

R 221562

Procurador

ANT XVIII
615(15)



P O R
D. SEBASTIANA

JOSEPHA NARVAEZ Y VILLALON,
 menor, vezina de la Ciudad de
 Antequera.

E N E L P L E Y T O C O N

LOS CONVENTOS DE RELIGIOSOS AGVSTINOS
 Calçados, y Carmelitas Descalços de dicha Ciudad.

S O B R E

Que pertenece al varon hijo, que concibiere la sucesion
 de los bienes de este pleyto, y que la possession, que de ellos
 se huviere de dar à qualquiera de los Conventos, sea con
 la qualidad de POR AORA, y con la obligacion de
 restituirlos à el hijo que esta parte tuviere.



P O R
D. SEBASTIANA

JOSEPHA NARVAEZ Y VILLALON

maior, vecina de la Ciudad de

Ancueras.

EN EL P E T I T O C O N

LOS CONVENTOS DE RELIGIOSOS AGUSTINOS

Calzados y Carmelitas Descalzos de dicha Ciudad.

S E R

Que pertenece al varon hijo, que concibiere la sucesion
de los bienes de este pleito, y que la posesion, que de ellos
se huviere de dar á qualquiera de los Conventos, sea con
la qualidad de POR AORA, y con la obligacion de
restituirlos á el hijo que esta parte huviere.

N. 1.



Propria passion es (Señor) siempre de los padres ampliar para sus hijos patrimonios, no solo por que el natural instinto á ello los inclina, si tambien porque en fuerça de ley los persuade: *Nec enim debent filij parentibus thesaurizare, sed parentes filijs*, dixo San Pablo 2. *ad Corinth. cap. 12.* Y siendo causa de este principio el natural amor, que les professan; aun es hazia sus

hijos mucho mayor este en las madres: *Et matres effusus, quam patres amant, quia magis suum opus esse liberos arbitrantur*, dixo el Philologo. *lib 5. Ethic. & ex eo retulit Dom. Valenz. cons. 36. num. 7.* Bien conoció nuestro Derecho este principio, quando dixo ser los hijos parte de las entrañas de la madre.

2. Esta misma passion, y el conocimiento de aquel cierto principio compelen á esta parte, á que viendo litigar los dos Conventos, pretendiendo cada vno la succesion de los bienes de este pleyto, salga como tercera á medir contra ellos derechos de sus varones hijos, sino para que oy gozen estos bienes, para que los posean en naciendo.

3. El dia 16. de Agosto de 1706. Don Juan de Rui Diaz de Narvaez y Roxas vezino, que fue de Antequera, otorgó su testamento baxo cuya disposicion murió, y en él instituyó por su vniversal heredero á Don Pedro de Narvaez su hijo natural, con diferentes condiciones, y entre ellas es vna la siguiente:

4. *Y con condicion assimismo que si dicho Don Pedro Narvaez mi hijo muriere sin hijos, el dicho remaniente, y herencia passe al hijo varon, que tuviere el dicho señor Don Pedro Narvaez y Cardenas mi sobrino vinculados; y saltando varon, porque no han de suceder en el hembras, passe al Convento y Religiosos de Carmelitas Descalços de esta Ciudad, para que sus rentas se conviertan en limosnas, y sufragios de Missas por mi anima, y las de mis padres, hijos, y difuntos, que segun el orden de caridad, y justicia debo hazer aplicacion, y como la voluntad Dios N. Señor fuere servido de recibirlas por dichos sufragios.*

5. La siguiente clausula: *Y llegado el caso de suceder en el dicho mi caudal dicho Convento y Religiosos Carmelitas Descalços, ó de que este mi testamento por mi parte tenga efecto; se trate por dicho Don Pedro de Narvaez mi hijo, y heredero la aceptacion de esta futura sucesion como Patrono, que ha de ser de dichas Memorias dicho mi hijo, a quien doy facultad para que capitule, y ponga en planta su mejor execucion; en tal manera, que se ha de estar á lo que hiziere dicho Don Pedro de Narvaez mi hijo, en esta parte, sus penas, prohibiciones, y á movimientos de esta sucesion á otra Comunidad, en caso de contravencion, y de no efectuarse lo que tratare dicho Don Pedro de Narvaez mi hijo, como se lo tengo comunicado, porque assi es mi voluntad.*

6. Otra condicion con que instituye á su hijo es, de que si Don Pedro Rui Diaz de Narvaez su hermano llegasse á tener necesidad, le socorra dicho Don Pedro su hijo, como á tutor, y persona de tan grandes obligaciones.

7. En fuerça de esta disposicion entró á poseer los bienes de su padre dicho Don Pedro, quien en el dia 7. de Noviembre pasado de setecientos y diez otorgó su testamento baxo cuya disposicion murió; y por

2109
y por vna de sus claufulas haze mencion del testamento de su padre, con-
dicion con que lo instituyó, y de las demás disposiciones referidas di-
ze assi:

8. *Y aora en execucion de lo assi dispuesto por dicho señor Don Juan Rui Diaz de Narvaez mi padre, por dicho su testamento, y en atencion à que yo no tengo hijos, ni lo dexó varon dicho señor Don Pedro de Narvaez y Cardenas, mando, que luego que yo fallezca, por remaniente de herencias de dicho señor Don Juan mi padre, sacada la porcion, que dellos à mi me toca por razon de su hijo natural declarado, è instituido por su heredero universal per dicho su testamento, lo que quedare en dinero, plata labrada, y bienes, se aya de vender, y reducir à dinero, se deposite lo que assi fuere, en deposito abonado, à satisfacion de mis albaceas. Y prosigue diziendo los bienes en que se ha de emplear, para que el Convento del Carmen cumpla en conformidad de la voluntad de su padre diferentes limosnas, y obras pias, que le señala; y que si no quisiere dicho Convento aceptar, ò aceptadas no las cumpliere, pafse dicho caudal desde luego al Convento de Agustinos Calçados, con las mismas cargas.*

9. Dia 19. de Diziembre passado de 710. el Convento de Carmelitas acudió ante la Justicia de Antequera haziendo mencion de la disposicion de Don Juan Rui Diaz de Narvaez, y como su hijo no avia capitulado con el Convento, que era lo que le previno, y avia hecho mas consignaciones de las que alcançaba la hacienda: y que respecto de que por falta de hijos de Don Pedro Narvaez y Cardenas, avia llegado el caso de su sucession; pidió llanamente la possession de todo los bienes que quedaron por muerte de dicho Don Juan Rui Diaz, pretextando acudir ante el Señor Obispo de Malaga, como Albacea general, para que señalasse las cargas, y obligaciones en que avia de expender las rentas de dichos bienes.

10. Contradixose esta pretension por los Albaceas de dicho Don Pedro Narvaez hijo natural, y por sentencia de la Justicia se mandó dar la possession à dicho Convento; vino el pleyto por apelacion à esta Corte, y en ella salió el Convento de Agustinos Calçados, pidiendo se le diese la possession, alegando, que por el mismo hecho de no aver querido admitir los Carmelitas la dicha herencia con las obligaciones que les impuso dicho Don Pedro hijo natural, avian incurrido en la pena de privacion, que les impuso, y de pasarse la sucession à dichos Agustinos, que ellos desde luego aceptaban la herencia, y se obligaban à cumplir todas las cargas, que dexó señaladas dicho Don Pedro hijo natural.

11. Tambien salió al pleyto esta parte, como hija de Don Pedro de Narvaez y Cardenas, cuyo hijo varon fué llamado à la sucession de estos bienes vinculados, pretendiendo, que la possession que se diese de estos bienes à qualquiera de los dos Conventos, que la pretenden, sea, y se entienda revocable, y con la qualidad de por aora; y en el interin que esta parte concibe, y pade (tomando estado) hijo varon, el qual debe suceder en estos bienes, como vinculados; y que para ello el Convento, à quien se diere esta possession, dé fiança, de que los restituirá à el hijo varon, que esta parte tuviere.

12. Alegando para ello, que fue voluntad del Fundador, que
10-

Allegatto. Luis Quinto

3.
sucdiessen en estos bienes, como vinculados, el hijo varon, que tuviere se Don Pedro de Narvaez y Cardenas, padre de esta parte, el qual no lo ha tenido; y el hijo varon que tuviere esta parte, en qualquier tiempo que nazca, es la persona en quien debe recaer esta sucession: cuyo pleyto se halla visto en vista.

13. Esto supuesto, dividiremos este papel en tres partes. En la primera se probará la justa causa, y accion, que tiene esta parte para aver salido à este pleyto.

14. En la segunda, que la sucession de estos bienes pertenece al hijo varon, que esta parte tuviere, y como á tal, luego que nazca, le debe el Convento que oy obtuviere, entregar la possession de los bienes; y para ello dar fiança de executar lo assi.

15. En la tercera, se satisfará à las objeciones, que de contrario se han opuesto.

PARTE PRIMERA.

16. **S**iendo principio cierto, que al que sin accion litiga, puede el Juez de officio repelerlo, vt advertir Dom. Valenz. *cons. 97. num. 215.* no parece agena (por si se dudare) probar en nuestro caso assi la accion en esta parte, como la justa causa que à litigar le obliga vn derecho futuro.

17. Y que la tenga no parece dudoso, atendiendo á que preguntandose en Derecho, vt *vtum* si por derecho futuro se pueda litigar? Se distinguen para opuestas resoluciones dos casos: El primero, quando se intenta litigar derecho futuro, sin aver precedido difamacion verbal, ò real: El segundo, quando precedió vna de las dos difamaciones, ó ambas. En el primer caso es constante, que no ay accion para el litigio, ni debe ser en juicio admitido el litigante.

