

Ca 272 no 24

ALEGACION EN DERECHO

EN DEFENSA

DEL EXCELENTISIMO SEÑOR DON MARIANO TELLEZ GIRON,
Duque de Osuna y del Infantado, Conde-Duque de Benavente, etc., etc.

EN EL PLEITO QUE SIGUE

EN LA REAL AUDIENCIA DE MADRID EN GRADO DE APELACION,

CON

D. FERNANDO DE ESPINOSA FERNANDEZ DE CORDOBA,

Conde del Aguila, Marques de Nevarres y de Monforte, vecino de la ciudad
de Sevilla,

Y

DON JUAN DE NARVAEZ,

Marques de la Vega de Santa Maria, vecino de Antequera,

SOBRE LA PROPIEDAD

DE LOS ESTADOS DE ARCOS Y DE BAILEN, SUS UNIDOS Y AGREGADOS.



MADRID. — 1830.



ALEGACION EN DERECHO

EN DEFENSA

DEL EXCMO. SR. D. MARIANO TELLEZ GIRON (NUM. 90),
DUQUE DE OSUNA Y DEL INFANTADO, CONDE-DUQUE DE BENAVENTE, ETC., ETC.

EN EL PLEITO

que sigue en la Real Audiencia de Madrid en grado de apelacion.

CON

DON FERNANDO DE ESPINOSA FERNANDEZ DE CORDOBA (NUM. 84),

Conde del Aguila, Marques de Trevares y de Montforte, vecino de la ciudad de Sevilla;
y D. Juan de Trevarez, (letra A), Marques de la Vega de Santa Maria,
vecino de Antequera.

SOBRE

LA PROPIEDAD DE LOS ESTADOS DE ARCOS Y DE BAILEN, SUS UNIDOS Y AGREGADOS.



Madrid.

Imprenta de la Compañía General de Impresores y Libreros del Reino.

1850.

ALFACACION EN DERECHO

EN DERECHO

DEL EXCMO. SR. D. MARIANO TELLEZ GIRON (NUM. 90),
DUQUE DE OSUNA Y DEL INFANTADO, CONDE-DUQUE DE BENVENITE, ETC., ETC.

DE LA LEY

que sigue en la Real Audiencia de Madrid en grado de apelacion.

con

DON FERNANDO DE ESPINOSA FERNANDEZ DE CORDOBA (NUM. 84).

Entre el Espinosa, el Sr. D. Juan de Torres, (letrado de la Corona de Castilla) y el Sr. D. Juan de Torres, (letrado de la Corona de Castilla) como de apelacion.

SOBRE

LA PROPIEDAD DE LOS ESTADOS DE ARCO Y DE BALLEA, SES ENJOS Y AGRICULTORES.



Madrid

Imprenta de la Compañía General de Impresores y Libreros del Reino.

1820

IDEA SUCINTA DEL NEGOCIO.

En el juicio de tenuta, que venia á ser un juicio misto de posesorio plenario y petitorio, eran rarísimas las sentencias que se reformaban por las del juicio de propiedad.

Escriche, Dictionario razonado de jurisprudencia y legislacion, palab. TENUTA.

Núm. 1. **D**os son las demandas que se han promovido contra el Duque de Osuna; la del Marques de la Vega de Santa María (letra A), que pide la propiedad del Condado de Bailen, y la del Conde del Aguila (núm. 84), que pide la del Condado de Bailen y la del Ducado de Arcos.

2. Los dos Estados litigiosos traen origen de **D. Pedro Ponce de Leon** (núm. 1), Señor de Marchena, que en su testamento otorgado en Sevilla á 7 de Diciembre de 1374, mandó por via de Mayorazgo ciertos bienes á su hijo **D. Pedro Ponce de Leon** (núm. 2), primer Conde de Arcos: el cual fundó tambien Mayorazgo, haciendo llamamientos, por su testamento otorgado en Marchena á 9 de enero de 1498; habiéndolo poseido, despues de su muerte, su hijo primogénito **D. Juan Ponce de Leon** (núm. 5), segundo Conde de Arcos, que del propio modo fundó Mayorazgo, con llamamientos, por su testamento de 10 de setiembre de 1469. No dejó el Conde **D. Juan** hijos de su primera muger **Doña Leonor de Guzman** (núm. 4); pero sí hubo muchos en la segunda **Doña Leonor Nuñez** (núm. 6), entre otros á **D. Pedro** (núm. 9), adulterino, y á **D. Rodrigo** y **D. Manuel**, legítimos (números 11 y 13).

3. **D. Rodrigo** (núm. 11), poseedor del Mayorazgo de su padre y abuelos, como hijo mayor legítimo del Conde **D. Juan**, fundó por su testamento, otorgado en Sevilla á 15 de agosto de 1492, hasta tres Mayorazgos, á cuyo goce llamó á su nieto **D. Rodrigo Ponce de Leon** (núm. 24), hijo de **Doña Francisca** (núm. 19), hija natural legitimada de **D. Rodrigo** (núm. 11), habiendo obtenido para todo esto autorizacion por varias Reales Cédulas de los Señores Reyes Católicos **D. Fernando** y **Doña Isabel**.

4. Por muerte del **D. Rodrigo** (núm. 11), promovió pleito en la Chancillería de Granada á **Doña Francisca** (núm. 19), como madre y administradora de **D. Rodrigo** (número 24), **D. Manuel** (núm. 13), que continuaron **D. Rodrigo** (núm. 21) y **D. Rodrigo** (núm. 24). Este es el pleito que terminó la célebre transaccion y sentencia arbitral del Señor Emperador **D. Carlos V**, pronunciada en 19 de diciembre de 1522, por la cual se

dió el Condado de Bailen á D. Rodrigo (núm. 21), y el Ducado de Arcos al otro D. Rodrigo (núm. 24).

5. Por muerte de D. Rodrigo (núm. 21), primer Conde de Bailen, sucedió en este Condado su hijo primogénito D. Manuel Ponce de Leon (letra B), y por fallecimiento de este su hijo D. Rodrigo Ponce de Leon, (letra G), que testó en Oran en 29 de setiembre de 1582, y falleció en 1584, pasando el Condado á su primo D. Pedro Ponce de Leon (letra H), hijo de D. Juan Ponce de Leon (letra C), y nieto del primer Conde de Bailen D. Rodrigo (núm. 21).

6. En vida aun del D. Rodrigo (letra G), penúltimo poseedor de este Condado, y con mayor razon por su muerte y por la del último poseedor, D. Pedro (letra H), se promovieron varios pleitos entre Doña Catalina Ponce de Leon (letra I), hija natural de D. Rodrigo (letra G), representado por su marido D. Diego de Cárdenas, Doña María Manuela de Alencastre (letra H), viuda del último poseedor, D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 32), poseedor del ducado de Arcos, y otros, sobre la tenuta y posesion del Condado de Bailen; siendo de dichos pleitos el último el que terminó por sentencia ejecutoriada en 21 de julio de 1625, que declaró la tenuta del Estado litigioso en favor del duque de Arcos D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 32).

7. Incorporados en uno, desde esta fecha, los dos Mayorazgos de Arcos y de Bailen, los han poseido constantemente hasta el día los ascendientes del Duque de Osuna, D. Luis (núm. 35), D. Rodrigo, (núm. 38), D. Manuel (núm. 41), D. Joaquin (núm. 47), y D. Antonio Ponce de Leon (núm. 54), Duque de Arcos y Conde de Bailen, último poseedor, que murió en 13 de diciembre de 1780.

8. Esta vacante produjo el pleito posesorio que ha fallado el Tribunal Supremo de Justicia en 1837 en favor del Duque de Osuna, D. Pedro Alcántara Tellez Giron, hermano de D. Mariano Tellez Giron (núm. 90), Duque actual del mismo título. Litigaron en él, entre otros, D. Pedro Alcántara Tellez Giron (núm. 73) como marido de Doña María Josefa Alfonso Pimentel (núm. 74), Marquesa de Peñafiel y Condesa-Duquesa de Benavente, y D. Juan Fernando de Narvaez Ponce de Leon (núm. 49), Marques de la Vega de Santa María, y D. Ignacio Auñon (núm. 64), Marques de Nevares, como marido de Doña Rafaela Ortiz de Zúñiga (núm. 65), Marquesa de Monforte, Condesa de Lebrija.

9. Hubo en este pleito, como habia en casi todos los de su clase, artículo, ó sea pleito prévio de administracion, que se sustanció por todos sus trámites, formándose é imprimiéndose Memorial ajustado, y fue sentenciado por el Consejo en 29 de agosto de 1782, encargándose la administracion de los bienes, rentas, derechos y efectos del Ducado de Arcos y Condado de Bailen, sus unidos, agregados y en cualquiera manera incorporados, á D. Pedro Alcántara Tellez Giron (núm. 73), como marido de Doña Josefa Alfonso Pimentel (núm. 74), libremente y sin fianza alguna (1), y se recibió el pleito á prueba por los ochenta dias de la ley.

10. Sufrió despues varias interrupciones, hasta que lo agitó en 1836 el Duque de Osuna (núm. 89), que se habia personado por fallecimiento de su abuela Doña María Josefa

(1) Memorial, núm. 44.

Pimentel, continuándolo con el Conde del Aguila y el Marqués de la Vega de Santa María, únicos que quedaron de todos los que lo habian promovido.

11. El Conde del Aguila (núm. 84), fundándose en el supuesto hecho de no haber dejado el Conde D. Juan Ponce de Leon (núm. 5) hijos legítimos, y de no haberlo sido por consiguiente D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13), ostentaba derecho á los Mayorazgos litigiosos, queriendo derivarlo de D. Lope Ponce de Leon (núm. 7) y todos sus descendientes.

12. El Marques de la Vega de Santa María (letra A) pretendia derivar su derecho de D. Manuel Ponce de Leon (núm. 13), no por la línea de D. Manuel (letra B), D. Rodrigo (letra G), y Doña Catalina (letra I); no tampoco por la de D. Juan (letra C), hijo del D. Rodrigo (núm. 21), y de D. Pedro (letra H), sino por la de Doña Mayor Ponce de Leon (núm. 22), hija natural, no legitimada, de D. Manuel (núm. 13): sosteniendo para ello que en la sentencia imperial de 1522, de la cual pretende derivar este litigante todo su derecho, tienen llamamiento, en falta de los legítimos, los naturales.

13. El Duque de Osuna, por el contrario, contradiciendo y negando los fundamentos del uno y del otro demandante, se presentaba, y se presenta hoy con mucha mas razon, como descendiente legitimo y directo de los cuatro fundadores, D. Pedro (núm. 1), Don Pedro (núm. 2), D. Juan (núm. 5), y D. Rodrigo (núm. 11), de Doña Francisca (número 19), casada con D. Luis (núm. 20), hijo del otro D. Luis (núm. 8), de D. Rodrigo (número 24), y todos los demas por línea recta, hasta el (núm. 89) que tenia en el árbol Don Pedro Alcántara, hasta el 91 que tiene en la actualidad su hermano el Duque del mismo título, D. Mariano Tellez Giron.

14. El pleito siguió por sus trámites regulares; se cotejó el apuntamiento con asistencia de los tres letrados defensores de las partes, que fue impreso á instancia del primero; se escribió, previa licencia, en derecho, corriendo hoy con los autos actuales de propiedad en borrador aquellas alegaciones; y en 26 de agosto de 1837 pronunció sentencia el Tribunal Supremo de Justicia (1), declarando que el remedio de las leyes de Toro, Partidas y sus declaratorias, intentado por D. Pedro Alcántara Tellez Giron (número 73), como marido de Doña María Josefa Alfonso Pimentel (núm. 74), hubo y ha lugar á los referidos Estados y Mayorazgos de Arcos y de Bailen, con todos sus unidos y agregados, y en cualquiera modo incorporados; y que se habia en su consecuencia trasferido por ministerio de la ley la posesion civil y natural de ellos, por la muerte sin sucesion de D. Antonio Ponce de Leon (núm. 54), á la misma Doña María Josefa, y por fallecimiento de esta en 1834 haberse transmitido á su nieto primogénito D. Pedro Alcántara Tellez Giron (núm. 89), Duque de Osuna, Conde Duque de Benavente, á quien se mandó dar la posesion real, actual, corporal de todos sus bienes y efectos, con los frutos y rentas que hubieren producido desde la muerte del último poseedor: y en cuanto á la propiedad se remitió al Tribunal ó Juzgado competente, donde las partes siguieran su justicia como les correspondiese.

15. Ejecutoriado así el pleito posesorio, el Marques de la Vega de Santa María pro-

(1) Memorial, núm. 43.

puso demanda en uno de los Juzgados de primera instancia de esta Corte, contra el Duque de Osuna, pidiendo en ella que se declarase á su tiempo corresponderle la propiedad del Condado de Bailen, sus unidos y agregados, ó de cualquier modo incorporados, condenándose al Duque de Osuna (núm. 89) á que le dejase á su libre disposición con los frutos percibidos y que percibiese (1); de cuya demanda se confirió traslado con emplazamiento al Duque de Osuna, y se mandó dirigir suplicatoria al Tribunal Supremo de Justicia, para que remitiese, como en efecto remitió, los autos sobre posesion que forman parte y antecedentes de los actuales de propiedad.

16. El Conde del Aguila propuso tambien demanda en uno de los Juzgados de primera instancia de la Ciudad de Sevilla, pidiendo que se declarase en su favor la propiedad de los Estados de Arcos y de Bailen con los frutos producidos. Esta circunstancia hizo necesaria la competencia que propuso el Duque de Osuna, y fue decidida en favor del Juzgado de Madrid. Los autos siguieron sus trámites, sin haberse personado el Conde del Aguila desde la decision de la competencia hasta despues de la publicacion de probanzas, sin que ninguno de los litigantes haya presentado dato ni documento nuevo de importancia, á escepción del Duque de Osuna que ha producido últimamente alguno muy favorable para él, habiéndose por ello ventilado en este juicio petitorio las mismas cuestiones que se ventilaron en el posesorio; y concluso legítimamente, pronunció en ellos sentencia definitiva el Sr. D. Juan Chinchilla, juez de primera instancia, en 17 de noviembre de 1845, declarando que el Ducado de Arcos corresponde en propiedad á D. Mariano Tellez Giron (núm. 90), Duque de Osuna, y el Condado de Bailen á D. Juan Bernardo Narvaez (letra A), Marques de la Vega de Santa María, y mandando que el primero deje libre y á disposicion del Marques de la Vega el Condado de Bailen, sus unidos y agregados con las rentas producidas desde la contestacion de la demanda.

17. De esta sentencia se alzaron en tiempo el Conde del Aguila y el Duque de Osuna, para ante este Tribunal Superior, en donde se ha seguido la instancia por sus trámites regulares, habiéndose concedido, á solicitud del Duque, licencia á las partes para escribir en derecho.

18. Esta ligera reseña de los antecedentes del pleito es bastante para dar á conocer su fisonomía, y para que la Sala pueda, con la ilustracion que le es propia, apreciar y calificar las cuestiones que á nombre del Duque de Osuna nos proponemos someter á su superior decision.

19. Descúbrese ya en las indicaciones hechas, que el Conde del Aguila (núm. 84), descendiente que dice ser de D. Lope (núm. 7), y como tal perteneciente á una línea que nunca ha poseido, quiere la propiedad de unos Mayorazgos fundados, en el todo ó en parte, muy cerca de 500 años há; y que el Marques de la Vega de Santa María (letra A) que pertenece, ó dice pertenecer, á una línea, la de Doña Mayor (núm. 22), que tampoco ha poseido, aspira á la propiedad de un Mayorazgo, el Condado de Bailen, no poseido desde 1625 por ninguna de las líneas de D. Manuel (núm. 13), de quien deriva aquel su derecho, ó no lo deriva de nadie. Litigan, pues, el Conde del Aguila con-

(1) Memorial, núm. 43.

tra 476 años, y el Marques de la Vega de Santa María contra 225 años de posesion, de posesion basada en llamamiento de los fundadores, en sentencias ejecutoriadas, y en otros títulos no menos robustos y poderosos.

20. Conócese, por tanto, sin grande esfuerzo, que serán muchas y de muy diferente clase y naturaleza las razones que habrá de oponer el Duque de Osuna á la una y la otra demanda, y las escepciones que tienen contra sí las demandas del Conde del Aguila y del Marques de la Vega de Santa María.

21. Las trataremos con la debida separacion, empezando por la del Marques, que es la que ha estimado la providencia definitiva de la primera instancia. Examinaremos esta demanda y el pretendido derecho del Marques por la transaccion y sentencia imperial, y por las fundaciones anteriores á dicha transaccion y sentencia; y el mismo orden seguiremos en la calificacion del derecho del Duque de Osuna.

22. Bajo el primer concepto se hará ver: primero, el ningun derecho del Marques de la Vega de Santa María á la propiedad del Condado de Bailen, por no tener llamamiento en la transaccion y sentencia imperial; demostrándose luego su falta de filiacion: en segundo lugar se acreditará hasta la evidencia el derecho del Duque de Osuna al mismo Condado, por la voluntad del fundador; por ser pariente mas próximo del fundador; por serlo del último poseedor; por hallarse colocado en la línea de posesion: en tercer lugar examinaremos juntamente el derecho del Marques y del Duque por las fundaciones anteriores á la transaccion y sentencia imperial: en cuarto lugar se espondrán los fundamentos del derecho del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen, aplicables, lo mismo á la transaccion y sentencia imperial, que á las fundaciones anteriores á ella; la cosa juzgada; la prescripcion en general; la prescripcion especial de las leyes de supresion de vinculaciones; por haber ganado la posesion en el último juicio posesorio; por todo lo que hay digno de ser tenido en cuenta en las cuestiones de preferencia en la sucesion de los mayorazgos: tratando en quinto y último lugar de la demanda del Conde del Aguila.

PARTE PRIMERA.

Trátase del pretendido derecho del Marques de la Vega de Santa María y del que realmente asiste al Duque de Osuna, á la propiedad del Condado de Bailen, por la transaccion y sentencia imperial.

CAPITULO PRIMERO.

Exámen y apreciacion del pretendido derecho del Marques de la Vega de Santa Maria á la propiedad del Condado de Bailen, por la transaccion y sentencia imperial.

El Marques de la Vega de Santa Maria y su linea no tienen llamamiento en la transaccion y sentencia imperial, porque no lo tienen los hijos ó descendientes naturales.

23. Para la mejor inteligencia de lo que, en ilustracion de este importante punto, pensamos decir y demostrar asentando para ello varias proposiciones, conviene que la Sala tenga idea y noticia exacta de la transaccion y sentencia imperial, y de la cualidad de Doña Mayor Ponce de Leon (núm. 22), que fue hija natural, no legitimada, de D. Manuel (número 13).

24. Por muerte de D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 11), Duque de Cádiz, ocurrida en 1492, su hermano D. Manuel (núm. 13) movió pleito contra Doña Beatriz Pacheco (número 10) y D. Luis Ponce de Leon (núm. 20), como marido de Doña Francisca (núm. 19), de cuyo pleito consta solo que fue transigido con D. Rodrigo (núm 24), hijo de la Doña Francisca (núm 19).

25. Mas habiendo fallecido D. Manuel (núm. 13), su hijo D. Rodrigo (núm. 21) agitó el pleito en la Chancillería de Granada, con el otro D. Rodrigo (núm. 24), Duque de Arcos. Mientras se seguía, expidió una Real Cedula el Señor Emperador D. Carlos V, en Bruselas, á 29 de setiembre de 1516, dirigida al Presidente y Oidores de la misma Chancillería, en la cual les encargaba que difiriesen la resolucion del pleito de la mejor manera que pudiesen, recomendándoles el secreto (1); apareciendo concebidas en los mismos términos y dirigidas al propio objeto, otras dos cartas: una del Cardenal Gimenez, Gobernador del Reino, y de Adriano, Embajador; y otra del Licenciado Baracaldo, Secretario que se dice ser del mismo Gobernador (2).

(1) Memorial, núm. 83.

(2) Memorial, núm. 84.

26. Estos acontecimientos produjeron sin duda la sentencia de vista que pronunció la Chancillería, condenando á las partes á que en el término de veinte dias comprometiesen su causa en manos y poder de S. M. como juez árbitro, arbitrador y amigable componedor; de la cual, aunque suplicó D. Rodrigo (núm. 24), habiéndose adherido al recurso el otro D. Rodrigo (núm. 21), se separaron luego, y otorgaron escritura de transaccion en 1.º de setiembre de 1522, en la cual acordaron, entre otras cosas, renunciar el D. Rodrigo (número 24) en favor del (núm. 21) el derecho que pudiera corresponderle al Condado de Bailen, y el D. Rodrigo (núm. 21) en favor del (núm. 24) el que así mismo tuviera al Ducado de Arcos. Esta transaccion fue aprobada por S. M. por Real Cédula espedita en Valladolid á 19 de diciembre de 1522, mandando que hubiesen el Ducado de Arcos Don Rodrigo (núm. 24) y sus descendientes, y el Condado de Bailen D. Rodrigo (núm. 21) y los suyos.

27. De esta sentencia imperial y de la transaccion celebrada entre los interesados que aprobó dicha sentencia, es absolutamente preciso que la Sala tenga conocimiento exacto, porque constituyen estos documentos los datos para la resolucion de una de las mas importantes cuestiones que penden entre el Duque de Osuna y el Marques de la Vega de Santa María.

28. Insértase en dicha sentencia imperial una escritura que otorgaron D. Rodrigo, (número 21) y D. Rodrigo (núm. 24) en la Venta de Diego de Toledo, término de la Ciudad de Sevilla, á 1.º de setiembre de 1522. En ella hacen mérito los otorgantes de los antecedentes y estado del pleito que tenian pendiente en la Chancillería de Granada, sobre los Estados de Arcos y Bailen, sus unidos y agregados; dicen que en el mismo dia del otorgamiento de esta escritura habian otorgado otra de transaccion, sobre los Estados litigiosos, y puesto fin al pleito, y consentido la sentencia de vista; y suplican á S. M. una y otra vez que confirme y apruebe y reciba en sí el dicho compromiso, y que anote y pronuncie por sentencia todo lo contenido en la referida escritura de transaccion y capitulacion, mandando que la guardaran y cumplieran los interesados, con cuyo objeto ocurrían á S. M., por tratarse de bienes vinculados prohibidos de enagenar, y que en concepto de vinculados habian de poseer los otorgantes, los cuales suplican de nuevo y repetidamente á S. M., que apruebe todas las cosas contenidas en la referida escritura de capitulacion que presentarian á S. M., pronunciándolo por sentencia, aprobándolo y confirmándolo é interponiendo á ello su Real aprobacion y decreto. (1).

29. Insértase tambien en la referida sentencia imperial la escritura de transaccion que otorgaron los propios D. Rodrigo (núm. 21) y D. Rodrigo (núm. 24,) en la misma Venta de Diego de Toledo, término de la Ciudad de Sevilla, en el susodicho dia 1.º de Setiembre de 1522. En ella hacen de nuevo estensa mencion del pleito que tenian pendiente sobre el Estado de Arcos y Villas de Marchena, Bailen, Rota y demas en la Chancillería de Granada; de la sentencia de vista que habia pronunciado la misma Chancillería; de la súplica que habia interpuesto el D. Rodrigo (núm. 24) y demas antecedentes, y declaran, que por bien de la paz y concordia y por otras muchas razo-

(1) Memorial, núm. 85 y siguientes.

nes que espresan, entre ellas la de saber los otorgantes que seria esto del agrado de S. M., transigen y arreglan sus diferencias y se separan del pleito y consienten la sentencia de vista en la Chancillería, cediendo el Conde D. Rodrigo (núm. 21) al Duque de Arcos D. Rodrigo (núm. 24) la Villa de Arcos, sus unidos y agregados, y el Duque de Arcos (núm. 24) al Conde D. Rodrigo (núm. 21) la Villa de Bailen, sus unidos y agregados, y veinte mil ducados ademas que se obligó á darle dentro de cierto tiempo, todo bajo las cláusulas, condiciones y declaraciones que prolijamente se enumeran, de las cuales conviene que V. E. tenga alguna ligera idea.

30. Declaran, en primer lugar, que tienen por cierto é indudable que S. M. seria servido de darles su Real licencia y facultad para hacer y otorgar esta transaccion é iguala, y que la aprobaria y ratificaria é interpondria á ella y á lo en ella contenido su Real Decreto y autoridad, y lo pronunciaría por sentencia, segun se lo tenían suplicado y lo suplicaban de nuevo.

