Cavallero del Orden de Alcantara,

RESPONDIENDO,

A UN PARECER FUNDADO

FOR PARTE DE

LOS SEÑORES DON JACOME

Fantoni Castellano, Cavallero de dicho

Orden, Regidor perpetuo de esta

Ciudad de Cadix,

Y DE EL SARGENTO MAYOR

Don Francisco Fantoni Valderama,

Hermanos.

SOBRE

EL DERECHO DEL HIDEIGOM-

misio Familiar, que fundo el señor Simon

Fantoni, en la Ciudad de



N Grande empeño hallo constituida à mi insuficiencia ; por la insignuacion de vn amigo; precisado de la reciproca obligacion, de aliviar à vn venerado compañero, tomo à mi cargo vna grave empresa ; y sin poderme escusar à las repetidas instancias de quien dessea mantener su justicia, me es fuerza tomar la pluma.

Hallandose el señor Don Francisco de Mendoza y Morales, con segundo papel del señor Don Christoval Garcia Morejon, en respuesta de el que el señor Don Francisco escrivio, sobre el derecho del Fidei Commiso, de los Cavalleros Fantonis; viendose por su poca salud, y achaques, que le han sobrevenido, impossibilitado de poder responder, me manda, que lo haga yo, à que concurre la solicitude del señor Don Rafael Fantoni, su parte, remitiendome para ello, tres eruditos papeles: el primero, que en 30. de Agosto hizo dicho señor Don Christoval, fundando su sentir, sobre el derecho de los señores Don Jacome, y Don Francisco Fantoni, hermanos; el segndo, escrito por el señor Don Francisco de Mendoza, en 14. de Septiembre, respondiendole à favor de dicho señor Don Rafael; y el tercero, y vltimo (que es el de nuestro assumpto) en que el señor Don Christoval, insistiendole en su antecedente, impugna los fundamentos, y doctrinas del dicho papel del señor Don Francisco.

No estrañe el curioso, tan opuesta diversidad de pareceres; porque essa es pensión, y prueba de la gran literatura de dichos dos señores, mis compañeros; por esso ay tanto escrito, y mas en nuestra facultad, donde es muy frequente hallarse acerrimamente encontra-

dos en el sentir los mas celeberrimos Autores; y es la razon, porque como hombres, están sujetos à variar; mas como doctos, fundan con solidèz cada vno su dictamen.

Y menos se admirarà, sabiendo, que aun entre los Angeles, ha auido certámenes dilatados: assi consta de la Sagrada Escritura, al *cap. 10. de Daniel, n. 13.* donde se vè, que el Angel Protector de Persia, en competencia del Angel del Pueblo de Dios, tuvieron 21. dias de disputa, y resistencia, sobre el captiverio, y libertad de los Pueblos: *Sed Persarum Protector restitit mihi viginti & vno diebus.*

Porque la diversidad en estos casos, no desvne la amistad, ni la Caridad reciproca; assi lo dize S. Augustin, *Epist. 16. ad Hiero. Vt inter charissimos aliquid altervtro sermone contradicatur, nec Charitas minuatur, nec veritas odium patiat, quæ debetur amicitia:* y es como del Santo la doctrina; porque en las batallas de Letras, están reformadas la colera, y la impaciencia: pues estas, no dan mas fuerça à la razon, ni propiedad à las doctrinas, ni claridad à la justicia, ni mejor fin à los pleytos; antes si, fuelen, con detrimentos graves, sofocarse en precipicios.

Hallome tambien, prendado en esta dependencia; pues al principio del litigio, me consultò el señor Don Rafael, y le di por respuesta; que en los dos Quintos estava bien executada la division; pero, que por los tres, era clara su justicia, en mi dictamen; y en este permanezco, salvo, &c. pero la fuerça de las referidas circunstancias, me obligan à responder en el todo.

No es mi animo en este papel, que el señor Don Christoval refotme su sentir; porque conozco, fuera tameridad; pues en las materias de dictámenes, fuelen quedarfe en su vigor, aun despues de ver en contra tres sentencias conformes; si solo es mi intento responder à dicho papel lo que mi cortedad alcançare: no serà con resolucion inflexible, porque me acobardan dos cosas;

3
cosas; la primera, el aver leído en Autores de mi facultad, que aunque tuviera vno dos siglos de vida, no pudiera ligeramente estudiar, lo que en el Derecho ay escrito: la segunda, el aver conocido, que estoy muy sujeto à la equivocacion, y el yerro, quando los mas eloquentes, viven con la misma pensión; y que es el capricho, fecundo padre de los errores.

Ofrezco al señor Don Christoval, que la modestia sea mi estudio: porque desseo la vrbanidad, que debe ser correlativa en todos, y mas entre los de vna profesión; pues lo contrario, es, con mucha pèrdda, dar chistes, que rumiar al vulgo, y reparos, que estrañar à los prudentes.

Y para escusar la equivocacion, que puedo padecer sobre las palabras, y papel del señor Don Christoval, pondrè en este por orden, cada vno de sus Capítulos, los que tuvieren puntos de Derecho, y replicas, para ir respondiendò à cada Parrafo, lo que se ofreciere.

PRIMER CAPITVLO, DEL PAPEL DEL SEÑOR
Don Christoval.

„ **D**igo, pues, que el Cardenal de Luca, en el discurs. 18. de Fide commiss. no solo no favorece,
„ ni prueba algo à favor de la pretension del señor D.
„ R afael; sino, que positivamente la excluye, y con-
„ vence. Afsi lo conocerà quien lo leyere con gana
„ de entenderlo, y supiere la Regla de Derecho, que
„ dize: *Ex quacumque facti mutatione totum ius variatur.*
„ Y en romance (para los legos, que tambien votan
„ en este Pleyto) en mudandose qualquiera circunf-
„ tancia de hecho, es preciso echar por otro lado,
„ para resolverlo con acierto.

RESPUESTA.

1 **A** Dos puntos se reduce la respuesta, que este Capitulo pide; el primero, ver, en que se proporciona el dicho *discurs. 18. del Cardenal de Luca*, con el pre-

fente caso; y en el segundo, reconocer, en que sea contrario el citado discurso.

2. Este lugar de *Luca*, discurro lo trajo el señor D. Francisco de Mendoza, para el caso presente, aplicandole, lo que dize dicho Autor, sobre la diferencia, que ay, para suceder en los Fidei commissos, quando el testador instituyò al principio vna linea, ò quando constituye dos, ò mas; porq̄ quando *ab initio* se instituye vna linea, se admite al mas proximo, excluyendo al remoto, con las palabras del referido discurso num. 9. *Ideòque, quoad succetionem primi testatoris, cuius respectu, omnes concurrentes erant de vnica linea, in sensu etiam veritatis, bonum ius proximorum videbatur indubitatum.* Y estas son en terminos, para el presente caso.

3. Veamos, pues, en que será contrario el *Cardenal de Luca*, en el citado discurso: esto no encuentro; porq̄ aunq̄ en algunas partes del dicho Cardenal, toca el punto, de que se aya de atender *proximitas gravati*; ay en el caso del Cardenal de Luca, vna circunstancia essencialissima, que le impide la aplicacion, para ser contrario al señor Don Rafael: y es, el que en el caso, que trae dicho Cardenal num. 1. dispuso el testador, que se atendiera la proximidad del gravato: *Vt attendi deberet proximitas gravati.* Y assi fue preciso arreglarse à la voluntad del testador; circunstancia, que no se contiene en la Fundacion de este Fidei commisso; y por el consiguiente, queda abierta la puerta à la celeberrima question, tan controvertida entre los Autores, de si se ha de atender *proximitas gravati, aut gravantis.* Conque por esta circunstancia, conforme à la doctrina de *Luca*, que el señor Don Christoval cita en su papel al *discurs. 6. Mutata facti circumstantia*, no puede aplicarse contrario al señor Don Rafael, lo que toca el *Cardenal de Luca* al *discurs. 18. num. 1.*

SEGUNDO CAPITULO DEL SEÑOR

Don Christoval.

Lo mismo sucede à *Menocchio*, en el consejo 124. citado

de

de contrario, que se hallarà ex diametro opuesto à la pretension del señor Don Rafael, como se puede ver, desde el num. 55. y siguiente.

RESPUESTA.

4. En esta cita de *Menochio*, fue à probar el señor Don Francisco de Mendoza, que concurriendo dos lineas *ab initio constitutas*, ay representacion en cada linea; pero no, quando son de vna misma linea los que concurren; porque entre estos, solo se atiende la proximidad del grado; para cuyo assumpto, es literal, y genuina la doctrina de *Menochio al n. 87.* que apuntò el señor Don Francisco; lo qual no niega el señor Don Christoval, por conocer, que es assi.

5. Pero haze aqui su merced vn reparo admirable, y buelve por contrario à *Menochio*, porque al num. 55. y siguientes, funda este Autor, que el hijo tiene representacion, y entra en lugar del padre.

6. A que respondo dos cosas; la primera, que para este caso, no se puede aplicar la citada doctrina de *Menochio al n. 55. y siguientes*; la segunda, que no solo no es contrario à el señor Don Rafael, sino que le es favorable, y opuesto al señor Don Jacome, en el mismo consejo 124. que cita el señor Don Christoval.

7. No se puede aplicar à este caso dicho Autor en el num. 55. y siguientes, porque en ellos hallará el señor Don Christoval, vna grave razon de dispariedad, que es, el que dicho Autor, và hablando, de vn Fidei commissio, fundado por el abuelo; en cuyo caso, ò ya se atendiera à la proximidad del gravato, ò del gravante, siempre avia representacion; circunstancia, que no ay en este Fidei commissio; pues no solamente no es abuelo el Fundador, pero ni aun ascendiente del señor Don Jacome, sino vn transversal, en grado remoto, que no tiene representacion; conque no puede aplicarse por contrario à el señor Don Rafael.

8. Es à su favor, y contrario al señor D. Jacome,

6.
clara, y expressamente, como lo podrá ver el señor Don Christoval, continuando en el mismo consejo su aplicacion, hasta el num. 84. donde dize *Menochio*, que no siendo el Fidei commisso, fundado por algun abuelo, sino por otro, no tiene el hijo representacion, ni puede entrar en lugar de su padre; esto, y la antecedente disparidad, todo junto lo dize al mismo nu. 84. por estas palabras: *Cum enim manifestè constet hic agi de Fidei com. constituto à Comite Melchiore abo; aut agitur de Fidei commisso alterius, & tunc filius non ingreditur locum patris.* Con que assi *Menochio* en el mismo consejo, que cita el señor Don Christoval, es contrario al señor D. Jacome, y su hermano.

TERCERO CAPITULO DE EL SEÑOR

Don Christoval.