18. Pero en el segundo caso no es dudable que ay accion, y que sobre el tal derecho debe aver sentencia, que en pro, ò en contra lo declare, vt *probat expressus text. in l. Diffamari. 5. C. de Igen. manum.* Dom. Molin. *de Primogen. lib. 3. cap. 14. per totum. & precipue à num. 24.* Dom. Larr. *decis. 38. per totam & precipue à num. 6 & num. 11.* Garc. *de Nobilit. gloss. 47. per totam. & precipue à num. 13.* Roderic. Suar. *alleg. 4. per totam & precipue à num. 4.* Dom. Covarrub. *lib. 1. Variar. cup. 18. à num. 8.* Gutier. *cons. 13. num. 1. & cons. 51. per totum.*

19. Es assi que en nuestro caso no solo ay difamacion verbal, si tambien vna verdadera difamacion real: luego justamente dezimos tiene accion para litigar, y puede; por ser este vno de los casos en que se limita la *l. vnic. C. Vt nemo in vit. ager. vel accusar. compel.* Gutier. *dict. cons. 51. num. 16.*

20. Que aya difamacion verbal *patet* de la clausula del testamento de Don Pedro de Narvaez hijo natural, y heredero del Fundador, en que supone aver llegado el caso de la sucession del Convento. Difamacion real; por aver salido cada vno de los Conventos diciendo aver llegado el caso de su sucession, y pedir se les dé la possession de los bienes, sin obligacion de restituir al hijo varon, que de esta parte huviere; cuya causa es la mayor de las que provocan à estos juicios, vt *patet*

ex Dom. Larr. *decis. 38. num. 33. ibi: Tunc, quia diffamatio in hoc casu non fuit conditionalis, nec solum levis iactantia, possessoris ius offendit, imò potius Mevius in iudicium deducit sibi iam delatam successionem.* Con que aviendo vna, y otra difamacion, no parece dudable assi la accion en esta parte, como la justa causa, que al juicio la provoca; porque aunque sea cierto, que el derecho que litiga es de futuro *attamen*, le probocan oy con causa de presente, que es el fundamento para deducir semejantes acciones.

21. No solo esta difamacion dá justa causa à los litigios, si tambien otra qualquiera, que en adelante haga perder el derecho, ò lo ponga mas dificultoso en su execucion, vt probat ex l. i. tit. 2. part. 3. ibi: *Esso mismo de lo que atiende, que debe aver en el tiempo que es por venir, de que semeja, que le faxen cosa porque en adelante puede ser embargado, ò perderlo todo.* De forma que batta para estos litigios, que en adelante se ponga mas dificultoso en conseguir, vt ibi Dom. Gregor, *Lop. gloss. 2. & patet illis verbis: Puede ser embargado, ò perderlo todo.*

22. Y no es dudable, que si oy no saliera à este litigio esta parte, y se diera la possession de estos bienes à qualquiera de los Conventos que la pretenden; quando llegara despues el caso de tener esta parte hijo varon sucessor, que debe ser en estos bienes, se le embargara, y pusiera sumamente dificil el conseguir, á causa de que succediendo el Convento como heredero escrito, que dize ser, adquiriera el dominio en los bienes; y queriendole despues reconvenir, avia de ser en su fuero ante los Juezes Eclesiasticos, ò Conservadores, por la regla general, *Actor debet sequi forum rei. deducta ex cap. Si Clericus Laicum. 5. de For. compet. cap. Cum sit generale. 8. eodem tit.*

23. En cuyo caso tampoco es dudable, que los juizios en dichos Tribunales Eclesiasticos seguidos, son tan dilatados, molestos, y penosos, y con tantos subterfugios, è instancias, que hazen dificultoso el conseguir á las partes, vt cum Marant. Didac. Per. Paz, & alijs, docet Dom. Vela. *disert. 40. num. 37. & 38.* donde considera, que por esta mutacion de fuero se haze deterior, y de peor calidad la accion del Actor en el litigio, y la experiencia advierte quan muchas vezes las partes de aburridos suspenden la prosecucion de sus pleytos, que con justa causa principiaron en dichos Tribunales, á cuyo daño dezimoslo que comunmente se dize: *Nempe melius est ante tempus occurrere, quam post vulneratam causam remedium querere* ex Gutier. *alleg. 13. num. 1.* motivo cierto, que califica mas para exitar aquel daño, la justa causa, y accion de litigar oy esta parte.

24. Diráse contra esto, que aunque sea cierto, que sobre derecho futuro difamado se puede litigar; solo este beneficio compete al mismo sucessor del derecho difamado, mas no al tercero; con que deduciendo Doña Sebastiana vn derecho futuro, por hijo que no tiene, no parece puede competirle accion en este caso, *ne sequatur inconueniens assignatum in l. Litigatores. 11. §. fin. ff. de Recept. arbitr.*

25. A que dezimos, que esta parte es legitima para el juicio intentado, por ser cierto principio, que es legitima parte en el juicio todo aquel que tiene interese en él. Y que Doña Sebastiana lo tenga, y sea el que se requiere para su accion, patet ex Dom. Molin. *de Primog. lib. 3. cap. fin. num. 28. ibi: Vidimus namque semper ius succedendi*

Mémoires pour le
4.
in aliquo primogenio, sed alio magno patrimonio, maxime extimatum
fuisse, atque frequentissime eos, qui in eo succedere debent, uxores ditis-
simas invenire, ac eorum possessores ita filios suos collocare solitos fuisse,
ac si iam eis successio delata fuisset: quæ omnia ex diffamatione amitti
solent, plura, atque etiam alia damna incurrit.

26. Este motivo haze grande el interese en esta parte, pues
no es dudable, que declarado este derecho á favor de sus hijos *ei statum*
faciliorem redderet, ac virum ditissimum inveniret: por la seguridad de
que quedaba en sus hijos, con tan amplio, y dilatado patrimonio, como
el que en este pleyto se litiga.

27. Lo segundo, porque siempre es interese de los padres
ampliar para los hijos patrimonios; cuya obligacion tienen por Dere-
cho, no siendo ilicitos los medios, de que para conseguirlos se valgan: vt
probat Gloss. in cap. Prædicator. 64. caus. 16. quæst. 1. ibi: *Cogitare de-*
bent parentes, quod & ipsi fuerunt filij. & ea quæ à suis parentibus spe-
rabant, suis filijs facere debent. Probat ex Div. Paul. ubi sup, num. 1.
docet Dom. Vela. disert. 45. num. 13. Anton. Gom. in l. 6. Taur. num. 4.
Ayllon. ad Gom lib. 1. Variar. cap. 1. num. 9. ex Ceval. Scobar de Pari-
tat. & alijs. Con que teniendo por estas causas interese en esta causa esta
parte, no es dudable ser legitima para su seguimiento.

28. Lo tercero dezimos, que aun siendo el derecho, que
esta parte deduce para en caso de tener hijos, puede por Derecho litigar-
lo, mediante dicha difamacion: prueba de esto es, la *decis. 38. del Señor*
Larr. Era la duda de aquel articulo, la misma réplica que aqui se nos ha-
ze: Deducia accion vno, por derecho futuro, para en caso de no tener
hijos; y sin embargo se decidió por este Tribunal deberse proseguir, y
declarar en el juicio, *quam ponit num. 11. ibi: Vel Titius potuisset libere*
disponere de bonis, filijs non susceptis. No ay de aquel caso á este, mas
diferencia, que la de litigar alli para en caso de no tener hijos, y aqui pa-
ra en caso de tenerlos, que siendo pendiente de igual contingencia, te-
nerlos, ò no tenerlos, igual razon milita; y por confluente igual de-
be militar derecho: *ex regula communi vbi eadem ratio militat idem*
ius statui debet.

29. Esta decision de este Tribunal, que en medio de ser de
vn articulo. puso por notable entre otros el Señor Larrea; parece nos
assegura de vanecida la replica contraria, y acreditada la accion, y justa
causa de litigar en esta parte, atendiendo á que las decisiones de los Tri-
bunales superiores, tienen quasi fuerza de ley para en otros tales casos,
vt probatur ex text. in l. 3. C. de Edificijs pribat. ibi: *Probatis his quæ*
in opido frequenter in eadem genere controversiarum servata sunt. docet
ipse Dom. Larr. decis. 34. num. 10. in medio, & in fin. Dom. Castell. lib.
5. Contr. cap. 89. num. 97. Dom. Solorç tom. 2. de lur. Indiar lib. 2. cap.
17. num. 55. Bobad. in Polit. lib. 2. cap. 6. num. 18. Guzm. de Evict. quæst.
3. à num. 47. donde responde con otros á la regla general, que dize:
Exemplis non est iudicandum, que esta no milita en Tribunales superio-
res, y en el mismo Tribunal como aqui estamos, & probatur ex dict.
text. ibi: *Quæ in opido.*

30. Vltra de esto probamos, que aun por hijos no nacidos,
ni concebidos pueden sus padres litigar, atendiendo, que á los hijos no
nacidos se les puede legar, donar, è instituir, vt probat expressus text. in
l. Pla.

l. Placet. 4. & in l. Gallus. 29. §. Ille casus. ff. de Liber. & Posthum. docet Dom. Valenc. conf. 7. num. 25. Roxas da Incompat. part. 5. cap. 2. num. 33. Surd. conf. 130. num. 14. Cuyo legado, donacion, ò institucion adquieren luego que nacen.

31. A los no concebidos, ni nacidos se les puede tambien donar, legar, è instituir, *ut patet*, quando al tiempo que dos contraen matrimonio en los pactos matrimoniales se funda por algun tercero Mayorazgo para los hijos que nacieren de aquel matrimonio, ò en otra qualquier forma se les dona, cuyos bienes adquieren en naciendo, de quo cum Fontan. Menoch. Mier. & multis alijs, comprobant Add. ad Dom. Molin. lib. 1. cap. 1. num. 18. En cuyos casos no parece dudable, que si sobre los bienes ya legados á los posthumos, ò ya á los no nacidos, ni concebidos, se ofreciere litigio, seran partes sus padres, ò aquellos que esperan serlo para librarlos de otro, que llevarlos quiera, haziendo conservar á sus esperados hijos el derecho de bienes, que adquiriran luego en naciendo.

32. Quando al que falleció se le difama su estado, por dezir era esclavo, ò agressor de alguu delito infame, es parte el pariente mas cercano para salir à litigarle sus derechos; probatur ex text. ex tot. tit. ff. & C. de statu defunctor. l. 25. tit. 29. part. 3. ibi: *Si algunsu pariente, ò otro qualquiera à quien pertenciere su honra. ò su heredamiento, quisiere mover pleyto sobre el estado del muerto, puedelo fazer, & ibi Do. Gregor. Lopez.* Luego perteneciendo à esta parte la honra, y conveniencias de su hijo, igualmente puede salir à su defensa. A el que murió, de ningun interese son ya sus derechos; á el que nacer se espera, mucho importa tan amplio, y dilatado patrimonio: y si el pariente mas cercano tiene accion à litigar derechos del que por difunto no se espera vivir, con quan mas justa la tendrá el pariente, del que nacer con justa causa se confi.?

PARTE SEGUNDA

33. **N**O pretende esta parte se le deniegue al Convento (que con mas justa causa mereciere) la possession destos bienes; solo si, que sea con la qualidad de POR AORA; y en el interin que esta parte tiene hijo varon, à quien la aya de restituir, dando para hazerlo assi, la fiança prevenida por Derecho en caso de tales restituciones.