31. Dicen que ponen y comprometen la causa y pleito en manos y poder de la Católica y Real persona de S. M. el Emperador para que lo determine arbitrariamente, como le pareciere é fuere servido, conforme á la dicha sentencia de la Chancillería, «é suplicamos, añaden, dé é pronuncie por sentencia arbitrariamente todo lo contenido en esta capitulacion é iguala, segun y como é por la manera é forma que de suso se dirá, é mande que aquello se guarde é cumpla é ejecute, so las penas contenidas en la dicha sentencia (la de vista de la Chancillería) é en esta dicha capitulacion.»

32. Por otra cláusula manifiesta el Conde D. Rodrigo (núm. 21), que obtenida que sea la licencia de S. M., se separa de los autos y de lo en ellos actuado, queriendo que quede en su fuerza y vigor la sentencia arbitramento que S. M. diere y pronunciare entre los otorgantes, y esta transaccion é iguala.

33. Por otra cede el Conde D. Rodrigo (núm. 21), al Duque (núm. 24) el Ducado de Arcos, para que lo tenga por via de Mayorazgo él, sus hijos y descendientes, y aquella persona ó personas que hubieren de suceder en dicho Mayorazgo conforme al testamento y disposicion del Duque de Cádiz D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 11).

34. Por otra declaran uno y otro otorgante, que sacados los veinte mil ducados que el Duque (núm. 24) se obligaba á dar al Conde (núm. 21), «todo lo demas sean bienes vinculados por via é titulo de mayorazgo, prohibidos de enagenar é sujetos á restitucion, unidos para estar juntos é no se poder dividir ni apartar, é que por el dicho titulo de mayorazgo, vos el dicho Conde los hayais é tengais en vuestra vida, é despues de vuestros dias vengán á nuestro hijo mayor *legítimo é de legítimo matrimonio nacido*, é en defecto de varon á vuestra hija mayor *legítima: é asi por todos vuestros descendientes é suyos, precediendo siempre el varon á la hembra, y el nieto fijo de hijo mayor al tio fijo segundo, muriendo el fijo mayor en vida de su padre; é en defecto de vuestros descendientes venga el dicho mayorazgo é todos los dichos bienes al pariente mas próximo nuestro é de vuestro descendiente que hobiere el dicho mayorazgo que venga por línea derecha del Conde D. Manuel vuestro padre, é sea descendiente legítimo suyo, é en defecto de descendientes vuestros é del dicho conde vuestro padre, el dicho mayorazgo é los dichos bienes vengán á la persona ó personas*

»que vos declaráredes é señaláredes en vuestro testamento ó fuera de él, quedando todavía juntos é unidos por título de mayorazgo, é obligados al dicho saneamiento.»

35. Con cuyas cláusulas y condiciones y las demas que prolijamente refiere la escritura, declaran por último los otorgantes que hacen la dicha capitulacion, asiento, concordia y transaccion, y que todo lo en ella contenido se habia hecho y hacia por su voluntad y consentimiento, por serles útil y provechoso por las referidas causas y por otras que á ello les movian, «é porque tenemos, dicen, por cierto, é seguro que S. M. será servido de nos dar é otorgar la dicha su Real licencia, é facultad, é consentimiento, é aprobará, é confirmará, é ratificará, é interpondrá á ello é en ello su Real decreto é autoridad, como se lo tenemos suplicado é suplicamos por esta carta nos el dicho Duque é Conde, cada uno de nos por lo que á él toca é por sus fijos é descendientes herederos ó sucesores, etc.; concluyendo la escritura y esta última cláusula con pedir como «pedimos é suplicamos á S. M. el Emperador, Reina é Rey nuestros Señores, segun é como se lo tenemos suplicado que apruebe é confirme esta dicha transaccion é asiento é todo lo en ella contenido, y esta obligacion que nos hacemos de la dicha Ciudad, Villas é bienes, dando licencia é facultad é mandando de su cierta ciencia é propio motu, é poderío real absoluto para que se puedan obligar é queden obligados no obstante que sean bienes de mayorazgo prohibidos de enagenar é sujetos á restitution é otro cualquier obstáculo é impedimento que lo pueda impedir, é interponga á todo ello su Real autoridad é Decreto.»

36. Conforme á lo concertado en esta escritura de transaccion acudieron á S. M. el Duque de Arcos D. Rodrigo (núm. 24) y el Conde D. Rodrigo (núm. 21), en solicitud de que la aprobase; y S. M. por Real Cédula espedida en Valladolid á 13 de diciembre de 1522 avocó á sí la causa y pleito pendiente en la Chancillería y aprobó la escritura de transaccion, mandando que se llevara á efecto en la forma y términos y con todas las cláusulas, llamamientos y condiciones acordadas por los interesados.

37. Obra larga seria referir aquí todas las cláusulas y períodos de la sentencia imperial que aprueban y ratifican y mandan guardar y cumplir la escritura de transaccion, porque apenas hay página de la Real Cédula que no sea respectiva á esto, que fue el objeto de la sentencia imperial y de las gestiones y solicitudes de los interesados: y nos limitaremos por consiguiente á presentar como muestra alguna otra de aquellas importantes declaraciones, remitiendo en lo demas al Tribunal al Memorial ajustado.

38. S. M. declara que acepta el compromiso, y por virtud de él, y usando «de nuestro poderío Real absoluto habemos é tenemos, damos é pronunciamos é mandamos que se haga é cumpla todo lo contenido en la dicha capitulacion que de suso va incorporada, y cada una cosa é parte de ello, é aquello damos por sentencia y queremos que se cumpla y ejecute, é ninguna de las partes ni otra persona vaya contra ello so las penas contenidas en la dicha sentencia é en la dicha capitulacion y compromiso.» Mas adelante manifiesta S. M., que la sentencia que pronuncia y contiene esta Real Cédula, «es dada é pronunciada para validacion y corroboracion de esta dicha capitulacion, transaccion é iguala, y esta dicha transaccion, ratificacion é aprobacion della: despues manda que sea guardada la misma capitulacion, asiento y concordia con todas las cláusulas:

las, obligaciones é hipotecas, penas é posturas, substitutiones é renunciaciones, vínculos é firmezas.»

39. Mas adelante, declarando S. M. que aprueba la cesion hecha por el Duque de Arcos D. Rodrigo (núm. 24), en favor del Conde D. Rodrigo (núm. 21), del Condado de Baylen, dice: «é habemos por cedido é traspasado todo en el dicho Conde D. Rodrigo y en sus fijos é descendientes y en aquellas personas que lo han de haber conforme á la dicha capitulacion y asiento, y segun y como y en la manera que en ella »se contiene.»

40. Y concluye la Real Cédula, como habia concluido la escritura de transaccion, declarando, que sacados los veinte mil ducados y demas, «todo lo otro junto, unido vinculado sean bienes de mayorazgo é prohibidos de enagenar é sujetos á restitution, y el »dicho Conde D. Rodrigo los haya é tenga como tales bienes de mayorazgo en sus »dias é vida, é despues de sus dias vengan á su fijo mayor legítimo é de legítimo matrimonio nacido, é ansi de mayor en mayor legítimo é de legítimo matrimonio nacido, »prefiriendo siempre el mayor al menor y el varon á la hembra, y el nieto fijo de »hijo mayor al hijo segundo, y el sobrino al tio por todos sus descendientes, y en defecto de sus descendientes al pariente mas propincuo suyo descendiente del dicho Conde »Don Manuel (núm. 13), su padre, y en defecto de descendientes del dicho Conde Don »Manuel á la persona ó personas que el dicho Conde D. Rodrigo en su testamento ó en »su vida señalare é quisiere, quedando todavía vinculados é unidos por mayorazgo perpetuamente, é que los dichos bienes no se puedan vender ni enagenar, é siempre esten juntos é unidos hipotecados é obligados al saneamiento de este concierto é á todo lo »que en él es dicho, é el que los hobiere los haya con aquel cargo é condicion, y el »dicho Conde D. Rodrigo pueda hacer é constituir dellos un mayorazgo con las cláusulas, vínculos é firmezas condiciones é sumisiones que quisiere é por bien tubiere, no »mudando ni quitando cosa alguna de lo contenido en la dicha capitulacion y asiento ni »yendo contra ello, etc.»

41. Y en defecto de sus descendientes al pariente mas propincuo suyo, descendiente de dicho D. Manuel (núm. 13): en estas palabras cree el Marques de la Vega de Santa María encontrar el llamamiento de los descendiente naturales de D. Manuel á la sucesion del Condado de Bailen. El Duque de Osuna cree, por el contrario, que no fueron aqui llamados, antes bien espresamente escludidos, los naturales, y esta es una de las principales cuestiones que se controvierten.

42. Comprenderá la Sala toda su importancia cuando vea que Doña Mayor Ponce de Leon (núm. 22), de quien pretende derivar su derecho el Marques de la Vega de Santa María, fue hija natural, no legitimada, de D Manuel (núm. 13.) Hé aquí la prueba de esta verdad, que no se ha atrevido á negar nuestro adversario.

43. En 9 de julio de 1515 otorgó su testamento en Sevilla D. Manuel Ponce de Leon (núm. 13), dando principio á él con la siguiente declaracion. «Sepan cuantos »esta carta de testamento vieren, como yo D. Manuel Ponce de Leon, marido de Doña »Guiomar de Castro (núm. 13), difunta, que Santa gloria haya, vecino que soy de la »muy noble y muy leal ciudad de Sevilla, etc.» Manifiesta despues haber tenido de su

matrimonio con dicha Guiomar de Castro, á D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 21), y otros hijos legítimos, y añade: «é mando á Doña Mayor (núm. 22), y Doña Elvira (no está en el árbol) *mis hijas naturales*, á cada una de ellas ducados de oro, que son setenta y cinco mil maravedís, por el mucho amor que les tengo, para sus casamientos y para las meter monjas, ó para el estado que ellas quisieren, é mando que si qualquiera de las dichas Doña Mayor y Doña Elvira, mis hijas, fallecieren de esta presente vida antes de tener edad para testar, ó teniéndola sin hacer testamento, no teniendo hijos legítimos de dicho matrimonio nacidos que heredan sus bienes, que en tal caso haya y herede las dichas mandas que les mando como dicho es ó de la que falleciere de la manera que dicha es, Doña Isabel Ponce de Leon (no está en el árbol) mi hija legítima y de la dicha mi muger; y ansi mismo mando que la dicha Doña Isabel mi hija sea tutora y curadora de las personas y bienes de las dichas Doña Mayor y Doña Elvira mis hijas.» (1).

44. Esta declaracion del padre acerca de la cualidad de su hija, constituye una prueba concluyente sobre el particular, mucho mas cuando nada se ha probado en contra por parte del Marques de la Vega de Santa María, cuando no ha venido á los autos ningun documento antiguo ni moderno de donde pueda inferirse que la Doña Mayor (núm. 22) fue hija legítima ni tampoco legitimada por alguno de los modos que se conocen en el derecho de D. Manuel (núm. 13.)

45. Asentado esto, bien pudiera el Duque de Osuna no aceptar ni aun el presupuesto de la cuestion, esto es, la transaccion y sentencia imperial como base para decidir hoy este pleito en justicia; porque aunque es cierto que por la ley del ordenamiento (2) y por otras podian los ministros comprometer en el Monarca y el Monarca resolver y fallar los pleitos dudosos y difíciles; aunque lo es que el Monarca ejercia en muchos casos y negocios la jurisdiccion contenciosa, propia y rigurosamente asi dicha, no lo es menos que no parece haber sido ejercida dicha jurisdiccion en la forma prevenida por la ley, y que motivos de política y de conveniencia pública mas bien que razones de justicia son las que se tuvieron presentes en la decision de aquel pleito.

46. Prescindimos, sin embargo, de todo esto, y de las muchas consideraciones que sugiere la lectura de los documentos que precedieron á la célebre sentencia imperial, para convertir todos nuestros esfuerzos al exámen de la cuestion que dejamos anunciada, es á saber: que por la transaccion y sentencia imperial no fueron llamados, sino escludidos de la sucesion del Condado de Bailen, los descendientes y parientes colaterales de D. Manuel (núm. 13), que no fuesen legítimos de legítimo matrimonio nacidos.

47. No importa que el Duque de Osuna descienda de Doña Francisca (núm. 19), hija natural legitimada de D. Rodrigo (núm. 11). Ya trataremos de esto cuando, prescindiendo de la transaccion y sentencia imperial, llevemos la cuestion á las fundaciones á ella anteriores, á las cuatro fundaciones antiguas. Ahora partimos del supuesto de la validez de la transaccion y sentencia imperial, considerando estos documentos como la fundacion que ha de decidir; y en este concepto seria inútil, y opuesto á la claridad y al

(1) Memorial, núm. 294.

(2) 13, tit. 8, lib. 2.

buen orden, ocuparse de circunstancias y derechos anteriores á dicha transaccion y sentencia imperial.

48. Por estos célebres é importantes documentos, aunque no admitimos que haya podido ser nunca cuestionable la exclusion de los naturales, es cierto que en el dia no puede sobre ello moverse racionalmente disputa, desde que á solicitud de nuestro defendido, ha venido á los autos en esta segunda instancia el testimonio íntegro de la transaccion y sentencia imperial que existe en otros autos archivados en la estinguida Chancillería, hoy Audiencia de Granada. Lo que antes habia en los autos sobre aquellos importantes documentos, tomado de otros antiguos, era en referencia, y la relacion y referencia que se hacia de la escritura de transaccion de 1.º de setiembre de 1522, no contenia los llamamientos que ahora vemos que contiene respecto del Condado de Bailen, ni las declaraciones y acuerdos de que acaba de hacerse mérito, en orden á ser la voluntad de los transigentes de que S. M. aprobara la referida escritura de transaccion y capitulacion. Con vista de aquellos datos, que podemos llamar antiguos; con vista de la transaccion y sentencia imperial en relacion, no á la letra, se falló el pleito último posesorio; con vista de ellos se pronunció la sentencia definitiva apelada en este pleito de propiedad; con vista de ellos se habia seguido esta segunda instancia ante la superioridad de V. E., hasta el punto de hallarse cotejado é impreso el Memorial ajustado, que ha sido preciso adicionar con el resultado de los nuevos documentos encontrados.

49. Con ellos en la mano, ¿será ya lícito poner en cuestion que en la transaccion y sentencia imperial no tienen llamamiento y estan espresamente escludidos los naturales, que pueden tener entrada y opcion á los Mayorazgos litigiosos *solo las personas que tengan la cualidad de legítimas de legítimo matrimonio nacidas*? No puede haber nada mas claro ni terminante que la escritura de transaccion. En ella se llama al Condado de Bailen al Conde D. Rodrigo (núm. 21), y en su defecto *á su hijo mayor legítimo de legítimo matrimonio nacido*, y en falta de este á su *hija mayor legítima de legítimo matrimonio nacida*. Hácense luego otros muchos llamamientos, los propios de un Mayorazgo regular, siempre exigiéndose ó suponiéndose la legitimidad, en favor de los descendientes de Don Rodrigo y D. Manuel (números 21 y 13), y en falta de descendientes se llama al pariente mas próximo del mismo D. Rodrigo (núm. 21), que viniese por línea derecha del Conde D. Manuel, su padre, *y fuese descendiente legítimo suyo*.

50. Repetimos que no puede exigirse la legitimidad en los llamados de una manera mas clara, mas decisiva, y menos espuesta á dudas ni á interpretaciones de ninguna clase. Se exigió no solo en los descendientes de D. Rodrigo (núm. 21) transigente, que eran y debian ser los llamados en primer término, sino hasta en los parientes transversales del mismo, llamados tambien, pero con la circunstancia precisa de que fuesen descendientes de D. Manuel (núm. 13). Asi hablaba la escritura de transaccion, porque D. Manuel (número 13) tenia otros hijos é hijos legítimos, á mas del D. Rodrigo (núm. 21), cuyos descendientes lo eran tambien de D. Manuel (núm. 13), y parientes colaterales del D. Rodrigo (núm. 21).

51. Hasta en estos parientes colaterales de D. Rodrigo (núm. 21), descendientes de

D. Manuel (núm. 43), se exigió la legitimidad de legítimo matrimonio nacida, y es por consiguiente claro como la luz del día que los que sean solo naturales, como dice que es, sin acreditarlo tampoco, el Marques de la Vega de Santa María, que se presenta como descendiente de Doña Mayor Ponce de Leon (núm. 22), hija natural de Don Manuel (núm. 13), no pueden optar á la posesion ni á la propiedad del Condado de Bailen.

52. Y que los llamamientos que contiene la escritura de transaccion son los verdaderos llamamientos del Condado de Bailen, en el supuesto en que ahora examinamos la cuestion, que es el de la validez de la sentencia imperial; que en tal hipótesi la escritura de transaccion es la verdadera fundacion de los Mayorazgos litigiosos, es cosa que no puede tampoco ser cuestionada de buena fe.

53. Ya antes hemos presentado algunas muestras de lo que sobre este punto dicen las dos escrituras otorgadas por D. Rodrigo (núm. 21) y D. Rodrigo (núm. 24), en 1.º de setiembre de 1522. Sin embargo de que habria sido tarea larga y enojosa recordar todo lo que sobre el particular aparece consignado en dichas dos escrituras, las cláusulas recordadas prueban que no puede llevarse á mas alto punto el deseo, la declaracion y la obligacion que contraian los otorgantes de que S. M. siendo servido, aprobaria y mandaria guardar y cumplir en todas y en cada una de sus partes lo estipulado y concertado en la escritura de transaccion. Examinando con ojos imparciales todos aquellos curiosos, al par que importantísimos documentos, descúbrese al punto que S. M., deseoso de la paz y buena armonía y de que el fallo del pleito no fuese causa ó pretesto de conflictos, tan frecuentes entre los grandes de aquellos tiempos, dió el primer impulso, haciendo entender indirectamente á los litigantes y á los Ministros de la Chancillería, Jueces del pleito, que seria de su agrado que se transigiese.

54. Los litigantes D. Rodrigo (núm. 21) y D. Rodrigo (núm. 24) aceptaron la oferta, y desde este momento todo fue obra suya; estaban en la necesidad de hacer y lo hicieron todo. Ellos hicieron la escritura de transaccion; ellos acordaron las bases para aquella especie de distribucion que se hicieron de lo litigioso; ellos establecieron y fijaron lo que el Duque de Arcos D. Rodrigo (núm. 24) habia de dar á D. Rodrigo (núm. 21), ademas del Condado de Bailen; ellos señalaron la época en que habia de tener lugar la toma de posesion por Don Rodrigo (núm. 21) de los bienes que componian el Condado de Bailen, la entrega del Castillo, armas, pertrechos y municiones; ellos señalaron un tiempo, el de seis meses, dentro del cual habian de impetrar la aprobacion de S. M.; ellos establecieron los llamamientos, el orden con que habia de sucederse en el Ducado de Arcos y en el Condado de Bailen, tomando siempre por modelo las fundaciones antiguas; ellos exigieron en los llamados las circunstancias y les impusieron las condiciones, cláusulas y limitaciones que tuvieron á bien; ellos en una palabra, otorgaron la escritura de transaccion obligándose á impetrar y obtener para dicha escritura, tal cual la otorgaban, la aprobacion de S. M.

55. Erales esta absolutamente necesaria, por tratarse de bienes vinculados, que no podian enagenarse, ni darse en todo ni en parte, en posesion ni propiedad, sino á aquel á quien correspondiesen por las fundaciones antiguas; y en tal concepto, y para poner á la transaccion el sello que siempre da la sancion del Monarca, ocurrieron á S. M., en solici-

tud de aprobacion. Hé aquí la obra del Monarca: aprobar, como aprobó, y mandar guardar y cumplir, la transaccion celebrada entre los interesados.

56. La transaccion es, pues, lo importante que hay en la sentencia imperial; la transaccion debia ser la base y la norma, la regla que en lo sucesivo habia de regir en la sucesion de los Mayorazgos de Arcos y de Bailen; la transaccion que celebraron los interesados aprobada por el Monarca. La sentencia imperial en tanto podia ser válida y eficaz en cuanto se conformaba con la transaccion.

57. Mas cuando se ve que atemperándose á los deseos de los interesados y conformándose con su voluntad, S. M. no hizo otra cosa que aprobar y ratificar la transaccion en todas y en cada una de sus partes, y mandar guardarla y cumplirla, no queda sobre el particular ni aun posibilidad de volver los ojos á otro punto que á la escritura de transaccion. En esto, como en todo lo demas, andaban muy de acuerdo las partes y el Monarca, y en verdad que no podia ser otra cosa. Los interesados D. Rodrigo (núm. 21) y D. Rodrigo (núm. 24) querian y consignaban cien veces, hasta la saciedad, en una y otra escritura que lo que querian que valiera era la transaccion, lo entre ellos convenido y capitulado en todas y cada una de las cláusulas, condiciones y declaraciones de la escritura, suplicando para ello á S. M. que la aprobase; y S. M. lo que hizo, lo que no podia dejar de hacer, fue consignar tambien cien veces, hasta la saciedad, en su Real Cédula de 19 de diciembre del mismo año de 1522, que su voluntad era dar, pronunciar y mandar que se guardara y cumpliera todo lo contenido en la escritura de capitulacion, y cada una cosa y parte de ello, y declarar que daba por sentencia aquello que las partes habian convenido en la escritura de transaccion, y que sucedieren en el Condado de Bailen D. Rodrigo (núm. 21), sus hijos y descendientes y aquellas personas que hubiesen de haberlo conforme á la capitulacion y asiento, y segun y como y en la manera que en ella se contiene.

58. Pues si en la escritura de capitulacion y asiento, ó sea de transaccion, no son llamados al Condado de Bailen sino los legítimos de legítimo matrimonio nacidos, ¿cómo ha de optar á la propiedad de ese mismo Condado el Marques de la Vega de Santa María que por confesion suya no es sino vástago bastardo, natural, de la familia de los llamados? El Duque de Osuna tendrá ó no derecho á la propiedad del Condado de Bailen; eso luego lo veremos. Mas el Marques de la Vega de Santa María, si no nos engaña la evidencia, de seguro no lo tiene.

59. Y ¿qué habremos de decir vista la completa conformidad y consonancia que se advierte entre la escritura de transaccion de 1.º de setiembre de 1522 y la sentencia imperial de 19 de diciembre del mismo año? Porque comprenderiamos que se hablara de esto con oportunidad, que se diese la preferencia á la transaccion ó á la sentencia imperial, si hubiese contradiccion entre uno y otro documento. Pero no hay nada de esto. La sentencia imperial es lo que debia ser, casi una copia de la escritura de transaccion, en todo y por todo, hasta en los llamamientos que uno y otro documento contienen respecto de los dos Estados litigiosos. Respecto del Ducado de Arcos, la transaccion, lo mismo que la sentencia imperial, llaman á las personas que tenian derecho á dicho Ducado por el testamento del Duque de Cádiz D. Rodrigo (núm. 11), el cual, como veremos despues, exigió la legitimidad. En orden al Condado de Bailen, la Sala habrá advertido que no hay tampoco falta de

conformidad, ni mucho menos contradicción entre uno y otro documento. Las cláusulas de la transacción y sentencia imperial sobre llamamientos del Condado de Bailen, que antes hemos recordado, se hallan concebidas casi en unas mismas palabras: la una y la otra exigen la legitimidad en los primeros, segundos y terceros llamados en los descendientes de D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 21); la una lo mismo que la otra llaman, en defecto de descendientes de D. Rodrigo (núm. 21), á los parientes colaterales del mismo, á los parientes mas próximos, como dice la transacción, á los parientes mas propincuos, como dice la sentencia imperial. No hay mas diferencia entre el llamamiento que contiene la transacción y el de la sentencia, sino la de que al llamar esta última, en defecto de descendientes, al pariente mas propincuo de D. Rodrigo, que descendiese de D. Manuel (núm. 13), no exigió espresamente la legitimidad, como la habia exigido la transacción. Pero la habia exigido en los anteriores llamamientos, y debia por consiguiente tenerse por repetida, conociéndose que no se espresó por no repetir, y porque aprobando y mandando la sentencia guardar y cumplir la transacción, esta quedaba en toda su fuerza, y no habia necesidad de repetir período por período, palabra por palabra y punto por punto, todo lo que ya habia dicho la escritura de transacción.