5. De la misma suerte es contrario Peregrino al art. 21. que cita el señor Don Francisco, donde al n. 22. se hallará, que después de aver tocado la diferencia, ó question, que ay entre algunos doctores, sobre si, se ha de subceder por vna misma regla en los Fidei comissos de ascendientes, q de transversales, resuelve con estas palabras: *Attamen etiam in transversalibus cum Fidei commissum vacat per mortem avi, vel patris, ut ne pos concurrat cum patruo, vel amita indubitanter existimo.* Y dize averse determinado, en el caso, que refiere en los mismos terminos, que el precedente, por lo que mira à los dos quintos, que gozò el señor Don Jacome el mayor, y vacaron por su muerte.

RESPUESTA.

9. Esta doctrina de *Peregrino*, citò el señor Don Francisco, no para los dos quintos (que son de distinta succession) sino para los tres; y en este caso al num. 8. no puede fer mas literal la dicha doctrina, à favor del señor Don Rafael; pues dize *Peregrino*, que no concurriendo el sobrino con el tio à la succession de otro tio,

no tiene el sobrino la representación de su padre. *Ultra*
hos verò quatuor casus, cum de subcessione transversalium
agitur filius non assumit locum patris, & locum habet regula,
qui prior in gradu, potior in subcessione. Esto no lo niega
el señor Don Christoval; pero cita al num. 21. donde es
contrario para los quintos.

10. Y respecto, de que las palabras del señor Don
Christoval, en este punto, tienen alguna ambigüedad,
haziendo dos sentidos, me harè cargo de ellas mas por
menudo, por razon de la claridad.

11. Es cierto, que al dicho n. 21. es *Peregrino* con-
trario para los dos quintos (aunque para los tres sea
favorable, como queda dicho) pero es la razon, por-
que en la reñida question de si se ha de atender en los
Fidei commissos al vltimo que muere, ò al Fundador,
lleva *Peregrino* la opinion, de que se ha de atender al
gravato, como lo dize al num. 8. §. fin. artic. 21. *Sed ego*
personam gravati intuendam esse puto, quia eius proximitas
observanda est.

12. Pero esto, sabe el señor Don Christoval, que
tiene en contra infinitos Autores, que llevan se ha de
atender al gravante testador, expressando cada vno,
que esta es la mas comun, y sentada opinion. *Glossa cum*
ita 33. §. Fidei com. D. delegat. 2. & lege. in qui quam plures
D. delegat. 3. Menoch. de presunt. lib. 4. presunt. 75. n. 17. &
conf. 124. n. 24. 30. & 33. Juan, Petrus, Surdo, decis. 66. n. 13
& in conf. 31. n. 18. & 29. Molina de primog. lib. 1. cap. 6. n. 46
Cobasrubias pract. quest. cap. 38. n. 3. Espin. de testam. glossa.
27. n. 33. Rumin. conf. 246. n. 58. Petra de Fidei com. quest.
11. n. 2. Zachard. in leg. vltim. n. 70. C. de edict. divi Adrian.
Tolend. Beron. in conf. 67. in fin. lib. 2. Roland. in conf. 70. n. 73.
lib. 3. Peralta Hisp. in leg. cum ita §. Fidei com. n. 24. versic. in-
qua delegatis. 2. Hieronym. Gabriel, in conf. 121. n. 10. lib. 1.
Pansrol, in conf. 170. n. 8. lib. 1. Bart. in leg. si cognatis. n. 2. §.
de rebus dubijs. & in leg. heres mei. §. cum ita. ff. altreb. Simon
de Pretis de interprat. vltim. bolunt. lib. 5. interprat. 3. dub. 4.
fol. 3. n. 35. Grasius. §. Fidei com. quest. 11. & 18. Fachin. lib. 4.
cap.

8.
 cap. 85. Ripa. in leg. ex facto, & in leg. Lucius, ad trevelianiam. & in leg. filius familias. §. divi. n. 31. ff. delegat. 1. Ruinus. conf. 198. n. 9. volum. 2. & 142. n. 15. lib. 3. Alciatus, conf. 102 n. 7. lib. 9. Hiurba, ad consuet. mesan. cap. 11. glos. 6. num. 15. Decius. conf. 1. & 546. Alexand. conf. 213. volum. 6. Cravet. conf. 43. Fasson. conf. 215. lib. 2. & conf. 195. lib. 4. Rovit. conf. 50. lib. 1. Thes. dec. 64. Barrius, decis. 2. Cavaler. dec. 18. num. 105. p. 3. Peregrino, dec. 5. u. 132. Gat. cap. 493. n. 13. Porst. conf. 55. u. 85. Zanc. in leg. haeres mei. §. cum ita. n. 1114. versi. quod enim. ff. altrebelian. Fabius. in rept. §. cum ita. n. 32. Tiberius, Dezian. in cons. 21. n. 1. volum. 2. Ceballos. com. contr. quæst. 398. n. 4. Card. Mantica. lib. 8. de coniect. tit. 12. n. 30. & sequent. Durant. de Arte testandi. tit. 50. Caut. 21. Julio Capon. disceptacion. 101. num. 16. §. 2. Rota Lucensis dec. 99. apud Merlin. Marcus Mantua conf. 123. num. 6. Anto. Rubeus. conf. 126. n. 3. Ciriaco Nigro controvers. 269. n. 2. & sequentibus, & in controvers. 98. n. 12. Thesaur. decis. 64. pcr totam: maxime num. 6. Marzar. conf. 21. Mantica conf. 100. lib. 2. Pant. Castr. conf. 188. lib. 1. Torniel n. 83. Joan de Monte Sperello. in leg. cum acutissimi. C. de Fidei com. Ymol. conf. 550. num. 85. Bonifac. Roger. conf. 43. n. 6. lib. 1. Ioan. Roxas in epit. subces. cap. 32. u. 14. Cris. in §. Fidei com. quæst. 18. Tellus. Fernan. in leg. 27. Tauri. n. 7. Farinac. decis. 693. n. 3. p. 2. Con otros muchos, que citan, cada vno de los referidos, como los podrá ver el estudioso: y aun Don Vincencio Fussario en el tratado de Fidei commissaria substitutione quæst. 484. n. 1. Aun no siendo muy de su opinion pone a favor de esta 64. Autores clasicos: Porque ha sido tan reñida entre los Autores esta question, que dizen Pelaez de Maioratu p. 2. quæst. 8. in nova impressione. Que este punto no se avia de vintilar con letras, sino con la espada, pues ya los ingenios, y discursos, estaban en exausta confusion, por tan horrorosa controversia.

13. He puesto aqui tan larga cita de Autores, para que se vea todo lo que tiene en contra de los dos quintos el señor Don Jacome, pues si se atiende para la succession al gravante, los tiene perdidos, por no

aver

9.

aver representacion con el Fundador transverfal remoto; y assi mismo, para que se reconozca quan probabilissima es la opinion, que el señor Alcalde Mayor avrà tenido, para dar enteramente los dos quintos al señor Don Rafael.

14. Pero no faltará quien haga el reparo, de que aviendo tan innumerables Autores à favor del señor Don Rafael, por lo que mira à los dos quintos enteramente, como he sido, y soy yo de sentir, que los dos quintos, estavan bien divididos, entre los señores Don Rafael, Don Jacome, y Don Francisco; à que digo, que los fundamentos que tengo para mi dictamen, no son del assumpto de este papel, y por esso no los expresso; porque el fin, para que se me remitiò el papel del señor Don Christoval, es para que responda por el señor Don Francisco de Mendoza, manifestando los solidos fundamentos de su primer papel, y no para fundar nada en contra; y assi, reservo los motivos de mi sentir, para responder, quando se me pregunten, que entonces dirè el por qué. Y aun digo mas: Que si en la justificada sentencia del señor Alcalde Mayor, se huvieran quedado divididos los dos quintos, como antes estavan, y no se le huvieran dado enteramente al señor Don Rafael, fuera mas à favor de su Estirpe: *Qui potest capere capiat:*

15. Y he puesto mi parecer en la introducion, por no faltar à la realidad; pues vna cosa es mi dictamen, y otra el cumplir con la fuerza à que el empeño me obliga. Pero advierto, que no por esto dexo de conocer, que es muy probable la opinion de los Autores, que dexo citados, pues la fundan bien; porque el vltimo, que muere, en los Fidei commissos, no dexa cosa, que sea suya, y està precissado por el testador, à dexar al mas cercano la herencia Fidei commissaria, y esta es de el Fundador, que la dexò; y assi, à este es à quien se ha de suceder, y no al gravato, que no avrà tenido mas prenda, que desfrutar, y aun deteriorar las fincas.

16. Y por las palabras ambiguas, que el señor Don

Christoval dize de la doctrina de *Peregrino* en los Fidei commissos de transversales , no discorra el que leyere, que aquella palabra *transversales* , es general , y que habla de qualesquiera, estèn en el grado que estuvieren; ni que *Peregrino* sigue, que en qualquiera transversales, aya representacion , porque no es esto lo que dize *Peregrino*; sino que aya de vacar el Fidei commisso por abuelo , ò tios, hermanos de padre; y assi, señala estos transversales per mortem avi, vel patruï , que son los terminos en que se ciñe la representacion : conque estèmos, en que la palabra transversales, no habla de todos , ni de aquellos, que estàn *ultra filios fratrum* : Adviertolo assi, para que no se equivoque en la inteligencia , quien no fuere de la profelsion.

QUARTO , Y QUINTO CAPITULO DE EL
Señor Don Christoval.

„ Y no solo son contrarios los referidos Autores, sino
 „ que el mismo papel del señor Don Francisco de Men-
 „ doza , dà pruebas concluyentes à favor de los se-
 „ ñores Don Jacome , y su hermano, pues por lo que
 „ mira à dichos dos quintos, afirma, que tocan al señor
 „ Don Rafael , y lo prueba con lo que dize *Luca al n. 7.*
 „ del citado *discurso* 18. y visto este Autor en el mismo
 „ n. se hallarà, que dize, que quando al principio se in-
 „ tituyó vna sola linea , para la succesion de el Fidei
 „ commisso, *Certum est attendendū esse ordinē subcessionis.*
 „ Y asentando por cierto el señor Don Francisco, que
 „ que para estos dos quintos, se nombrò vna sola linea,
 „ se sigue por legitima consequencia, que se ha de suc-
 „ ceder en ellos, como se succediera *abintestato*; es assi,
 „ que si Don Jacome, el mayor (por quien vacaron)
 „ huviera muerto *abintestato*, le succedieran por mitad
 „ su hijo, y nietos ; luego han de succeder *por mitad* en
 „ los dichos dos quintos.
 „ La misma argumentacion, y prueba, resulta de lo
 „ que

que persuade el señor Don Francisco al n. 9. de su respuesta; donde para probar, que los tres quintos de la linea de Juan Andrea, tocan al señor Don Rafael, como pariente mas cercano de el señor Conde de Gimera (que fue el vltimo de ella) dize, que este Fidei commisso, es *subcessivo*, y se ha de heredar *iusta ordinem in testata subcessionis*; luego los dos quintos, que quedaron por muerte del padre, y abuelo, los han de heredar por mitad el hijo, y nieto, ò se ha de afirmar, que *iuxta ordinem in testata subcessionis*, succediera solo al señor Don Rafael, à su padre, y nõ le succedieran igualmente sus sobrinos.