34. La question de Derecho, que incide en este pleyto, pregunta: *Vtrum*, si al tiempo de la vacante del fideicomisso, ò vinculo aya esperança de que se conciba, y nazca otro suceffor de mejor linea, qualidad, y grado, tal, que si estuviera nacido sucediera; deba passar la suceffion del fideicomisso, ò vinculo en el que se halla nacido, con la qualidad de interin, que el otro nace, ò suceda irrevocablemente de calidad, que aunque despues otro de mejor linea, y grado se conciba, y nazca, no pueda quitar la suceffion al que la obtuvo.

35. Esta question trataron muchos A. A. assi estraños, como Regnicolas, entre quiones ay dictámenes opuestos: vnos la tratan, y disputan atendiendo solo al Derecho Comun; y los Regnicolas la tratan en
ter-

terminos de Mayorazgo, y refuelven por leyes de estos Reynos : Atento al Derecho Comun la tratan , y refuelven à favor de esta parte Giurb. de Succes. feud. cap. 118. §. 2 glos 4. à num. 46. Surd. cons. 125 per totum. Peregrin. de Fideicom. art. 22. à num. 74. Franch. decis. 179 per totam. y otros muchos.

36. La opinion contraria de Derecho Comun tuvo Fufar. quæst. 318, Flores de Mena ad Gamm. & alij relati ab Add De estos AA. es lu mayor argumento la l. fin. ff. Commun. prædior. que dize, que el dominio de los bienes no puede estar en suspenso: à cuyo argumento dá Dom. Molin. de Primogen. lib. 3. cap. 10. à num. 26. usque ad 34. seis soluciones, y las mismas el Señor Castillo, no siendo la menor, el dezir (como aqui dezimos) no es nuestra pretension el que la sucesion esté in suspenso, sino, que goze verdaderamente estos bienes qualquiera de los dos Conventos, pero con la calidad de interin que nace hijo varon de esta parte, à quien la deban bolver.

37. Atento à leyes de estos Reynos trataron esta question, y resolvieron contra esta parte en terminos de Mayorazgo Dom. Molin. de Primogen. lib. 3. cap. 10. à num. 38. & ibi Add. Dom. Castill. lib. 5. Controv. cap. 91. à num. 1. usq. ad 49. Dom. Olea. de Cessur. tit. 3. quæst. 4. num. 1. & 2. Roxas. de Incompat. part. 5. cap. 2. y otros.

38. La opinion contraria à esta en terminos de Mayorazgo, tuvo Dom. Valenz. cons. 7. à num. 22. usq. ad 32. late Cabrer. de Metu. lib. 2. cap. 9. à num. 22. usq. ad 42. Roxas. de Incompatib. part. 1. cap. 6. à num. 58 usque ad 63. aunque despues en la dicha part. 5. reformó en parte, no en el todo su sentencia.

39. Atendidas por el Abogado de esta parte esta variedad de opiniones : ya de Derecho Comun, ya de leyes de estos Reynos, haze juizio considerados (como aqui se expressará) vnos, y otros fundamétos; debe obtener esta parte, y q̄ por las circunstancias del caso, son vniformes en su favor vnas, y otras opiniones; así consideradas las decisiones de Derecho Comun, como las de nuestro Reyno, de las quales hazen en favor nuestro todas, las que hasta aqui hemos llamado opiniones contrarias.

40. Atendida la opinion, que de Derecho Comun haze en favor de esta parte, dezimos : Pertenece la sucesion de estos bienes al hijo varon, que esta parte tuviere; à quien luego que nazca, debe el Convento, que oy obtuviere, bolverle la possession de ellos : para cuya prueba no es de omitir, que segun el contexto de la clausula de nuestro Fundador el hijo varon de Don Pedro de Cardenas Narvaez padre de esta parte es llamado por vna substitution fideicommissaria, nempe, si sine liberis decesserit Don Pedro Narvaez hijo natural del Fundador, vt patet, de la misma clausula.

41. Ibi: Y con cargo assimismo, que si dicho Don Pedro Narvaez mi hijo muriere sin dexar hijos el dicho remaniente, y herencia, passe al hijo varon que tuviere el dicho señor Don Pedro de Narvaez y Cardenas mi sobrino. Cuyas palabras no es controvertible en Derecho, que hazen vna verdadera substitution fideicommissaria, respecto del hijo varon de Don Pedro Narvaez de Cardenas padre de esta parte, y sobrino del Fundador, vt probatur ex text. in l. Cum acutissimi 30. C. de Fideicommiss. l. Cum abus. ff. de Condition. & Demonstrat. Anton. Gom. tom. 1. Variar. cap. 5. per totum. & ibi Ayl. cum multis.

42. Cuyo supuesto hecho, es el primer fundamento nuestro, el que la sucesion de bienes de fideicomisso, y Mayorazgo se regula por las reglas de la sucesion abintestato, de tal forma, que solo es su diferencia, en aquello en que expressamente la ley las exceptuó, corriendo en todo lo demás con igualdad, vt probat expressus text. in l. fin. C. de Verb. signific. Dom. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 9. num. 11. Dom. Larr. decis. 34. num. 14. Roxas. de Incompat. part. 1. cap. 6. nu. 194. cum Dom. Solorç. Pereir. Fufar. & alijs. Mantie. de Conjectur. lib. 8. tit. 13. num. 1. Cancer. Variar. resol. part. 1. cap. 1. num. 249. Y assi como en la sucesion del Fideicomisso ay por el Fundador señaladas para su sucesion lineas, grados, y personas, las ay en la sucesion abintestato tambien señaladas por la ley lineas, grados, y personas para dicha sucesion, vt probatur ex l. 2. tit. 13. part. 6. & l. 21. tit. 3. eadem part. Anton. Gom. tom. 1. Variar. cap. 1. num. 1. & ibi Ayli.

43. Nunc sic en la sucesion abintestato es tal el orden de suceder, que mientras ay esperança de que en la linea primera nazca sucessor, no se admite à la sucesion à otro de la segunda linea, ò grado, vt probat expressus text. in l. Inter agnatos. i. 5 ff. Vnde legitim. ibi: *Quandiu spes est suum heredem aliquem defuncto existere. tandiu consanguineis non est locus.* text. in l. Quandiu. 90 ff. de Reg. iur. gloss. in l. Petro. §. Frater ff. de Leg. 2. verb. *Ex familia.* Es assi, que en este caso ay esperança natural de que nazca otro de mejor linea, grado, y qualidad, que el Convento: Luego aviendo de seguir aqui (como es principio cierto) las mismas reglas, que en la sucesion abintestato; assi como en aquellas no se confiere la herencia al nacido, mientras ay esperança de que nazca otro de mejor linea, qualidad, y grado: lo mismo en nuestro caso, por ser como es vn fideicomisso respecto à los hijos de esta parte.

44. Quando falleció alguno dexando à su muger preñada, ò en duda de estarlo, se le dá la tenencia en los bienes interin que pare, vt probatur ex tot. tit. C. de Ventr. in possessione mittend. l. 16 tit. 6. part. 6. & l. 11. tit. 10. part. 7. & ibi Dom. Gregor. Lop. gloss. 5. Dom. Valenz. tom. 2. cons. 198. num. 106. & tom. 1. consil. 96. num. 6 & per totum. Cuya posesion se le dá (excluyendo al siguiente en grado) no por que verdaderamente aya heredero, pues para serlo necessita de muchas circunstancias, que no tiene *dum in utero est*: y attamen, porque ay esperança de que las pueda tener, se suspende el conferir la herencia al siguiente en grado.

45. Diráse contra esto, que alli falleció el padre, dexando ya verdaderamente hijo, ex l. Si quis 148 ff. de Regul. iur. ibi: *Si quis pregnantem uxorem reliquit, non videtur sine liberis decessisse.* De forma, que alli ya dexa hijo; pero aqui no, y assi no puede militar la misma disposicion.

46. A que dezimos es verdad dexa hijo; pero no es verdad dexa heredero, ò sucessor: Para hijo basta que se conciba, vt patet ex dict. l. Si quis pregnantem. Para heredero, y sucessor se necessita tenga otras calidades *nempe* nacer de tiempo, y todo vivo, vivir 24. horas, y bautizarse, vt probatur ex l. 2. tit. 8. lib. 5. Recopil. l. 13. Taur. & ibi Anton. Gom. num. 4. & per totam. Gutierr. Practicar. lib. 2. quest. 100. per totam. Y attamen aunque al tiempo de la muerte del padre no tenga estas calidades, no se confiere la herencia al siguiente en grado, solo por que

que ay esperança de que nazca suceffor de mejor linea , que las tenga: Luego con semejante mente aqui,aviendo otra tal esperança de que nazca suceffor de mejor linea, y qualidades ; no se debe conferir esta suceffion en propiedad al Convento, que se halla con llamamiento inferior.

47. Y solo la diferencia que ay de vn calo à otro es, que en aquel no solo no sucede el pariente en la propiedad , pero ni en la tenencia de los bienes , porque esta *traditur ventri, vt diximus supra nu. 44.* Pero en nuestro caso no pretendemos tenencia , si que los bienes se entreguen à qualquiera de los dos Conventos; pero con la qualidad de POR AORA , interin que nace hijo varon de Don Pedro de Narvaez y Cardenas, que será el que esta parte como su hija tuviere, à quien se le ayan de bolver, luego que nazca estos bienes, como que es de mejor linea, qualidad, y grado. En el caso de la suceffion abintestato quiso la ley poner aquella diferencia , de que se entregasse la tenencia; pero en lo demás corren aquella suceffion con esta iguales.

48. Otra razon, que adapta aquella disposicion es, que *ideo* se aguarda al parto; porque si se diera la herencia al que se hallaba nacido al tiempo de la muerte mas cercano, y despues naciera el hijo con las qualidades que dexamos dichas dict. num. 46. fuera contra la voluntad del padre, el que aviendo hijo, quedasse el de segunda linea transversal con sus bienes, excluyendo al predilecto de la primera linea ; cuya misma razon se verifica en nuestro caso : pues luego que esta parte tenga hijo varon , se halla verificado , que ay hijo varon de Don Pedro Narvaez y Cardenas, quien por voluntad del Fundador debe antes que el Convento suceder , como Mayorazgo en estos bienes. Y si el Convento en tal caso quedara con la suceffion, fuera por la misma causa invertir la voluntad del Fundador, que no quiso sucediesse el Convento, mientras de Don Pedro Narvaez y Cardenas huviesse hijo, vt *argumentatur Surd. dict. conf. 125. num. 29. & 30.*

49. Aun en nuestros Mayorazgos de España parece se considera esta razon: Quando ay dos Mayorazgos incompatibles, y vn solo suceffor, sin embargo de su incompatibilidad sucede en ambos, vt probatur *ex l. 7. tit. 7. lib. 5. Recopilat. Roxas. de Incompat. part. 7. cap. 1. limit. 3. à num. 28.* pero luego que tiene dos hijos , se dividen los Mayorazgos cada vno en su suceffor : y es la razon , porque como dize Roxas *ubi supra num. 32.* esta incompatibilidad fue dispuesta por el Fundador, por mayor beneficio de su familia: y si luego , que ay dos parientes continuara todavia la suceffion en vno, fuera contravenir expressamente à su Fundador.