60. Y no podia dejar de ser asi. Ni los otorgantes, D. Rodrigo (núm. 21) y D. Rodrigo (núm. 24), ni el Monarca, podian dejar de exigir la legitimidad en la futura sucesion de los Mayorazgos litigiosos; ni los litigantes ni el Monarca podian dar entrada en los Mayorazgos á los naturales, porque no se la daban las fundaciones antiguas, y ni los litigantes ni el Monarca podian tratar ni trataron de derogar en esta parte las fundaciones antiguas de los Mayorazgos en cuestion, segun vamos ahora á demostrar.

Por la transacción y sentencia imperial no fueron derogadas las fundaciones antiguas, sino en cuanto era necesario para dar á D. Rodrigo (núm. 21) el Condado de Bailen, y á D. Rodrigo (núm. 24) el Ducado de Arcos.

61. Veamos qué es lo que exigian las fundaciones antiguas de los Mayorazgos litigiosos en orden á la legitimidad ó ilegitimidad de los llamados. La mas antigua es la que en un testamento, ya recordado, de 1374 hizo D. Pedro Ponce de Leon, Señor de Marchena. Este testador, despues de legar por manda varios bienes á tres hijos legítimos que tenia (número 3), y á otros cuatro hijos naturales, dejó á D. Pedro (núm. 2), su hijo, y de Doña Sancha su muger, por legítimo y leal heredero en todos sus bienes por via de Mayorazgo. No hizo otros llamamientos, ni aun en favor de los descendientes legítimos de su hijo el primer llamado: mas llamando á su hijo legítimo, claramente dió á entender que no pensaba en los naturales, á los cuales no nombró ni recordó.

62. Mucho mas esplicito fue su hijo D. Pedro (núm. 2), el cual, despues de establecer Mayorazgo en favor de D. Juan su hijo mayor legítimo, dijo: y si el dicho D. Juan, mi hijo (núm. 5), finare sin dejar hijos legítimos herederos, mando que haya y herede el

dicho mi Mayorazgo D. Pedro (no está en el árbol), mi hijo legítimo, y de la dicha Condesa mi muger; y si el dicho D. Pedro finare sin dejar hijos legítimos herederos, mando que haya el dicho mi Mayorazgo D. Fernando (no está en el árbol), mi hijo legítimo, y de la dicha Condesa mi muger, y si el dicho D. Fernando finare sin dejar hijos legítimos herederos, mando que haya el dicho mi Mayorazgo D. Lope (núm. 7), mi hijo legítimo y de la dicha Condesa mi muger, y si el dicho D. Lope finare sin dejar hijos legítimos herederos, mando que haya el dicho mi Mayorazgo D. Luis (núm. 8), mi hijo legítimo é de la dicha Condesa mi muger: y muriendo este sin hijos legítimos herederos, llamo á la sucesion al hijo mayor de una su hija que era difunta, y si este finare sin dejar hijos legítimos herederos, sucediese otra su hija que era viva (1).

63. D. Juan Ponce de Leon (núm. 5) en su testamento de 1469, despues de recordar los bienes que habia adquirido de su padre, y de señalar los que él mismo habia ganado por donacion del Señor Rey D. Enrique y otras causas, declaró que lo dejaba todo á D. Rodrigo (núm. 11), su hijo, por Mayorazgo, «para que junto con las otras cosas del dicho mayorazgo, lo hubiese despues de la vida de D. Juan, y despues de la de D. Rodrigo (núm. 11), sus descendientes, hijos é hijas legítimos y de legítimos matrimonios nacidos, precediendo el varon á la hembra, por título de mayorazgo (2).»

64. D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 11), cuarto y último fundador de los Mayorazgos litigiosos, en virtud de la amplia autorizacion que para ello obtuvo del Monarca en 29 de julio de 1496, por su testamento de 15 de agosto de 1492, mandó que sucediera en el Mayorazgo que el testador habia adquirido de su padre y Señor D. Juan (núm. 5), su nieto D. Rodrigo (núm. 24), hijo de su hija natural legitimada Doña Francisca (núm. 19). Por otra cláusula declaró haber hecho tres Mayorazgos; uno de los bienes que hubo del Conde D. Juan su padre (núm. 5), otro de varias villas y lugares que habia ganado por sí, y el tercero del Castillo de la Monclova y otros bienes de que habia hecho Mayorazgo para su hija Doña Francisca (núm. 19); á pesar de lo cual quiso y declaró despues y mandó que en todos tres sucediese su nieto D. Rodrigo (núm. 24).

65. Notable es sin duda alguna esta disposicion. Sin embargo de que habia establecido un Mayorazgo compuesto de bienes exclusivamente suyos para Doña Francisca (núm. 19); sin embargo de que esta Doña Francisca era hija suya natural legitimada por rescripto del Príncipe, y hábil como tal para la sucesion; sin embargo de que tambien se habia hecho hábil y capaz para ello, segun opinion de todos los mayorazguistas, por su matrimonio con Don Luis Ponce de Leon (núm. 20), descendiente legítimo de los dos primeros fundadores por el otro D. Luis (núm. 8); sin embargo de que habia obtenido amplísima autorizacion del Monarca para establecer el Mayorazgo ó Mayorazgos que quisiese en favor de quién ó quienes tuviese por mas conveniente, todavía el D. Rodrigo (núm. 11) no los estableció en favor de Doña Francisca, su hija natural legitimada, sino de su nieto D. Rodrigo (núm. 24).

66. Se ve, pues, que las cuatro fundaciones, ó no llamaban ó escluian espresamente á los descendientes naturales. ¿Podia llamarlos el Monarca, derogando así las fundaciones?

67. Es un error muy grave, una ofensa que se hace á la razon y al buen sentido su-

(1) Memorial, núm. 52.

(2) Memorial, núm. 65.

ponerlo así. El Monarca no podía derogar, no había motivo para que derogase en esta parte las fundaciones. Se derogaron solo en cuanto era necesario para dar á D. Rodrigo (núm. 21) el Condado de Bailen, si no le pertenecía en justicia, y para dar al otro D. Rodrigo (núm. 24) el Ducado de Arcos, si tampoco le correspondía. En esto y para esto, las fundaciones no hay duda que sufrieron alteracion, porque segun las fundaciones los dos Estados habian necesariamente de corresponder al uno ó al otro de los litigantes, no uno á cada uno de ellos. Pero no la sufrieron en mas, porque no era necesario; no la sufrieron en todo, no fueron las fundaciones reducidas á la nulidad y condenadas á inutilidad perpetua.

68. Asi lo persuaden el objeto de la transaccion y sentencia y las causas que la motivaron. La Monarquía era entonces víctima de discordias intestinas, que años despues apagó la mano poderosa del Emperador. No queria este que aquellas discordias se fomentasen, y creyendo que podia ser un medio ó un pretexto para fomentarlas ó para continuarlas, el pleito que pendia entre dos personas tan poderosas como el nieto del Duque de Cádiz y el hijo de D. Manuel (núm. 13), llamado el Valiente, escribió al Presidente y Oidores de la Chancillería la célebre carta que dice mas de lo que pudiéramos decir nosotros. Quiso poner en paz á los contendentes; que ninguno de ellos quedara irritado, ni desairado, ni disgustado siquiera; quiso alejar todo temor de que ocurriese el uno ó el otro de los dos magnates á la fuerza contra la resolucion que se adoptase: hé aquí el pensamiento del Monarca, que dió por primer resultado la sentencia de vista de la Chancillería de Granada, por segundo la transaccion entre los interesados, por tercero y último la sentencia imperial.

69. Su letra ofrece testimonios irrefragables de la verdad que dejamos consignada. Poco há, en el núm. 59 de este alegato, recordábamos la cláusula que adjudicó á D. Rodrigo (núm. 24) y á sus descendientes el Ducado de Arcos, declarando S. M. ser su voluntad que lo hubiesen en la forma que se contiene en el testamento de D. Rodrigo (núm. 11), cuarto y último fundador de estos Mayorazgos, el cual se guardára y cumpliera en cuanto no es ni puede ser contra lo contenido en esta sentencia y en la dicha capitulacion.

70. No cabe prueba mas clara de que no se derogaban las fundaciones. Se referia y mandaba guardar el testamento de D. Rodrigo (núm. 11), porque era el último, y porque debía ser considerado como verdadera fundacion, segun demostraremos despues: y ese testamento se mandaba guardar en cuanto no era contrario á la sentencia imperial, á la declaracion de pertenencia del Condado de Bailen que se hacia en favor de D. Rodrigo (número 21). En cuanto no se oponian á esta declaracion y á la otra respectiva al Ducado de Arcos, pero en cuanto á la cualidad exigida en los llamados, los llamamientos quedan en toda su fuerza y vigor.

71. Esto mismo se habia consignado en las cláusulas anteriores. Venia hablando la sentencia de la renuncia del Ducado de Arcos hecha por D. Rodrigo (núm. 21) en favor de D. Rodrigo (núm. 24), la cual aprueba S. M. á pesar del derecho en contrario que el D. Rodrigo (núm. 21), sus hijos, descendientes y sucesores tenian ó podian tener al Ducado de Arcos, así por Reales facultades y confirmaciones, como por los testamentos, donaciones y contratos de los antecesores de los dos litigantes, y agrega luego: «pues todo con las facultades de los señores Reyes que sobre ello hubiere habido, S. M. de poderío Real

*puedo aqui con
contrario el origen
relativo 7-17-10 =
el mismo espíritu
en ambas cosas*

»absoluto y por dichas justas causas, y aunque para ello no haya otra mas de ser esta su »determinada voluntad, alzó y quitó y derogó *cuanto á esto* los dichos vínculos, prohibi- »ciones, sumisiones y firmezas que sobre dichos bienes estaban puestas por los señores »Reyes y por otras cualesquier personas, ó por los dichos D. Rodrigo 21 y 24, y todas »las transacciones, capitulaciones é pleitos homenajes que sobre ella se hayan hecho que »lo puedan impedir.»

72. *Cuanto á esto*, en cuanto era necesario para dar á D. Rodrigo (núm. 24) el Du- cada de Arcos, y á D. Rodrigo (núm. 21) el Condado de Bailen, alzó y quitó S. M. todas las prohibiciones, levantó todos los impedimentos, separó todos los obstáculos que podian ofrecer los testamentos, donaciones y contratos; esto es, las fundaciones de los ascendien- tes de los dos litigantes. En todo lo demas esas fundaciones quedaban en su fuerza y vigor.

73. Otro tanto habian manifestado los interesados en la escritura de transaccion, que aprobó la sentencia imperial. Por una de sus cláusulas, lo hemos dicho ya, renunció D. Ro- drigo (núm. 21) el Ducado de Arcos en favor de D. Rodrigo (núm. 24) y en sus hijos y descendientes, «y consintió y aprobó, continúa, por sí y los suyos el testamento hecho por »el D. Rodrigo (núm. 11), y el Mayorazgo por él hecho y la facultad que se le concedió, »en cuya virtud lo hizo y dejó para dicho D. Rodrigo (núm. 24) y para sus descendientes el »Condado que le demandaba, y consintió que dicho testamento y Mayorazgo con los vín- »culos y cláusulas en él contenidas *se guardase en todo* y por todo en lo que no sea contra- »rio á este concierto.»

74. Y no podia dejar de ser así; no podian dejar de espresarse con tanta claridad en la escritura los contendientes. No podian ir, era absolutamente imposible que fuesen, con- tra las fundaciones, en cuanto las fundaciones exigian ó no legitimidad. D. Manuel Ponce de Leon (núm. 13) es el primero que promovió pleito sobre estos Estados contra Doña Beatriz Pacheco (núm. 10) y D. Luis Ponce de Leon (núm. 20), como marido de Doña Francisca (núm. 19), á título de legitimidad. Se fundaba, como no podia menos, en que D. Rodrigo (núm. 11) habia muerto sin dejar hijo legítimo de legítimo matrimonio (1), por cuya razon le tocaba el Mayorazgo. El mismo derecho ejerció, por muerte de su pa- dre, D. Rodrigo (núm. 21), presentándose en el pleito, que continuó, como hijo mayor *legítimo* y sucesor de D. Manuel (núm. 13), en quien por muerte de D. Rodrigo sin hijos legítimos aseguraba que habia debido recaer la sucesion de los Mayorazgos.

75. A esto oponia D. Rodrigo (núm. 24): primero, la cualidad de hija natural legi- timada por rescripto del Príncipe que tuvo su madre Doña Francisca (núm. 19); segundo, la facultad amplia que obtuvo su abuelo D. Rodrigo (núm. 11) para establecer Mayorazgo en favor de quien quisiese; y tercero y último, la habilitacion que habia obtenido la mis- ma Doña Francisca por su casamiento con D. Luis (núm. 20), descendiente legítimo de los dos primeros fundadores. Esta fue la gran cuestion que tan embarazados traia por aquel tiempo á los letrados mas célebres del reino y extranjeros, en cuya decision hubo de interve- nir el Monarca, no para resolverla, sino para transigirla.

76. Se presentaban, pues, en el pleito los dos litigantes, D. Rodrigo (núm. 21), á tí-

(1) Memorial, núm. 83.

tulo de legitimidad efectiva, el otro D. Rodrigo (núm. 24) á título de legitimidad obtenida por rescripto del Príncipe con las demas circunstancias que en su favor tenia dicha legitimacion; y bajo tal concepto habria sido un verdadero anacronismo que presentándose ellos, los que desde entonces quedaban por esta transaccion y sentencia cabeza de sus respectivas líneas, en nombre de la legitimidad, se hubiesen contentado con la naturalidad, condenada por las leyes y por las fundaciones de los Mayorazgos, en sus descendientes. Eso habria sido renegar de la obra de sus mayores, de la obra de la ley, de su propia obra. Eso habria sido declararse en abierta contradiccion con ellos mismos, con su doctrina, con sus derechos en los autos ejercitados.

77. La voluntad de los litigantes no fue, bien se ve, derogar las fundaciones antiguas en cuanto exigian legitimidad en los llamados. Ni por asomo se habló de esto, de alterar en esta parte las fundaciones, en la escritura de transaccion, habiéndose, lejos de esto, establecido y declarado lo contrario. Pues esa voluntad de las partes es la que el Monarca quiso que se respetara: la sentencia imperial no fue mas que la aprobacion y ratificacion de la escritura de transaccion, segun antes hemos visto y demostrado.

78. De acuerdo procedian en esto ciertamente el Monarca y los contendientes. Importábales mucho al uno y á los otros, especialmente al primero, visto el empeño, muy natural y muy justo, con que intervino en el asunto, quitar de enmedio el enemigo, el pleito, dejando que los descendientes de los dos agraciados poseyeran los Mayorazgos, como los habian poseido los descendientes de los primeros fundadores. ¿Por qué no habian de respetar su voluntad? ¿Por qué habian de condenar á la nulidad la obra de aquellos que con bienes suyos propios habian dotado, establecido y constituido los Mayorazgos? ¿Por qué habian de reprochar la obra de aquellos que fundaron los Mayorazgos al amparo de la ley y de las mas amplias autorizaciones que les concedieron los Monarcas? ¿Por qué habian de hacer todo esto, no siendo necesario hacerlo?

79. No habiendo sido la voluntad de las partes y del Monarca derogar, no habiendo de hecho derogado las fundaciones antiguas, que no llamaban á los naturales, no pueden los naturales entenderse llamados á la sucesion del Condado de Bailen en la transaccion y sentencia imperial, ni puede por consiguiente entenderse llamada la línea de Doña Mayor (núm. 22), á la cual dice que pertenece el Marques de la Vega de Santa María (letra A).

80. Acabamos de demostrar, con arreglo á la transaccion y sentencia imperial, tales cuales son en sí y han venido á los autos, estos documentos, de los que existen en la Audiencia de Granada, que el Marques de la Vega de Santa María y su línea, no tienen llamamiento en dichas transaccion y sentencia imperial, y estan por consiguiente escludidos de la propiedad del Condado de Bailen. Con esto tendria bastante, respecto del litigante de quien hablamos, el Duque de Osuna. Pero seria una especie de desaire al resultado de los autos y á las buenas doctrinas, que nos contentáramos con esto, y no examináramos la cuestion, objeto de este capítulo, en el terreno mismo en que estaba planteada antes de la venida del testimonio de Granada, en el terreno que ha considerado como muy de su gusto el Marques de la Vega de Santa María, esto es, con relacion solo á lo que dice la sentencia imperial, y prescindiendo absolutamente de la escritura de transaccion de 1.º de setiembre de 1522.

80. Así presentada la cuestión, no se negará que la sentencia imperial, si no los excluye, al menos no llama espresamente á los naturales. Esto es evidente. Pues los naturales, como no esten espresamente llamados, se entienden excluidos. La demostracion de esto, que es un principio de eterna verdad y de jurisprudencia universal, será objeto de varias proposiciones, que deben ocuparnos ahora, siguiendo siempre el exámen del primer capítulo de este alegato.

Los naturales no se entienden llamados, no siéndolo espresamente por las leyes de sucesiones vinculadas.

81. Es célebre por demas y famosa en esta materia de Mayorazgos la ley de Partida (1), que dice: «tovieron por derecho que el Señorío del Reyno non lo hobiese sino el »fijo mayor, despues de la muerte de su padre. E esto usaron siempre en todas las tierras »del mundo, do quier que el Señorío hobieron por linage: é mayormente en España: é »por escusar muchos males que acaecieron é podrian aun ser fechos, pusieron quel Seño- »río del Reino heredasen siempre aquellos que viniesen por la línea derecha. E por ende »establecieron, que si fijo varon y non hobiese, la fija Mayor heredase el Reino. E aun »mandaron que si el fijo mayor muriese ante que heredare, si dejare fijo ó fija, *que obiere »de su muger legitima*, que aquel ó aquella lo hobiere, é non otro ninguno. Pero si todos »estos falleciesen, debe heredar el Reyno *el mas propincuo pariente*, que hobiese, seyendo »ome para ello: no habiendo fecho cosa porque lo debiese perder.»

82. Esta es la ley que primeramente reguló en España las sucesiones vinculares, la que rigió hasta las leyes de Toro, y rige aun. Desde el año de 1251 en que se formó el Código de las Partidas para ser publicado y puesto en observancia en 1348 hasta las leyes de Toro, promulgadas en 1505, ninguna ley especial se estableció acerca de la sucesion de los Mayorazgos, los cuales se regian por las de sucesion á la Corona, por la recordada de Partida (2), que es el fundamento de las sucesiones vinculares.

83. Exige ella, como se ve, la legitimidad; *si dejare fijo é fija que oviere de su muger legitima*; sobre cuyo punto es muy digno de recuerdo el comentario de Gregorio Lopez. La ley habia dicho: «tovieron por derecho que el Señorío del Reyno no lo oviese sino el »fijo mayor despues de la muerte de su padre;» y Gregorio Lopez agrega en la glosa 8.^a de las palabras «sino el hijo mayor (3).»

84. Y ya que de la ley de Partida hablamos, advertirá con nosotros la ilustracion de la Sala, que hay completa uniformidad entre los llamamientos que por dicha ley se hacen

(1) 2.^a tit. 45, P. 2.^a

(2) Mol. de primog Hisp., lib. 4.^o, cap. 2.^o, núm. 49.

(3) *Et quod in ista lege dicitur de praeferendo in successione Regni, vel majoris, filio primogenito, intellige de legitimo nato, non de bastardo: quia loquitur de filio primogenito legitimo; quod etiam patet, cum inferius subdit «que dejase de la muger legitima,» et bastardi, praesertim inter illustres, pro nihilo reputantur, quos magnatum aut nobilium consuetudo non movit, et generaliter ubicumque agitur de commodo, et honore filiorum, aut nepotum, non veniunt filii, vel nepotes naturales tantum.*

y los que contiene la sentencia imperial, lo cual da á entender haber sido la sentencia y la transaccion redactadas por personas muy entendidas en la ciencia del derecho. La ley llama á la sucesion de la Corona por muerte del padre al hijo mayor, en su defecto á la hija mayor, y en falta de todos estos y de los hijos ó hijos del hijo mayor, todos de legítimo matrimonio nacidos, *al pariente mas propincuo*. La sentencia imperial llama al Conde D. Rodrigo (núm. 21) y á sus descendientes, todos legítimos, prefiriendo el mayor al menor, y el varon á la hembra, y en defecto de ellos *al pariente mas propincuo suyo*.

85. Nadie ha entendido, sin embargo, que en la ley de Partida se contiene un llamamiento en favor de los parientes naturales del Rey difunto. Este seria un absurdo en que no ha incurrido ningun juriconsulto, ningun hombre público; siendo de todos demasiado sabido que á la sucesion de la Corona no se han admitido, no se admiten en España los bastardos, los naturales. ¿Cómo, pues, pretende el Marques de la Vega de Santa María (letra A) entender llamados á los naturales en las mismas idénticas palabras de la sentencia imperial «el pariente mas propincuo suyo?» Lo mismo exige legitimidad la ley de Partida que la sentencia imperial; lo mismo llama á los descendientes la una que la otra, lo mismo la una que la otra llama, en defecto de descendientes, al pariente mas propincuo. ¿No será un delirio entender el segundo llamamiento de diferente manera que el primero? ¿no será un error craso suponer que la sentencia imperial llame á los naturales, cuando no los llama la ley, cuando la opinion de los siglos no los entiende llamados en la ley? No solo los Mayorazgos regulares, sino los irregulares, salvo aquella parte que constituya la irregularidad, han de regirse y modelarse por la Corona de España, que es un verdadero Mayorazgo, de donde se derivan todos los demas (1). Cualquiera cláusula de la fundacion, como claramente no resulte en ella la irregularidad, ha de ser entendida en consonancia con la regularidad que establece la ley de Partida en favor de los legítimos, con exclusion de los naturales.

86. Otra ley del mismo Código de las Partidas, que establece la forma y manera en que debe hacerse la carta de feudo, dice: «Sepan cuantos esta carta vieren, como tal rico home da é otorga en feudo, é en nome de feudo, á fulan recibiente por sí é por sus hijos, é sus nietos, é todos los otros que del descendieren *de legitimo matrimonio*, é fueren varones, tal Castillo, ó tal Villa ó tal Alcaria. Sobre cuyas palabras «de legitimo matrimonio» dice Gregorio Lopez: *nam spurii non succedunt in feudo* (2).»

87. Siempre que las leyes de Partida hablan de sucesion por Mayorazgo ó á manera de Mayorazgo, cuentan con la legitimidad, y la exigen en los llamados.

88. Lo mismo disponen las de Toro. La 40 (3) llama á la sucesion del Mayorazgo á los hijos, nietos ó descendientes *legítimos*, «lo cual, dice, no solamente mandamos que

(1) Mol. de primog., lib. 4.º, cap. 2.º, núm. 46. *Hoc autem adeo verum est, ut secure ac confidenter dici possit, non solum Hispaniarum Regnum verum majoratum esse, imo Regnum ipsum esse caput Hispanorum primogeniorum, ab eoque cetera primogenia tamquam ab capite derivari succedendique rationem accipere: adeo ut si de succedendi ordine in Hispania majoratibus contendatur, ea lis sit secundum leges ad regni successionem institutas decidenda.*

(2) Ley 68, tit. 48, P. 3.ª

(3) Ley 5, lib. 10, tit. 17. Nov. Recop.

»se guarde y platique en la sucesion del Mayorazgo á los ascendientes, pero aun en la sucesion de los Mayorazgos á los trasversales; de manera que siempre el hijo y sus descendientes *legítimos* por su orden representen la persona de sus padres, aunque sus padres no hayan sucedido en los dichos Mayorazgos: salvo si otra cosa estuviese dispuesta por el que primeramente constituyó y ordenó el Mayorazgo, que en tal caso mandamos que se guarde la voluntad del que lo instituyó.»

89. Esta ley y todas las demas de Toro acababan de publicarse cuando el Señor Emperador D. Carlos V pronunció la sentencia arbitral. Quiere, como queria la de Partida, que en el Mayorazgo sucedan los legítimos, ora sean descendientes, ora trasversales; es decir, parientes de cualquiera clase, todo el que suceda, porque todos han de ser descendientes ó trasversales. No hay nada que tan claramente condene las pretensiones del Marques de la Vega de Santa María.