RESPUESTA.

17. Supongo de passo, con licencia del señor Don Christoval, que la cita, que su merced buelve por contrario en el *Cardenal de Luca, discurso 18.n.7.* està conoçidamente equivocada; porque en el dicho *num.* lo que dize *Luca*, no es, que se aya de atender *ordo in testata subcessionis*; Sino que fue voluntad del testador, en el caso que refiere, el que se siguiera la orden de *abintestato*: pondrè aqui las palabras de *Luca*, para que sean testigos de las he visto: *Quarum nullam rationem abendam esse dicebam, etiam in sensu veritatis. Tum quia in casibus de quibus ipsi agunt, non concurrerant istæ circumstantiæ voluntatem testatoris, adeo restringentes illa præ certim, ut spectari deberet ordo in testata subcessionis.*

18. Supongo tambien, que el señor D. Francisco de Mendoza, habla en las Reglas de la succession de *abintestato*, para los tres quintos, y no para los dos; pero haze haze muy bien el señor Don Christoval, en traer el argumento de los tres quintos para los dos; pues si en aquellos se ha de seguir la Regla de *abintestato*, tambien en estos deberà succeder lo mismo.

19. Lo que discorro en este punto es, que el señor Don Francisco de Mendoza, traeria las Reglas de *abintestato*, atendiendo al Fundador para la succession,

y contando desde su persona , conforme à lo que dà à entender *Mantica de conject. lib. 8. tit. 12. n. 30. & sequentibus*. Porque lo que yo he entendido de la opinion del señor Don Francisco , es que figue se ha de mirar *proximitas gravantis*, con la qual, como dexo referido, no ay representacion en nuestro caso.

20. Y aun parece lo quiso assi el Testador , pues dispuso, que sucediera *in stirpex* ; con cuya circunstancia llamò la proximidad à su persona , y excluyò la del gravato. Assi lo dize *Lelio Altogrado conf. 65. n. 22.* por estas palabras : *Cum testator indefectum alicuius vocat in stirpes, & non in capita, ut in casu nostro, tunc etiam certum est attendendam esse proximitatem testatoris non autem gravati*: Con que assi , de los dos quintos estàn excluidos dichos señores Don Jacome , y Don Francisco , pues con el Fundador transversal , no tienen representacion.

SEXTO CAPITULO DE EL SEÑOR

Don Christoval.

„ Y por lo que toca à los tres quintos de la de Juan
 „ Andrea , que passaron à la de Francisco Fantoni,
 „ procede lo mismo ; y debo reparar , que en el n. 6.
 „ de su Respuesta, afirma el señor Don Francisco, que
 „ yo padeci equivocacion en aver dicho, que no avia
 „ en este Fidei commissò clausula expresa , y llama-
 „ miento literal del mas cercano grado; á que respon-
 „ do : que si la ay, ò no, lo dirà el testamento del señor
 „ Simon Fantoni, donde nadie la hallarà , hasta des-
 „ pues de acabadas las lineas, y con ella el Fidei com-
 „ missò ; pero no debo disimular , que el señor Don
 „ Francisco, diga que la ay , infiriendolo de las pala-
 „ bras de *grado en grado, y en orden sucesivo* , persuadi-
 „ do à que significan lo mismo que las otras , lo qual
 „ es yerro notorio; porque *de grado en grado* , y *orden*
 „ *sucesivo* , haze relacion à descendientes ; como lo
 „ afirma el mismo *Menochio* en el citado *consejo nu. 70.*

„ Y

Y mas cercano grado haze relacion à transversales,
 ,, porque la dición *mas*, es comparativa, y no se pue-
 ,, de verificar en los descendientes, en quienes no ay
 ,, mas, ni menos grado, respecto de los ascendientes;
 ,, por cuya razon, nos dexaron dicho nuestros mayo-
 ,, res, que si huviera la señora Eva vivido, no hallara
 ,, en el mundo novio con quien casarse.

RÉSPUESTA.

21. Lo que sobre este punto dixo el señor Don Francisco, de que las palabras de *grado en grado*, y *orden sucesivo*, significan lo mismo, que la palabra *mas cercano*, ò *salva gradus prærogativa*, sin ser yerro uotorio, lo hallarà el señor Don Christoval, muy fundado, y à la letra en Graciano cap. 836.n. 18. *Quibus additur quod ista clausula ordine subcessivo æquiparatur clausulæ de vno in alium, seu de gradu in gradum, seu de vno ad alterum, sive salva gradus prærogativa cum similibus*; y tambien cita à Margarío de Fidei commiss. p. 2. in verbo adine subcessivo cum aliis in tractatu de clausulis p. 3. caus. 14. & 74. *decisionum cons. 1. n. 1.* Y otros innumerables, que no refiero, por escusar la molestia.

22. Además, de que con la palabra *de grado en grado*, excluyò al mas remoto, prefiriò al mas cercano, y quitò la concurrencia de todos juntos; y asì lo dize Marta de claus. p. 3. claus. 14. n. 1. & itaque vocatur de gradu in gradum, non omnes simul, sed gradatim subcedunt, & ita qui proximior existit alios excludet.

23. Veamos el papel del señor Don Christoval, si nos dà algo para este assunto; en èl trae su merced la difinicion de la linea, en la ley 2. tit. 6. partid. 4. *Linea de parentesco es ayuntamiento; ordenado de personas, que tienen vnas de otras como cadena, descendiendo de vna raiz, y facen entre si grados de partidos*; y la cita de Rexas, p. 1. incompat. cap. 6. n. 23. *Linea est collectio personarum, quæ subcedere secuudum suum ordinem debent iuxta voluntatem hominum, vel dispositionem iuris, vel consuetudinis.*

14.

24. Conque, segun esto, la linea tiene grados de partidos, y se ha de succeder *secundum voluntatem hominum*, no ay quien lo dude; pues de esto estàn llenos los Autores; y en el presente Fidei commisso, qual fue la voluntad del testador? Digalo la fundacion *de linea en linea, y de grado en grado*; està muy bien: ya salieron los tres quintos de la linea de Juan Andrea, estàm en la del señor Francisco Fantoni, como se succederà? *De grado en grado*; y quien està primero *en grado*? El señor Don Rafael, pues à su merced es à quien le toca, segun la voluntad del testador, que atendió primero à la linea, despues al grado: *Vt primum, ac potissimum locum occupet linea in linea, gradus, Cardinal de Luca, discurs. 203. suplem. de Fidei comm. n. 14.* Pero esto sirva solo de dezir algo sobre las palabras *de grado en grado*, aunque no las necessitamos para nuestra justicia; y assi, hago cuenta que no las tiene la Fundacion.

25. Hallamonos ya en el punto de los tres quintos, que es en el que tengo dado mi parecer enteramente, à favor del señor Don Rafael; y supuesto, que he oido à muchos, publicar por contrario al *Cardenal de Luca*, yo ofrezco, que el mismo *Cardenal* sea à quien citarè, y à los proprios Autores en que se ha fundado el señor Don Christoval, valiendome de sus doctrinas, para los mas essenciales puntos, y para responder à los que contiene el papel del señor Don Christoval.

26. Tenemos presente el caso de vn Fidei commisso, fundado por vn transversal, que vacò por muerte del señor Conde de Gimera, tio, y pariente de los señores Fantonis, en 8. grado con el señor Don Rafael, y en 9. con los señores Don Jacome, y su hermano.

27. Ya que es tan opuesto el *Cardenal de Luca*, empiezo à buscar en èl doctrina, y decissionses, en terminos del presente caso, à ver si yo las encuentro: No quiero salir del discurso 18. n. 12. *versic. cum enim.*
hallo

hallo vna decifsion , que para evitar la duda , de si el caso tiene dispariedad , ò no con el presente ; pondréla à la letra , y en romance , para que el curioso vea si le asimila ; pues el literato las hallará en latin , por estas palabras : *Cesar Rasponio , fundò vn Fidei commissò perpetuo , con substituciones para sus dos hijos Julio , y Rasponio ; muerto Julio sin succession , se consolidò , y juntò enteramente la herencia Fidei commissaria en Rasponio , de este quedaron tres hijos , Francisco , Luis , y Cesar ; del hijo Luis , quedó vn nieto , llamado Carlos Antonio , que murió sin succession ; à la qual concurrieron pretendietes el Cardenal , Cesar Maria , y Guidonio , hijos del dicho Francisco , y assimismo se le oponian Cesar Antonio , nieto del hijo Cesar .*

28. Ya tenemos en este caso vn Fidei commissò que vacò por vn transversal , à que se oponen el nieto contra el hijo , ò el sobrino con el tio , y todos de vna linea : Pregunto , como se decidió ? Digalo el mismo *Cardenal de Luca : Attenta grãdus prerrogativa , &c. ideoque resolutio iusta , & provabilis visa fuit .* A favor del tio excluyendo al sobrino , porque estava en grado mas remoto , y no avia representacion .

29. Dos circunstancias ay aqui que reparar , que dan fuerza à nuestro intento , la primera , que si aviendo fundado el Fidei commissò de *Luca* por vn ascendiente , se excluyó el nieto , por estar vn grado mas remoto ; con quanta mas razon en nuestro Fidei commissò , fundado por vn transversal : La segunda , que si vacando el Fidei commissò de *Luca* por vn transversal tan cercano , se decidió assi ; quanto mas bien en nuestro caso , que vacò por vn transversal de grado tan distante ; conque ya el *Cardenal de Luca* con solidissimo esfuerço , lo tenemos à favor del señor Don Rafael .

30. Profigo con el mismo *Cardenal* , y sin salir del dicho *discurs. 18. al n. 13.* trae otro caso con las mismas circunstancias , que este , y succedió lo mismo , sentenciando à favor del tio *respondi contra Ioannem Baptistã*

remotiozem pro Francisco, & Vicentio proximioribus; otros muchos pudiera referir, mas los omito, por no cansar por no salir del *Cardenal de Luca*, y porque este es vn mero parecer, que si fuera informe, ya me dilatara; ademàs, de que en lo restante de este papel, tocarè algunas doctrinas del mismo *Cardenal*, y otros Autores, que sean de este intento, pues corresponden á los Capítulos siguientes.

SEPTIMO, Y OCTAVO CAPITVLO DEL SEÑOR
Don Christoval.