50. Sic similiter en nuestro caso: Voluntad expressa del Fundador es, que no suceda el Convento aviendo hijo varon de Don Pedro de Narvaez y Cardenas : el varon que naciere de esta parte será sin duda (como probarémos luego) hijo varon de dicho Don Pedro Narvaez y Cardenas comprehendido en aquel llamamiento. Y si en tal caso se quedara el Convento possyendo, fuera contra expressa voluntad del Fundador , que no quiso possyera mientras huviera tal hijo varon.

51. *Cui conveniunt verba legis, convenit eius dispositio, vt docet Dom. Castell. lib. 5. Controv. cap. 82. à num. 1. & 5. Dom. Valenz. conf. 97. num. 93. & conf. 25. num. 56. Menoch. de Arbitr. lib. 2. casu 63. à num.*

à num 6. Gutierr. *conf. 1. num. 8. & conf. 2. num. 18.* Es la disposicion del Fundador ley que rige la disposicion, *ex text. in §. Secundum verò. 2. Authent. de nuptijs. coll. 4. ibi: Disponat itaque unusquisque super suis, ut dignum est. & sit lex eius voluntas:* Nacido hijo varon de esta parte, se verifica aver hijo varon de Don Pedro Narvaez y Cardenas (como despues se probará) y se verifica aver Convento: nunc sic, quien dize el Fundador, que suceda en este caso? Ya lo expressa en sus palabras, *ibi: El hijo varon, que tuviere dicho señor Don Pedro Narvaez y Cardenas m: sobrino vinculado; y faltando varon, porque no han de suceder en él hembras, passe al Convento:* Luego contra su expressa mente fuera excluilo en naciendo, dexando la sucesion en el Convento, mayormente quando llamó vn hijo, que no avia, para en naciendo; cuyo nacimiento no ciñó à tiempo limitado.

52. Lo segundo, se prueba nuestro assumpto, porque atendido el contexto de dicha disposicion, el Convento está llamado à la sucesion de estos bienes baxo de vna condicio negativa, *ibi: Y faltando varon, porque no han de suceder hembras, passe al Convento, y Religiosos Carmelitas Descalços.* Y por Derecho es cierto, que el llamado baxo de condicio negativa no adquiere puramente el derecho en la disposicion, que fue llamado mientras ay posibilidad natural, de que se verifique la condicio: *vt probatur expressus text. in l. Ita stipulatus. 115. ff. de Verb. oblig. ibi: Sed si ita stipulatus fuero si in Capitolium non ascenderis, vel Alexandriam non ieris, centum tibi dari spondes, non statim committitur stipulatio quamvis Capitolium ascendere, vel Alexandriam pervenire potueris, sed cum certum esse ceperit te Capitolium ascendere, vel Alexandriam ire non posse.*

53. De forma, que no se adquiere derecho en propiedad al llamado *sub conditione negativa*, mientras no se reduce à imposible el executar la condicio. Es assi, que el Convento está llamado baxo de esta condicio negativa, *nempè* no aviendo hijo varon de Don Pedro de Narvaez: Luego como aya verdaderamente esperança, y probabilidad de averlo, sigue se no aver llegado el caso de suceder en su propiedad el Convento.

54. Y que esta forma de llamamiento hecho en nuestra fundacion sea condicio negativa, tenet Dom. Molin. *de Primogen. lib. 3. cap. 10. num. 15. v. Primo, quia in primogenium.* Dom. Castill, *lib. 5. cap. 91. num. 11. & 16.* donde supone, que carece de respuesta este argumento. Franch, *decis. 169. num. 13.* Roxas *de Incompat. part. 5. cap. 2. num. 27.* Giurb. *decis. 32. in princip. & num. 11. 14. & 16.* Lo qual es evidente; porque lo mismo es en nuestra fundacion dezir: *Y à falta de varon,* que dezir: *No goze, ni suceda el Convento, aviendo hijo varon de Don Pedro Narvaez y Cardenas.* Lo qual acredita Dom. Molin. *in illis verbis, vel alia simili.* Con que no pudiendose dudar de esta verdadera condicio negativa *sub qua*, está llamado el Convento; no parece puede suceder en propiedad mientras ay posibilidad natural de que se cumpla.

55. Lo tercero, porque aunque no se considerara respecto del Convento condicio negativa, no es dudable, que respecto de los hijos de Don Pedro de Narvaez y Cardenas haze verdadera condicio, assi porque el orden de llamamientos del Testador haze verdadera con-

di 4

7.
 dicion, vt docet Roxas, de Incompat. part. 1. cap. 6. num. 62. & 63. Ca-
 brer. de Met. lib. 2. cap. 9. num. 30. Gutierr. conf. 4. num. 16. & conf. 26.
 num. 3 & in l. Nemo potest de Leg. 1. num. 3. como porque el llamamien-
 to que tacita, ò expressamente conticne, si filios susceperit, vel non, haze
 tambien verdadera condicion, vt docet Dom. Larr. decis. 38. num. 3. pro-
 batur ex l. Dies incertus. 75. ff. de Condit. & Demonstr. Y assi sin con-
 troversia la llaman condicion Anton. Gom. tom. 1. Variar. cap. 5. num.
 40. Sed certè. & num. 42. & ibi Ayll. cum Mantie. Alvarad. Pat. Molin.
 Fuillar. his addendus Guerb. decis. 32. in princip. & num. 11. Y en nues-
 tro caso es mas claro, pues llamando el Fundador à esta sucesion á el hi-
 jo varon, que tuviere Don Pedro Narvaez su sobrino, se entiende si nas-
 catur, que es vna verdadera condicion.

56. Y no es dudable, que qualquiera Fideicomisso, lega-
 do, manda, hecho baxo de condicion iure possibile, se debe, luego que
 se verificó la condicion, en qualquier tiempo que sea, vt probat expres-
 sus text. in l. Hec conditio. 10. ff. de Condit. & Demonstr. l. Si quis he-
 redem. 7. C. de Institut. & Substit. ibi: Sancimus, quando cumque im-
 pleta fuerit conditio, siue vivo eo siue mortis tempore, siue post mortem
 conditionem videri esse completam; quod in legatis, & fideicommissis,
 & libertatibus obtinendum esse censemus.

57. Luego importando el llamamiento hecho por el Tes-
 tador en el hijo varon, que tuviere dicho Don Pedro su sobrino, y pa-
 dre de esta parte, vna verdadera condicion, como hemos dicho; en
 qualquier tiempo que se llegue à verificar, que ay hijo varon de dicho
 Don Pedro, se le debe el fideicomisso sin distincion de tiempos, de si
 sea antes de la muerte del hijo del Testador, ò despues; pues lo contra-
 rio fuera invertir la voluntad del Testador, que siendo el que sucede di-
 cho hijo varon, luego que nazca, se verifica estar cumplida la condicion,
 y fuera incurrir en vna torpeza contra text. in l. Si quis heredem. ibi:
 Ne dum nimia utimur circa huiusmodi sensus subtilitates iudicia testan-
 tium defraudentur.

58. Este argumento se confirma ex doctrina Dom. Castill.
 dict. lib. 5. cap. 91. va tratando desde el num. 45. en nuestra question, si la
 qualidad sub qua llama el Testador, ó el nacimiento de la linea llamada,
 se ha de verificar al tiempo de la vacante del Mayorazgo, ò Fideicom-
 misso, ò bastará se verifique despues; y dize: O el Testador señaló cier-
 to tiempo, ò no: Si señaló tiempo, ò sus palabras lo indican, se ha de
 verificar la condicion en el tiempo prevenido por el Testador; ita dicit
 num. 46. cuya proposicion probatur expressus tex. in l. Si speculum 20.
 S. fin. ff. de Stat. lib. ibi: Quod si tempus adiectum fuerit illud spectabi-
 tur.

59. Pero quando la condicion, ò palabras del Testador son
 indeterminadas de tiempo, tunc, quando cumque se verifique la condi-
 cion, debe correr, y executar se la disposicion del Testador. pues lo con-
 trario fuera oponerse à su voluntad. Ibi: dict. num. 46. in med. Iura au-
 tem & AA qui in contrarium loquuntur expendi possunt & intelligi
 debent ubi testator indeterminate & absque relatione ad tempus loqui-
 tur: ea namque in specie esset contra verba. & mentem disponentis, ver-
 ba non determinata, nec restricta, determinare. & restringere. Y lo mis-
 mo enseña Pat. Molin. de Iustit. & Iur. tom. 1. disp. 190. §. Dubium est
 Dilectio autem ubi ob utrum

utrum sit testator, & in terminis nostre questionis docet etiam ipse Molin. tract. 2. disput. 634. num. 5.

60. Y esta proposicion se prueba expressamente, ex text. *Cum uxori 4. C. Quando dies leg. vel fideicom. cedat.* Es la especie de-
xar vno à vna muger el usufructo de vnos bienes, y la propiedad quan-
do conciba y pára; y dize el texto, que *nato filio, statim proprietatis
dies cedit*, sin distincion de tiempo, sino es *quandocumque* naciere. Pro-
batur etiam express. text. in l. *Sancimus. 24. C. de Nuptijs.* donde se ha-
ze vn legado à vno para quando se case; y dize el texto, que luego que
se case, le le debe el legado, ò manda: ya se case muy mozo, ò muy ma-
yor. Ibi: *Et si uen nuptiarum tempus dixerit, si uen nuptias nominaverit,
non aliter intelligi conditionem esse adimplendam vel non extenuandam,
nisi ipsa nuptiarum accedat festiuitas, & non esse tempus inspiciendum.*
Text. in l. *Cum tempus. 17. de Regul. iur.*

61. Es assi, que en nuestra fundacion está llamado à la su-
cesion de estos bienes al hijo varon, que tuviere Don Pedro de Narvaez
y Cardenas su sobrino, sin señalamiento, ni limitacion de tiempo, *ut pa-
tet ex eius verbis*; ibi: *Passe al hijo varon, que tuviere el dicho señor
Don Pedro de Narvaez, y Cardenas mi sobrino, vinculados.* Luego
como estas palabras no contengan tiempo limitado, y sean ellas por si
indeterminadas; en qualquier tiempo que huviere hijo varon de dicho
Don Pedro, debe suceder, pues lo contrario fuera invertir la mente del
Fundador.