90. «Salvo si otra cosa estuviese dispuesta por el que primeramente constituyó y ordenó el Mayorazgo». En estas palabras de la ley puede entenderse autorizado el fundador para llamar á la sucesion del Mayorazgo á los hijos naturales con preferencia á los legítimos; pero en virtud de facultad Real, ó cuando se constituyese el Mayorazgo con la parte de bienes de que puede disponer el padre en favor de los hijos naturales teniéndolos legítimos; esto es, la parte de bienes que no forma la legítima necesaria de los hijos legítimos. Esto es lo que puede entenderse concedido por la ley, y esto lo concedemos de buen grado al Marques de la Vega de Santa María. Siempre resulta que por la ley, como no sean espresamente llamados los naturales en la forma y términos que pueden serlo, quedan desde luego excluidos.

91. La ley 41 de Toro declara que puede probarse el Mayorazgo por costumbre inmemorial; probada con ciertas cualidades, «es á saber: que los hijos mayores legítimos y sus descendientes sucedian en los dichos bienes por via de Mayorazgo, caso que el tenedor de él dejase otro hijo ó hijos legítimos sin darles los que sucedian en el dicho Mayorazgo alguna cosa, ó quivalencia por suceder en él». Esta es la disposicion de las leyes de Toro. Cuenta siempre como las de Partida, con la legitimidad, y la exigen.

92. Es lícito, sin embargo, presumir que el Marques de la Vega de Santa María no estará conforme con esta doctrina, y recordará acaso, segun indicaciones que ha hecho sobre el particular, la ley 27 de Toro, que dispone que el padre ó la madre que mejorasen en el tercio á alguno de sus hijos ó descendientes legítimos, les puedan poner el gravámen, vínculos, sumisiones y sustituciones que quieran; con tanto que lo hagan entre sus descendientes legítimos, en falta de estos los ilegítimos que les puedan heredar, en falta de descendientes entre sus ascendientes, á falta de los susodichos, de sus parientes, y en falta de parientes entre estraños. De aquí deducirá el Marques que los descendientes ilegítimos son preferidos por la ley á los ascendientes y á los trasversales. Muy breve será la contestacion.

93. En primer lugar, no se trata aquí de fideicomiso ó Mayorazgo formado sobre el tercio de los bienes del testador, y no tiene por consiguiente aplicacion la ley que habla de Mayorazgos del tercio de los bienes del padre, en cuyo tercio, por no ser legítima de ninguno de los descendientes en particular, puede el padre imponer los gravámenes y con-

diciones que quiera. Lejos de esto, se trata aquí de Mayorazgos fundados con Real facultad, porque la obtuvo para fundarlos D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 11); y en los Mayorazgos establecidos con Real facultad no procede lo dispuesto por la ley 27 de Toro, segun la doctrina de los jurisconsultos (1); y se trata de Mayorazgos fundados, no precisamente sobre el tercio, sino sobre mayor parte de los bienes de los instituidores.

94. Aun tratándose de Mayorazgo de tercio y quinto, para que sea válida la mejora del padre sobre el tercio de sus bienes en favor de sus hijos ó descendientes ilegítimos, es preciso, segun la ley, que espresamente se les llame; y aquí no fueron llamados los naturales espresamente á la sucesion del Condado de Bailen, y se trata de averiguar si no habiendo sido espresamente llamados, podrán entenderse comprendidos en el llamamiento.

95. Por lo demas, innecesario parece decir que á pesar de lo dispuesto por la ley 27 de Toro, es cierta la doctrina que dejamos establecida con sujecion á las leyes de Toro, que exigen la legitimidad en los poseedores de Mayorazgo, y que limitaron los derechos de los legitimados por rescripto del Príncipe, á diferencia de las leyes de Partida que los habian igualado á los legítimos. Siempre resulta demostrado hasta la evidencia que por las leyes que regulan en España las sucesiones vinculadas no pueden entenderse llamados los naturales á la sucesion del Mayorazgo, no siéndolo espresamente.

Los naturales no se entienden llamados, no siéndolo espresamente por las leyes que rigen en las sucesiones de los bienes libres.

96. Muy poco habrá de detenernos el exámen de esta proposicion, pues como la anterior, como todas las que habremos de establecer en esta importante parte de nuestros trabajos, es de derecho clarísimo. Sabido es que nuestras leyes no conceden iguales derechos á los hijos naturales respecto de la herencia del padre que respecto de la de la madre, aunque hay en algunos puntos uniformidad respecto de la una y de la otra.

97. Habiendo hijos legítimos, ó legitimados por subsiguiente matrimonio, nadie ignora que el hijo natural queda excluido de la herencia paterna lo mismo que de la materna, pudiendo el padre y la madre dejarle el quinto de sus bienes y no mas, y debiendo dejarle lo necesario para sus alimentos (2).

98. En falta de hijos y descendientes legítimos puede el padre instituir heredero á su hijo natural en el todo ó parte de sus bienes, aunque puede tambien no instituirlo (3), en cuyo caso los herederos estan obligados á darle alimentos (4). Esto en cuanto á la herencia del padre por testamento.

99. Muriendo el padre intestado, le sucede el hijo natural, en falta de hijos y des-

(1) Mol. de primog., lib. 2.º, cap. 2.º, núm. 44. *Quem ordinem in primogeniis, Regia facultate institutis eorum institutores servare omnino non tenentur.*

Lo mismo sostienen Mol. Teologus de just. et jure, trat. 2, disp. 609, núm. 5; Castillo junior contra, cap. 36, núm. 22, hasta el 24 y otros.

(2) Leyes 9 y 40 de Toro.

(3) Ley 40 de Toro.

(4) Ley 8, tit. 43, P. 6.ª

endientes legítimos, solo en la sexta parte de sus bienes, á partir con la madre (1); y en falta de descendientes y ascendientes legítimos, y de parientes colaterales hasta el cuarto grado, le sucede en toda la herencia (2).

100. En cuanto á la madre, careciendo de hijos y descendientes legítimos, aunque tenga ascendientes legítimos, debe instituir heredero á su hijo natural, pudiendo por consiguiente el hijo, en el caso de ser desheredado injustamente ó preterido en el testamento, ejercitar los remedios legales que conceden las leyes á los hijos legítimos desheredados injustamente ó preteridos (3): y muriendo intestada la madre, y faltando hijos y descendientes legítimos, la hereda el hijo natural, heredero forzoso de la madre por testamento y *ab intestato*, en falta de hijos y descendientes legítimos (4).

101. Véase, pues, que escasa participacion concedia nuestro derecho antiguo, entendiéndose por antiguo el establecido hasta por las leyes de Toro recopiladas, al hijo natural en la herencia del padre. En concurrencia con hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, alimentos ó el quinto, y sin descendientes legítimos, institucion de heredero voluntaria, no necesaria, por testamento; y *ab intestato*, la sexta parte y no mas, á partir con la madre. Por la ley de 1835 son preferidos á los hijos naturales los colaterales legítimos hasta el cuarto grado. Esta es en junto la disposicion de nuestras leyes patrias: tal y tan grande el desvío con que miraban siempre á los hijos naturales. Esta rápida reseña de las disposiciones de nuestro derecho acerca de la sucesion de los hijos naturales, como el tribunal lo reconocerá, contribuye en gran manera á esclarecer y á ilustrar la cuestion que con temeridad tan incalificable provoca el Marques de la Vega de Santa María; porque viniendo el llamamiento en cuestion, en el supuesto en que ahora la examinamos, no de un fundador cualquiera, sino de la mano misma del Monarca, y no habiendo llamado el Monarca espresamente á los descendientes naturales de D. Rodrigo ó D. Manuel (números 21 y 13), ¿cómo es posible que se entiendan llamados, resistiéndolo abiertamente la letra viva de todas y cada una de nuestras leyes, las que rigen asi en las sucesiones vinculadas como en las de los bienes libres?

Los naturales no se entienden llamados, no siéndolo espresamente por los principios legales y la opinion y la doctrina de todos nuestros jurisconsultos.

102. No es mucho que el Duque de Osuna, despues de haber ocurrido á la ley, ocurra á la doctrina legal, de tanta importancia en las cuestiones jurídicas, como que basta la doctrina legal infringida para fundar la nulidad de las sentencias (5) dictadas por los Tribunales superiores. No es mucho que el Duque de Osuna desee que se consulte en busca de la doctrina legal en esta materia que se debate, la opinion de nuestros mas sabios

(1) Leyes 8 y 9, tit. 43, P. 6.^a

(2) Ley de 16 de mayo de 1835.

(3) Ley 9 de Toro.

(4) Ley 9 de Toro.

(5) Art. 7.^o del Real Decreto de 4 de noviembre de 1838.

jurisconsultos, de aquellos hombres que pasaban la vida leyendo, meditando y escribiendo sobre el libro de las leyes. Partiendo del principio de que *pater est ille quem justæ nuptiæ demonstrant*, nuestros jurisconsultos afirmaban que los naturales no son legalmente nada; que no son de la familia ni de la casa; que no son agnados ni cognados; que no se reputan en nada ni para nada á los ojos de la ley (1).

103. Proponen tambien los mayorazguistas la cuestion de si en el Mayorazgo simplemente instituido en favor de los hijos, escluyen los naturales primogénitos á los colaterales legítimos llamados en segundo lugar, y aun aquellos que se inclinan á la afirmativa, sostienen que no será esto asi cuando el testador es persona noble ó constituida en dignidad, ó cuando aparece lo contrario de conjeturas (2).

104. ¿Qué deberá decirse cuando se trata, no de un fideicomiso sino de un Mayorazgo; cuando el fundador ha llamado espresamente y en primer lugar á los legítimos de legítimo matrimonio nacidos; cuando el natural no es el primogénito, el segundo ni el tercero, sino que pertenece á una línea no nombrada y en la cual no pensó el fundador; cuando los interesados, que celebraron la escritura de transaccion aprobada por la sentencia imperial, eran tan nobles y constituidos en tan alta dignidad; cuando tan altamente digno era el que aprobó la transaccion, el Señor Emperador D. Carlos V? La cuestion que en esta parte provoca la demanda del Marques de la Vega de Santa María, la que como cuestion nos vemos en la necesidad de tratar, no lo ha sido nunca, no lo es, no tiene en su favor la opinion de un solo jurisconsulto, despues de tener en contra la decision terminante y esplicita de la ley.

105. «Cuando se habla de hijos en general, no se entiende ordinariamente sino de los

(1) Molina de primog., lib. 1.º, cap. 4.º, núm. 44 y siguientes, dice lo siguiente: *Hæc autem majoratus perpetuitas non solum legitimos comprehendit, sed ad legitimatos etiam, legitimis deficientibus, protrahenda est. Neque minus, cum etiam legitimati per rescriptum Principis ex familia, cognatione, et agnatione majoratus institutoris esse censeantur.*

Spurius autem, continúa diciendo despues de citar muchos autores, *de familia, domo, agnatione seu cognatione majoratus institutoris dicendus non est: ideoque ad ipsum, verbum hoc majoratus non extenditur.* Cita otros varios autores y continúa.

Quod medium in spurio, sed etiam in naturali et bastardo procedit. Bastardus namque, seu naturalis, non dicitur de familia, nec de domo, nec agnatione, neque etiam cognatione parentis. Cum enim hæc nomina juris, non autem solius naturæ sint, ad filios naturales seu bastardos non extenduntur.

Ideoque naturales, seu bastardi, arma, nec insignia parentum deferre possunt. Eadem ratione neque in feudo succedere possunt. Neque etiam in majoratu, nisi especialiter, et expressis verbis vocati sint, ut censuit in lege secunda, tit. 45, Part. 2.ª Greg. Lopez, in glosa verbum, «sino el hijo mayor.»

(2) Molina de prim., lib. 3.º, cap. 3.º, núm. 41 y siguientes.

Sed controversi solet, dice, utrum quando ad majoratus successionem filii simpliciter invitati fuerunt, absque abjectione verbi legitimi, in eo majoratu succedat filius naturalis primogenitus, exclusis agnatis vel cognatis in filiorum defectum substitutis.

Qua in re duæ opiniones diversæ inter juris interpretes inveniuntur. Prima dicentium in tali majoratu seu fideicomisso filium naturalem substitutum excludere. Quam conclusionem scribentes limitare solent: nisi testator sit persona nobilis, seu in dignitate constituta, vel nisi in alia parte testator de liberis naturalibus meminerit, vel nisi ex aliis conjecturis contrarium appareat.

Secunda opinio est dicentium regulariter filium naturalem substitutum sub conditione, si institutus sine liberis decesserit, non excludere, nisi ex qualitate vel conditione testantis, seu ex aliis conjecturis aliud inducatur.

Ex quibus infertur, quod si majoratus successione, ad quam filii simpliciter vocati sunt, dubitetur utrum filius naturalis succedat ex voluntate ac conditione institutoris, id decidendum sit, ita ut ex conjecturis superius aductis, et aliis, vel ab ejus successione excludatur, vel ad illam admittatur: quamvis raro, aut nunquam, ex regulis, quas paulo ante in filiis legitimatis in secunda et quinta conclusione tradidimus, ad majoratus successionem admitti possit.

Imo, quamvis predicta in fideicommissis procedant, credimus ad primogenii successionem, in quo filii simpliciter vocati sint, nunquam esse filios naturales admittendos. Ubi cumque namque agitur de honore filiorum, nunquam filiorum appellatione filii naturales comprehenduntur. Cita muchos autores y prosigue. Non enim credendum est majoratus institutorem familiæ decus acque splendorem in persona filii naturalis opponere voluisse.

»hijos legítimos de ambos sexos, porque lo que caracteriza la calidad de hijo es el haber nacido de padres unidos por matrimonio legítimo; y así es que si se quiere comprender ó mencionar á los hijos ilegítimos, se les suele dar alguna calificación que los designe, principalmente cuando se trata de sucesiones y de otros derechos de familia (1).»

106. El mismo Molina, sentando que el hijo no puede representar la persona del padre, sino en el caso de que el padre viviendo pudiera suceder, afirma que es tan incapaz de suceder en el Mayorazgo el espureo como el natural, destituido de derecho en potencia y en esperanza (2).

107. No hemos encontrado un solo jurisconsulto que decidida y resueltamente sostenga la opinion contraria á la que sostenemos. Acevedo, á quien hemos citado y á quien acaso citará el Marques de la Vega de Santa María, en otro lugar de su obra, habla solo de los alimentos, los cuales no se niega que se deben á los naturales. Mieres, cuya opinion hemos visto tambien, investiga en los números 27 y 28 de los lugares citados, si á falta de descendientes legítimos sucederán los ilegítimos; y aunque se inclina á la afirmativa, no solo dice resueltamente y habla del caso en que falten, no solo los descendientes sino los parientes colaterales del fundador, como lo dan á entender las palabras en que se funda (3).

108. Que son admitidos á los oficios públicos los naturales en falta de los legítimos, afirma tambien algun intérprete. Pero aquí se trata de la sucesion á los Mayorazgos, no á los oficios públicos, que por derecho y en utilidad pública pueden en buen hora servir los naturales, sin que sean, como no son legalmente, de la casa ni de la familia paterna.

Los naturales no pueden entenderse llamados en la sentencia imperial, atendido su contesto y su sentido natural y genuino, por las reglas legales y hasta por las gramaticales.

109. Todos los jurisconsultos cuyos nombres hemos citado ó cuya doctrina hemos recordado en la proposicion anterior, hablan del caso en que se establece Mayorazgo simplemente, sin llamar hijos ó descendientes legítimos ni naturales tampoco. Mas cuando la fundacion llama hijos ó descendientes legítimos, una, dos, tres y mas veces, siempre exigiendo la legitimidad; cuando, despues de haberla exigido con mucha repeticion, hace un llama-

(1) Escriche, Dic. raz. de juris. y leg. 3.^a edi. pal. hijo.

(2) Molina de prim. lib. 3.^o, cap. 7.^o, núm. 4.

Quæ omnia quando pater nullo tempore primogenituræ jus, nec in potentia, nec in spe habere potuit, intelligenda sunt, veluti si erat spurius, seu naturalis, etiam si legitimatus esset in casibus in quibus resolvimus legitimatum ad majoratus successionem non admitti.

Licet ad majoratum filii simpliciter vocentur, absque abjectione verbi legitimi, non veniunt naturales, dice Mieres de majorat. p. 2, quest. 2, núm. 4.

Flores de Mena sostiene la misma opinion en el lib. 4.^o var. quest. 46, desde el núm. 2 hasta el 37, diciendo en el 32: *Hanc opinionem veriozem esse, et quæ debet servari in judicando et consulendo, prout semper vidi servari.*

Lo propio sientan otros muchos jurisconsultos, entre los mas conocidos, Acevedo, en la ley 41, título 6, lib. 5, Recop. núm. 45; Avendaño en la ley 40 de Toro, glosa 44, núm. 43; Alvarado de conjetur. mente defuncti, lib. 2, c. 3.^o, núm. 75; Castillo el mas jóven, lib. 2 controv. c. 30, núm. 48.

Entre los menos conocidos Molina, Theologus de just. et jus. disp. 474; Nicol. Garcia, in tractatu de benef. p. 7, c. 45, núm. 50; Alexander Band. de analogis, cap. 30, núm. 90, siguiendo á Gregorio Lopez y Molina.

(3) *Credendum est, dice, quod ne sua memoria in totum extingueretur, et bona libera remanerent, ipse admitteret talem descendente[m] à filio spureo.*

miento, el último, sin repetirla, pero sin nombrar espresamente á los naturales, entonces es infinitamente mas clara aun la exclusion de estos, porque entonces se entiende repetida en los últimos llamados la cualidad exigida en los primeros. Y cuando esa cualidad es, no una separacion ó desvío del derecho comun, sino una confirmacion de él (1), como sucede con la legitimidad, consagrada por todas las razones y por todos los derechos, entonces es el mayor de los absurdos y el mas craso de todos los errores entender llamados á los naturales, no estándolo especial y determinadamente.

110. El célebre Molina, en el libro 3.º, capítulo 5.º, número 56 y siguientes, examina muy estensamente la cuestion de si establecido el Mayorazgo en favor de hijos y descendientes varones, se entenderá repetida la cualidad de masculinidad en los segundos y en los terceros llamamientos, cuando sean nombrados los hijos y descendientes simplemente y sin agregacion de varones ó hembras; y se inclina á la opinion negativa, pero estableciendo varios casos de escepcion.

111. Uno de ellos cuando se trate de condiciones ó cláusulas contra el derecho comun, porque entonces, segun afirma en el número citado y en otros cien lugares de su excelente obra, debe ser suplida y esplicada y comentada la voluntad del fundador por el derecho comun. Y no hay nada mas exacto que esto, porque si bien pueden y deben tenerse por válidas las cláusulas y condiciones de la fundacion esplicitas y terminantes que se separen un tanto del derecho comunmente recibido, no puede decirse lo mismo, no debe entenderse corregido el derecho comun por cláusulas que no envuelvan y contengan voluntad decidida de parte del fundador.

112. Pues aquí se trata de la legitimidad, tan recomendada y exigida por todas nuestras leyes en las sucesiones lo mismo que en las herencias, como hemos visto y demostrado largamente en las anteriores proposiciones. ¿No deberá en tal caso entenderse repetida en los últimos llamamientos la legitimidad exigida en los primeros?

113. Otro caso de excepcion es para Molina cuando sea espresa, ó al menos pueda subentenderse, la razon que tuviera el fundador para haber exigido la cualidad; lo cual cuadra perfectamente al Mayorazgo de que se trata, en que es tan clara la razon, ó por mejor decir, las razones que huho para exigir la legitimidad, exigida en las fundaciones antiguas no derogadas en esta parte, y recomendada por la cabidad y circunstancias de aquellos á quienes se concedia el Mayorazgo, y por la mas alta aun del que lo concedia.

114. El tercer caso es cuando la cualidad es puesta en el Mayorazgo por via de regla general, sobre cuyo punto cita el mayorazguista de quien hablamos á Bártulo, en su comentario á una ley romana, en donde dice: *quod quando aliquid est appositum in aliqua dispositione per viam regulæ generalis, id quod dictum est, ibidem censetur in sequentibus repetitum*. Esto es cabalmente lo que sucede aquí, en donde debe creerse que se puso por regla del Mayorazgo la legitimidad, encontrándose tan repetida en los primeros llamamientos en todos los descendientes de D. Rodrigo (núm. 21), las palabras legitimo de legitimo matrimonio nacido.

(4) *Omnis namque recessus á jure communi odiosus est, dispositioque á jure communi exorbitans, stricte atque tenaciter interpretanda est.* Molina, de primog. lib. 3.º, cap. 4, núm. 23.

115. Hé aquí, por último, como se espresa el mismo Molina sobre este punto en el número 63 (1).

116. Cuya razon debe tenerse muy en cuenta y ser considerada como concluyente é indestructible. Porque resultaria en efecto, entendido el llamamiento de la sentencia imperial de la absurda manera que lo entiende el Marques de la Vega de Santa María, que los descendientes mas remotos de D. Manuel (núm. 13) quedaban de mejor condicion y mucho mas favorecidos que el mismo D. Rodrigo (núm. 21), que no era hijo natural, sino legítimo, de D. Manuel (núm. 13), que los hijos del propio D. Rodrigo (núm. 21) y que todos sus descendientes, en todos los cuales se exigió la legitimidad. Esto es un absurdo que rechazan por punto general las leyes á una con la razon y el buen sentido, y que rechazan aquí señaladamente las circunstancias especiales del asunto, en el cual no puede considerarse posible que quisieran los interesados que favoreciera el Monarca mas á las partes directas transversales de D. Rodrigo y D. Manuel (números 21 y 13), que á los descendientes directos en todos grados del D. Rodrigo (núm. 21), en cuya contemplacion hizo el Monarca todo lo que revelan los autos cerca del Presidente y Oidores de la Chancillería de Granada, á quien dió por pura gracia y liberalidad el Condado de Bailen.

117. No es la autoridad de Molina la única que puede aducir en su abono el Duque de Osuna (2).

118. Lo que este jurisconsulto dice de los hijos naturales, una vez nombrados en el testamento, debe con mayoría de razon entenderse dicho de los legítimos. Una vez nombrados los legítimos, de los legítimos se entiende dicho cuanto despues se diga.

119. Las palabras posteriores segun reglas gramaticales y legales ¿quién duda que deben entenderse por las anteriores? ¿Quién duda que no siendo muy clara y muy conocida la voluntad del fundador en las últimas palabras del llamamiento, deben estas ser esplicadas, y corregidas en su caso, por las primeras? ¿Quién no está conforme en que no ha de ser interpretada la fundacion violenta sino natural y sencillamente? A este propósito habia dicho la ley de Partida (3): «Las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas claramente, asi como ellas fueran, é no se debe partir el juzgador del entendimiento de ellas, fueran ende cuando pareciera ciertamente que la voluntad del testador fue otra.» La Sala decidirá de qué manera se entiende mas llanamente la voluntad del Monarca en la sentencia imperial, en aquellas palabras, *y en su defecto el pariente suyo mas propincuo*; si entendiendo llamados aquí á los parientes transversales legítimos, como se habia llamado antes á los descendientes legítimos, segun quiere el Duque de Osuna, ó entendiendo llamados á los transversales naturales, como pretende el Marques de la Vega de Santa María.

(1) *Quarto, predicta secunda opinio non procedit quando si qualitas masculinitatis repetita non censeretur, deterioris conditionis esset proximior quam remotior. Tunc namque qualitas masculinitatis, in una parte abjecta, in alia repetita censenda erit;* y sigue diciendo ser esta la opinion de los muchos escritores citados por él en esta materia.

(2) Pelaez Mieres de majoratibus, par. 2.^a, cuestion 4.^a núm. 77 dice: *Qualitas apposita in filio, vel nepote primogenito, quod sit natus de legitimo matrimonio, censetur repetita in omnibus descendentibus vocatis ad primogenituram, maxime si ille, qui majoratum fecit, erat nobilis.* Y en el n.º 78 se espresa asi: *In majoratibus Hispaniae, propter eorum perpetuitatem, qualitates quas testator ponit in primo instituto, censerentur repetitae in aliis successoribus.*

Bartolus in lege ex facto, §. si quis rogatus núm. 2.º ff. ad Treb. dice: *Si in una parte testamenti in qua sit mentio facta de filiis, testator expresserit etiam de naturalibus, sic quoque in alia parte testamenti in qua simpliciter de filiis meminerit, naturales quoque continebuntur.*

(3) 5.^a, tit. 3.º, P. 7.^a

120. Parientes propincuos, legalmente hablando, son parientes legítimos, porque los naturales no lo son, según queda antes probado hasta la saciedad. Y en sentido legal debe entenderse la sentencia imperial, por haber avocado el Monarca á sí, en virtud del recurso al intento hecho por los interesados, el conocimiento de la causa, y el pleito que se seguía en la Chancillería de Granada, debiendo por ello entenderse y explicarse cuanto allí aparezca hecho con entera sujeción al lenguaje legal, que es el que se usa en los pleitos y en las sentencias.