Demàs, de que quanto el señor Don Francisco ha trabajado para persuadir, que el señor Don Rafael, debe suceder como pariente mas cercano de el señor Conde difunto, en los tres quintos, se convence, con la voluntad del testador; qual fue, que por muerte del vltimo de la línea de Juan Andrea, pasen à la de Francisco Fantoni; y no que pasen al pariente mas cercano del vltimo de la otra línea. De que resulta, que aunque los Autores digan todo lo que quisiere el señor Don Francisco, sobre el punto del mas cercano grado, no podrán alterar, ni enmendar la voluntad del testador, manifestada en la substitucion lineal, que hizo en la vna, para quando se acabasse la otra.

Pruebase esta verdad, con la autoridad del señor Don Francisco, al n. 13. de su respuesta, donde dize (y es cierto) que la ley, que se debe tener presente para arreglar la succession de este Fidei commissio, es la voluntad del testador; luego aviendo fido de que succediesse vna línea à la otra, y en ambas los hijos, y los hijos de los hijos instituydos, y substituydos, no puede tener derecho alguno el señor D. Rafael, sin que le tengan igual sus sobrinos; por componer todos la línea de Francisco Fantoni, substituyda para dichos tres quintos; y siendo iguales en el llamamiento, lo deban ser en la succession,

„ y pretender lo contrario ; es querer enmendar la
 „ expresse voluntad del testador , qua concurrente
 „ (*dize Luca al n. 11. del discurs. 18*) *Non curatur contra-*
 „ *rie rationes vel absurda dum in iudicio non queritur qua-*
 „ *re testator voluerit sed qui voluerit.*

31. Traerè aqui el Capitulo ante penultimo de el papel del señor Don Christoval , para hazerme cargo de todo, pues este es del mismo assunto , que los dos antecedentes.

ANTE PENULTIMO CAPITULO DE EL SEÑOR Don Christoval.

„ Tampoco se haze cargo el señor Don Francisco,
 „ de la proposicion tan cierta como vulgar , que dixe
 „ en mi parecer, de que por derecho, y por costumbre
 „ estàn en igual grado de succeder à los ascendientes
 „ el tio, y sobrino, como tambien lo estàn para succe-
 „ der à los transversales, quando los llamamientos son
 „ colectivos, ó lineales, sin especial circunstancia, ò
 „ calidad (como en este caso) lo qual solo es bastante
 „ por respuesta de todo el assunto , y aver escusado
 „ todo el trabajo, sobre la cercanie de grado.

RESPUESTA.

32. De estos tres Capítulos, que todos miran à vn fin, se saca en limpio, que el fundamento , y empeño del papel de señor Don Christoval , consiste en dos proposiciones.

33. La primera , que quando el llamamiento es colectivo, ò lineal, se llama à todos los de la linea, porque todos la componen.

34. La segunda, que siendo tambien de la linea de Fantoni, llamada los señores Don Jacome , y Don Francisco , han de partir, y estàn en igual grado con el señor Don Rafael , para succeder à los transversales quando los llamamientos son colectivos, ò lineales.

35. Supongo, que de la substancia de estas dos

proposiciones, para nuestro caso, no dà el señor Don Christoval mas ley, texto, ni doctrina, que el dezirlo su merced; y aunque para el aprecio con que yo las venero, como dictamen del señor Don Christoval, hazen para mi, opinion probable; no obstante, no puedo contentarme con esta, porque figo la opinion mas probable: y en contra de lo que el señor Don Christoval dexa referido en estos Capítulos, està la comun, y mas probable opinion, con innumerables fundamentos, y doctrinas. Hagome cargo de las dos proposiciones.

PRIMERA.

Que quando el llamamiento es colectivo, ò lineal, se llama à todos los de la linea.

36. A que respondo, que el llamamiento colectivo, ò lineal, llama à todos, y no à todos llama. Explicarème: Llama à todos, porque todos componen la linea, y cada vno de todos ha de entrar à succeder (quando le tocare.) No llama à todos, porque no todos juntos han de concurrir à succeder con desigualdad de grados; porque llamando à la linea, solamente llama al mas cercano de la misma linea.

37. Eu terminos de llamamiento de linea, y descendientes de hermano (como en nuestro caso) lo explica *Peregrino de Fidei commissis artic. 17. n. 35. Alias casus est cum institutio reperitur facta per nomen collectivum plurium personarum: puta quia testator instituit liberos, aut descendentes ex fratre suo, vel familiam, aut per similia nomina. Et hoc casu quia inter hos est Ordo subcessionis, nec verisimile est testatorem voluisse, ut hi qui in gradu remotiore sunt concurrant cum propinquinoribus, ideo ordine subcessivo intelligantur inter se vocati, ita ut proximiores ipsi testatori in gradu subcessionis prius ad imitantur.* Y siendo *Peregrino* vn Autor, que tanto desentrañò (como que fue su assumpto) esta materia de Fidei commissio, le dà à la doctrina referida vn realce tal, que dize, no ha leydo ni vn Autor en contra de la citada conclusion: *Et*

huic conclusioni neminem legi contradicentem. Lo qual, me parece, apoya lo que dexo dicho, de ser esta la mas comun, y mas probable opinion.

38. Con la misma claridad lo dize tambien el mismo Peregrino artic. 30. n. 28. §. final, *quæ tamen in te lege, & declara, nisi testator, deficiente linea vnus vocasset lineas aliorum cohæredum, nam omnes lineæ admittentur* **SERVATA INTER ILLOS DE VNA LINEA POSIORITATE GRADVS.** Y lo repite en el artic. 20. n. 7. & artic. 19. n. 8. Y en todos estos lugares haze diferentes citas; que podrá ver el aficionado.

39. Tambien lo dize *Julio Capon. dicept. 233. n. 10. Sicut in Fidei commissio familiae collective relicto, quod ordine subcessivo admittantur qui proximiores sunt.* Y tambien cita à muchos.

40. Lo proprio explica *Molina Hispan. primog. lib. 1. cap. 5. n. 27. Quod quando plures sub familiae apellatione, vel sub aliquo alio nomine colectivo simpliciter vocati sunt sententur omnes vocati ordine subcessivo per vulgarem: ita ut primo adente respectu omnium vocatorum expiret substitutio;* y tambien cita à otros.

41. No dexemos al *Cardenal de Luca*, sin que autorize con su aprobacion este punto: en terminos de llamamientos de lineas de hermanos (como en nuestro caso) lo dize en el *Suplement de Fidei com. lib. 16. p. 3. disc. 225. n. 2. Cum ab initio essent constitutæ plures lineæ fratrum Fidei committentis omnesque æqualiter vocatæ ex inde sequeretur, QVOD SVFFICERET MAIOR PROXIMITAS IMPROPRIA LINEA COMPATIVE AD PRRSONAS EIVSDEM LINEÆ.* Luego, no todos los de la linea han de concurrir, siuo el mas cercano; tambien esta consecuencia es del *Cardenal de Luca, ergo presuponitur casus concursus plurium personarum eiusdem lineæ inæqualis gradus inter quas concurrente coequali iure, seu prerrogativa lineæ vincat proximitas gradus.* *Suplement. de*

Fidei com. lib. 16. p. 3. discurs. 203. n. 14. Y lo repite con gran propiedad al *discurs. 17. trat. de Fidei com. n. 6.* Et unicam tantum lineam constituit - Quamvis tractatu temporis isti in plures ramos, sex colonellos divisit essent in primo enim casu admitebam quod cum sola ratione graduum procedendum esset, ideoque potiores essent partes proximioris in exclusionem remotioris. Y lo proprio se vè practicado en la decission del *discurs. 18. n. 12.* Y esto mismo està observado en repetidissimas decissionses de la Rota apud *Cardin. Cavalet. decis. 343.*

42. A que se agregan *Antonio Gomez Var. tom. 1. cap. 2. n. 4. versiculo vbi si testator instituit fratrem, & leg. 40. Tauri. n. 40. Cobafrubias pract. quest. cap. 38. n. 4. §. 5. in Fidei commissio de legat. 2. Cuman. ibi. n. 4. versiculo videte quod putat notatu dignum. Mantica de coniect. lib. 8. artic. 12. n. 11. versic. illud etiam. Paul. Castre. in leg. Galus. §. quidam recte, deliver. & posthu. Sozin. Sen. in leg. si cognatis. n. 17. de reb. dub. Sozin. iun. in cons. 126. n. 43. & 46. bolum. 1. Riun. in consil. 134. n. 21. bolum. 2. Paris in consil. 11. n. 28. & infra. boluu. pre se fa. in consil. 88. a. 33. & in cons. 353. n. 55. 52. 53. 56. Aleiat. in dict. §. in Fidei comm. n. 13. Vbivian. lib. 4. de iure patronatus. cap. 9. n. 14. & 37. Ricardo de iure patronatus. resolut. 181. n. 4.* Y otros infinitos, que no refiero por no ser mas cansado.

43. Y la razon porque se llama el mas cercano, y no à todos juntos, es, por ser llamamiento *subcessivo*, y no cessar el Fidei commissio, ni destronarse el llamamiento de la linea, en que obtenga solo el mas cercano: què bien el señor *Cobafrubias pract. quest. tom. 2. cap. 38. n. 4. §. 7. Primum, & univrsaliter quoties Fidei commissum est relictum familiae sub uomine quidem collectivo non admittuntur simul omnes de familia: NEC, CESSAT. FIDEI COMMISSVM PROXIMIORIBVS ADMISSIS. Imo adhuc integrum eius ius permanet; vt ex Fidei commissaria substitutione gradatim ceteri de familia admittantur, & vocentur subcessive.*

y dize ser esta sin disputa la comun opinion, como lo afirma *in cap. Rainut de testa. § 2. n. 7.*

44. Y si todo lo referido en los citados Autores es, siendo el llamamiento colectivo *simpliciter* (por que se discurre debe ser *ordine subcessivo*) que sera en el nuestro, donde el testador expreso el llamamiento por *orden subcessivo*; con cuya especial circunstancia, dió à mayor abundamiento la solidez mas grave para este punto; pues con ella fió claramente el llamamiento *colectivo, ò lineal*. Y assi, no tienen que ver con este caso las pariedades de disposiciones, que se feneccen en el primer llamamiento, y no tienen progreso *subcessivo*, como succede en este Fidei commissio.

SEGUNDA PROPOSICION.

Que siendo tambien de la linea de Fantoni, llamada los señores Don Jacome, y Don Francisco, han de partir, y están en igual grado con el señor Don Rafael, para succeder à los transversales, quando los llamamientos son colectivos, ò lineales.

45. A que se responde, diziendo, que el sobrino, y el tio, están, y no están en igual grado de succeder: están en igual grado, quando el Fidei commissio dexado à la familia *sub nomine colectivo*, es fundado, ò vacò por ascendiente, ò patruo, y aun esto no ha faltado quien lo impugne, como se podrá ver en *Don Juan del Castillo Soto mayor Var. contr. lib. 3 cap. 19. n. 213.* Donde al primero, y vltimo §. se lamenta de la variedad entre los Autores; pero no obstante, lo cierto es, que están en igual grado.