62. Y para que en virtud de ellas se le pudiera excluir, era
menester que huviessse dicho: Suceda el hijo varon, que dexare por su
fin y muerte, como lo hizo en el llamamiento de su hijo natural, quando
dixo, ibi: *Y con condicion assimismo, que si dicho Don Pedro de Nar-
vaez mi hijo muriere sin hijos &c.* Porque aqui ya señala tiempo limi-
tado; pero en el llamamiento de nuestro pleyto no lo señala; y assi quan-
documque naciere, sin distincion de tiempo debe suceder, *ut specificè
probatur ex text. in l. In substitutione 31. ff. de Vulgar. & Pupil.* ibi:
Quandoque ubi glossa intelligit, quocumque tempore.

63. A este assumpto es formalissimo el lugar de *Surd. conf.
125.* donde tratando otro pleyto como este, en que avia llamado el Fun-
dador à la sucesion al hijo de vno, que no estaba concebido al tiempo
del llamamiento dize assi. Num. 29. ibi: *Vbi testator vocat nascituros
expectanda est nativitas vocatorum; quia quandocumque nascantur
etiam postquam dies fideicommissi cessit semper erunt admitendi propter
favorabilem testatoris voluntatem, quam dicti filij nascituri dicuntur
habere. sic ergo dicendum est de his nepotibus ex sorore, ut succedant.*
Formal consecuencia de que lo mismo inferimos justamente en nuestro
caso, de que aya de suceder el hijo que tuviere esta parte *quandocum-
que* naciere.

64. Lo quarto, se prueba nuestra pretension atendido el
contexto, y mente del Fundador, segun la disposicion que vá dando à
sus bienes: pues primero quiere sean libres en Don Pedro de Narvaez
su hijo natural, a quien instituyó por su heredero: luego muriendo este
sin hijos quiere, que sean vinculados, y de Mayorazgo en el hijo varon
de Don Pedro Narvaez su sobrino; y después les dá tercer estado *nempe,*
que pallen al Convento para expender sus rentas en sufragios, y limosnas
ut patet de su mesma clausula.

Nunc

65. Nunc igitur: ya tuvieron el primer estado, que fue ser libres en su hijo Don Pedro Narvaez: el segundo estado, que es de que sean vinculados en el hijo varon de Don Pedro Narvaez su sobrino; no lo han tenido estos bienes; pero no es dudable, que pueden tenerlo, luego que esta parte conciba, y pára hijo varon; como que será hijo de Don Pedro de Narvaez sobrino del Fundador: Luego si es expresa voluntad del Fundador sean estos bienes de Mayorazgo en estos hijos, cuya voluntad se le puede cumplir: precisa necesidad induce aqui assi se execute.

66. Es la voluntad del Fundador reina, que gobierna la disposicion, y ley à quien debemos atender, y observar en quanto es possible. *probat Mantic. de Coniect. lib. 3. tit. 3. per totum. & precipue num. 6. ble. vt Dom. Castell. lib. 4. Controv. cap. 8. à num. 1. & per tot. Alvarad. de Coniectur. mens defunct. lib. 1. cap. 1. num. 9 & 10.* Lo qual procede en tanto grado, que Anton. Gom. tom. 1. *Variar. cap. 5. num. 24. & Confirmatur prædicta sententia*, dixo, que *sicut venator sequitur leporem, ita iudex, vel Judex debet sequi voluntatem defuncti.* Idem dixit Alvarad. *dict. cap. 1. num. 10.*

67. Por cumplir la voluntad del Testador se improprian muchas vezes sus palabras, ex text. *in l. Non aliter. 67. ff. de Legat. 3. l. 5. tit. 33. part. 7.* Por esta misma causa se hazen muchas ficciones, y restricciones en el Derecho: Luego si aqui tenemos expresa voluntad del Fundador, que quiso que estos bienes fuesen vinculados, y de Mayorazgo en el hijo varon de Don Pedro de Narvaez y Cardenas su sobrino, quando naciesse; cuya voluntad se le puede cumplir, aguardando à que nazca: esto, sin improprian la significacion de las palabras, ni hazer ficciones, ni restricciones algunas: igualmente podemos dezir, que *sicut venator sequitur leporem, ita* se debe aqui seguir la voluntad del Fundador, y aguardar à que nazca hijo varon de dicho Don Pedro, que será el que concibiere esta parte, para que en él sean estos bienes vinculados, y de Mayorazgo.

68. *Verba testamenti naturaliter debent intelligi, non fictè,* dixo Mantic. *de Coniect. lib. 11. tit. 8. num. 2.* docuit etiam Dom. Larr. *detif. 34. num. 18.* Dom. Valenc. *cons. 67. num. 168.* & probatur ex *l. 5. tit. 33. part. 7. ibi: Las palabras del fazedor del testamento deben ser entendidas llamamente assi como ellas suenan.* Las palabras de nuestro Fundador en su significacion natural arguyen, que quiso, que estos bienes fuesen vinculados, y de Mayorazgo en el hijo varon de Don Pedro de Narvaez su sobrino, quando naciesse; porque lo llamó quando no estaba concebido, ni nacido: Luego pudiendole cumplir esta voluntad, y precisando como ley la obligacion de cumplirla, *ad unguen servanda est, vt dixit Dom. Castell. lib. 4. cap. 8. num. 1.*

§. VNICO. PRIMÆ PARTIS.

69. Los discursos hasta aqui hechos hemos inferido del contexto de la clausula de nuestro Fundador, y de algo de lo que traen los AA. que resuelven à favor de esta parte, omitiendo otros muchos juridicos fundamentos de que se valen; muchos de los quales

trae el Señor Don Luis de Molin. *dict. lib. 3. cap. 10. à num. 15. usque ad 25.* los quales tendrá V.S. presentes, porque en sentir de muchos dizen, no les dió el Señor Molina solucion, porque no la tienen adecuada: y agora passarémos à fundar con los mismos AA. que hasta aqui hemos llamado contrarios, que debe determinarse á nuestro favor.

70. Para lo qual es de notar, que todos los Regnicolas traen esta question en terminos de Mayorazgo ya constituido, y existente; y en estos es donde resuelven, que no puede el que no estaba concebido, ni nacido al tiempo de la vacante quitar luego en naciendo el Mayorazgo al que lo obtuvo en dicha vacante, aunque este sea de inferior grado que él; cuya decisíon, segun por el vnico fundamento inferido de la *ley 45. de Toro, que est. hodie l. 8. tit. 7. lib. 5. Recopil.* porque como esta transfere la possessíon civil, y natural en el siguiente en grado, no puede el que se concibe y nace despues quitarle la possessíon al que la ley le la dió; motivo porque assi lo resuelven en los Mayorazgos ya constituidos, y existentes; pero en las otras sucesíones, ò fideicommissos temporales, que no son constituidos verdaderamente, y existentes Mayorazgos, tienen expressamente lo contrario.

71. *Patet esto,* lo primero, ex Dom. Molin. *dict. lib. 3. cap. 10.* trata por todo él esta question, y pone por la opinion contraria doce fundamentos hasta el num. 15. à los quales dá solucion desde el num. 25. hasta el 37. Y por la opinion, que aqui defendemos, pone ocho fundamentos desde el num. 16. hasta el 25. à los quales no dá solucion: y luego al num. 38. pone su resolucíon, en que dize: Que sin embargo de los fundamentos de nuestra opinion, en los Mayorazgos, se debe dezir: Que el concebido, y nacido despues de la vacante, no puede abocar en sí la sucesíon del Mayorazgo: Esto, por la ley 45. de Toro, y naturaleza de los Mayorazgos; pero que en las otras sucesíones, que no son Mayorazgo corre el argumento de la condicion negativa supra num. 52. y que en ellas no se entiende faltó la condicion, mientras ay posibilidad de que se cumpla.

72. *Ibi: num. 40 Ex quibus inferitur, quod quamvis in alijs dispositionibus conditiones negativae non censeantur esse purificatae donec constiterit impossibile esse illas adimplere posse. Et quod non adimplentur nisi per reductionem ad impossibile. In primogenitorum tamen successione illas pro impletis habendas esse, si tempore mortis ultimi possessoris adimplentur non sint.*

73. Mas claro lo dize en el num. 43. *ibi: Similiter etiam inferitur, in alijs dispositionibus, quae in prima successione consumuntur, et in quibus necessario proximitas tempore mortis ultimi possessoris consideranda non est; conditionis implementum attendendum non esset, usquequo certum sit illam adimpleri non posse, ex regulis, quas pro secunda opinione adductae sunt, quas ex sola primogenitorum natura à casu de quo agimus, rejicimus.*

74. De forma, que solo en el Mayorazgo ya constituido, y existente por razon de la ley 45. de Toro, como llevamos dicho, resuelve el Señor Molina por la opinion contraria; pero en las demás disposicíones, y sucesíones en que no milita la ley 45 de Toro, dize expressamente corren los fundamentos de la segunda opinion, que se debe seguir; de la qual solo dize se aparta por la naturaleza de los Mayorazgos, *ibi: dict.*

dict. nu. 43. Quas ex sola primogeniorum natura à causa de quo agimus, rejicimus. Y en esta misma forma entendió al Señor Molina Vincentius Franch. *decis. 169. num. 24. ibi: Quia reperi Dominum Ludovicum de Molina in Tractat. de Hispanor. primogen. qui in 3. lib. cap. 10. hanc questionem præceteris examinat, & videtur octo validissimis fundamentis huic opinioni adhaerere.* Y así lo entendió el Senado de Napoles, quien porque alla no milita la ley 45. de Toro, se decidió por nuestra opinion, con la autoridad, y fundamentos del Señor Molina.