121. De otra suerte, entendiéndose por parientes propincuos los naturales, podrían y deberían entenderse llamados también en la sentencia imperial los incestuosos, los adúlteros, los sacrílegos, y hasta los manceres, ó sea aquellos que nacen de las mugeres públicas (1). A este extremo conduce la doctrina del Marqués de la Vega de Santa María. Legalmente no son hijos sino los que nacen de legítimas bodas, y una vez rota esta valla, para todos debe entenderse rota. Dándose entrada á los naturales, que no son de bendición, ¿por qué ha de negarse á los demás? Como este absurdo no puede sostenerse, como no ha de ser así entendida la voluntad del Monarca, es preciso concluir que no tienen en la fundación entrada los naturales.

122. Que no la tiene lo prueba también el llamamiento de la sentencia imperial respecto del Ducado de Arcos, en el cual una y otra vez declaró S. M. que sucedieran el D. Rodrigo (núm. 24) y sus descendientes de la manera establecida en el testamento de D. Rodrigo (núm. 11), que al efecto aprobaba y ratificaba S. M. Pues en este testamento, ya hemos visto también y demostrado con el Memorial ajustado, que no tenían llamamiento los naturales.

123. ¿Podrían tenerlo al Condado de Bailen? Esto sería tanto como afirmar que el Monarca quiso introducir notable diferencia en el orden de suceder de los dos Mayorazgos, cosa insostenible por sí misma, y más aun teniendo en cuenta que los dos Mayorazgos procedían de un mismo origen, que los dos habían sido fundados por una misma persona, que los dos tenían unos mismos llamamientos, y que habían sido poseídos hasta entonces, y habían de serlo en lo sucesivo por personas de elevado rango. Eso habría sido hacer de mejor condición á los descendientes de D. Rodrigo (núm. 21), y de su padre D. Manuel (núm. 13), que á los que procedían de D. Rodrigo (núm. 24) y de su abuelo Don Rodrigo (núm. 11). Eso habría sido establecer distinciones odiosas por la ley y por el buen sentido, é incompatibles además con el objeto y fin que el Monarca se propuso en la sentencia, que fue igualar en cuanto fuera posible la suerte y la condición de los dos litigantes, que fue dar equitativamente á cada uno de los interesados con las mismas condiciones, en la propia forma y términos, un trozo de los antiguos Mayorazgos de Arcos y de Bailen.

124. Y ¿qué diremos de la importantísima circunstancia de no haber sido llamados á la sucesión del Condado de Bailen, en defecto de descendientes legítimos de D. Rodrigo (núm. 21), su hermana Doña Mayor Ponce de León (núm. 22), hija natural de Don Manuel (núm. 13), cuyos titulados derechos pretende representar el Marqués de la Vega

(1) Ley 4.ª, tit. 45. P. 4.ª

de Santa María? Si la intencion y el deseo de los transigentes y del Sr. Emperador hubiera sido llamar, en defecto de descendientes legítimos de D. Rodrigo (núm. 21), á sus parientes mas propincuos naturales, descendientes de D. Manuel (núm. 13), como quiere el Marques de la Vega de Santa María, ¿habia cosa mas natural que llamar á la Doña Mayor (núm. 22) que vivia entonces y deberia estar casada y tener hijos, pues que el pleito fue transigido cuando contaba ya mas de 20 años de existencia? Antes que los parientes naturales en grado remoto de D. Rodrigo (núm. 21) que la sentencia imperial llama á juicio del colitigante hasta el infinito, sin nombrarlos, porque no se podian nombrar, no sabiéndose los que podian ser ¿no estaban Doña Mayor, parienta natural tan cercana del mismo D. Rodrigo, como que era hermana suya, y sus descendientes? ¿No los habria llamado *nominatim* la sentencia imperial á ella y á sus hijos y descendientes? ¿Por qué no los llamó? Porque no se queria dar, porque no se dió entrada en estos Mayorazgos á los naturales, sino á los legítimos; porque los naturales quedaban espresamente escludidos. Por eso no hacen mencion una sola vez siquiera la transaccion y la sentencia imperial de Doña Mayor (núm. 22), y de sus hijos, sin embargo de que los tenia.

125. Si se hubiera querido dar entrada á los naturales transversales de D. Rodrigo (núm. 21) en falta de descendientes legítimos del mismo, se habria dicho y espresado asi claramente. No habiéndose dicho y espresado, nadie que no sea enteramente extraño á la ciencia del derecho en general, con particular aplicacion en los Mayorazgos, podrá entender llamados á los naturales, como si fueran la naturalidad, la ilegitimidad, la bastardía, cosa que pudieran suplir la recta interpretacion ó el noble oficio del Juez. ¡Qué error y que absurdo!

Bajo la denominacion de parientes no se entienden legalmente comprendidos los naturales.

126. No pensábamos escribir mas sobre la cuestion que todavia nos ocupa. Mas al ver al Marques de la Vega de Santa María decir en uno de sus escritos presentados en esta instancia que «bajo la denominacion de pariente nadie ha dudado hasta ahora, sino nuestro adversario, que se comprenden los hijos y descendientes naturales;» hemos creido que debiamos tratar este punto especial y separadamente, sin embargo de que puede y debe entenderse mas que suficientemente ilustrado con lo que hasta aquí se ha dicho y espuesto.

127. Bajo la denominacion sola y simple de parientes es un error gravísimo suponer que se entienden comprendidos los naturales. La palabra parientes, ni vulgar, ni gramatical, ni legalmente hablando, envuelve mas idea que la de parentesco, esto es, la union entre varias personas por los vínculos de la sangre, como las palabras hijo y padre no envuelven en rigor otras ideas que las de filiacion y paternidad. Si se ha de clasificar el parentesco, si ha de saberse algo mas del parentesco, es menester adoptar alguna otra palabra que lo diga. Es menester agregar las palabras que indican la legitimidad ó ilegitimidad, si se quiere hacer entender el parentesco legitimo ó ilegítimo, y otras si de lo

que se trata es de parentesco entre ascendientes ó descendientes, agnados ó cognados, y lo demas que se quiera. Esto y no otra cosa significa la palabra ó la denominacion de pariente. Comprende á los ascendientes y descendientes, á los agnados y cognados, á los colaterales, pero no los clasifica.

128. Todos ellos, los ascendientes y los descendientes, los agnados y los cognados, los colaterales ó transversales, los parientes, no lo son legalmente si no proceden ellos entre sí y del tronco comun, de union legítima. El fundamento de la paternidad y de la filiacion es el matrimonio: *pater est ille justæ quem nuptiæ demonstrant*. Sin paternidad y filiacion no hay ascendencia ni descendencia, no hay agnacion ni cognacion, no hay colaterales ó transversales, no hay parentesco. Sin legitimidad no hay parientes para los efectos legales en grado mas próximo: ¿no será absurdo suponer que los hay en grado mas remoto? Si legalmente no hay padres ni hijos sino cuando hay legítimas bodas, si no se entienden nombrados y comprendidos los padres y los hijos sino cuando son legítimos, ¿cómo se entenderán nombrados y comprendidos los parientes si del propio modo no son legítimos?

129. Adelantemos un poco mas, y aparecerá que es la que combatimos una miserable decepcion de toda idea y de todo principio de derecho. El parentesco no es otra cosa, segun la ley de Partida (1), que la consanguinidad, esto es, la union de varias personas por la sangre, por el linage, á cuyo propósito dice otra ley del mismo Código (2): «pro muy grande é muchos bienes nascen *del casamiento* segun es dicho en el prólogo de esta cuarta Partida. E aun sin aquellos, señaladamente se levantan ende tres cosas, fé, é *linage*, é sacramento; é el otro bien de linage es de facer fijos para acrescer derechamente el linage de los omes, é con tal entencion deben todos casar.»

130. Del casamiento, del matrimonio, de la union santificada por la ley nace, entre otras cosas, el linage, esto es, la sangre, el parentesco, la familia, el casamiento acresce derechamente el linage de los hombres. Por eso dice otra ley de Partida (3): «do quier que el señorío hubieron por linage, é mayormente en España;» y otra (4): «por razon de linage;» de donde han deducido todos los juriconsultos la regla de que en los Mayorazgos se sucede al último poseedor, no por derecho hereditario, sino de sangre, de linage.

131. El matrimonio es la base y el fundamento de la sangre y del linage, de lo que une á los hombres en parentesco, de esa trabazon ó aligamiento, como dice la ley de Partida, de personas, que se llama parentesco ó consanguinidad. Bien lo esplica con mucha precision el célebre glosador de las Partidas, en aquellas palabras ya recordadas, «para acrescer derechamente el linage:» *non enim, dice, proprie dicitur proles nisi sit ex nuptiis nata.*

132. Y ¿quién habia de incurrir, si se esceptúa al Marques de la Vega de Santa María,

(1) 1.^a, tit. 6.^o, P. 4.^a

(2) 3.^a, tit. 2.^o, P. 4.^a

(3) 2.^a, tit. 15, P. 2.^a

(4) 9.^a, tit. 7.^o, P. 2.^a

en el craso error de llamar parientes, legalmente hablando, á los que lo son solo naturales? Si tal fuera, por la misma razon se entenderian tambien cuando se nombran parientes, nombrados los parientes de todas clases que admiten los jurisconsultos, los que proceden de parentesco meramente natural no solo, sino del meramente civil, que es el que se contrae por la adopcion, y del espiritual, que es el que se contrae por el bautismo y la confirmacion; y en tal caso, y por la misma razon y con idéntico derecho, deberian haberse admitido á la sucesion del Condado de Bailen, en falta de descendientes legítimos de Don Rodrigo (núm. 21), sus parientes adoptivos y sus parientes espirituales. ¡Cuánto absurdo y cuánto despropósito! Pues á estos absurdos y á estos despropósitos conduce naturalmente la doctrina que sienta el Marques de la Vega de Santa María.

133. No, no son parientes, no vienen en la denominacion de parientes los naturales, en el lenguaje de la ley y en el lenguaje de los jurisconsultos. Todas las leyes del título 6.º de la Partida 4.ª que hablan del parentesco y de la cuñadia ó afinidad, del casamiento, de las líneas y de los grados, del modo de computar los grados por derecho civil y por derecho canónico, hablan del parentesco legítimo; todas las leyes que tratan de las sucesiones intestadas y establecen los derechos de los herederos *ab intestato* en los bienes de sus parientes, todas dan por supuesta la legitimidad; todas, cuando hablan de los naturales, los nombran espresamente, y espresamente determinan y señalan los derechos que les conceden. Y no podia ser de otra manera, siendo tanta y tan grande, como antes vimos, la diferencia que nuestras leyes establecen entre los parientes naturales y los legítimos, en las sucesiones de los bienes libres como en las de los vinculados.

134. Asi vemos tambien que la ley 5.ª del referido título 6.º, que define y explica con la claridad que acostumbra la cuñadez ó afinidad, dice que «nace esta del ayuntamiento del varon é de la muger tan solamente, quier sean casados ó non.» Esto dice la ley hablando de parentesco fingido, que es la afinidad. ¿Cómo es que no lo dijo cuando habló del parentesco verdadero, que es el de consanguinidad? Porque el parentesco de sangre, que es el verdadero parentesco, no lo produce sino la union legítima.

135. De ese parentesco verdadero hablan todos los jurisconsultos españoles, sin exceptuar uno solo, al deslindar los derechos que tienen los ascendientes en los bienes de sus descendientes, los descendientes sobre los de los ascendientes, y los de los colaterales entre sí: todos hablan de los parientes, como de los hijos y de los padres; todos dan por supuesta la legitimidad. ¿Cómo, pues, quiere el Marques de la Vega de Santa María que en la denominacion de parientes se entiendan comprendidos los naturales, si espresamente no se les comprende?

136. La palabra parientes, si bien comprende en el lenguaje legal y en el vulgar, á los ascendientes y descendientes y á los colaterales ó transversales, adóptase comunmente para designar á los últimos en contraposicion de los ascendientes, y especialmente de los descendientes. En este sentido se espresa la ley 27 de Toro, antes recordada, la cual dispone que pueda el padre mejorar á alguno de sus hijos en el tercio, imponiéndole gravámen, con tal que lo haga entre sus descendientes legítimos, en falta de ellos entre los descendientes ilegítimos, en falta de ellos entre los ascendientes, «y á falta de los susodichos puedan hacer las dichas sumisiones entre *sus parientes*, y á falta de *parientes* entre los estraños.»

137. ¿Qué significan aquí las palabras parientes? No pueden significar á los ascendientes y descendientes, de quienes ya habia hablado la ley. No significan tampoco los parientes en general, porque esto seria no haber dicho nada, y porque la ley desde luego habia entrado clasificando los parientes. Significan, pues, aquellas palabras los colaterales, los transversales.

138. En este mismo sentido está tomada la palabra pariente en la ley 2.^a, tít. 15, Part. 2.^a, tambien recordada, la cual despues de llamar á la sucesion del Reino al hijo mayor y á todos aquellos que viniesen por la línea derecha, llama en defecto de ellos, al mas propincuo *pariente*.

139. En ese mismo sentido habla Molina (1).

140. En ese mismo sentido hablan generalmente los testamentos, escrituras y fundaciones y Mayorazgos, los cuales establecen por lo comun el órden establecido por la ley y por la naturaleza, de llamar primero á los descendientes, y en falta de ellos á los colaterales, designándolos casi siempre por la palabra parientes, la cual puesta á continuacion del llamamiento en favor de los descendientes, ¿habrá quien dude que contiene un llamamiento en favor de los colaterales?

141. Y á eso se atemperó, y ese sistema adoptó la sentencia imperial, llamando á D. Rodrigo (núm. 21), sus hijos y descendientes legítimos, y en falta de ellos, al pariente mas propincuo suyo. Buscar en esto un título para optar al Condado de Bailen un pariente ilegitimo, sea ó no descendiente de D. Rodrigo (núm. 21) y D. Manuel (núm. 13), con preferencia á los colaterales legítimos, es tanto como querer ese mismo Condado, solo porque produce buenas rentas. La sentencia imperial ha de ser medida por las leyes y los principios legales, y las leyes y los principios legales rechazan la inteligencia que se da á la palabra parientes.

La interpretacion que queda hecha de la sentencia imperial, tan fundada por la ley y por los principios legales, es la que han sancionado los tribunales.

142. Por muerte de D. Rodrigo (núm. 21), primer Conde de Bailen, hemos dicho ya que poseyó este Condado su hijo primogénito D. Manuel (letra B), y por muerte de este D. Rodrigo (letra G). Falleció este en Oran bajo testamento otorgado en 29 de setiembre de 1582, en el cual, hablando de la persona que habia de sucederle en el Condado, espresó que no tenia hijos, por no ser casado, y que por cuanto D. Pedro Ponce de Leon, su primo (letra H), hijo de D. Juan Ponce de Leon (letra C), y sus hermanos, por la gran culpa y desdicha de su padre estaban incapaces para suceder, y á él como último poseedor y representante del primer instituidor, en semejante caso le tocaba declarar la persona que le debia suceder, en la mejor forma de derecho, nombraba y declaraba sucesor de su Mayorazgo á Doña Giomar Ponce de Leon (no está en el árbol) hermana de su padre, si vi-

(1) De primog. lib. 1.^o, cap. 4.^o, núm. 4.^o *In fideicommisso familiæ omnes propincui comprehenduntur: quod verbum generale est, non solum descendentes, sed etiam transversales comprehendit.*

via cuando él falleciese; y después, *atento á que se acababa en ella la descendencia legítima y hábil para suceder* del conde D. Manuel (núm. 13), y del Conde D. Juan (núm. 5), y que se había de tomar la sucesion del Conde D. Pedro (núm. 2), declaraba por sucesor al descendiente varon mayor *legítimo* que hubiese de D. Lope Ponce de Leon (núm. 7), y si no había sucesor *legítimo* del D. Lope, varon ó hembra, nombraba por sucesor á Don Rodrigo Ponce de Leon (núm. 32), su sobrino, que entonces poseia la casa de Arcos, como descendiente de D. Luis Ponce de Leon (núm. 8), hermano menor de D. Lope y del Conde D. Juan: el cual D. Luis (núm. 8), fué hijo del Conde D. Pedro Ponce (núm. 2), de quien se había de tomar la sucesion, y á los hijos y descendientes del dicho D. Rodrigo (núm. 32), por la forma que se había sucedido en la casa de Arcos. Y todavía faltando los descendientes *legítimos* de D. Rodrigo (núm. 32), llamó á los que lo fueren de Doña Elvira Ponce de Leon, hija del Conde D. Pedro (núm. 2). En otra cláusula declaró que había tenido en una doncella natural de Bailen, de limpia casta, una hija, que se había criado en Torregimeno en el Monasterio que allí había, la cual se llamaba Sor Catalina (letra I), y añadió que en el caso de que no quisiera hacer profesion, la dejaba por universal heredera de todos sus bienes libres derechos y acciones, y en aquello que en cualquiera manera le pudiere pertenecer y pertenecia (1).

143. Habiendo fallecido el testador en abril de 1584 se promovió juicio de tenuta sobre el Condado de Bailen en la Chancillería de Granada, en el cual litigaron, entre otros, el Duque de Arcos D. Rodrigo (núm. 32), Doña Catalina Ponce de Leon (letra I), hija natural del último poseedor, varios descendientes de D. Pedro (núm. 9), y D. Pedro Ponce de Leon (letra H), nieto de D. Rodrigo (núm. 21), y primo hermano del último poseedor.

144. El juicio se siguió por sus trámites, habiéndose opuesto á Doña Catalina (letra I), como era consiguiente, la circunstancia de ser hija natural del último poseedor, y al Don Pedro (letra H), la incapacidad que decian le asistia para suceder por el delito de su padre, que parece había sido mandado quemar por la Inquisicion; y concluso legitimamente, se pronunció sentencia en 14 de mayo de 1590, mandando dar la posesion del Estado litigioso al Duque de Arcos (núm. 32), remitiendo á la Chancillería el conocimiento sobre la propiedad. Pero habiéndose suplicado por uno de los litigantes, se pronunció sentencia de revista en 1594, reformando la de vista, y declarando la tenuta en favor de D. Pedro (letra H), primo hermano del D. Rodrigo (letra G), y biznieto de D. Manuel (núm. 13).

145. De este pleito de tenuta nació el de propiedad que promovió el Duque de Arcos (núm. 32), contra D. Pedro (letra H), que fué fallado definitivamente por la misma Chancillería por sentencia de vista de 8 de junio de 1611, absolviéndose de la demanda al demandado (letra H), y declarando que muriendo este sin hijos legítimos, era el legítimo sucesor del Condado de Bailen el Duque de Arcos D. Rodrigo (núm. 32), y los sucesores en su casa y Mayorazgo: mas por sentencia de revista de 23 de febrero de 1617 se confirmó la de vista, entendiéndose que por ella se declaraba legítima sucesora en el Condado de Bailen á Doña Catalina (letra I), hija natural del anterior poseedor, para después de los dias del que lo era entonces D. Pedro Ponce de Leon (letra H); de cuya sentencia

(1) Memorial, núm. 97.

en cuanto á su última parte suplicaron el Duque D. Rodrigo y otros, habiendo tambien interpuesto el mismo Duque recurso de segunda suplicacion para con la Doña Catalina, que no llegó el caso de resolverse, aunque alegaron todos definitivamente de su derecho, por haber fallecido sin sucesion el D. Pedro (letra H), último poseedor.

146. Este fue realmente el último poseedor de la línea de D. Manuel (núm. 13). Por su fallecimiento principió un largo y ruidoso pleito en el estinguido Consejo de Castilla, sobre la tenuta del Condado de Bailen, entre el mismo Duque de Arcos D. Rodrigo (número 32), Doña Catalina Ponce de Leon (letra I), representada por su marido D. Diego de Cárdenas, del Consejo de Indias, Doña María Manuela de Alencastre, viuda del último poseedor D. Pedro (letra H), y otros. Este pleito fue muy ruidoso; duró nada menos que siete años, y constaba y consta de crecido número de fojas, por haber tenido en él lugar varios incidentes, y haber alegado muy estensamente de su derecho los litigantes, que eran muchos. La Doña Catalina, entre otras infinitas razones, que seria ocioso recordar, alegaba en su favor que en la denominacion de propincuos y consanguíneos que habia adoptado la sentencia imperial, venian tambien los hijos naturales; que habia sido legitimada por su padre por haberla instituido su heredera en el testamento, siendo hija suya natural; y que siendo tal heredera de su padre, estaba del propio modo comprendida en la sentencia imperial, que llamaba tambien á los herederos del Conde D. Rodrigo (núm. 21).

147. Por sentencia del Consejo de 21 de julio de 1625, en cuyo encabezamiento se refieren todos los que litigaban, como es costumbre, entre ellos la Doña Catalina Ponce de Leon, muger de D. Diego de Cárdenas, del Consejo de Indias, se declaró que el remedio de la ley de Toro, intentado por parte de D. Rodrigo Ponce de Leon, Duque de Arcos (núm. 32), hubo y há lugar, y en su consecuencia se mandó que al susodicho le fuese dada la tenuta y posesion del dicho Condado de Bailen, y de la dicha Villa, y todos los demas bienes y rentas al dicho Estado pertenecientes, con mas los frutos y rentas que habian rentado desde la muerte del D. Pedro Ponce de Leon (letra H), último Conde que fue de Bailen, y las que rentasen en cuanto á la Real entrega y posesion; declarándose que en cuanto á la propiedad siguiesen su justicia como vieren convenirles (1).

148. Despues de este pleito ninguno otro se ha seguido en que hayan litigado descendientes del D. Rodrigo ó D. Manuel (números 21 y 13), con los Duques de Arcos. Este pleito es el que volvió á incorporar al ducado de Arcos el Condado de Bailen, que habia estado separado de él por espacio de 103 años, transcurridos desde 1522, fecha de la sentencia imperial, hasta 1625, fecha de la sentencia ejecutoriada del referido pleito de tenuta; en cuyos 103 años obtuvieron el Condado de Bailen cuatro personas: D. Rodrigo (núm. 21); D. Manuel (letra B), su hijo; su nieto D. Rodrigo (letra G), y su otro nieto D. Pedro (letra H). Desde 1625 hasta el dia han poseido constantemente el Condado de Bailen, juntamente con el Ducado de Arcos, los ascendientes del Duque de Osuna.

149. Estos datos que, fieles á nuestro sistema de referir de los autos solo lo absolutamente necesario, hemos recordado con la mayor brevedad posible, son fecundos en consecuencias legales, muy provechosas á la causa que defiende el Duque de Osuna.

(1) Memorial, núm. 409.

150. Obsérvase, en primer lugar, que la opinion de aquellos tiempos unánimemente convenia en que no tenian llamamiento en la transaccion y sentencia imperial los hijos y descendientes naturales de D. Rodrigo y D. Manuel (números 21 y 13). Así vemos al D. Rodrigo (letra G), que no tenía hijos legítimos por no ser casado, empeñado en su testamento en nombrar sucesor legítimo del Condado de Bailen, por extinguirse en él la descendencia legítima de los referidos D. Rodrigo y D. Manuel (números 21 y 13). Este hecho en un hombre que tenía una hija natural, á quien amaba hasta el punto de haberla instituido heredera, en ese mismo testamento en que exigia legitimidad para la sucesion del mayorazgo de Bailen, es importantísimo, porque revela con mucha claridad el juicio que se habia formado del llamamiento que contiene la sentencia imperial.