46. Y no están en igual grado de succeder, quando el Fidei commissio es fundado, ò vacò por tio, ò transversal de grado mas remoto, como succede en los tres quintos; porq̄ en este caso, no puede el sobrino concurrir con el tio. *In Fidei commissio relicte familie sub nomine colectivo filios fratris pre mortui admitti simul cum fratribus eiusdemque patruis: sed hæc ratio tantum obtinet in casibus*

in quibus iure communi, & lege filius fratris admittitur simul cum patris, & subintrat locum patris. Vnde illis casibus exceptis non esset admittenda etiam in Fidei commissis. Cobasrubias tom. 2. pract. quæst. cap. 38. n. 4.

47. Y es la razon, porque para igualarse el sobrino con el tio en el llamamiento colectivo, no tiene otro remedio, que el de el fingimiento, ò privilegio de la representacion; esta no puede aver en nuestro caso, porque el Fidei commissio, es fundado, y vacò por vn tio de remotissimo grado; conque assi, no se le puede dar à los señores Don Jacome, y su hermano dicha representacion, y por el configuiente, estàn impossibilitados de igualarse con su tio el señor Don Rafael. *Tertius casus principalis est quando agitur de Fidei commissio relicto à transferali ulterioris gradus quam primi, ut à pro patruo, vel alio similis gradus, vel ulterioris, & tunc receptissima est sententia, quod non sit locus representationi. Fusarius de Fidei commissis. subst. quæst. 485. n. 106. Ultra primum gradum non datur representatio, nec concursus inter patruum, & nepotem. Idem. ibi n. 107.*

48. De la misma suerte lo dize Robles de representatio. lib. 3. cap. 18. n. 38. *Quod, & si plures sint vocati per nomen collectivum semper servatur ordo inter eos, qui in diverso sunt gradu, & non admittitur representatio sed proximus subcedit.*

49. Y el aver llamado à los hijos de los hijos instituydos, y substituydos, no es dar el testador representacion à los que no la tienen, ni dispuso nada contra los reglas del derecho, y prevençiones de los Autores Fidei commissaristas, porque essa no fue la mente, ni la voluntad del testador: procurarè explicarme.

50. Los Fidei commissos, se sabe, y dizen los Autores, que espiran, y se acaban, vnos en la quarta generacion, ò otros en la dezima, y otros solamente en los nominados; que son las tres opiniones, que ay sobre el fenecimiento de los Fidei commissos. *Menoch. conf.*

conf. 95. n. 5. Fusar. q. 320. n. 76. & q. 345. n. 26. Fachin. lib. 4. controv. iur. cap. 100. Peregrino de Fidei com. artic. 30. n. 12. Petra. de Fidei com. quæst. 8. n. 504. Blua. conf. 51. n. 6. & 7. Decian. conf. 50. n. 24. lib. 1. Ruin. conf. 123. n. 17. lib. Cobasr. Var. resol. lib. 3. cap. 5. n. 435. Quando no tienen particular circunstancia, que denote infinidad. Fusar. q. 320. n. 75. Peregrino. conf. 41. n. 4. lib. 5. Paris. conf. 37. n. 23. lib. 4. Con otros muchos. No me detengo en esto, porque no discurre se dudará, y por acercarme mas al territorio de nuestro Fidei commissio.

651. En Florencia, es tan rigoroso el punto de las substituciones Fidei commissarias, que siendo assi, que por acá es corriente en muchos, el que los nietos se comprehenden *apelatione filiorum*, en Florencia es esto tan restricto, que quando vn Fundador llama qualquiera al Fidei commissio, aunque le substituya à sus hijos, no està obligado el instituydo à dar la herencia à los nietos, faltando los hijos, y se acaba el Fidei commissio: Assi lo dize Don Vincencio Fussario intra de Fidei com. subf. quæst. 319. n. 10. *Primus casus est quando quis est gravatus restituere filijs suis, & tunc non sententur gravatus restituere ne potibus, ubi dicit per plerosque advocatos FLORENTINOS celeberrimos, ita fuisse consultum, & hanc conclusionem non habere contradicentem, & citat. Corn. testantem, ita FLORENTIÆ fuisse, & consultum, & iudicatum.*

52. Y què succede? Que viendo el testador, vezino, y natural de Florencia, esta inviolable disposicion en aquella Ciudad, siendo su voluntad, y su intento fundar este Fidei commissio, perpetuo, y que jamás se acabe en la Familia de Fantoni, para que assi see, y siempre dure, substituyò à los hijos de los hijos (que es vn llamamiento colectivo) y inmediatamente le agregò la palabra *in infinitum*, para que el Fidei commissio se perpetue en la Familia de Fantoni, y no le comprehendan las Florentinas disposiciones, y no por esto diò representacion à los que no la tienen, ni exi-

miò este Fidei commissò de las reglas de Derecho, y Autores Fidei commissaristas, sino de aquella circunstancia, de que no se acabasse.

53. Porq̄ ademàs de ser de derecho el presumirse, que el testador quiere se arreglen sus disposiciones à las de las leyes, como dize *Peregrino de Fidei com. art. 21. n. 5. Fusar. de Fidei com. substit. quæst. 14. & 481. n. 2. Mantiva de coniect. lib. 9. n. 6.* y otros. En nuestro Fidei commissò, no solamente ay esta presuncion en la voluntad del testador, sino que clara, y expressamente lo previene en la fundacion, en la misma clausula, y junto à las palabras de las substitutions; pues dize, *Que subcedan por Fidei commissò, idest abintestato, y por orden subcesivo*; con cuya expressa disposicion, el testador lo sujetó à estas reglas: *Vease si por Fidei commissò, y orden subcesivo*, puede el sobrino concurrir con el tio à la subcesion de transversal distante, y se reconocerà quan excluydos estàn los señores Don Jacome, y Don Francisco, de poderse igualar con su tio el señor Don Rafael, à la subcesion de el señor Conde de Gimera, con que no tienen representacion por Derecho, ni por voluntad del testador.

54. Esta materia de la representacion, es tal, que para concederla en los casos que el Derecho no la permite, no basta que estè ambigua, ò interpretativa en la voluntad del testador, sino que es preciso, que estè indubitable, clara, y expressa; y la razon es naturalissima, porque como el dar el testador representacion, donde no la permite el Derecho, es derogar la voluntad del testador, aquellas leyes, que prohiben la representacion, es fuerça, que asì como està manifesta la derogacion, estè tambien indubitable, y expressa la voluntad; que bien lo dize todo Don Juan del Castillo Soto mayor *quotid. contro. lib. 3. cap. 19. num. 284. Quæ ex eius dispositione, & verbis, apertissimè deprehendatur equidem est, sed non ex verbis ambiguis, & incertis, & quæ aliud induxere possint, à communiorum Regnorum bo-*
ser-

25.
servatione, & locum partitatum, & tauri, dispositione recedendum erit, consequenter, nec ex eo solum excludenda, aut admittenda representatio est. Y cita à otros. Vide. L. 14. tit. 7. lib. 5 Recop.

55. Y en nuestra Fundacion, no solo no ay palabras expressas, ni ambiguas, que explican representacion contra lo que el Derecho dispone, sino que claramente arreglò el Fundador este Fidei commissio à las legales disposiciones, manifestando su animo con la palabra *orden subcessivo*, la qual, quita la representacion: *Cum autem testator plures vocat ad Fidei commissum ordine subcessivo cessat gradus representativo.* Peregrino de Fidei com. artic. 2 i. n. 4.

56. Mo menos claro lo dize Menochio presunt. 95. lib. 4. n. 30. *Vndecima est coniectura, quando testator voluit subcedi ordine subcessivo, nam tunc sensit quod proximior grado subcedat, atque ita non erit locus representationi.* citando à Deciano, conf. i. n. 334. in 1.

57. Pero aviendo yo oido la erudicon del señor Don Christoval, y el punto en que consiste su dificultad, es justo, y de mi obligacion, hazerme cargo de ella, valiendome de otros medios, y pariedades, que conduzgan à la claridad (aunque aya impertinencia) para ver si con las sombras de mi explicacion, tiene mas vivo colorido el punto de las lineas.

58. Dize el señor Don Christoval, que aviendose acabado la vna linea de Juan Andrea, y passando ya los tres quintos à la nuestra de el señor Don Francisco Fantoni, està en igual grado de succeder el sobrino con el tio, como que son los primeros de esta linea substituyda.

59. Esta dificultad nace, de que el señor Don Christoval, à las dos lineas las figura dos cuerpos; esto es, dos personas llamadas, y reciprocamente substituydas; y que asì, faltando la vna, entra la otra, que la componen, y estan en igual grado de succeder el sobrino con el tio; aqui esta *el hic, & nuuc* de la sutil dificultad,

tad, que el señor Don Christoval , confieſſa , le haze armonia.

60. A que respondo , con el lugar citado de Roxas, y la ley de la partida, que dize : *Linea es colectivo personarumque continet gradus* ; es vn ayuntamiento de personas, que contiene grados. Y assi, llamando à la linea, se llama à quien la compone ; substituyendo à la linea, se haze la substitucion à la vltima persona, que componia essa linea ; porque esta palabra linea, por si sola, es vna voz , que en nuestro Español , significa *raya*. *Hac voz linea Hispaniæ dicitur raya*. Roxas p. 11 cap. 6. §. 1. n. 16. Y à esta voz, no se succede , sino à la persona linea, que constituye essa linea de parentezco, midiendo el grado en que està essa persona. *Proximitas gradus metienda est à constitutis in linea*. Roxas p. 4. cap. 1. n. 72. que es la segunda circunstancia , que se atiende para succeder *secundo gradus*.

61. Ahora, pues, en nuestro caso, es verdad que se ha de succeder , y succede à la linea de Juan Andrea; esto es, à la persona linea , que constituia essa linea, al señor Conde de Gimera, que era la linea, à quien como vltimo de ella està substituyda nuestra linea ; y assi, el modo de succeder es preciso , que sea contando los grados *quæ continet linea* con el señor Conde difunto, à quien como gravato se succede (segun mi opinion) por *Fidei commissio idest abintestato*, por orden succesivo *idest secundum dispositionem iuris*, que es como el testador expressamente lo mandò: Vease si para succeder al señor Conde de Gimera *por Fidei commissio* , y orden *subcessivo*, tendrá representacion el señor Don Jacome, que està en 9. grado , y se reconocerà , si puede concurrir , ò igualarse con el señor Don Rafael, su tio.

62. Aun mas claro : Los hijos de los hijos , y todos los de nuestra linea, està collective instituydos, y reciprocamente substituydos entre si ; pregunto : Si el señor Conde, fuera de nuestra linea del señor Francisco,

cisco Fantoni, estando en el grado de parentezco, que tiene con los señores opositores, se igualará el sobrino con el tío, para sucederle? En verdad, que no; porque en cada linea se contiene la proximidad de el grado, y no tiene representacion el señor Don Jacome, ni su hermano, para el señor Conde; este punto, no discurro agora, quien lo dude, pues en los fundamentos, y Autores, que dexo expressados, se hallará repetido à cada passo *vsque ad saturitatem*.