75. Es así que en nuestro caso no es este Mayorazgo ya constituido, y existente, ni en él milita la ley 45. de Toro, pues para que lo fuera, era menester que huviera nacido el primer sucesor del Mayorazgo: à causa de que los efectos de la ley 45. de Toro, y existencia de los Mayorazgos, solo principian sus efectos desde que ay el primer poseedor, y llamado à la sucesion; sin que baste, el que el Fundador aya muerto, vt docet Dom. Molin. *de Primogen. lib. 3. cap. 13. num. 40. & ibi Add. cum alijs.* Luego no estando, como no estamos en dichos terminos de Mayorazgo constituido, y existente, si solo en pretension de que en naciendo hijo varon lo sea; parece indubitado, que estamos en la doctrina del Señor Molin. num. 43. de que debe obtener esta parte.

76. Lo mismo sintió Dom. Castell. *dict. lib. 5. cap. 91. donde trató esta question; y al nu. 16. y. Sane prout ego. in medio. ibi: Et quidem eodem iure communi assento planum certumque esset ex ipsa verborum forma præsumptam institutoris maioratus pro ipsis post modum natis, aut conceptis adesse. sive in terminis juris communis, quæ ipsis post modum natis favet opinio, verior esset, quod testantur quam plurimi. & fortassis immo absque dubio agnovisset Molina; si dictæ legis Tauri constitutio edita non esset.*

77. Mas claro: ipse Dom. Castell. *dict. cap. 91. num. 48. y. Concludit itaque. ibi: Ac in terminis juris communis sive lege ipsa Tauri non edita forsam ipse contrarium statueret, vt supra observabi: totus æquidem scriptorum labor in eo versari debet, atque hodie consistit, in explicando scilicet, atque discutiendo: an in primogenijs militet diversa ratio ex decissione dictæ legis 45. Tauri, nam si legi eidem aliquis satisfaciat, & idemmet Auctor satisfactum manebit.* Con cuya resolucion passa el Señor Castillo en otros muchos lugares de este capitulo.

78. Segun lo qual, dize el Señor Castillo, que toda la dificultad está en la ley 45. de Toro; con que en dandole solucion à esta, aun en los Mayorazgos, está quitada esta dificultad, ibi: *Nam si legi eidem aliquis satisfaciat, & auctor metipse satisfactus manebit.* Es evidente, que aqui no milita la disposicion de tal ley, como hemos dicho, y solo militará despues que aya empezado à ser Mayorazgo, poseyendolo vno: Luego estamos en terminos de aver quitado de en medio la dificultad de dicha ley, y que el Señor Castillo, y Molina resuelven en este caso expressamente à nuestro favor.

79. Avendaño tocó tambien esta question in l. 40. Taur. gloss. 6. à num. 13. y dize así: *In qua difficultate verissime dicendum est, quod quamvis in alijs dispositionibus huiusmodi condiciones, quæ negative sunt, non censeantur purificatæ donec constiterit eas adimpleri esse impossibile, atque sic filius, ex filia post mortem etiam testatoris natus substitutum excludat, vt resolvunt quam plurimi. & tamen in maioratus*

successione, que ex propria atque originaria eius natura, neque per momentum vacare potest. Y prosigue, que porq̄ la possession del Mayorazgo passa luego incontinenti al siguiente en grado; no puede el no nacido, ni concebido al tiempo de la vacante avocar en si despues que nazca, la possession, y sucesion del Mayorazgo; pero en las otras disposiciones no se juzga purificada la condicion negativa mientras ay posibilidad de que se cumpla.

80. Y mas terminante à nuestro caso dize, que el hijo de la hija concebido, y nacido despues de la vacante, excluye al substituto. *ibi: Atque sic filius ex filia post mortem etiam testatoris natus substitutum excludat.* No estamos en Mayorazgo existente, en que la ley 45 aya incontinenti passado la possession civil, y natural al Convento, que es el substituto: Ergo por el configuiente, estamos en terminos, que resolvió à nuestro favor Avendaño; y que el hijo varon, que esta parte tuviere, excluirá de la sucesion de estos bienes al Convento, que es el substituto; *ut dixit en la questio Avendaño atque sic filius ex filia. &c.*

81. Los Señores Adentes ad Dom. Molin. *dict. lib. 3. cap. 10. num. 1.* ponen una y otra opinion; y luego su resolucion, y dizen assi: *Verum quidquid prædicti sentiant primo opinio IN HISPANORUM PRIMOGENIJS RECEPTE, est ac in iudicando, & consulendo tenenda, idque suadet ex lege 45. Tauri:* De forma, que la resolucion es solo en los Mayorazgos, y por la ley 45 de Toro; y assi dixo Dom. Castell. *dict. lib. 5. cap. 91. num. 16.* que por este solo fundamento seguian esta opinion en los Mayorazgos.

82. *Doctor intelligendus est secundum legem, quam allegat* dixo Dom. Vela. *disert. 13. num. 4.* Farinat. *conf. 96. num. 46.* Con que resolviendo los Señores Adentes, y al mismo modo todos los demás AA. con dicha ley 45. de Toro; en el caso que no viniere esta, no viene su resolucion, antes si lo contrario; y assi, nos ha parecido, y parece, que atendido nuestro caso, resolvió à nuestro favor Dom. Molin. Castell. Add. y los demás, porque todavia no son Mayorazgo estos bienes, sino es que los pide esta parte, para que en teniendolos su hijo, sean Mayorazgo, y hasta entonces no serán: y si vna vez llegaren à serlo, y faltare hijo varon, tunc será quando llegue el caso de la sucesion del Convento: assi porque ya se le cumplió al Testador su voluntad, de que fueren Mayorazgo, como porque muerto el ultimo varon poseedor, passará la possession en el siguiente en grado, que segun la voluntad del Testador, debe suceder, que es el Convento; y militara entonces la comun resolucion de nuestros AA. Regnicolas; pero no oy.

83. Podráse hazer contra esto ultimo vn reparo, y es, que los Señores Adentes en el lugar citado resuelven con otros muchos, que lo mismo se entiende en los Patronatos, Anniversarios, y Capellanias; de que se inferirá, que no solo en los Mayorazgos resolvieron, sino en las demás disposiciones, y que assi nuestro antecedente argumento, no procede bien con su doctrina.

84. La solucion es facil, si atendemos, que nuestras leyes del Rey no han equiparado la sucesion de los Patronatos, Anniversarios, y Fideicomissos perpetuos, con los Mayorazgos, y assi lo dispuesto en estos se entiende tambien en aquellos, *ut ex l. 13. & l. 14. tit. 7. lib. 5. Recop. probat Roxas. de Incompat. part. 8. cap. 9 à num. 2. cum mul-*

sis. Con que como los bienes de este pleyto no ayan llegado à ponerle todavia en estado de ser Mayorazgo, ni Fideicomisso perpetuo, por que para ello es menester nazca el primer llamado, que es el hijo, que esta parte tuviere, *inde est que* no milita, ni aquella resolucion, ni el referido reparo, por la misma causa.

85. Segunda razon, por donde la opinion de los AA. contrarios hazen à nuestro favor en este caso es, porque sin embargo de sus fundamentos, todos limitan su opinion quando consta, que el Fundador quiso lo contrario, *nempè*, que el hijo concebido, y nacido despues de la vacante avocasse en si la sucesion. Ita docet Dom. Olea. *de Cess. iur. tit. 3. quest. 4. num. 2.* Dom. Castell. *dict. lib. 5. cap. 91. num. 42.* Roxas. *de Incompat. dict. part. 5. cap. 2. num. 73 & 74.* Aguil. *ad Roxas. dic. cap. num. 14.* cum Dom. Moñin. Pegas, & alijs.

86. Quando se diga, que el Testador quiso lo contrario, referen muchos, à que se remite el Señor Olea; y especialmente por lo que à nuestro caso toca, vno de los casos en que se dice, que el Testador quiso lo contrario, es, quando llamo à la sucesion al hijo, ò hijos de alguno, el qual al tiempo del llamamiento no tenia hijos, por que es p' u' b' a' de que quiso sucediessen en naciendo, y que en qualquier tiempo que naciessen, sucediessen. Ita docuit Vincentius de Franch. *decis. 169. num. 20.* ibi: *De clara autem voluntate testatoris dicebatur non esse dubitandum quod voluerit etiam non natos nec conceptos tempore advenientis conditionis esse admitendos postquam eo tempore quo testamentum condidit nemo ex filijs filios masculos habebat sed erant tamen in spe procreandi unde ad eos qui in futurum sperabantur eius voluntas tendebat.* Y esta fue vna de las razones que obtuvo aquel Senado para determinar à nuestro favor.

87. Lo mismo insiste Dom. Castell. *dict. lib. 5. cap. 91. num. 31.* & *Præterea.* ibi: *Præterea cessant contraria (adjectis idem Auctor) quando de contraria mente testatoris apparet ut cogitaverit etiam de filijs filiorum nascituris ut hic factum apparet cum tempore testamenti nulli essent nati, alias redderetur inutilis dispositio quo casu non ascenditur ante tempore evenientis conditionis si sunt nati vel concepti quia de enixa voluntate disponentis constat dicta bona debere remanere penes descendentes, & filios filiorum, respectivè durante ipsorum linea masculina; unde quancumque eorum alteri substituto um filiorum filij nascantur, portio patris illis pertinet, quia testator respexit etiam ad futurum.*

88. *Surd. cons. 125. nu. 14.* ibi: *Et quamvis testator hoc casu non fecerit mentionem de nati u' is idem tamen est ac si de eis meminisset;* **QUANDO TEMPORE TESTAMENTI NULLI STABANT,** atque ideo filiorum mentio non poterit aliter intelligi. E mismo Autor *dict. cons. 125. num. 29.* ibi: *Quia ex quo tempore testamenti filij non habebant filios testator censetur vacasse nascituros, aliter enim verificari non poterat testatoris intentio.* De forma, que toda la vez que el Testador llamo especificamente el hijo de alguno à la sucesion en tiempo que no avia tal hijo, se entiende, que quiso clara, y expressamente, que sucediessen en qualquier tiempo que naciessen, excluyendo al que estaba llamado en su defecto, vt docent prædicti AA. & alijs quos ibi referunt.

89. Es así, que el Testador en nuestro caso llamó por primer sucessor de su Mayorazgo al hijo varon, que tuviese Don Pedro de Narvaez y Cardenas su sobrino; cuyo llamamiento hizo en tiempo, que el tal Don Pedro no tenia hijo varon, si solo vna probabilidad de tenerlo, vt patet ex dicta clausula, ibi: *El dicho remaniente, y herencia passe al hijo varon, que tuviere el dicho señor Don Pedro de Narvaez y Cardenas mi sobrino*: Luego precissamente debemos dezir, que estamos en caso de que aunatendida la opinion contraria, debe suceder el hijo que esta parte tuviere, como hijo de Don Pedro de Cardenas, por aver clara voluntad de el Testador, de que suceda *quocumque tempore nazca*.