151. Otro hecho, no menos significativo, es el que produce la série de pleitos promovidos sobre la posesion ó propiedad del Condado de Bailen. Mientras hubo descendientes legítimos de D. Rodrigo (núm. 21) y D. Manuel (núm. 13), nadie los disputó la posesion ni la propiedad del Condado de Bailen, que poseyeron tranquilamente hasta D. Rodrigo (letra G). La muerte de este sin sucesion legítima; la incapacidad que con razon ó sin ella se atribuía á D. Pedro (letra H), que tambien murió despues sin hijos legítimos; la falta de descendencia tambien de Doña Giomar (letra D), fueron la señal de los pleitos que todas las líneas promovian en reclamacion del Condado de Bailen. ¿Por qué así? Porque la sentencia imperial llamaba á los descendientes legítimos, y la descendencia legítima se habia acabado; porque en falta de descendientes legítimos debian entrar los colaterales, los parientes mas propincuos legítimos de D. Rodrigo (núm. 21), y todos creian, ó aparentaban creer, ser los parientes mas cercanos legítimos. Este hecho es tambien muy importante, porque da á conocer la opinion que sobre el particular tenian los representantes en aquel tiempo del entronque hasta Doña Mayor Ponce de Leon y D. Baltasar de Rivera y Pedrosa (núm. 29), y con los documentos fueron todos los reparos que uno de los que litigaron en aquel pleito habia puesto á dicha filiacion del D. Fernando (núm. 49), reparos que aceptaron y esforzaron en el pleito posesorio el Duque de Osuna y el Conde del Aguila. A todos estos reparos procuró contestar el Marques de la Vega de Santa María en dicho juicio último posesorio, y con el mismo objeto ha presentado ahora en este de propiedad, y en la presente instancia, un testimonio, de que resulta que por sentencia del Consejo de Castilla de 28 de febrero de 1756 se mandó dar y dió al D. Fernando (núm. 49), la posesion del Mayorazgo fundado por la Doña María Dávila Enriquez (1).

152. El letrado que suscribe ha examinado este testimonio con vivos deseos de encontrar en él una prueba concluyente en favor de la filiacion del Marques de la Vega de Santa María, y de esponerlo y declararlo así con lealtad y franqueza, á fin de que se separaran del Memorial ajustado actual los infinitos datos y documentos que sobre este punto obran ahora consignados en él. Mas no habiendo encontrado esa prueba, ha creido que no le era permitido darla por encontrada, y por justificada la filiacion de un litigante que no lo está á juicio suyo.

153. El testimonio aparece dado por un Escribano de la Villa de Antequera, con re-

(1) Memorial, núm. 488.

ferencia á un espediente exhibido por el Marques de la Vega actual, y no ha sido cotejado con su original. Esto último nos parece una falta grave de formalidad, bastante para que se tenga por insolemne é inadmisibile el testimonio, aunque no haya sido redargüido civilmente de falso. Todo documento debe ser cotejado con su original con citacion contraria, como lo ha sido la ejecutoria presentada tambien en esta instancia por el Duque de Osuna. No sabemos tampoco por cuál razon haya de estar en la casa del Marques de la Vega de Santa María el espediente original, concluso en una época en que no era ya costumbre y no estaba admitido recibir y conservar en las casas particulares como en un archivo público, los autos y los documentos originales.

154. Lo mas importante es, que el testimonio, considerándolo fehaciente, no prueba nada, porque no prueba que se diere la posesion del Mayorazgo litigioso á D. Fernando (núm. 49) como descendiente de D. Manuel (núm. 13). Si asi fuera, no nos ocupariamos de la filiacion del Marques de la Vega; pero repetimos que no sucede asi.

155. ¿Quién es Doña María Dávila Enriquez, fundadora de aquel Mayorazgo? No lo sabemos; no lo dice el testimonio, no lo dicen los autos. ¿Quién es la persona, cuál la línea primeramente llamada en la fundacion por Doña María Dávila Enriquez? No lo sabemos tampoco; los autos y el testimonio no dicen nada. ¿Qué parentesco tenia Doña María Dávila Enriquez con D. Manuel (núm. 13) y D. Rodrigo (núm. 21)? Se ignora del propio modo, aunque pueda ser lícito presumir que no tenia ninguno. ¿Qué parentesco tenia D. Fernando (núm. 49) con la fundadora Doña María Dávila Enriquez? Tambien se ignora.

156. No puede, pues, saberse, es de todo punto imposible saber á título de qué descendencia se dió la posesion de aquel Mayorazgo á D. Fernando (núm. 49), aunque hubiera este procurado probar en aquel pleito su entronque hasta Doña Mayor Ponce de León y D. Baltasar de Rivera y Pedrosa (núm. 29). No hay union ni enlace entre Doña María Dávila Enriquez y su familia, ó la familia por esta llamada, y la de Don Manuel y D. Rodrigo (números 13 y 21), y era absolutamente necesario que la hubiera para que se tuviera por buena la filiacion del Marques de la Vega de Santa María. La sentencia del Consejo podrá probar que el Marques pertenece á la familia de Doña María Dávila Enriquez, ó á la de los llamados en la fundacion por Doña María Dávila Enriquez; pero no prueba que pertenece á la familia de D. Manuel (núm. 13) ó D. Rodrigo (núm. 21), porque no acredita que esta familia fuera llamada á la sucesion de aquel Mayorazgo ni su enlace con la de la fundadora.

157. Quedan por tanto los documentos, con los cuales se ha querido probar la descendencia del Marques, con la virtud y eficacia que tengan considerados en sí mismos; sobre cuyo punto nos remitimos á todas las líneas.

158. Conviene con estos datos el mas importante aun, si cabe, que produce la lectura del Memorial ajustado que se imprimió en Granada en el año de 1763, que aunque no corre ahora con los autos, lo tuvo presente el Relator al formar el Memorial ajustado para el artículo de administracion, en el pleito anterior de tenuta. Dícese en él, indicándose muy ligeramente el orden de suceder, lo siguiente: «y el Condado de Bailen se radicó por dicha sentencia imperial en D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 21),

»hijo de D. Manuel Ponce de León (núm. 13), y lo poseyeron sus descendientes *legítimos* hasta que por falta de ellos, y en virtud de sentencia dada en juicio de tenuta, recayó en D. Rodrigo Ponce de León (núm. 32), desde el cual siguió unido con los demás Estados hasta el referido D. Antonio Ponce de León (núm. 54), último poseedor.»

159. Respecto de la opinión de los Tribunales no hay para qué decir nada, hallándose claramente consignada en sus decisiones. De todas ellas una sola, la sentencia de la Chancillería de Granada de 28 de febrero de 1617, fue favorable á la Doña Catalina (letra I), hija natural de D. Rodrigo (letra G). Todas las demás favorecieron á D. Pedro (letra H), declarándose así que no era incapaz de poseer, ó al Duque de Arcos (número 32), de los cuales el primero era segundo nieto legítimo de D. Manuel (núm. 13), y el segundo el pariente colateral legítimo mas próximo del mismo D. Pedro (letra H) de Don Rodrigo (núm. 21) y D. Manuel (núm. 13).

160. Pero aun respecto de aquella sentencia de 28 de febrero de 1617, está saltando á los ojos su ninguna virtud y eficacia: primero, porque se interpusieron de ella los recursos de súplica y de segunda suplicacion despues; segundó: porque fue una sentencia simplemente declaracion de inmediacion, que podia quedar sin efecto por juicio posterior posesorio ó petitorio; tercero, porque de hecho quedó sin efecto por el juicio posterior posesorio plenario, ejecutoriado en 1625.

161. Tantos son los datos, tantos los comprobantes, tantos los documentos, tantas las razones de todo género, que demuestran que el Marques de la Vega de Santa María no tiene llamamiento en la transaccion y sentencia imperial y está espresamente excluido, porque está espresamente exijida la legitimidad, y porque no estan espresamente llamados los naturales, lo cual basta para que se entiendan excluidos. Esa es la suerte de los naturales en la sucesion de los Mayorazgos, que no suceden si no son espresamente llamados, segun hemos visto; á diferencia de los legítimos y legitimados, que suceden aunque no sean espresamente llamados, en falta de estos, segun veremos bien pronto.

162. Ninguna otra consideracion provechosa, ninguna otra circunstancia que algo signifique en cuestiones de Mayorazgo, ningun otro lado favorable tiene la causa del Marques, tan desnuda de fundamentos legales, como se ha visto ya, como se verá aun. Su pretendido fundamento empieza y concluye en la palabra *pariente* de la sentencia imperial, y ese fundamento ya se sabe lo que es.

163. No ha probado tampoco ni aun su descendencia de D. Manuel (núm. 13).

El Marques de la Vega de Santa María (letra A), no es ni aun descendiente natural de D. Manuel (núm. 13).

164. Para que nada faltara á la demanda del Marques de la Vega de Santa María, no ha probado este litigante su descendencia de aquellas personas de quienes pretende derivar su derecho.

165. Su abuelo D. Juan Fernando Narvaez (núm. 49), Marques de la Vega de Santa María, siguió pleito en el estinguido Consejo de Castilla, por los años de 1750, con D. Manuel Cambré, como marido de Doña Gerónima Dávila Pacheco y Pedrosa, con el Curador ad litem de D. Juan José Aniceto y Herchel, y con el Fiscal Eclesiástico del Obispado de Avila, sobre la tenuta y posesion del Mayorazgo que mandó fundar Doña María Dávila Enriquez, por escritura de 6 de diciembre de 1627, vacante por muerte de D. Juan Dávila y Alegría.

166. De este pleito llevó el D. Juan Fernandez Narvaez (núm. 49) al artículo de administracion que precedió al juicio de tenuta, fallado en favor del Duque de Osuna en 1837 por el Tribunal Supremo de Justicia, multitud de documentos para acreditar su filiacion. En ellos encontrará V. E. consignados los muchos y muy fundados, y algunos muy curiosos reparos que se opusieron por alguno de los que litigaban en aquel pleito á la filiacion del Marques de la Vega de Santa María, que nosotros aceptamos aquí y damos por reproducidos.

CAPITULO SEGUNDO.

Exámen del derecho del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen por la transaccion y sentencia imperial.

167. Queda demostrado el ningun derecho que asiste al Marques de la Vega de Santa María á la propiedad del Condado de Bailen por la transaccion y sentencia imperial; con lo cual basta para que triunfe la causa del Duque de Osuna, respecto de dicho Condado, tenga ó no á él derecho intrínseco. «Pro muy grande, dice la ley de »Partida (1) nasce á los tenedores de las cosas, quier las tengan con derecho, ó non: »ca maguer los que gelas demandasen dijeren que eran suyas, si lo non pudieren probar »que les pertenecia el Señorío dellas, siempre finca la tenencia en aquellos que las »tienen, maguer non muestren ningun derecho que han para tenerlas.»

168. Aunque el Duque de Osuna no mostrara ningun derecho á la propiedad del Condado de Bailen, cosa imposible desde que ganó en juicio contradictorio la posesion de ese mismo Condado, bastariale para ser absuelto que no probara, como hemos visto

(4) 28, tit. 2.º, P. 3.ª

que no prueba, tenerlo el Marques de la Vega de Santa María. ¿Qué juicio se formará de la demanda por este provocada y de la sentencia que la ha declarado procedente, cuando se demuestre que, sobre no haber probado su derecho el demandante, prueba el suyo el demandado de una manera clara y concluyente?

168. Considerada bajo este aspecto la cuestion, el derecho del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen descansa en todo lo que da la preferencia en la sucesion de los Mayorazgos, en todo lo que hay digno de ser tenido en cuenta en las cuestiones de preferencia que se suscitan en los mayorazgos, en multitud de fundamentos legales, que debemos enumerar ahora, esponer é ilustrar con la debida separacion.

Primer fundamento del derecho del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen por la transaccion y sentencia imperial; la voluntad del fundador.

169. La voluntad del fundador es lo primero que debe tenerse en cuenta en la sucesion del Mayorazgo, antes que la proximidad del parentesco y antes que toda otra consideracion, porque puede el Mayorazgo ser establecido en favor de personas estrañas. Por eso dice la ley 40 de Toro (1) con otro propósito recordada: «salvo si otra cosa »estuviere dispuesta por el que primeramente instituyó y ordenó el Mayorazgo, que en »tal caso mandamos, que se guarde la voluntad del que lo instituyó.» Molina de prim. lib. 2.º, cap. 12, núm. 34, dice (2): En los Mayorazgos sábase que todas las reglas ceden á la voluntad del fundador, la cual es lo primero que ha de atenderse y consultarse.

170. ¿Cuál es aquí la voluntad del fundador, teniendo como fundacion la transaccion y sentencia imperial? Ya lo vimos en todo el capítulo primero, en donde hasta la saciedad se demostró, que por la transaccion y sentencia imperial no fueron llamados á la sucesion del Condado de Bailen mas que descendientes legítimos de D. Rodrigo y D. Manuel (números 21 y 13).

171. Primero fueron llamados los descendientes legítimos de D. Rodrigo (núm. 21), hijo mayor legítimo de D. Manuel (núm. 13), y en su defecto parientes colaterales legítimos del mismo D. Rodrigo (núm. 21), descendientes de D. Manuel (núm. 13), Asi se estableció el llamamiento en la sentencia imperial, porque D. Rodrigo (núm. 21), y es esto importantísimo, tenia otros hermanos legítimos (no estan en el árbol), segun declara en su testamento D. Manuel (núm. 13), diciendo que «habria tenido en su matrimonio con Doña Guiomar de Castro, á D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 21) y »otros hijos legítimos, y ademas á Doña Mayor (núm. 22) y Doña Elvira (no está en »el árbol) sus hijas naturales (3).»

(1) 5, lib. 40, tit. 47, Nov. Rec.

(2) *Leges seu conditiones possibiles, justas atque honestas, proculdubio à majoratum successoribus præse servandas esse, sive incontractibus, sive in ultimis voluntatibus apposite fuerint, sive conditiones ipse potestative causales, sive mixtæ sint. Alias autem illas non servantes, majoratum successione privandos esse.*

(3) Memorial, núm. 294.

172. Fueron, pues, llamados espresamente á la sucesion del Condado de Bailen por la transaccion y sentencia imperial descendientes legítimos de D. Manuel (núm. 13). Estinguida esta descendencia con la muerte sin sucesion de D. Pedro Ponce de Leon (letra H), el Mayorazgo debia deferirse, y de hecho se defirió, á los parientes colaterales legítimos mas próximos del mismo D. Manuel (núm. 13), porque presume el derecho que esos tienen en su favor la voluntad del fundador. Esto es una consecuencia imprescindible de lo que anteriormente hemos espuesto con mucha estension acerca de la exclusion de los naturales. Escluidos aquí los naturales por no haber sido llamados espresamente, y por haber sido escluidos espresamente, y faltando con la estincion de los espresamente llamados, la voluntad espresa del fundador que debiera servir de norte y regla, es preciso tomar por norte y regla la voluntad presunta, y tener como voluntad presunta del fundador la que indican la naturaleza y las leyes que rigen en las sucesiones de bienes vinculados y en la de los libres; en favor de los colaterales cuando faltan descendientes y ascendientes. Tiene, pues, el Duque de Osuna en su favor la voluntad del fundador que puede tenerse cuando, como aquí, falta la espresa, la presunta; y esto es de grande momento en la sucesion de los Mayorazgos.

Segundo fundamento del derecho del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen por la transaccion y sentencia imperial; la mayor proximidad de parentesco con el fundador.

173. Como los fundadores llaman por lo comun á la sucesion de los Mayorazgos que establecen á las personas de su familia, sucede que se confunden casi siempre la voluntad del fundador y la inmediatecion de parentesco con el fundador. Esto sucede aquí, en donde el Duque de Osuna tiene en su favor la voluntad del fundador y la circunstancia de ser el mas próximo pariente legítimo del fundador.

174. Esto último lo dice el árbol, demostrando que el Duque de Osuna descende por línea recta de D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 11), Duque de Cádiz, hermano de D. Manuel (núm. 13), de quien se ha de tomar la sucesion, y que debe ser considerado como fundador del Condado de Bailen para el efecto de que ahora se trata, por la transaccion y sentencia imperial. Los dos hermanos D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13), el árbol dice tambien que eran hijos legítimos, segun veremos despues, del Conde D. Juan (núm. 5). No hay, pues, pariente alguno legítimo de D. Manuel (número 13), tan propincuo como el Duque de Osuna.

175. La preferencia que esto da por derecho en la sucesion del Mayorazgo, ¿quién podrá desconocerla? Está fundada en la perpetuidad de los Mayorazgos, en la naturaleza misma de la institucion, y en el orden de sucesion, que mientras otra cosa no diga la fundacion, se sigue en los Mayorazgos.

176. Con solo establecer el Mayorazgo simple y sencillamente, sin llamamientos personales ni lineales, se entiende hecho con todas las cláusulas, sustituciones y prohibiciones necesarias para que se conserven los bienes perpetuamente en la familia del funda-

dor. Ya antes vimos á Molina establecerlo así en el libro 1.º, capítulo 3.º, destinado todo á esta materia, á poner de manifiesto la uniformidad que se advierte sobre este punto, como sobre otros, entre los Mayorazgos en general y el que forma la Corona de España (1).

177. Lo mismo se entiende cuando la fundacion contiene llamamientos personales, lo mismo cuando los contiene personales y lineales. En uno y otro caso en falta de las personas ó de las líneas llamadas, se defiere el Mayorazgo al mas próximo pariente del fundador (2).

178. Establecido aquí el Mayorazgo de Bailen por la transacción y sentencia imperial perpétuamente, pues quisieron los transigentes y el Monarca que despues de los descendientes de D. Rodrigo y D. Manuel (números 21 y 13), y despues de las personas que nombrara el D. Rodrigo (núm. 21) en su testamento ó en su vida, habian de quedar todavía vinculados perfectamente; y estinguidas las líneas llamadas con la muerte sin sucesion legítima de D. Pedro Ponce de Leon (letra H), es evidente que la sucesion del Condado de Bailen debió deferirse, como de hecho se defirió en aquella vacante, al pariente mas propincuo de los mismos D. Rodrigo y D. Manuel (números 21 y 13), al pariente mas allegado de la familia.

Tercer fundamento del derecho del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen, por la transaccion y sentencia imperial; la mayor proximidad de parentesco con el último poseedor.

179. La proximidad de parentesco con el último poseedor, siendo de la familia del fundador, es otra de las reglas que mas adecuada y rigurosa aplicacion tienen en la sucesion de los Mayorazgos. Así lo declara la ley de Partida en las palabras antes citadas: «ó alguno de los otros que son mas propincuos parientes de los Reyes al tiempo de su finamiento». Así lo reconoce y sostiene Gregorio Lopez, en la glosa 18, á la referida ley 2.ª, tít. 15, P. 2.ª, al fin, en donde propone la cuestion de preferencia entre dos parientes colaterales del fundador, resolviéndola en favor del que lo sea mas próximo del último poseedor. *Et videbatur, dice, quod sit admittendus ad majoriam ille qui est in tertio gradu, qui erat jam natus: nam licet alius post natus sit in tertio gradu, et descendat à proximiori, non tamen videtur proximus, neque consanguineus defuncti.*

180. La misma cuestion propone, y en los propios términos la resuelve Molina, de primog., lib. 3.º, cap. 9.º, núm. 3 y siguientes. Pregunta si deberá deferirse el Mayorazgo al pariente colateral mas cercano del fundador, ó al que lo sea del último poseedor del Mayorazgo, y dice: *His tamen non obstantibus, contraria sententia, imo quod pro-*

(1) En los mismos términos se espresan *Cobarruvias*, lib. 3.º var., cap. 5.º, números 1.º, 2.º y 6.º; *Mieres*, 1.º p., q. 48, núm. 24; *Burgos de Paz*, in proemio legum Tauri, núm. 88; *Avendaño*, in legem 40 Tauri, glosa 1.ª, núm. 29; *Castillo*, lib. 2.º controv., cap. 22, núm. 2.º y otros muchos.

(2) *Ea namque est majoratus natura, ut ea bona quæ majoratui subjiciuntur, in familia ipsius majoratus institutoris perpetuo conservari debeant, ut superius dictum et probatum est. Quæ perpetua conservatio per subrogationem eorum qui ex eadem familia processerint facienda est, sive hi descendentes, sive transversales respectu primi institutoris fuerint.* Molina, de prim., lib. 4.º, cap. 4.º, núm. 39.

Lo mismo sientan Antonio Gomez de la ley 40 de Toro, números 59 y 64; Matienzo en la ley 1.ª, tít. 7.º, lib. 7.º; Recop.; y los demas autores antes citados.

ximitas respectu ultimi majoratus possessoris, non autem institutoris consideranda sit, probatur ex eo, etc.

181. Tanta es la importancia que á los ojos de la ley y de los juriconsultos tiene la proximidad de parentesco con el último poseedor. Se prefiere á la proximidad de parentesco con el fundador, como uno y otro sean de la familia del fundador. ¿Por qué así, siendo cierto que en los Mayorazgos se sucede por derecho de sangre? Porque siendo el uno y el otro de la sangre del fundador, el pariente mas próximo del último poseedor tiene en su favor la posesion, la circunstancia importantísima de haber radicado en su línea la posesion del Mayorazgo: porque el tiempo y la sancion de los hombres dice y significa mucho en los Mayorazgos, como en todo.

182. Mas cuando la sucesion del Mayorazgo se defiere al último poseedor en virtud de una sentencia dictada en contradictorio juicio, adquiere inmensa importancia la proximidad del parentesco, y se ha robustecido el derecho del que opta á la posesion ó á la propiedad del Mayorazgo. En esta materia como en todas, las razones y los fundamentos de un litigante se avivan y robustecen las unas con los otros. Aquí, de todos los poseedores que ha habido desde 1625, en que radicó el Condado de Bailen en el Duque de Arcos D. Rodrigo (núm. 32), era y es el Duque de Osuna el pariente mas próximo. ¿No le habria dado esto, en falta de todo lo demas, la propiedad de ese mismo Condado, que hoy se le disputa?

Cuarto fundamento del derecho del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen, por la transaccion y sentencia imperial; el haber radicado dicho Condado en la línea á que pertenece el Duque de Osuna.

183. Ha sido tambien elevada por los juriconsultos á regla la doctrina legal que prescribe se tenga muy en cuenta en la sucesion de los Mayorazgos la línea en que ha radicado la posesion, siendo esto lo que los mismos juriconsultos llaman línea efectiva de posesion. Radicada la posesion del Mayorazgo en una línea, no pasa á otras mientras haya descendientes de ella (1).

184. Esta doctrina está enlazada con la que anteriormente hemos espuesto, y es aquí por consiguiente aplicable lo que acaba de esponerse respecto de los anteriores fundamentos. Habiendo radicado el Condado de Bailen en la línea que representa el Duque de Osuna por una sentencia ejecutoriada dictada en juicio contradictorio, habiendolo poseido esa lí-

(1) *Primo namque*, dice Molina, de prim. lib. 3.º, cap. 4.º, n.º 13: *In primogeniorum successione consideranda est linea, ut illi qui ex linea ultimi possessoris procedunt ceteris præferantur, nec transitus fiat ad alias lineas, donec ex ea descendentes finiantur.* En el capítulo 10 del mismo libro, núm. 40, dice: *Septimo, quia cum majoratus successio in proximiorum semel ingressa fuerit, non potest ad alium etiam proximiorum transire, donec is qui semel in majoratum successit atque omnes qui ab illo processerunt deficiant. Ea namque est primogeniorum natura, ut quoties eorum successio in unam lineam ingressa fuerit, non valeat fieri transitus ad aliam, donec ex linea aliquis superfuert.*

nea por espacio de siglos, el Mayorazgo no ha podido pasar á otra mientras aquella no se extinga, conforme á la doctrina indicada, aplicable de lleno y en toda su estension en el presente caso.

Quinto fundamento del derecho del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen por la transaccion y sentencia imperial; la reversion é incorporacion.

185. Es un hecho ciertísimo que los dos Estados de Arcos y de Bailen venian desde el principio formando un solo Mayorazgo, rigiéndose por una misma fundacion, y poseyéndose por una sola persona. A la fecha de la transaccion y sentencia imperial D. Rodrigo (número 21) habia pedido, en el pleito que se seguia en la Chancillería de Granada, los dos Estados para sí, como hijo legítimo del Conde D. Manuel (número 13), su padre; y se le dió por la misma transaccion y sentencia imperial el Estado de Bailen, un trozo de Mayorazgo antiguo, para sí y sus descendientes legítimos, en su defecto para sus parientes colaterales descendientes legítimos del Conde D. Manuel su padre (número 13), y en falta de unos y otros para la persona ó personas que nombrare el propio D. Rodrigo (número 21).

186. No habiendo el D. Rodrigo (número 21) nombrado sucesor, ni podido nombrarle, porque dejó hijos legítimos, y habiéndose acabado su descendencia legítima y la de Don Manuel (número 13), su padre, no hay nada mas conforme á las leyes, á la naturaleza de los Mayorazgos y al objeto y fin de la transaccion y sentencia imperial, el que vuelva el Estado de Bailen al tronco principal de que fue segregado, al antiguo Mayorazgo de la casa de Arcos, poseyéndose por aquel que posea el Estado de Arcos.