63. Agora pues; si suponiendo, que el señor Conde fuera de la misma linea de los señores opositores (en la qual, todos están colective instituydos, y reciprocamente substituydos) no pudiera el señor Don Jacome concurrir, ni igualarse con su tío, para suceder al señor Conde, quanto mas bien militarà lo proprio en el presente caso para suceder al señor Conde, aun no siendo de la misma linea, sino vn transversal distante de otra linea, aunque estén reciprocamente substituydas.

64. El succeder los señores opositores al señor Conde, siendo de la otra linea, puede acercar, ò ser mas, que el succederle, suponiendolo de nuestra misma linea?

65. El ser gravato de la linea de Juan Andrea, puede aproximar, ò dar mas derecho à los substituydos de nuestra linea, que si fuera el gravato de nuestra propria linea?

66. Los colective llamados substituydos entre si de vna propria linea, pueden tener representacion con el vltimo de la linea, que se acaba, quando no la tienen con el vltimo, que muere en su linea misma?

67. La substitucion por llamamiento, que el Fundador hizo de la vna linea à la otra, tiene mas fuerza, que la substitucion que hizo para entre los propios de vna misma linea? De niuguna suerte; pues si entre los de vna propria linea, se atienden los grados para succeder al vltimo que muere, y no ay representacion,

fino en los casos que el Derecho la permite, quantomas bien se deberàn mirar estos grados, y circunstancias para succeder al vltimo de la linea se que fenece; con que assi, respondo al señor Don Christoval, que en nuestro caso se succede al señor Conde, que era la otra linea, pnes no se puede succeder à la linea, sin succeder al señor Conde.

68. No he de omitir el caso, y doctrina, que trae el doctissimo *Cobasrubias pract. quest. cap. 38. num. 5. §. 10.* que lo comprehende todo; trae el caso de dos opiniones, el vno tio, y el otro sobrino, hijos de vn hermano, que murió antes de vacar vn Fidei commissio Familiar, con llamamiento colectivo, fundado por vn transversal (no discurro, que falta mas, que el apellido de *FANTONI* para que sea el mismo caso, que aora milita) y que dize el señor Cobasrubias, que succediò, dando le el Fidei commissio al tio, excluyendo al sobrino, hijo del hermano pre muerto; y el mismo Autor dize, que es la comun opinion, y sin duda alguna; oyganse sus palabras: *Ad Fidei commissum relictum Familiae etiam simpliciter nomine colectivo ab eo testatore, qui non fuerat ex ascendentibus, neque ex patruis materteris, aut amitis non esse admittendos filios fratris pre mortui cum patruis superstitibus, & hæc proculdubio communis opinio.*

69. Lo mismo dize *Peregrino de Fidei commiss. artic. 20. n. 7.* donde en el Sumario se puede ver la pregunta, y el caso de aver substituydo diversas lineas, y se decidiò à favor del mas cercano de la misma linea. *Ita tamen vt eiusdem lineæ anterior admittatur: sic de facto obtinui super Fidei commiss.*

70. La igualdad que los sobrinos tienen para succeder à transversales, la traen los Autores en las materias, ò successiones *individuas*, en cuyo caso, no pongo la menor duda, pues es punto corriente, y lo explica con el magisterio que siempre el *Cardenal de Luca*, tom. 1. de *Faudis* decis. *Siciliæ* ex n. 315. Pero nuestro Fidei commissio, no es capaz de estas reglas, porque es
 oñ di-

divisible ; como lo expresa la Fundacion en muchas clausulas; y assi, no pueden concurrir los sobrinos con el tio. *El dicho Cardenal de Luca, en el citado su n. 319. & tom. 10. de subces. abint. discurs. 16. n. 15. & sequentibus* donde trata de la distincion entre lo *dividuo, ò individuo. Y Don Juan del Castillo quotid. controuv. lib. 3. de iure repræs. cap. 19.*

71. Conque assi, estemos, en que en nuestro caso, no pueden concurrir à succeder los señores Don Jacome, y Don Francisco con el señor Don Rafael, porque en los llamamientos colectivos, ò lineales, no tienen representacion para los transversales, gravante, ni gravato, como lo dicen à mayor abundamiento: *Menoebio conf. 357. n. 22. conf. 528. n. 35. conf. 608. n. 15. conf. 668. n. 6. & 13. Antonio Gomez leg. 40. Tauri n. 41. Marzario conf. 3. n. 3. Peregrino lib. 2. conf. 46. n. 18. & in tract. de Fidei com. artic. 21. n. 8. & n. 22. §. 2. Marzar in epit. de Fidei com. quæst. 18. Castillo Soto mayor lib. 3. controuv. iur. cap. 19. n. 219. & 35. Fachin. lib. 4. controuv. iur. cap. 84. Præt. de interpret. ultim. volunt. fol. 338. n. 21. Cras. iu §. Fidei commissum quæst. 11. n. 5. C. Mantica de coniect. ultim. volunt. lib. 8. tit. 9. n. 4. Dilect. de arte testant. tit. 5. cat. 27. Bursat. conf. 1. n. 25. lib. 1. Decian. conf. 1. n. 336. lib. 1. conf. 9. n. 42. lib. 2. conf. 55. n. 13. Sæphal. conf. 16. n. 32. conf. 215. n. 15. & conf. 283. n. 14. 16. 18. Rimin. ius. conf. 75. n. 18. lib. 1. & conf. 781. n. 37. 39. lib. 7. Alexan. conf. 82. col. vlt. Curt. iun. conf. 128. n. 11. Decio. conf. 1. n. 3. & conf. 217. n. 2. Tæsauro. decis. 65. Casar. Barz. decis. 93. n. 9. Giurba de suces. feud. cap. 118. §. 2. glos. 2. n. 19. Avend. leg. 40. Tauri glos. 16. n. 4. Valus. de iur. emphi. quæst. 50. n. 6. Mantien. leg. 5. glos. 5. n. 1. tit. 7. lib. 5. recop. Valenzuela conf. 23. n. 88. & 93. Corta de patr. & nepot. n. 18. Molin. de ius. & iur. tom. 3. disputa 626. n. 2. Gamma decis. 194. n. 15.*

72. He oido à varios politicos, que con pagada arrogancia, llevados de la inclinacion, ó industriados de la maxima, han dado en este pleyto mas decisiones que pareceres los Letrados, siendo esta materia de las

mas crepfas en el Derecho , y este punto de los mas peliagudos en los Fidei commissos, pues à los Autores mas infignes les dà mucho en que entender; y para que aligeren de dudas les advierto, que discurren, que por aver aqui el señor Simon Fantoni , instituydo dos lineas, se aya de seguir en este caso , y concurrencia de opositores las reglas, que los Autores dan , para quando se constituyen dos lineas ; porque aunque el testador instituyò diversas lineas en el caso presente , es lo mismo, que si no huviera constituydo mas de vna, porque los opositores son de vna misma linea ; y assi , han de seguir las reglas, que se dan para quando se instituye vna sola linea : de fuerte , que si el testador llamò dos lineas , y concurren à la oposicion vno de la vna linea, y otro de la otra, avrán de partir igualmente , aunque estè qualquiera de los dos en grado mas remoto ; porque como es preciso, que entre la linea llamada, vò el llamamiento buscando el pariente de aquella linea, estè en el grado que estuviere ; aunque el de la otra linea sea mucho mas cercano; pero en cada linea entrará el mas proximo, y si ambos son de vna linea , obtendrá el inmediato , pues no importa que el testador aya instituydo dos lineas , si los que concurren son de vna, porque cessa la razon de la concurrencia de lineas. Què bien lo explica el Cardenal de Luca en el tratado de Fidei com. discurs. 27. n. 7. & 8. *Primo enim casu admitebam quod cum sola ratione graduum procedendum esse; ideoque potiores essent partes proximioris in exclusionem remotioris quoniam tunc attento estipite omnes censeantur de vna linea cessat ratio concursus proximitatis ratione gradus, quo casu certum est , attendendum esse ordinem in testatæ subcessionis; secus autem ubi plures lineæ inter se discretæ ab initio constitutæ sunt cum tunc concursus potius esse dicatur inter lineas quæ representantur ab his qui sunt in eis primi, seu proximiores; ideoque sufficit, vt quis sit proximior in linea propria, vt dicatur equalis alteri in eius linea proximior, quamvis inter eos gradus inæqualitas comparative vigeret.*

Y esto mismo lo repite en otros muchos discursos.

NONO CAPITVLO DE EL SEÑOR

Don Christoval.

„ Y porque aviendose evaquado la linea de Juan
 „ Addrea, y passado los tres quintos à esta de Francif-
 „ co Fantoni, se ha de succeder en ellos sin atencion
 „ à igualdad de Grados en sus descendientes, es lite-
 „ ral prueba la que nos dà el mismo Luca en el discurs.
 „ 17. (citado por el señor Don Francisco) n. 14. *Vbi*
 „ *tertio qua supponitur omnino defectum ac evaquatam esse*
 „ *vnam lineam, ita vt faciendus sit transitus ad lineas di-*
 „ *versas, & consequenter non vrget ratio continuationis in*
 „ *eodem sanguine, seu eadem lineâ, &c. vt tuc reholuatur*
 „ *ordo sucefsionis, atque ista reguletur magis à persona testa-*
 „ *toris qua attenda intrat representatio in infinitum, otque*
 „ *tanquam inter descendentes espectato principio, seu estipite*
 „ *non datur graduum inæqualitas.*

RESPUESTA.

73. En este Capitulo, lleva el señor Don Christo-
 val la idea, de que se dirija la succession con el testador
 para ver si puede darle representacion al señor Don
 Jacome, porque conoce su merced, que con el señor
 Coude de Gimera no la puede tener; pero ay dos pun-
 tos solidos, que se oponen, destruyendo este rumbo.

74. El primero es, el que habla el *Cardenal de Lu-*
ra, Merlino, y otros, quando el Fidei commisso transita
ad lineas diuersas; esto es, quando passa de vna sangre à
 otra distinta, quando no se continûa en la misma Fami-
 lia llamada; porque quando permanece en ella, es al
 contrario la cita del señor Don Christoval; con el mis-
 mo *Cardenal de Luca*, he de dar à su merced la prueba
 clara, y literal; hablando de este mismo punto lo dize
 al *discurso 48. n. 11. del Fidei com.* por estas palabras: *Secus*
autem vbi omnes concurrentes sunt æqualiter de genere, seu
sanguine, &c. vt ex persona ultimi morientis subcesfitio regu-
lari debeat.