90. Mas claro, y terminante es lugar del Señor Castill. *dict. cap. 91. num. 42. §. Sic etiam vocato*. Donde aviendo ido poniendo la diferencia de llamar los hijos de alguno generica, ó expecificamente dize aqui, ibi: *In fideicommissis namque, & in hereditatibus nascituri censentur expresse vocati, quando fit mentio de filiis, & nulli stant tempore testamenti, quia filiorum mentio non potest aliter intelligi, quam de futuris, nec ad alium finem facta censerit potest, quam vt nascituri simul cum natis admittantur, & portionem suam abocet*. docet etiam Aquil. ad Roxas. *part. 5. cap. 2. à num. 15. vsque ad 17*. En cuya limitacion, y doctrina dize el Señor Castillo, que convienen generalmente todos, ibi: *dict. num. 42. In quo conveniunt unanimiter omnes interpretes supra commemorati suo ordine*. De que inferimos, que el hijo varon, que esta parte tuviere abocará en si, luego que nazca estos bienes, vt dixit Dom. Castill. ibi: *Admittantur, & portionem suam abocent*.

91. Otra de las limitaciones, que se ponen por los AA. de la opinion contraria es, quando el substituto está llamado à la sucession baxo de condicion negativa, que en tal caso, aunque al tiempo de la vacante no aya concebido se varon de la linea instituida, si se concibiere, y naciere despues, sucederá, y abocará en si la sucession, quitando los bienes al que los obtuvo al tiempo de la vacante, por no aver el sido concebido, ni nacido.

92. Ita docet Roxas. *de Incompatib. part. 5. cap. 2. num. 76*. cum Fuffar. y otros de la opinion contraria; cuyo lugar por notable no podemos omitir, ibi: *Secundo, quando substitutus vocatus sit sub conditione negativa veluti. Si Catharina non hebuerit filium masculum, succedat Petrus, & eius descendentes: nam licet tempore vacantis non sit in rerum natura aliquis filius Catharinæ, sed filius solum Petri; si postea natus sit masculus ex Catharina avocavit sibi sucessionem à filio Petri, quia non fuit locus substituto irrevocabiliter dum erat spes vt nasceretur filius masculus ex Catharina*. y lo mismo enleña Aguil. cum alijs. sobre este mismo lugar.

93. Es así. que aqui está substituido el Convento al hijo varon de Don Pedro de Narvaez y Cardenas baxo de vna condicion negativa, vt probavimus à num. 52. vsque ad 54. Luego aun atendida la doctrina, y opinion contraria; estamos en caso que debe el hijo de esta parte suceder.

94. Et ulterius le prueba, que el Convento está llamado *sub conditione negativa* del contexto, y clausula de esta fundacion, ibi: *Yfaltando varon, porque no han de suceder hembras, passe al Convento,*
y Re.

y Religiosos de Carmelitas Descalços de esta Ciudad. De forma, que segun este contexto, *tunc* quiere el Fundador, que suceda el Convento, quando falte hijo varon de Don Pedro de Narvaez y Cardenas. Es assi que en naciendo hijo varon de esta parte no se podrá dezir, que falta hijo varon de dicho Don Pedro, sino es que verdaderamente lo ay, como à baxo probarémos: luego es verdadera condicion negativa, que la haze aquella palabra: *Faltando*. Y assi, quando no falte, no podrá suceder el Convento, como que no se verifica la condicion de que falta.

95. Estos motivos hasta aqui dichos han parecido al Abogado de esta parte hazen su pretension (que à algunos ha parecido dura, ò por no averla estudiado exprofesso, ò porque las contingencias de estos casos no son tan frequentes, como las demás de los pleytos, que cada dia *præ manibus habentur*) notoriamente justa assi atendida la primera, como la segunda opinion, y que ya se quiera regular el juicio por la vna, ò por la otra; debe suceder el hijo de Don Pedro de Cardenas Narvaez, si vè naciera antes de la vacante, ò despues.

96. Y porque no parezca, que en la juridica disposicion no ay otros casos en que el concebido, y nacido despues de la vacante aboque en si la sucecion de bienes, quitandola al que los obtuvo por no aver nacido; no omitimos el referir algunos, que hagan por argumento mas suave nuestra pretension.

97. El feudo tomado *pro se, & liberis masculis*, y en su defecto para las hembras, si por falta de varon sucedió hembra, y despues que esta poseia se concibió, y nació varon, adquiere este la posesion, y sucecion de los bienes, abocandola, assi de la hembra, que por su defecto la avia adquirido, vt probatur ex Gloss. & text. in cap: *unic. de eo. qui sivi, & heredib. suis. lib. 2. Feudor. docet Dom. Molin. de Primogen. lib. 3. cap. 10. num. 25. Surd. decis. 230. num. 11. & per tot. & plurimi alij.*

98. El emphiteusis tomado *pro se, & filijs*; si el que lo tomó dexó al tiempo de su muerte vn hijo, el qual no quiso suceder en el emphiteusis; por cuya causa el dueño lo dió à otro tercero; y despues aquel hijo que lo renunció tuvo, y concibió hijo: puede este nieto en naciendo abocar en si la sucecion del emphiteusis, del tercero que lo posee, sin embargo de que al tiempo de la vacante causada por la renuncia de su padre no estaba concebido; ita docet Anton. Gom. tom. 1. *Variar. cap. 1. num. 11. y Tertio limita, & intellige.* & ibi Ayll. cum Valalc. Cardin. Mantie. Matienz. & alijs Surd. *conf. 230 per tot am.* Donde en aquel consejo en otro pleyto se determinó assi.

99. En el fideicomisso fundado por el abuelo, quando el hijo lo renvnció, y despues tuvo, y concibió hijo, nieto, ó descendiente suyo; puede este abocar en si la sucecion en la misma forma; vt docet Anton. Gom. *dict. cap. & num. y Quinto notabiliter limita.* Y otros casos á este tenor refiere en la question; que viene tratando desde el num. 8: & Ayll. *illic cum multis.* De cuyos casos arguimos no ser especial en la presente materia, y circunstancias de este caso nuestra pretension.

100. En cuya fee, y porque es tambien pedir, que qualquiera de los Conventos, à quien por aora le diere la posesion de estos bienes, deba dar la fiança de restituirlos: no omitimos el que esta pretension es juridica; vt in casu quæstionis nostræ docet Roxas de *Incompar. dict.*

dict part. 5. cap. 2. num. 71. donde pone la sentencia, como se debe pronunciar en este caso. ibi: *Con que el dicho Don Pedro de caucion y fiança de restituir los bienes de dicho Mayorazgo al hijo, ò descendiente que acaso se naciere, &c.* docet etiam Dom. Castell. dict. lib. 5. cap. 91. num. 11. y. *Præterea. & num. 42.* Pat. Molin. de *Iustit. & Jur. tract. 2. tom. 3. disp. 611. num. 3. y. Ex hætenus dictis.* Et communiter de materia agentes. Cuya caucion en este caso llaman Muciana, ex *L. Mucianæ cautiones. 7. ff. de Condit. & Demonstr. l. 6. tit. 4. part. 6.*

101. Cuya fiança procede, no tolo por razon de dicha disposicion, y condicion negativa, sino es porque aviendo de gozar el Convento con la qualidad de interin, y para restituir al hijo varon, que esta parte tuviere, es como vn usufructuario, en quien no es controvertible, la debe dar, ex *l. 1. & tot. tit. ff. de Usufruct. & quemadm.*

PARTE TERCERA.

102. **D**Os argumentos se han hecho por los Abogados contrarios contra la pretension de esta parte; y aunque vno, y otro son en buena Jurisprudencia debiles, procuramos sin embargo no omitir su facil solucion. El primero es dezir, que el Testador en su disposicion llamó por primer sucesor à estos bienes, para que fuesen Mayorazgo, al hijo varon, que tuviere Don Pedro Narvaez y Cardenas su sobrino; y que el que naciere de esta parte no será hijo de dicho Don Pedro, sino nieto, y que este no se comprehende rigorosamente baxo de la palabra hijo, ex Dom. Castell. lib. 5. *Controv. cap. 66. num. 29.* motivo porque dize, que aunque todo lo hasta aqui dicho fuesse cierto, no podrá militar en el hijo que esta parte tuviere.

103. A que respondemos lo primero, que la palabra: Hijo, comprehende verdadera, y realmente en qualquier disposicion de Mayorazgo, Fideicomisso, ò sucesion al nieto, viznieto, y demás descendientes, vt probat expressus text. in *L. Iusta. 201. ff. de Regul. iur.* ibi: *Iusta interpretatione recipiendum est, vt appellatione filij, ita, & nepos videatur comprehendã.* Et ex alijs textibus probat Roxas. de *Incompat. part. 8. cap. 8. num. 9. & 13.* Dom. Valenz. *cons. 97. num. 205.* Dom. Larr. *de cons. 34. num. 30.* Cevall. *Comm. contra Comm. quest. 694. vbi num. 3.* hanc veriore[m] vocat Dom. Covarr. lib. 2. *Variar. cap. 8. num. 2.* donde no solo *incivilibus, sed in criminalibus, & odiosis* dize, que la palabra: Hijo, comprehende verdaderamente al nieto.

104. Cuya doctrina por comun, y practicada haze, que en el llamamiento, en que nuestro Fundador dize: Suceda el hijo varon, que tuviere Don Pedro de Narvaez y Cardenas su sobrino, se entiende verdaderamente comprehendido el nieto, y que al modo que si viviera dicho Don Pedro de Narvaez, y tuviera hijo varon sucediera; ita consimiliter en el hijo varon, que tuviere esta parte, nieto de dicho Don Pedro, como comprehendido en la palabra: Hijo.