187. A las leyes, porque la segregacion fue una especie de satisfaccion que se quiso dar á la descendencia legítima de D. Rodrigo (número 21) y D. Manuel (número 13), que se consideraba perjudicada; un acuerdo que se tomó por los transigentes y el Monarca en contemplacion de dicha descendencia legítima. Acabada esta y con ella las personas cuyo interes ó cuyos derechos se consultaron en la segregacion, y acabada tambien en el mero hecho la causa de la segregacion, necesariamente debió cesar esta, y volver el Mayorazgo de Bailen á su tronco antiguo, el de Arcos.

188. A la naturaleza de los Mayorazgos, porque exige esta que cuando se forma uno nuevo de parte de los bienes de otro antiguo, faltando la sucesion del nuevo, que es lo que ha sucedido aquí, vuelven á tener lugar los llamamientos del antiguo, y entrada las personas que poseen el antiguo, mucho mas si el nuevo ha de continuar siendo Mayorazgo, como acontece aquí, en donde espresamente se estipuló y concertó así en la transaccion y sentencia imperial. En tal caso bien se ve que no hay ni aun posibilidad de que deje de volver al antiguo el nuevo Mayorazgo.

189. Al objeto y fin, por último, de la transaccion y sentencia imperial. La causa que se consultó entonces fue la descendencia legítima de D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13), la cual acabada no hay duda que deben volver las cosas á su antiguo estado, y po-

seer el Condado de Bailen, por reversion é incorporacion quien posea el Ducado y la casa de Arcos.

190. Otros muchos fundamentos existen, y muy poderosos, para demostrar el mejor derecho del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen: pero siendo aplicables á la transaccion y sentencia imperial, lo mismo que á las fundaciones antiguas, como indicabamos al principio, pasamos á examinar el derecho del Duque de Osuna y el pretendido del Marques de la Vega de Santa María á la propiedad del Condado de Bailen por las fundaciones antiguas, reservando para despues esponer aquellos otros fundamentos del Duque que calificamos de comunes.

CAPITULO TERCERO.

Exámen del derecho del Marques de la Vega de Santa María y del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen por las fundaciones anteriores á la transaccion y sentencia imperial.

191. Hemos examinado hasta aquí, con demasiada estension acaso, el derecho del Marques de la Vega de Santa María y del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen con sujecion á la transaccion y sentencia imperial, tomando esta transaccion y sentencia como verdadera fundacion y base para la decision del litigio. Ahora nos proponemos investigar ese mismo derecho de los contendentes por las fundaciones anteriores á la transaccion y sentencia imperial. Punto es este de alta importancia, ya porque el Duque de Osuna, como indicabamos poco ha, no acepta sino hipotéticamente la transaccion y sentencia imperial como base para la decision del litigio; ya, y mas principalmente, porque no fueron derogadas en 1522 de un modo absoluto, segun antes vimos tambien, las fundaciones antiguas. Siempre que se trate de la posesion ó de la propiedad de los Estados de Arcos y de Bailen, ha de ser preciso volver los ojos á las primeras fundaciones de estos Estados, y consultar la voluntad de aquellos que con sus bienes los fundaron y dotaron.

192. A este terreno traída la cuestion, creemos que es infinitamente peor la causa del Marques de la Vega de Santa María. Nunca tuvo este derecho al Condado de Bailen por las fundaciones antiguas; porque no lo tuvo D. Manuel (núm. 13), á quien pretende representar; y porque aun cuando lo hubieran tenido dicho D. Manuel (núm. 13) y todos sus descendientes legítimos, que poseyeron el mismo Condado, no lo habria tenido Doña Mayor (núm. 22), y no lo tendria hoy por consiguiente el Marques, que es ó dice ser su descendiente. Por eso se acoge este litigante á la sentencia imperial, como única tabla de salvacion.

193. Ha hecho y hace consistir el Marques todo su derecho por las fundaciones antiguas, en el testamento de D. Juan Ponce de Leon (núm. 5), que llamó á la sucesion de los dos Mayorazgos á su hijo D. Rodrigo (núm. 11) y sus descendientes legítimos, y en su defecto á D. Manuel (núm. 13) y los suyos. No habiéndolos tenido legítimos D. Rodrigo (número 11), aunque sí á Doña Francisca (núm. 19), hija natural legitimada por rescripto del Príncipe, sostiene nuestro adversario que debió deferirse la sucesion de los Mayorazgos á D. Manuel (núm. 13) y á sus descendientes legítimos. Este es el edificio que levanta el sistema que traza el Marques. Advertirá V. E. que ha limitado y limita sus pretensiones al Condado de Bailen; porque solo este Condado dió á D. Rodrigo (núm. 21) y sus descendientes legítimos la transaccion y sentencia imperial: prueba clara de que se considera este litigante desprovisto de derecho por las fundaciones antiguas. Si alguno creyera que tenia, hubiera pedido los dos Mayorazgos, al menos los dos en primer término, y subsidiariamente el de Bailen.

194. Para tener como verdadera fundacion la de D. Juan (núm. 5), el Marques estaba en la necesidad de impugnar, é impugna las dos primeras establecidas por D. Pedro (número 1) y por D. Pedro (núm. 2), y la cuarta, ó sea la del Duque de Cádiz D. Rodrigo (número 11). Nosotros, siguiendo el mismo orden, demostraremos con la mayor brevedad posible lo que hay de ilegal y de infundado en las alegaciones de nuestro adversario.

Validez de las fundaciones de D. Pedro Ponce de Leon (núm. 1) y Don Pedro Ponce de Leon (núm. 2).

195. La Sala tiene ya conocimiento de ellas. Fueron establecidas las primeras en Sevilla á 7 de diciembre de 1374, y la segunda en Marchena á 9 de enero de 1448. A la primera opone el Marques falta de posibilidad en el fundador de establecer Mayorazgo; y á una y otra la circunstancia de no aparecer firmados los testamentos por los testadores. El uno y el otro de estos dos reparos son infundados.

196. Muy distantes estamos de pretender hacer una disertacion acerca del origen de los Mayorazgos, aunque creemos con el sábio Escriche (1), que esta institucion fue un aborto del feudalismo; asi como creemos tambien que, cualquiera que sea la época en que por primera vez habló la ley de los Mayorazgos, se conocian ya estos en España en el siglo XIV. «La mas antigua memoria de los Mayorazgos, dice Escriche en el lugar citado, »no sube del siglo XIV; á fines del siglo XV fue cuando se rompieron los diques que les oponian las leyes; y desde los principios del XVI corrieron como en irrupcion á este abismo todas las familias que podian juntar una mediana fortuna.»

197. En todo el siglo XIV se conocian Mayorazgos en España, si no legalmente, por costumbre; y se sucedia en los bienes *more majoratumum*. Habiendo dejado D. Pedro (número 1) á su hijo D. Pedro (núm. 2), y este al suyo por Mayorazgo los bienes que espresó en su testamento, no podian ostentar derecho á ellos como libres, ni considerarse perjudicados

(1) Dic. razonado de jurisprudencia y de legislacion. Palabr. *Mayorazgo*.

los demas hermanos; porque se habia procedido en virtud de un derecho consuetudinario de todos respetado, segun doctrina de todos los jurisconsultos.

198. Mas aquí en el caso presente habia en favor de la validez de las vinculaciones otras razones legales no menos poderosas y concluyentes. Por la jurisprudencia antigua, vigente en España en la época que tratamos, en los castillos, fortalezas, pueblos, casas y otros bienes de que se componian los Señoríos, se sucedia como en los feudos, con exclusion de las hembras, y con preferencia en los varones de mayor á menor; habiendo hecho esto necesario el estado de continua guerra en que estaban los cristianos con los moros, que excluia de la posesion de las casas, pueblos y fortalezas á las hembras, para ser encomendadas á la defensa de los hombres, segun refiere la ley de Partida (1). Por eso llamó exclusivamente D. Pedro (núm. 1) á D. Pedro (núm. 2), su hijo, con exclusion de las hijas, á la sucesion de los bienes que le dejó por Mayorazgo, porque todos esos bienes se componian de pueblos y fortalezas, la Villa de Mairena, los lugares de Rota, Bailen, Valencia y Oliva, con dos pares de casas en Sevilla, y todos los demas bienes que pertenecian al testador.

199. Todos ellos procedian, ademas, de donaciones reales, que los Monarcas hacian á los cuatro primeros fundadores en premio de los eminentes servicios que prestaban en la guerra de los moros. Todos cuatro fueron ilustres capitanes de su tiempo, desde D. Pedro (núm. 1.º), que murió en la guerra (2), hasta D. Rodrigo (núm. 11), á quien, en premio de los servicios prestados en su larga y gloriosa carrera, especialmente en las guerras de Granada, honraron los Señores Reyes Católicos con el título de Marqués de Cádiz, no reproducido hasta nuestros dias en la persona de S. M. el Rey; y hasta D. Manuel (número 13), á quien sus heroicas hazañas merecieron el renombre de Valiente. Basta leer los testamentos de los cuatro primeros fundadores para convencerse de que todos ó la mayor parte de los bienes de que testaban, los debian á la liberalidad y á la munificencia de los Monarcas en premio de sus servicios.

200. Como precedentes de donaciones Reales D. Pedro (núm. 1) y D. Pedro (número 2) podian disponer de dichos bienes, en favor de quien quisieran, segun la jurisprudencia de aquellos tiempos. «Las cosas, decia una ley del Fuero (3), que el Rey diere á alguno, que no gelas pueda quitar él ni otro alguno sin culpa; y aquel á quien las diere, haga de ellas lo que quisiere, asi como de las otras cosas suyas; y si muriese sin testamento, háyanlas sus herederos, y no pueda la muger demandar parte de ellas.» La ley del Estilo (4) decia: «La donacion, que hace el Rey, puedela aquel á quien el Rey la hace esa cosa que le dió el Rey, dar en mejoría, ó por Dios, ó por su alma, ó hacer, ó ordenar de ella como quisiere de mas de la tercia parte, y de la quinta, que puede dar, ó ordenar por fuero. Y esto es, porque es donado de Rey, que es asi privilegio en la Corte del Rey, es su donadio que él hace.»

201. Aun cuando hubieran adolecido, que no adolecieron, de algun vicio ó defecto las dos primeras fundaciones, habria indudablemente desaparecido con la confirmacion que

(1) 6.ª, tit. 26, P. 4.ª

(2) D. Pedro Lopez de Ayala, Crónica del Rey D. Pedro.

(3) Ley 8, tit. 12, libro 3.º del Fuero Real.

(4) Ley 234 del Estilo.

obtuvo D. Pedro (núm. 1) del Señor Rey D. Enrique III, según declaró el D. Pedro (núm. 2) en su testamento, en el cual, hablando del Mayorazgo que había heredado de su padre, dice: «*según se contiene en la carta de confirmación del dicho Mayorazgo que el Rey D. Enrique, que Dios haya, sobre ello me dió y otorgó: el cual dicho testamento é confirmación está en poder de dicho D. Juan mi hijo, é porque yo se lo dí para que él lo tuviera.*»

202. Y aun cuando nada de esto hubiera, siempre sería bastante para probar la subsistencia de las dos primeras fundaciones, la falta de reclamación por parte de los que por ellas podían considerarse perjudicados, y la sanción de los Tribunales.

203. Tuvo D. Pedro (núm. 1), según declaró en su testamento, tres hijas, y cuatro hijos naturales (no están en el árbol); y D. Pedro (núm. 2), á D. Lope y D. Luis (números 7 y 8), y otros muchos hijos. Ninguno de ellos consta que reclamare contra las fundaciones de su padre ó abuelo; y no habiendo reclamado ellos que eran los interesados, no puede hoy reclamar nadie, y debe tenerse por válido y legítimo, aunque no lo fuera en sí mismo lo que por tal tuvieron aquellos á quienes perjudicaba lo así hecho y establecido.

204. Los Tribunales y las personas que llevaban á los Tribunales la decisión de cuestiones pertenecientes á estos Mayorazgos, siempre han aceptado, en los pleitos antiguos y en los modernos, las dos primeras fundaciones como válidas y subsistentes; siempre las han consultado, sino para decidir por ellas solas, puesto que hay fundaciones válidas posteriores, para decidir por ellas y por las demas, pues no tiene duda que tanto más robusto y poderoso será el derecho á un Mayorazgo, cuanto más fundado esté y aparezca en la voluntad de todos aquellos que con sus bienes y sus llamamientos contribuían á fundarlo.

205. No hay, por tanto, para qué averiguar si podían ó no los padres, vista la ley primera, tít. 5.º, lib. 4.º del Fuero Juzgo, gravar en sus legítimas á los hijos, si los hijos tenían ó no en aquella época legítima. El Marques de la Vega sostiene que no podía gravarse la legítima de los hijos, y no le haremos oposición, aunque otra cosa sostienen juriconsultos eminentes.

206. Pudieran ó no gravarse las legítimas de los hijos por punto general; pudo establecerse aquí, y válidamente se estableció Mayorazgo por las dos primeras fundaciones D. Pedro (núm. 1) y D. Pedro (núm. 2), las cuales es hasta ridículo afirmar, después de 500 años de establecidas, que no pudieron establecerse.

207. El otro reparo que se opone á la validez de las mismas fundaciones, reducido á la falta de firma de los testadores, es no menos infundado; sabiéndose que la ley del Ordenamiento de Alcalá (1) no exigía la firma del testador, contentándose con la presencia de tres testigos y un Escribano, ó la de cinco sin él. La firma de los testadores y de las partes que otorgasen instrumentos públicos fue por primera vez exigida por la Pragmática de la Reina Doña Isabel de 7 de julio de 1503 (2), ó sea mucho más de un siglo después de la época en que testaban D. Pedro (núm. 1) y D. Pedro (núm. 2): los cuales, aun cuando se prescindiera de esto, como militares que pasaban su vida haciendo la

(1) 4.ª, tít. 2, lib. 5.

(2) Ley 4.ª, tít. 23, lib. 40, Nov. Recop.

guerra á los moros, estaban exentos por las leyes patrias, en el otorgamiento de los testamentos, de las solemnidades y requisitos que esas mismas leyes imponen á los paisanos.

Validez y eficacia de la fundacion establecida en su testamento por D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 11), única y verdadera fundacion de los Mayorazgos litigiosos.

208. En 6 de febrero de 1461 obtuvo D. Juan Ponce de Leon (núm. 5) una Cédula del Sr. Rey D. Enrique IV autorizándole para que pudiera ordenar Mayorazgo, compuesto de los bienes que habia heredado de sus mayores y de los demas que quisiere, en favor de su hijo D. Rodrigo (núm. 11) y sus descendientes, ó de las personas que tuviese á bien señalar: en virtud de cuya ámplia autorizacion, en la cual se confirman y aprueban las renunciaciones hechas por D. Lope y D. Luis (números 7 y 8) en manos del D. Juan (número 5), sabemos ya que otorgó este su testamento en 10 de setiembre del mismo año de 1469, fundando Mayorazgo con los bienes que hubo de sus padres, y con otros adquiridos por él mismo, tales como la Alcaldía mayor de Sevilla, por merced de S. M., y otras porciones de maravedís, en favor de D. Rodrigo (núm. 11), su hijo y sus descendientes legítimos, y en su defecto de D. Manuel (núm. 13) y los suyos.

209. No habiendo tenido el D. Rodrigo (núm. 11), sucesor por muerte de su padre de los Mayorazgos litigiosos, hijos legítimos de Doña Beatriz Pacheco (núm. 10), su muger, aunque sí á Doña Francisca (núm. 19), hija natural suya y de Doña Inés de Fuentes (número 12), siendo solteros el uno y el otro y no obligados á orden ni matrimonio, ocurrió á S. M. en solicitud de legitimacion de la dicha Doña Francisca, á quien pedía que la habilitase é hiciese legítima y hábil, y capaz para todas y cualesquiera cosas que hombres ó mugeres legítimos y de legítimos matrimonios nacidos pudieren y debieren ser; y los Señores Reyes Católicos, por Real Cédula de 26 de abril de 1476 legitimaron y habilitaron á la Doña Francisca con todas las cláusulas y firmezas necesarias, espresando, entre otras cosas, que esta legitimacion la hacian no haciendo perjuicio á los otros hijos ó hijas, ó nietos ó nietas de legítimos matrimonios nacidos que tuviese el D. Rodrigo en aquel día ó de allí adelante, ni en los otros ascendientes por línea derecha.

210. En 29 de junio del mismo año de 1476 el propio D. Rodrigo (núm. 11) acudió á SS. MM. esponiendo, que habia habido de sus mayores muchos bienes por Mayorazgo, los cuales, con los demas que habia adquirido él mismo y adquiriera en adelante, queria dejar á Doña Francisca su hija (núm. 19), y á otras sus hijas y nietos ó nietas, asi como queria tambien sacar varios bienes de dicho Mayorazgo é incorporar otros en él, para todo lo cual pidió licencia y autorizacion. Y S. M., por los señalados servicios que habian hecho el D. Rodrigo y sus descendientes, así en la guerra de los moros como en otras muchas cosas, en remuneracion de ellos y por hacerle bien y merced, de propio motu, cierta ciencia y poderío Real absoluto, dió licencia y facultad tan cumplida y bastante como el D. Rodrigo lo habia menester, para que en vida, ó por última voluntad, pudiese de-

jar á la Doña Francisca (núm. 19), ó á otros cualesquiera hijos ó nietos, todos los bienes que habia habido de sus mayores, y los demas que tenia y poseia ó tuviera ó poseyera, juntándolos ó separándolos del antiguo Mayorazgo, y formando uno, dos ó tres Mayorazgos; y aun dejarlos á sus hijos ó nietos sin cláusulas ni vínculos de Mayorazgo, «no embargante, dice la Real Cédula, cualquiera accion ó título, ó otra cualquiera cosa, que cualquiera de los hermanos, sobrinos y otros parientes del D. Rodrigo tengan ó puedan tener al dicho Mayorazgo, y á los otros bienes del D. Rodrigo para despues de sus dias, así por sucesion como por cláusulas y vínculos de Mayorazgo, como por otros cualesquiera derechos y acciones y razones que decir y alegar puedan, ó por cualesquiera cartas, mercedes y privilegios dados é otorgados á los antecesores de dicho D. Rodrigo, y á D. Juan su padre, por los señores Reyes antecesores, y el Sr. D. Enrique, por virtud de los cuales hubiesen fundado y fecho el dicho Mayorazgo, las cuales revocaban SS. MM. y anulaban y daban por de ningun valor ni efecto, y apartaban de los dichos herederos, é sobrinos é parientes del D. Rodrigo cualesquier derecho que al dicho Mayorazgo é bienes y á cualquiera parte de ellos pudieran tener en cualquiera manera;» mandando SS. MM. á los Concejos y vecinos de los pueblos recibiesen y tuviesen por Señor de ellos al que D. Rodrigo estableciese.

211. En virtud de esta amplísima autorizacion, el D. Rodrigo (núm. 11) por su testamento otorgado en Sevilla á 15 de agosto de 1492, fundó tres Mayorazgos en cabeza de D. Rodrigo Ponce de Leon, su nieto (núm. 24), declarandó ser su voluntad que cuando sucediese en ellos, llegado que fuese á la mayor edad, los hubiesen como un solo Mayorazgo él y sus descendientes, sin poder venderse, apartarse ni dividirse cosa alguna á dicho Mayorazgo perteneciente.

212. Supuestos estos antecedentes no será difícil la resolucion de la cuestion. Comprenderiamos que cualquiera otro litigante impugnase la validez de la fundacion establecida por D. Rodrigo (núm. 11); pero no que la impugne el Marques de la Vega de Santa María, defendiendo al mismo tiempo la eficacia de la que hizo D. Juan (núm. 5). Si fue esta válida, ¿cómo no habia de serlo tambien la de D. Rodrigo (núm. 11) obtenida en virtud de Real facultad? ¿Cómo no habia de quedar sin efecto por esta última autorizacion la que anteriormente se habia concedido á D. Juan (núm. 5)?

213. Largamente disputan nuestros mas célebres tratadistas acerca de la facultad en el Monarca de alterar, modificar y extinguir la fundacion de un Mayorazgo, y aunque la admiten unos y rechazan otros por punto general, la admiten todos, entre ellos Molina, que es el de principios mas severos, en contemplacion de justa causa (1).

214. El mismo Molina en el núm. 2.º del libro y capítulo últimamente citados, es-

(1) *Sed quamvis plures ex scriptoribus quos paulo antea citabimus sentiant Principem de plenitudine potestatis etiam sine causa derogare posse juri vocatorum ad majoratus successionem, præsertim si jus ipsum nondum delatum sit; mihi autem nunquam ea opinio jure probari potuit; siquidem semper comperit habui, id Principem sive ante delatam majoratus successionem, sive postquam jam delata est, sine legitima causa facere non posse.* Molina, de primog. lib. 1.º, cap. 8.º, n.º 34.

En el libro 4.º, capítulo 3.º, n.º 10 dice el mismo autor: *Sed his non obstantibus, contraria opinio, sine quod etiam si primogenium Regia facultate fuerit institutum, Princeps non possit ejus substitutiones ac condiciones derogare nisi ex causa publica, verior mihi videtur.*

plica con la claridad que acostumbra cuál debe entenderse por causa justa para conceder al poseedor del Mayorazgo facultad para enagenar ó hipotecar los bienes que componen el Mayorazgo: *ut Regi*, dice, *in bello deserviat, vel eundem in aliqua publica expeditione, quæ regni publicam utilitatem contingat, committetur: vel Regnum ipsum ab hostium incur-su teneatur; vel quid simile, quod publicam Regni utilitatem contingat, faciat.*

215. Esta es la doctrina hoy mismo vigente. En virtud de facultad Real, concedida en contemplacion de causa justa, puede alterarse la fundacion de un Mayorazgo. ¿No podría hacerse esto en la época de que se trata? Nadie lo pone en duda.

216. La autoridad de los Monarcas era en aquellos tiempos ilimitada. No conociéndose aun la milicia mercenaria, los Monarcas tenian grande necesidad del auxilio eficaz de los grandes y ricos hombres, que con sus numerosas huestes, á espensas suyas pagadas, componian los ejércitos y prestaban eminentes servicios; y estos servicios era legal, era necesario, era conveniente, de pública conveniencia que se recompensaran. Se recompensaban con larga y generosa mano, concediendo bienes en abundancia y honores y facultades y distinciones. La autoridad de los Monarcas era preciso que fuera, y fue en aquellos tiempos, tan ámplia, omnímoda y omnipotente como débil era la ley, exigiéndolo así el estado de la sociedad, las costumbres, las necesidades de la época. Poco á poco fueron luego regularizándose los Mayorazgos, admitiéndose ciertas reglas en consonancia con la naturaleza de la institucion. En la época de que tratamos la principal regla, menester es confesar que era la voluntad absoluta y sin restricciones del Monarca, que con causa justa y sin ella alteraba y modificaba las fundaciones.

217. Húbola aquí justísima para conceder á D. Rodrigo (núm. 11) la facultad que se le concedió de alterar el llamamiento de D. Juan (núm. 5), y establecer el Mayorazgo en favor de quien quisiere.

218. No podía haber entonces, no habia causa mas pública, mas nacional, mas justa y popular que la guerra de los moros. A este grande objeto y fin se subordinaba todo; el rigor de las leyes, los Mayorazgos, las instituciones todas. El Estado vivia para la guerra: la guerra fue desde los tiempos de Pelayo hasta que fueron lanzados de la Península los últimos árabes, la única cuestion que ventilaban los gobiernos, el sistema que adoptaban los Monarcas, el punto á que enderezaban sus actos los hombres todos públicos y privados, los súbditos y los Monarcas.

219. En ella estuvo constantemente empeñado el Gran Duque de Cádiz D. Rodrigo (núm. 11), uno de los hombres de armas mas ilustres de su tiempo. Hizo la guerra desde sus mas tiernos años hasta el último dia de su vida, contribuyendo muy poderosamente al buen éxito de los que precedieron á la conquista y toma de Granada, verificada en el año de 1492, en que falleció aquel ilustre ascendiente de los Duques de Osuna, habiendo por su muerte vestido luto, segun dice un célebre historiador de nuestros dias, Sevilla y los Reyes Católicos.