75. Vaya otra prueba , no menos clara con el mismo *Cardenal de Luca* , que parece està empeñado por el señor Don Rafael; pues en los mismos terminos (y aun se explica con vn exemplo) al referido tratado *discurs. 23.n. 11.* dize assi : *Aut vero proximiores gravati attinentiam non habent cum gravante, quia nempe per aliud medium extraneum puta maternum coniuncti sint. Et tunc verè , & proprie intrat dicta limitatio , vt scilicet evaquato primo genere vocato, seu primo substitutionum ordine vnde sit faciendus transitus ad diversum personarum genus , vel respective diversum substitutionum ordinum nulla ratio habenda sit de proximitate gravati, sed attendatur illa gravantis cum talis gravati proximitas à dispositione , seu testantis voluntate omnino extranea sit.*

76. Pero en nuestro caso no ha salido el Fidei commissio de la Familia de *Fantoni*, para quien se fundò; y aunque passò de la linea de Juan Andrea à la de el señor Francisco, esta es de la misma Familia , y sangre llamada, porque ambas estàn *abinitio constitutas* , y reciprocamente substituydas, y por el consiguiente , aqui *Urget ratio continuationis in eodem sanguine* , conque no solo no aprovecha *Luca* al señor Don Jacome , sino que es contrario à la defensa de el señor Don Christoval.

77. El segundo , y fuera de esto que dexo dicho; pregunto : Por què razon, quando el Fidei commissio passa de vna linea à otra, ay representacion *vsque in infinitum* ? El señor Don Christovallo dize : *Porque se ha de contar desde el testador para la successiõn , con el qual, como ascendiente , no tienen desigualdad de grados sus descendientes;* y assi explica el señor Don Christoval con *Luca* en este Capitulo : *A persona testatoris qua attenda intrat representatio in infinitum , atque tanquam inter descendentes spectato principio , seu stipite non datur graduum inæqualitas:* Està muy bien; pues busque el señor Don Christoval en el presente caso esse testador ascendiente, para la continuacion de grados; era abuelo, ó primogenitor

33.

genitor de los señores Don Jacome, y Don Francisco, el señor Simon Fantoni? En verdad que no; porque murió sin sucesión, y fue vn transversal; luego no le podemos dar à dichos dos señores con el testador la continuacion de grados, q̄ se regula en los descendientes; porque de él no descienden, y por el configuiente cessa todo el *pondus* de dicha doctrina en este caso, como que se le quita el cimiento, que es el no ser ascendiente el Fundador, sino vn distante transversal, con quien no ay la continuacion de grados.

78. He oído no sè que interpretacion, que se dà à la palabra *tanquam*, y aunque no haze à la substancia de esta respuesta, no obstante, desheando yo, que se escusen dificultades, remito à quien la interpretare à el Cardenal de Luca, *tat. de Fidei com. discurs. 15. n. 11.* como lo podrá ver en el n. vltimo de este parecer; de cuya doctrina sacarà evidencias claras, y practicas.

DEZIMO CAPITULO DE EL SEÑOR

Don Christoval.

„ Y porque aviendo mandado el testador, que los
„ llamados de ambas lineas reciprocamente substi-
„ tuidos hereden *por su tronco*, y no *por cabezas*, no se
„ puede verificar esta disposicion, y modo de succe-
„ der, si no es concurriendo tios con sobrinos, ò se
„ halle obligado el señor Don Francisco à figurar vn
„ caso en que pueda verificarse en otra fama.

RESPUESTA.

79. A la dificultad, que à prima facie contiene este Capitulo, no tengo por difícil la solucion, satisfaciendo; y pues el señor Don Christoval, no halla caso en que pueda verificarse esta disposicion *por su tronco*, y *por cabezas*, si no es concurriendo tio con sobrinos, voy à ver si yo lo discurro.

80. Si à este Fidei commisso, concurrieran los hijos del señor Don Rafael, opositores por vna parte, y

34
los señor Don Jacome, y Don Franciseo, por la otra, no heredan *por cabezas*, sino partieran, llevando la mitad cada vna de las dos Ramas *por sus troncos*; y no pudieran suceder de otro modo, *ni in capita*, porque esta fue expresa voluntad del Fundador: assi lo dize *Marzario epit. de Fidei com. quest. 34. & in conf. 3. colum. 3. versic. non obstat. Merlin decif. 570. & 631.* citando otros muchos.

81. Pero he oïdo à esto vna dificultad, que es dezir. Este caso inmediato, no està bien fundado, porque la ley 5. tit. 13. de la partida 6. *Menoebio, Molina*, y otros muchos, dispone, y previenen, que quando concurren à suceder a vn transversal diferentes hijos de dos, ò mas hermanos, no han de suceder *in stirpes*, sino *por cabezas*; conque assi, los hijos del señor D. Rafael, y sus primos hermanos los señores Don Jacome, y Don Francisco, no succedieran por sus *troncos*, sino *in capita*.

82. A que respondo: Que dicha ley de partida con los demás Autores, hablan expresa, y unicamente, quando los referidos sobrinos de igual grado, succeden *abintestato*, y assi el dicho titulo, y ley de la partida, dize, tit. 13. de las *successiones abintestato*, y la misma ley dize: *E dezimos, que si alguno, que assi muriere sin testamento*; en cuyos terminos, es muy cierto, y por lo mismo me he hecho cargo de la substancia de esta ley; y Autores en el caso que dexo propuesto; no obstante, que hago memoria de muchos Autores, que dizen, que aunque sea *abintestato*, han de suceder los primos hermanos *in stirpes* al pariente transversal, como se podrá ver en *Antonio Gomez, leg. 8. de Toro. n. 13. Don Juan del Castillo Soto mayor, lib. 3. contro. cap. 19. n. 83.* (aunque sigue la contraria) trae gran numero de Autores; y aun en la misma ley de la partida, citada en la glosa, se reconoceràn muchos textos, y autenticas; pero esto no obstante, lo que tengo por cierto es, que *abintestato* succedieran por cabezas.

83. Mas en nuestro caso, no milita dicha ley de la partida,

partida, ni lo que en su continuacion dizen los Auto-
res, porque con estas palabras, no se succede *abintestato*, sino por expressa voluntad del testador, que pre-
viene, sea *por su tronco, y no por cabezas*, y asì en todos
los casos, y siempre, que ocurran interesados de dif-
tintas Ramas, han de succeder por sus troncos, y nun-
ca por cabezas, que esto es lo que significan dichas pa-
labras. Admirablemente, y con vn exemplo lo dize,
y se explica *D. Vincencio Funsario de Fidei com. subst. quæst.*
485. hablando de dicha clausula: *Quod si plures sint in*
eodem gradu, sed impares n. vt quia ex vno esset vnus filius, ex
alio duo, & ex alio tres, quod inter istos subcedatur in stirpes,
& non in capita, ita vt illi tres habeant vnam partem, & dua
aliam, & vnus reliquam tertiam partem non autem, quod si
in gradibus sint in paribus remotior subcedat in locum patris;
quia sic non recedimus à regula, nec à dispositione iuris, quod
in his transuersalibus vltioris gradus primò, non detur re-
presentatio, & mens testatoris debet semper intelligi, vt fuet
rit conformis subcessioni, quæ à iure defertur. Y asì, no
podemos aplicar esta clausula, ni interpretar la, contra
las reglas de Derecho, para que concurra sobrino con-
tino, donde no ay representacion; y por el consiguien-
te, en el caso figurado, es preciso succeder asì, y con-
forme á derecho, porque esta es la voluntad expressa
del testador, inviolable, mas que quanto las leyes pre-
vienen, y discurren los Autores; por cuya razon, y
con el cuydado de la citada ley de la partida, dexo di-
cho en el parraso del caso propuesto: *Y no succedieran*
de otro modo, ni in capita, por que esta fue expressa voluntad
del testador.

84. Pero se harà aqui otro argumento, que es de-
zir: Si en los Fidei commissos, es regla sentada, se ha
de succeder por las reglas de *abintestato*, la ley de la
partida, hablarà con el caso figurado; pues es de vn
Fidei commisso; à que respondo: Que es verdad se
han de seguir las reglas de *abintestato* en las Fidei com-
missos; pero esto es, y se entiende en lo que el testador

no expreſſá, quando no conſta clara ſu voluntad; mas en lo que expreſſarè, no ay mas regla, que ſu diſpoſicion, y aſi en todas las leyes, y Autores, que hablan de eſta materia, ſe verá, que van ſiempre con eſta excepcion, y advertencia *Niſi aliquid conſtet de voluntate teſtatoris*; porque *in iudicio, non quaeritur quare teſtator voluerit, ſed quid voluerit*. Eſto lo he pueſto para los políticos, porque conozco han de dar tambien ſu voto en los puntos expreſſados; y aſi, lleva eſte mi parecer algunas clauſulas, y Capítulos, que omitiera para con los literatos.

85. Y por ſi acaſo huviere quien tenga algun reparo, fundado en la variedad de opiniones encontradas de algunos Autores, que con ſutilezas, y bien diſcurridos ſilogiſmos, han interpretado la voluntad de los Fundadores, ſobre ſi ay representacion, ò no con las referidas palabras; aunque ſon muy ſolidos, y naturales los fundamentos que dan, y ſigo en los Autores, que niegan, aya representacion, por las palabras *in ſtirpes, & non in capita*; porque eſtas no es preciſſo, que ſolamente ſe entiendan, concurriendo ſobrino con tío, pues ſe verifican naturalmente, concurriendo diverſos primos hermanos; no obſtante, me ha parecido conveniente expreſſar aqui, el que eſta variedad de opiniones eſtà aclarada, y decidida por la ley 14. tit. 7. lib. 5. de la Recopilacion; à la qual dieron motivo innumerables pleytos, que ſe fulminaban, y nacian de eſta diverſidad de interpretaciones ſobre la representacion; mandando dicha ley, que ſi no es quando con palabras expreſſas, concediere, ò negare el teſtador la representacion, ſe aya de eſtar, y ſeguir lo diſpueſto por las leyes de partida, y Toro, *ideſt*, que la aya, quando ſe ſuccede à parientes de primer grado, y fuera de eſtos, que no la aya. Dize aſi dicha ley: *Han ſalido diverſas dudas ſobre colegir de la diſpoſicion, y palabras del inſtituydor quando es viſto quitar la representacion, y aver diſpueſto, ò tenido voluntad, que no la aya, de que ſe han recrecido muchos*

37.

chos pleytos, con gran daño, y costas de las partes. Y deseando el Reyno, que se quite la ocasion de ellos, &c. lo declaramos, y mandamos, que en la sucesion de los Mayorazgos, Vinculos, Patronazgos, y Aniversarios, que de aqui en adelante se hizieren, assi por ascendientes, como por transversales, ò estraños, se guarde lo dispuesto en las dichas leyes de Partida, y Toro; y mando, que no se succeda por representacion; no expressandolo clara, y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos, ò conjeturas, por precisas, claras, y evidentes que sean, lo qual se guarde sin diferencia alguna.