105. Lo segundo dezimos: Que aunque confessáramos que la palabra: Hijo, no comprehendia rigorosamente al nieto, *attamen ex communi usu loquendi*, lo comprehende en muchos casos, atenta la opinion del Señor Castillo, y otros: vno de ellos es, quando están

llamados en la disposicion los hijos, que tuvierē alguno, siendo hecho el llamamiento en tiempo que no los tenia, ita docet Avend. in l. 40. Taur. gloss. 10 num. 5. ibi: *Quia quando testator providet descendentiæ ignotæ, filium maiorem in posterum nasciturum, qui & eidem testanti incognitus est, in futurum, & incertum eventum substituendum, ut in primogeniorum substitutionibus observatum vidimus; ex ea filiorum vocatione, etiam nepotes, aut pro nepotes, atque in infinitum eo nomine, & successivè vocati intelliguntur.*

106. Cevall. Comm. contra Comm. dict. quest. 694. num. 4. ibi. *Præcipuè, si tempore dispositionis neque filius, neque nepos erant procreati.* Dom. Castill. dict. lib. 5. cap. 66. num. 38. ex Mantic. & alijs. Es assi, que aqui está llamado à la sucesion de estos bienes, para que los goze como Mayorazgo el hijo varon, que tuviesse dicho Don Pedro; cuyo llamamiento se hizo en tiempo que ni hijo, ni nieto tenia: luego comprehende este llamamiento al nieto, y hijo que esta parte tuviere: y generalmente convienen aun los de la opinion contraria, que toda la disposicion favorable la palabra: Hijo, comprehende verdaderamente al nieto: y solo en las cosas odiosas es donde niegan el que le comprehende.

107. Y el mismo Señor Castill. dict. cap. 66. num. 58. pregunta, *utrum*, llamando en la disposicion al hijo se comprehende al nieto, quando se trata de excluir de la sucesion à un Monasterio, y se remite à Camill Borel. conf. 33. el qual prueba à num. 101. que en este caso la palabra: Hijo, comprehende al nieto, y excluye de la sucesion al Monasterio: prueba de que en la misma conformidad el hijo, que esta parte tuviere, nieto de dicho Don Pedro, está comprehendido en aquella palabra: Hijo, de la disposicion, y que excluirá de la sucesion al Convento que se le opondre.

108. Y en terminos de hijo de hembra, quando está llamado en la disposicion el hijo de alguno, si tuviere hijo de hija, está comprehendido este nieto baxo de la palabra: Hijo, y excluye de la sucesion al substituto, vt docet Dom. Larr. decis. 34. num. 51. Dom. Valenz. conf. 97. num. 56. Dom. Castill. tom. 6. Controv. cap. 132. num. 5. & 6. & S. univ. eiusdem capituli, num. 2. donde dize, que llamado à la sucesion el hijo varon de alguno, se entiende llamado, y comprehende al nieto, hijo de la hija.

109. Ultimamente probamos, que en nuestra fundacion el Testador entendió baxo de aquella palabra: Hijo, al nieto; y que assi se debe entender fuera de toda controversia: porque el Testador vió en su fundacion, y clausulas en dos llamamientos de la palabra: Hijo: Vna, quando habla de los de su hijo Don Pedro, y dize, ibi: *T con condicion assimismo, que si dicho Don Pedro de Narvaez mi hijo, muriere sin hijos, &c.* Y otra, quando dize, ibi: *Passe al hijo varon, que tuviere el dicho señor Don Pedro de Narvaez y Cardenas mi sobrino.*

110. Y por Derecho, es cierto, que quando en alguna clausula, ó disposicion ay alguna palabra equívoca, que puede hazer à dos sentidos, y se halla puesta en dos partes, y en la vna es clara la inteligencia que le dió el Testador; y en la otra parte donde la pone está dudosa, se debe entender en esta en el mismo significado, que se debe entender en la otra, vt probat Dom. Castill. lib. 4. Controv. cap. 9. num. 59. Guertier. conf. 30. num. 2. Cancer. Variar. resolut. part. 1. cap. 1. num. 98.

Nunc

111. Nuncigitur : en la primer disposicion de sus bienes, quando dize, ibi: *Si dicho Don Pedro de Narvaez mi hijo, muriere sin hijos.* No es en Derecho controvertible, que alli la palabra: Hijos, comprehende rigorosamente à los nietos, viznietos, y demás descendientes; de tal suerte, que si quando murió dicho Don Pedro, hijo del Testador, no huviera dexado hijos, sino nietos, ò viznietos, sucedieran estos en los bienes, por ser el caso expreso de la *l. Cum accutissimi. C. de Fideicomm. & l. Cum avus. ff. de Condit & Demonstr.* Con que siendo aqui la inteligencia de aquella palabra: Hijos, clara, è indubitada: en la misma conformidad se debe entender la palabra: Hijo, en el segundo llamamiento, quando dize: *Passe al hijo varon, que tuviere el dicho señor Don Pedro de Narvaez y Cardenas mi sobrino.*

112. De forma, que assi como alli la palabra: *HIJOS*, comprehende, y llama à la sucesion à los nietos, y demás descendientes; de la misma suerte en nuestro caso está comprehendido el nieto, hijo de esta parte; y lo mismo q̄ se debiera executar con el hijo de Don Pedro, padre de esta parte, se debe executar con su nieto, que es conferirle la sucesion *quocumque tempore nascatur*, sin que aya mas diferencia de la inteligencia de vna palabra à otra, que la misma que le dió el Testador; y es, que en la primera palabra: *HIJOS*, están comprehendidos los varones y hembras; pero en la segunda solo los varones, porque assi lo quiso, y dió esta diferencia el Testador, ibi: *Passe al hijo varon, &c.*

113. A que se llega, que el Testador, que amó à los hijos de alguno, se presume amó por la misma razon à sus nietos, y descendientes con igualdad, vt docet Menoch. *lib. 4. presumpt. 18. num. 8.* Ceval. *Comm. contr. Comm. quest. 694. num. 4.* Mier. *de Maiorat. part. 2. quest. 6. num. 56.* de que juitamente inferimos, que assi como quiso sucediella aquel hijo varon de Don Pedro, y se le confiriessse esta sucesion en naciendo; lo mismo se presume por Derecho quiso en el nieto, y para apartarse de esta presumpcion, que es de ley, era menester huviesse vna prueba clara, que lo contrario acreditasse, que no aviendola, como no la ay, haze mas firme nuestra pretension.

114. Segundo argumento, que contra esta parte se haze, es dezir, que aunque tuviera oy, y al tiempo de esta vacante nacido hijo varon, no podia suceder en estos bienes; à causa de que segun la disposicion del Fundador quiso, que este fuesse Mayorazgo de rigorosa agnacion; porque quando el Fundador excluye de la sucesion à las hembras, se entiende ser el Mayorazgo de rigorosa agnacion, ex Dom. Molin. *de Primog. lib. 3. cap. 5. nu. 9. & 25.* Anton. Gom. *in l. 40. Taur. nu. 61.*

115. A esto se satisface, lo primero, que esta doctrina procede quando son repetidos los llamamientos de varones agnados, ò añadidas las palabras, y repeticion de *VARON EN VARON*, y assi lo entienden al Señor Molina los AA. *in dict. num. 25.* ibi: *Masculorum vocatione pluries repetita.* Dom. Castell. *tom. 6. Controv. cap. 133. num. 1.* ibi: *Ex repetita masculorum vocatione. & num. 10.* Dom. Larr. *decis. 34. num. 1. & 43.* Dom. Vela. *disert. 49. num. 6.*

116. Mas quando fueron llamados simpliciter los hijos varones de alguno sin dicha repeticion; entonces no es dudable, ni controvertible, que deben suceder los varones de hembras, vt docet Dom. Larr. *decis. 34. num. 17. in princ.* Mier. *de Maiorat. part. 2. quest. 6. num. 58.*

Immó,

Immó, si en este caso se quisiera considerar tal repetición, fuera odioso, y no se debe admitir, vt docet Dom. Valenz. *conf. 97. num. 151. & num. 176.* cum Dom. Gregor. Lop. Joan. Garc. Burg. de Paz, & alijs.

117. Lo segundo, porque aunque estuvieramos en caso de que habló la doctrina del Señor Molin. *nempe*, quando son repetidos los llamamientos de varon en varon; *attamen* es la comunissima opinión, que no se entienden excluidos los varones de hembras, antes si deben suceder, vt docent plurimi relati Add. *dict. lib. 3. cap. 4. num. 25. & ultra* ibi relatos, Dom. Valenz. *conf. 97. à num. 128.* Dom. Vela. *disert. 49. num. 5. & seqq.* Dom. Castill. *tom. 6. cap. 129. à num. 47. & cap. 113. §. vnic. num. 4.* Dom. Larr. *dict. decis. 34. num. 22 & per totam.* donde refiere la decisión de este Tribunal por esta parte. Y al *num. 21.* pone muchas decisiones de otros Reynos, y lo mismo Dom. Castill. *dict. §. vnic. num. 4.* donde refieren averse siempre juzgado por esta opinión.

118. Y es vna de las razones el que el Mayorazgo no se presume de rigorosa agnación, sino que el Testador expressamente lo diga, o indicios evidentes lo declaren, docet Dom. Larr. *decis. 34. num. 19 & 29. & 43.* Dom. Valenz. *conf. 97. num. 58.* Dom. Castill. *dict. cap. 129. num. 6.* Alvar de *Conject. ment. defunct. lib. 2. cap. 3. §. 4. nu. 4.* Giur. *decis. 32. nu. 11. pene in fine.* Esto, à causa de que el hazer Mayorazgo de rigorosa agnación es odioso, por apartarse, como se aparta el Fundador de las reglas generales de la sucesión regular, prevenida por Derecho; y como en duda se aya de presumir, que el Testador dispuso conforme à dichas reglas, o que menos se aparta de ellas; *inde est*, que para que se discorra ser de rigorosa agnación es menester vna clara, y expresa voluntad, y alias se presume lo menos rigoroso que se puede.

119. Lo segundo, porque quando el Fundador llama à la sucesión hijo varon de alguno, está comprehendido en esta palabra de *hijo varon* el hijo de la hija por propria significación, como diximos arriba, Dom. Larr. *decis. 34. num. 17. 18. & 44.* Dom. Castill. *lib. 5. cap. 132. §. vnic. ex num. 2.* Dom. Valenz. *conf. 97. num. 56.* Y como sea principio cierto, que no nos podemos apartar del verdadero significado de las palabras, mientras no nos constare, que el Testador quiso lo contrario, ex *l. Non aliter. 67. ff. de Legat. 3. l. 5. tit. 33. part. 7.*

120. De ay es, que precisa à dezir, que la mente de nuestro Fundador solo fue de hazer Mayorazgo de pura, y nuda masculinidad, por comprehenderse en el llamamiento de varon el varon de hembra, como el varon de varon; motivo este, como los hasta aqui referidos, por que no se puede excluir de esta sucesión, que es de masculinidad, al hijo varon, que esta parte tuviere: y que por configuiente, interin que nace, para que estos bienes sean de Mayorazgo, como lo quiso el Testador, se determine en la forma que tiene pedido, que assi lo espera esta parte. Salva in omnibus V. D. C.

Lic. D. Joseph Manuel
de Roxas.