86. Y assi, en nuestro Fidei commisso, verificandose propriamente dichas palabras en el caso supra figurado, no se puede interpretar, ni discurrir representacion contra las leyes de Toro, y Partida, por no averlas derogado el testador, ni concedido representacion expresa, clara, y literalmente, *quæ ex eius dispositione, & verbis apertissimè deprehendatur equidem est, sed non ex verbis ambignis, & incertis, & QUÆ ALIUD INDUCERE POSSINT, à communi horū Regnorū observacione, & locum Partitarū, & Tauri dispositione recedendum erit consequenter, nec ex eo solum excludenda, aut admittenda representatio est.* Castillo Soto mayor quotid. contro. de iure representationis lib. 3. cap. 19. n. 284.

CAP. XI. Y XII. DEL SEÑOR D. CHRISTOVAL.

„ Esta proposicion se prueba tambien con la autori-
 „ dad del señor D. Francisco, pues al n. 12. de su ref-
 „ puesta, me pone delante la regla, de que toda palabra
 „ en las fundaciones, y disposiciones tiene su *mysterio*
 „ *operativo*, para probar, que lo tienen en este Fidei
 „ commisso las *de grado en grado*, y dexando (por no
 „ dilatarme) la explicacion de dicha regla, y sus limi-
 „ taciones, y assentandola, segun, y como la entiende
 „ su merced, infiero de ellas estas consecuencias; lue-
 „ go las palabras succeden los hijos, y los hijos de los
 „ hijos por su tronco, y no por cabezas (que son ente-
 „ riores à las otras) han de tener su operativo myste-

rio; es así, que para que lo tengan ha de suceder el
tio con los sobrinos, como queda dicho; luego el
papel del señor Don Francisco, excluye, y conven-
ce la pretencion del señor D. Rafael; luego quanto
se ha trabajado por su parte, ha sido en arena.
Y sin embargo, no he de omitir el reparo, de que
no se aya hecho cargo en su respuesta de el llama-
miento de pariente mas cercano, que el testador hi-
zo para despues de acabadas ambas lineas, y el gra-
vamen de Fidei commissio, aunque al margen de mi
parecer le puse vn nota; siendo así, que este nuevo
llamamiento, prueba nueva voluntad, nueva dispo-
sicion, caso nuevo, y diferente, y que si dentro de
las lineas se huviera de atender la calidad de el mas
cercano parentezco, seria invtil, y no tendria *opera-*
tivo mysterio.

RESPUESTA.

87. El fundamento, y la dificultad, que el señor
D. Christoval propone en estos dos Capítulos, en que
no pueden tener *operativo mysterio*, ni concurrir en caso
ninguno las palabras *in stirpes*, & *non in capita*, con las
palabras de *grado en grado*, y que siendo anteriores las
palabras *por su tronco*, y *no por cabezas*, han de tener su
operativo mysterio, que es solamente, ocurriendo tios
con sobrinos; y suponiendo lo que dexo referido so-
bre esta circunstancia, voy à buscar caso claro en que
el señor D. Christoval, vea, que pueden tener su *opera-*
tivo mysterio las vnas, y las otras palabras, conforme à la
voluntad del testador.

88. Si à este Fidei commissio concurrieran los hijos
del señor D. Rafael, opositores, y los señores D. Jaco-
me, y su hermauo, y huviera otro pariente de la misma
linea, pero en grado mas remoto, los hijos del señor
D. Rafael, y los señores D. Jacome, y su hermano par-
tieran por sus troncos igualmente, como queda dicho,
y excluyeran, sin remedio, à el otro pariente de mas
distante grado, como que todos los dichos señores
eran

eran mas cercauos; con que tuvieran operativo mystero las vnas, y las otras palabras; y assi, no se oponen, y se dà el caso, en que se cumpla la voluntad del testador: la qual, con todas circunstancias, y llamamientos, no puede cumplirse en todas las vacantes, porque sus disposiciones, y las reglas que diò, fueron para quando llegue el caso de concurrir aquellas circunstancias, pero no pare todos los casos, y vacantes: pues cada vna se verificarà en el que le tocara; y assi, para que se cumplan, basta *qualis qualis operatio*, como lo dize el *Cardenal de Luca, discar. 18.n.6. §.2.* Además, de que no es lo mejor, que las palabras *por su tronco, y no por cabezas* esten antes, trayendose immediatas tras de si las palabras *orden successivo, y de grado en grado*; sobre lo qual avia tambien que dezir, pero no nos detengamos mas.

CAPITVLO XIII. Y VLTIMO DEL SEÑOR

Don Christoval.

„ Y menos se haze su merced cargo del fundamento irrefragable, que resulta, y apuntè en mi parecer
 „ á favor de los señores D. Jacome, y D. Francisco, de
 „ que aviendo el testador dividido su caudal en dos
 „ mitades, la vna para su hermano, y descendientes, y
 „ la otra, para dos sobrinos, y los suyos, dexò regla à
 „ la succession para siempre, que concurren en la misma
 „ forma, por considerarse, que aquella *igual afec-*
 „ *cion*, se contiúa, y ha de tener trato successivo para
 „ todos los descendientes de su dicho hermano, y sobrinos;
 „ pero no pudiendose dar respuesta à estos fundamentos, hizo muy bien el señor Don Francisco
 „ en dexarlo passar.

„ Y por vltimo, para cerrar la boca à todo dictamen
 „ contrario, concluyo, afirmando ser tan cierta, y clara
 „ la justicia de los señores D. Jacome, y su hermano,
 „ y fundada en tan solidos principios de derecho,
 „ que me arrojò à dezir *no se hallarà authoridad en con-*
 „ *tra*, exponiendome à padecer la verguença, quando
 „ se me mostrare.

RESPUESTA.

89. Los motivos, que el señor Don Francisco de Mendoza tendria para no aver respondido à la substancia de este Capitulo , se reservan para su grande comprehension; pero yo me harè cargo, dando al señor Don Christoval este debido gusto , à ver si le hallo respuesta à lo que en su dictamen no tiene salida.

90. La *igual, ò pia afeccion* , no se puede continuar, ni presumirse en los descendientes , no militando en estos la misma razon, que en los ascendientes. Explicarè me mas claro : La causa de la *pia afeccion*, que el Fundador tuvo à sus dos sobrinos los señores Juan Andrea , y Francisco Fantoni, dexandoles la mitad de su caudal, fue el averlos conocido, y tratado , como que vivian en su tiempo , porque el testador tiene mas afeccion à los que conociò , que à los que no conocia, *quod autem maior sit affectio testatoris erga cognitos ab eo quam erga incognitos*, *Fusar. de subs. Fidei com. quest. 359. n. 10. Menochio conf. 266. n. 24. & in conf. 269. n. 59. Decian. resp. 100. n. 27. lib. 2 & resp. 84. n. 22. lib. 3. Præt. de interpret. ultim. volunt. fol. 62. n. 8. & 14. fol. 336. n. 3. Sozin. Sen. conf. 73. n. 26. lib. 4. Nebiz. conf. 34. n. 43.* Y asì se vè, que enre los mismos sobrinos , tuvo mas *afeccion* à vno , que à otro, pues nos los igualò , dandole à vno tres quintos, y à otro dos (efectos todos del trato, y la inclinacion.)

91. Este motivo de *la pia afeccion*, no lo pudo tener, ni es capaz de considerarse con los señores D. Jacome, y D. Francisco, porque ni los conociò, ni trató , ni aun estaban nacidos sus abuelos , conque no pueden igualarse con los llamados *nomine apelativo* , ni gozar de los privilegos , que el señor D. Christoval sabe tienen estos; buelvome à mi *Cardenal de Luca*, à ver si me apoya esta razon con su autoridad: al *discur. 21. de Fidei com. n. 8.* lo dize à la letra con su natural magisterio , y claridad: *Potissime vero vbi de tempore dispositionis non erant nati, neque testatoris cogniti, unde propterea non cadebat in eis ra-*

tio personalis affectionis, & dilectionis cadens in filijs cognitis, ac apelativo nomine vocatis.

92. La pia afeccion, sabe el señor D. Christoval, mejor que yo, que la discurren los Autores en otros casos muy distintos; como quando vn Fundador, que llama dos, ò mas lineas, y en los descendientes de la primera, puso vna circunstancia, que no expresó en los descendientes llamados de la segunda linea, en este caso, no es violento discurrir se continúe en los descendientes del segundo llamamiento, aquel privilegio, ò disposicion, que previno en los antecedentes; porque ni à vnos, ni à otros conociò, ni llamò personalmente; omito otros requisitos, y circunstancias, que son menester para la *pia afeccion*, porque conozco la gran literatura del señor Don Christoval, y que las tendrá todas muy presentes.

93. Además, de que en nuestro Fidei commissò, llamados los primeros *nomine apelativo*, diò despues reglas, y norma para los descendientes *colectivos*, en el modo que avian de succeder, *por Fidei commissò de grado en grado orden succesivo*, y *por este mismo modo, y orden*, conque assi, no tienen lugar las presunciones con la voluntad expressa.

94. Y sobre todo, escoja el señor Don Christoval lo que fuere servido, que à todo me allano (aunque yo figo la opinion, de que se ha de atender al gravato, y assi avrà visto mi parecer) ò quiere su merced, que en esta succession de los tres quintos, se atienda al gravato Conde de Gimera, por quien vacaron, ò al gravante Fundador; porque vna de estas dos no puede dexar de ser: si su merced gusta, que atendamos al Conde, están excluydos los señores Don Jacome, y Don Francisco, pues no tienen representacion en la distancia del grado, por la regla tan sabida en el Derecho, que *ultra filios fratrum non datnr representatio*. Si quiere el señor Don Christoval, que atendamos al Fundador, succede lo mismo, porque este fue vn transversal en remoto

42.
grado, que no tuvo succession, y de quien no son descendientes los señores Don Jacome, y su hermano; conque tampoco ay representacion: y assi, contando la succession con el vno, ò con el otro, no pueden dichos señores concurrir, ni igualarse cõ su tio. Para concluir este punto, y parecer vaya nuestro Cardenal de Luca, pues todo este razonamiento lo puso literal en el mismo tratado de *Fidei com. discurs. 15. n. 11. §. in hac. in hac autem facti specie, sive spectaretur persona grautis, sive gravati, intrare non poterant termini representationis, quoniam testator erat transversalis à quo actor distabat per quinque, vel sex gradus, & ab altero Iuane gravato per cuius obitum controversa vacatio secuta erat distabat quarto grado, & sic unius, vel alterius persona spectata nunquam intrabat representatio.*

Assi lo siento salvo, &c. Cadiz, y Diziembre 12. de 1710. años.

Lic. D. Francisco Manuel
de Herrera.