220. ¿Qué mucho, pues, que se concediera á D. Rodrigo (núm. 11) lo que con menos plausible motivo se habia concedido á D. Juan (núm. 5)? Si pudo autorizarse á este para que fundara Mayorazgo, como lo fundó, en favor de quien quisiere, no adivinamos la razon por qué hubiera esto de prohibirse á D. Rodrigo (núm. 11), y á los Monarcas

que tal autorizacion les concedieron. Lo que con facultad Real se establece, con facultad Real puede derogarse y anularse.

221. No importa que no fueran citados para la concesion hecha en favor del D. Rodrigo su hermano D. Manuel (núm. 13) y los demas á quienes se dice que perjudicaba. Prescindiendo de que no hubo tal perjuicio, como veremos bien pronto, tampoco fueron citados para la que se concedió á D. Juan (núm. 5), los hermanos de este, y hubieran debido serlo, si la citacion fuera necesaria, no siendo razon bastante para escluir la renuncia que habian hecho al Mayorazgo de su hermano. Mas la verdad es que en aquellos tiempos no era necesaria la citacion del inmediato ó de aquel de cuyo perjuicio podia tratarse, siendo esta doctrina hija de la jurisprudencia de los tiempos posteriores, en los cuales se fueron regularizando los Mayorazgos y sujetando á reglas mas precisas.

222. En el siglo XV juzgamos grave error poner en cuestion la validez de una concesion de esta naturaleza, hecha por el Monarca de una manera tan decisiva y tan terminante. Al ver á los Señores Reyes Católicos decir que derogaban *de motu proprio* y poderío Real absoluto la facultad concedida á D. Juan (núm. 5) por D. Enrique, y á los demas antecesores del D. Rodrigo por los otros Señores Reyes, al ver que se le autorizaba para fundar Mayorazgo en favor de quien quisiere, no embargante el derecho que al mismo Mayorazgo pudieran tener D. Manuel (núm. 13), sus hijos y descendientes; al considerar las demas cláusulas que contiene la Real Cédula, no puede ser lícito poner en cuestion su validez.

223. Por eso aparecia despues tan solícito el Sr. Emperador D. Carlos V en la sentencia imperial, por aprobar el testamento de D. Rodrigo (núm. 11) en lo que no fuese contrario á la misma sentencia, declarando que hubiesen el Ducado de Arcos el D. Rodrigo (núm. 24) y sus descendientes, en la forma que habia establecido el D. Rodrigo (número 11) en su testamento. Esta declaracion se hizo y repitió muchas veces en la sentencia imperial. ¿Cómo no aprobó el Sr. Emperador el testamento de D. Juan (núm. 5), sin embargo de que su subsistencia y la de la fundacion que contenia era de tan gran momento en la resolucion de la cuestion que entonces se resolvia? ¿Cómo no se aprobaron ni mencionaron siquiera los testamentos de los otros dos primeros fundadores D. Pedro (número 1) y D. Pedro (núm. 2)? Porque todos ellos, aunque subsistentes por sí mismos, quedaron derogados por el posterior de D. Rodrigo (núm. 11), cuya facultad para hacer Mayorazgo en virtud de Real Cédula era incontrovertible.

224. Ni deja de tener influencia en la resolucion de la cuestion que nos ocupa, si cuestion pudiera esto llamarse, la consideracion de que D. Rodrigo (núm. 11) agregó al Mayorazgo muchos bienes, muchos mas que sus antecesores; el lugar de Chijirona, la villa de Zahara con el título de Marques, la de Pruna, Cardela y otros muchos lugares y aldeas de la Serranía de Villarluego: de tal manera que de los tres Mayorazgos que fundó, incorporados en uno en la persona de D. Rodrigo (núm. 24), su nieto, el primero estaba compuesto de los bienes habidos de sus mayores, y los otros dos de los que el D. Rodrigo habia adquirido por sí mismo; pudiendo por ello decirse que aumentó al Mayorazgo las dos terceras partes de los bienes que hoy forman el Ducado de Arcos y el Condado de Bailen. Justo era, pues, lícito y muy conforme á la naturaleza de la institu-

cion misma que se autorizara para variar la fundacion á aquel con cuyos bienes casi puede decirse que se establecia.

225. Demostrada, como creemos que lo está hasta la evidencia, la validez de la fundacion hecha en su testamento por D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 11), derogatoria como posterior, de la que habia establecido en el suyo D. Juan Ponce de Leon (núm. 5), tenemos ya un dato muy importante para apreciar el ningun derecho del Marques de la Vega de Santa María, y el clarísimo que asiste al Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen, por las fundaciones anteriores á la transaccion y sentencia imperial. El primero no descende de D. Rodrigo (núm. 11), fundador, ni de D. Rodrigo (núm. 24) y sus descendientes, llamados por el fundador; el Duque de Osuna, sí: el Duque de Osuna descende por línea recta del núm. 11 y del núm. 24. Lo que esto vale y significa en cuestiones sobre la sucesion de Mayorazgo, lo hemos dicho ya y no hay para qué reproducirlo.

226. Ahora demostraremos que la fundacion de Mayorazgo que contiene el testamento de D. Rodrigo (núm. 11) válida en sí misma, lo fue mucho mas, considerando que se estableció en favor de D. Rodrigo (núm. 24) sin perjudicar á D. Manuel (número 13) y sus descendientes, por haberse hecho hábil y capaz para la sucesion del Mayorazgo la línea de Doña Francisca (núm. 19), hija natural de D. Rodrigo (núm. 11). Esto será objeto de algunas otras proposiciones, cuya dilucidacion contribuirá á poner de manifiesto el ningun derecho del Marques á la propiedad del estado litigioso por las fundaciones anteriores á la sentencia imperial.

En la fundacion de D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 11) no fueron perjudicados D. Manuel (núm. 13) y sus descendientes, por haberse hecho hábil para la sucesion del Mayorazgo Doña Francisca (número 19), hija natural de aquel, por su legitimacion y por su matrimonio con varon legítimo de la familia.

227. D. Rodrigo (núm. 11) no alteró la fundacion de su padre, D. Juan, para privar de los Mayorazgos á quien de derecho le correspondiesen. Hablamos de D. Manuel (núm. 13) y sus descendientes, á quienes no podemos nosotros considerar perjudicados por la facultad concedida á D. Rodrigo en 1476, por mucho que en ello se empeñe el Marques de la Vega de Santa María.

228. D. Manuel (núm. 13) no podia en rigor ser considerado como inmediato sucesor de D. Rodrigo (núm. 11): seria cuando mas un sucesor presunto, con esperanza de obtener el Mayorazgo si D. Rodrigo moria sin dejar hijos hábiles y capaces de obtenerlo. Vemos mucha diferencia entre lo uno y lo otro, entre aquel que ha adquirido con el nacimiento derecho positivo á la sucesion de un vínculo, y el que no adquiere sino una esperanza mas ó menos próxima, mas ó menos probable, pero cuya realizacion depende en todo caso de que haya otro verdadero sucesor inmediato que acabe con los derechos del que lo es solo presunto. El hijo primogénito en un Mayorazgo regular es verda-

dero sucesor inmediato del padre; el hermano no lo es, porque pueden nacerle hijos legítimos al poseedor, porque pueden nacerle hijos naturales que se hagan legítimos.

229. Así vemos, que al legitimar los Señores Reyes Católicos á Doña Francisca (número 19), lo hicieron sin perjuicio de los descendientes y ascendientes que tenia en aquel día ó tuviese en lo sucesivo el D. Rodrigo (número 11). ¿Cómo es que se respetaron los derechos de los descendientes y ascendientes de D. Rodrigo (número 11) y no los de los transversales, los de su hermano D. Manuel (número 13) y sus descendientes? Porque estos no habian adquirido derecho ninguno positivo, no habian adquirido mas que una esperanza, que podia ó no llegar á ser un derecho efectivo, segun que D. Rodrigo (número 11) tuviese ó no descendientes hábiles para la sucesion del Mayorazgo. Esperanzas de esta clase no las han respetado nunca nuestras leyes: lo que han respetado son los derechos efectivos de posesion ó de inmediacion. Mientras existen los inmediatos sucesores presuntos, podrán en buen ora ser considerados como tales: cesan desde que viene el verdadero sucesor.

230. En 1476 en que D. Rodrigo (número 11) fundó Mayorazgo en favor de su nieto (número 24), no era su inmediato sucesor su hermano D. Manuel (número 13). Lo era su hija natural Doña Francisca (número 19), que se habia hecho hábil y capaz por la legitimacion que en su favor obtuvo su padre por rescripto de los Señores Reyes Católicos. La resolucion de esta cuestion está escrita en las leyes que regian en la época en que se obtuvo dicha legitimacion.

231. «Piden los homes, dice una ley de Partida (1), merced á los Emperadores et á los Reyes en cuyo Señorío viven que les fagan sus hijos, que han de barraganas, »legítimos: et si caben su ruego et los legitiman, son dende adelante legítimos, et han »todas las honras et los proes que han los fijos que nascen de casamiento derecho.»

232. Segun otra ley del mismo Código (2): «amiga teniendo alguno, en lugar de »muger, de que hobiese fijo natural, si tal fijo como este llevase su padre á la Corte »del Emperador ó del Rey, ó al Concejo de alguna Ciudad maguer non more en ella »nin en su término, et digiese públicamente ante todos, este es mio fijo que he de tal »muger, et dolo al servicio de este Concejo, por tales palabras lo fué legítimo... é »esto puede facer, quier haya otros fijos de muger legítima, quier non.»

233. La ley 6.^a del mismo título declara, que el padre puede legitimar los hijos naturales diciendo en su testamento: «quiero que fulan et fulan, mios fijos que hobe de »tal muger, que sean mios herederos legítimos, pues muriendo el padre, el Rey los de- »be legitimar si no tuviese otros fijos legítimos.»

234. «A los legitimados, dice la ley 9 del propio título, nasce de la legitimacion »que les facen muy gran pro; ca despues que lo son por cualquiera de las maneras »sobredichas, fueras ende en la que face el Papa (para lo espiritual) pueden ser he- »rederos de todos los bienes de sus padres, si los padres fijos legítimos non hobieren, »et si los hobieren, heredarán la parte tambien como los otros fijos que hobieren de mu- »geres legitimadas... E aun les nasce otra pro de la legitimacion; ca pueden ser cabidos á

(1) Ley 4.^a, tit. 5.^o, P. 4.^a

(2) Ley 5.^a id., id.

»todas las honras, et á todos los fechos temporales, tambien como los otros fijos que nascen de las mugeres legítimas.»

235. La ley del Fuero Real (1) disponia lo siguiente: «quien quisiere recibir por su fijo, fijo que haya en muger que no sea de bendicion, recíbalo ante el Rey, ó ante homes buenos, é diga en tal manera: este es mi fijo que he de tal muger, nómbrela, é desde aqui adelante quiero que sepades que es mi fijo, é que lo recibo por fijo: é si aquel que lo asi recibiese por fijo muriese sin manda, tal fijo herede lo suyo si fijos legítimos no hobiese, ó nietos, ó dende ayuso: é si manda quisiere facer, fágala sin empescimiento de aquel fijo que asi recibió: y el fijo que asi fuese recibido haya honra de fidalgo, si su padre fuese fidalgo; y esto se entiende de los fijos naturales.»

236. La 17, tít. 6, lib. 3.º del mismo Fuero Real aparece concebida en los términos siguientes: «Maguer que el fijo no es de bendicion non debe heredar segun manda la ley; pero si el Rey le quisiere facer merced, puédele facer legítimo, é sea tambien heredero como si fuese de muger de bendicion; ca asi como el apostólico puede legitimar á aquel que no es legítimo para haber Ordenes é beneficios, asi lo puede legitimar el Rey para heredar y para otras cosas temporales.»

237. Como se vé, estas disposiciones igualan absolutamente la suerte y la condicion de los hijos legitimados por rescripto del Príncipe ó de otra suerte á la de los legítimos, concediendo á los unos la misma participacion en la herencia de sus padres que á los otros, los mismos derechos, las mismas honras, las mismas distinciones, las mismas prerogativas. Estas leyes son las que regian en el año de 1476 en que fue legitimada Doña Francisca (núm. 19), hija natural de D. Rodrigo (núm. 11).

238. Vinieron luego las de Toro, publicadas en el año de 1505, exigiendo legitimidad en los poseedores de Mayorazgo, segun vimos antes, y limitando en alguna manera los derechos de los legitimados por rescripto del Príncipe, como veremos ahora. La ley 12 de Toro dispuso que «si alguno fuere legitimado por rescripto ó privilegio nuestro, ó de los Reyes que nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres ó madres, ó de sus abuelos, y despues su padre ó madre ó abuelos hobiesen algun hijo, ó nieto ó descendiente legítimo ó legitimado por subsiguiente matrimonio; el tal legitimado por Real privilegio no suceda con los legítimos.»

239. Que esta ley no pueda tener aplicacion á la legitimacion de Doña Francisca (núm. 19), es por sí mismo manifiesto, habiéndose promulgado las de Toro algunos años depues de verificada la legitimacion. Las leyes no tienen efecto retroactivo. La legitimacion de Doña Francisca se habia hecho á la sombra de las leyes de Partida y del Fuero Real, y por ellas ha de calificarse su validez y eficacia y apreciarse sus efectos legales.

240. Aun cuando asi no fuera, y quisiera por absurdo retrotraerse la disposicion de la ley de Toro á una legitimacion obtenida veinte y nueve años antes, todavia no perjudicaria esto á la causa del Duque de Osuna; excluyendo la ley á los legitimados por rescripto

(4) 7.º, tít. 22, lib. 4.º

del Príncipe de la sucesion cuando concurren con los legítimos, lo cual no sucedió aquí, no habiendo tenido D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 11) hijo alguno legítimo, sino solo tres hijas naturales, de las cuales fue la mayor la Doña Francisca (núm. 19), legitimada.

241. La ley hacia hábil y capaz á Doña Francisca (núm. 19) para la sucesion del Mayorazgo. Esa misma capacidad adquirió por su union en matrimonio con D. Luis Ponce de Leon (núm. 20), varon legítimo perteneciente á la familia de los dos primeros fundadores, como hijo de D. Pedro (núm. 17), nieto de D. Luis (núm. 8), y segundo nieto de D. Pedro Ponce de Leon (núm. 2). Esta es doctrina, no de ley, pero muy legal, por ser muy conforme al espíritu de las leyes: y se halla como tal sostenida por nuestros mayorazguistas (1).

242. Fúndase esta doctrina, en parte, en la predileccion con que miraron siempre y miran nuestras leyes el matrimonio, causa tan favorable en sentir de todos los intérpretes del derecho español, ó mas bien máxima de jurisprudencia universal; y en parte, en el deseo que con razon se atribuyé á los fundadores de Mayorazgo de conservar el lustre y esplendor de la casa, conservando la legitimidad de los poseedores, cosa que se consigue en nuestro caso, por ser legítimo el padre, el marido de la hembra que es solo natural. Los hijos llevan la sangre del padre, y su nombre y su nobleza, sea ó no noble la madre.

243. Por la misma razon cuando la fundacion escluye las hembras existiendo varones, si la mas próxima se casa con varon remoto, escluye al mas próximo que habia de suceder, por tener aquella la proximidad por su persona, y por su marido la baronía, cuyas dos cualidades juntas escluyen al varon mas próximo. Así lo establecen los juriscultos, entre otros que pudiéramos citar, Gregorio Lopez (2).

244. Hábil y capaz Doña Francisca Ponce de Leon (núm. 19) para la sucesion de los Mayorazgos que habia poseido y fundado su padre D. Rodrigo (núm. 11), por los dos diferentes conceptos de hija natural legitimada por rescripto del Príncipe, y casada con varon legítimo de la familia, poco puede importar al Duque de Osuna el principio que invoca el Marques de la Vega de Santa Maria, de ser ineficaces las mercedes Reales que perjudican á un tercero. Entendido este principio como de contrario se entiende, apenas habria acto cuya validez pudiera legalmente sostenerse, porque todos ellos perjudican por lo comun á un tercero. No tiene duda que perjudica en este sentido á sus otros hijos el padre que mejora en el tercio y quinto á uno de ellos.

245. Pero este no es el perjuicio que las leyes quieren prevenir. No es una esperanza de esta suerte la que las leyes respetan: prohiben solo que se irroguen perjuicios á un

(1) *Per sacramentum matrimonii*, dice D. Hermenegildo de Rojas, *de incompatib. part. 1.ª, cap. 6.º*, núm. 105, *cum viro legitimo, et naturali, omnis macula purgatur, et efficitur legitima, ac successionis capac.* *Capacitas*, dice Mieres, *de major. part. 1.ª, quest. 2.ª*, núm. 138, *viri extenditur ad uxorem, si mulier naturalis sit nupta viro legitimo et naturali, ipsa etiam propter qualitatem mariti efficitur legitima.*

Item etiam, dice el Sr. D. Francisco de Anaya, in l. fin. *cod. de incol. núm. 8.º*, *si mulier sit ilegítima, et viro legitimo nubat, legitima censebitur.*

(2) *Pone etiam, dice, quod testator fecit majoriam, et dixit: Et quia per mulieres perdi solet generis memoria, cum transeunt in alienam familiam, volo quod in ista majoria femina non succedat; et contingit quod tempore, quo deferitur majoria, est filia femina possessoris nupta alicui de agnatione, et genere testatoris, et de ejus nomine, seu apellido ut vulgariter loquar, an succedat talis femina? Et videtur quod sic, eo quo cesat ratio à disponente assignata, et dispositio restringitur per rationem: ex quo enim ille maritus femine descendit à disponente, hoc enim suaderi videtur fuisse de ejus voluntate; et quod si fuerat interrogatus ita disposuerat.* Greg. Lopez, glosa á la ley 3.ª, tit. 43, P. 6.ª, quest. 44.

tercero con infraccion de la ley misma; en cuyo caso no se hallaba D. Rodrigo (núm. 11), á quien autorizaba la ley para legitimar y habilitar á su hija natural Doña Francisca (núm. 19).

246. El verdadero perjuicio por la fundacion de D. Rodrigo (núm. 11), en que se llamó á D. Rodrigo (núm. 24), lo sufrió Doña Francisca (núm. 19), que por la legitimacion obtenida en su favor habia adquirido derecho á la sucesion del Mayorazgo. Pero como por una parte su padre fue autorizado para fundar el Mayorazgo en favor de quien quisiese, como por otra obtuvo la Doña Francisca indemnizacion en otros varios bienes, y por otra no descienden de ella el Marques de la Vega de Santa María ni el Conde del Aguila, ni hay quien ostente derecho á los Mayorazgos litigiosos derivándolo de Doña Francisca (núm. 19), sin que al mismo tiempo la ostente por D. Rodrigo (núm. 24); viene á ser de ningun momento el perjuicio que se irrogó á Doña Francisca (núm. 19).

247. Compréndese por lo espuesto lo que sin duda ha comprendido ya la ilustracion de la Sala, que por la transaccion y sentencia imperial fue notablemente favorecida la línea de D. Manuel (núm. 13), á quien por pura gracia, por equidad, se dió el Condado de Bailen, en consideracion á las circunstancias políticas, que aconsejaban que no se diese el todo de los Mayorazgos á D. Rodrigo (núm. 24), á quien de derecho correspondian, que aconsejaban que se diese alguna participacion á D. Manuel (núm. 13), no pobre y desvalido como alguna vez se ha dicho, sino rico y poderoso, dueño del lugar de los Palacios que le habia dejado por testamento con otros muchos bienes su padre el Conde D. Juan (núm. 5), y dueño tambien de los demas bienes que habia adquirido en la guerra, juntamente con los honores y las distinciones y el renombre de Valiente.

248. La fundacion de D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 11), cuando no pudiera, como puede sostenerse por sí misma, se sostendria por sus efectos. Doña Francisca (núm. 19) legitimada por rescripto de los Señores Reyes Católicos, habria tenido derecho á los Mayorazgos litigiosos por muerte de su padre (núm. 11), y despues de la Doña Francisca su hijo D. Rodrigo (núm. 24).

249. No sosteniéndose, ademas, la fundacion de D. Rodrigo (núm. 11), no podria sostenerse tampoco la de D. Juan (núm. 5), y seria menester buscar la base para la decision de este pleito, en el supuesto en que ahora examinamos la cuestion del tiempo anterior á la sentencia imperial, en el testamento de D. Pedro (núm. 2), ó en el de Don Pedro (núm. 1). El uno y el otro de estos dos fundadores llamaron á la sucesion del Mayorazgo litigioso á su hijo ó hijos legítimos herederos, esto es, hijos legítimos ó legitimados, porque eran en aquella época herederos los legítimos lo mismo que los legitimados, segun enseñan las leyes de Partida y del Fuero Real antes recordadas.

250. En ningun caso, pues, tendria el Marques de la Vega de Santa María derecho á la propiedad del Condado de Bailen por las fundaciones anteriores á la transaccion y sentencia imperial, porque no lo tuvo D. Manuel (núm. 13), de quien dice que descende. Siempre seria ese derecho del Duque de Osuna, descendiente de D. Rodrigo (núm. 11), verdadero fundador, entre los fundadores antiguos de estos Mayorazgos; descendiente tambien de Doña Francisca (núm. 19), hija natural legitimada del D. Rodrigo (núm. 11), y de D. Rodrigo (núm. 24), de ninguno de los cuales descende el Marques de la Vega

de Santa María. No tendría este tampoco derecho, aun cuando lo hubieran tenido en su tiempo D. Manuel (núm. 13) y sus descendientes legítimos, según vamos á demostrar.

PROPOSICION DECISIVA Y EVIDENTE.

El Marques de la Vega de Santa María no tendría hoy derecho á la propiedad del Condado de Bailen por el testamento de D. Juan Ponce de Leon (núm. 5), aun cuando lo hubieran tenido en su tiempo D. Manuel (núm. 13) y sus descendientes.

251. La exactitud de esta proposicion se prueba con evidencia. Suponiendo que no hubiese sido derogado, como lo fue, el testamento de D. Juan (núm. 5), por el de D. Rodrigo (núm. 11), y que la legitimacion de Doña Francisca (núm. 19), no hubiera podido producir el efecto legal de darle la preferencia sobre D. Manuel (núm. 13) y sus descendientes, ¿qué hubiera sucedido? La respuesta es muy sencilla. D. Manuel (núm. 13) hubiera poseído, por muerte de su hermano D. Rodrigo (núm. 11), los dos Mayorazgos de Arcos y de Bailen. Por su fallecimiento hubiera pasado la sucesion de los dos Mayorazgos á su hijo legítimo D. Rodrigo (núm. 21), despues de este á D. Manuel (letra B), despues á D. Rodrigo (letra G), y por muerte de este sin hijos legítimos á su hermano D. Pedro (letra H), que tampoco los tuvo. Hubiera, en una palabra, acontecido respecto de los dos Mayorazgos de Arcos y de Bailen lo que aconteció despues de la sentencia imperial respecto del de Bailen solo. Hubieran poseído los dos Mayorazgos descendientes legítimos de D. Manuel (núm. 13) mientras los hubiese, porque legítimos solos llamaba el testamento de D. Juan (núm. 5). En esto no hay ni puede haber dificultad.

252. Pero estinguida la descendencia legítima de D. Manuel (núm. 13), llamada única y esclusivamente por el testamento del número 5, en la persona de D. Pedro Ponce de Leon (letra H), ¿qué hubiera acontecido, volvemos á preguntar? ¿qué línea hubiera sido preferida, la ilegítima de D. Manuel (núm. 13), proveniente de su hija natural no legitimada Doña Mayor (núm. 22), ó la de D. Rodrigo (núm. 11), proveniente de Doña Francisca (núm. 19), su hija natural legitimada? Esto es cosa que no se cuestiona ni pregunta. Hubiera indudablemente sido preferida la línea de D. Rodrigo (núm. 11), por dos razones capitales, á cual mas decisiva y mas importante en materia de sucesiones vinculadas.

253. Primera: porque D. Rodrigo (núm. 11) era mayor que su hermano D. Manuel (núm. 13), y el testamento de D. Juan (núm. 5), como todas las demas fundaciones anteriores y posteriores, daban la preferencia al mayor sobre el menor. Asi, pues, en igualdad de circunstancias, que ciertamente no hay; en la hipótesi de que los descendientes de una y otra línea hubieran sido solo descendientes naturales, los que lo eran de D. Rodrigo (núm. 11) habrían llevado la preferencia.

254. Segunda: porque Doña Francisca (núm. 19) habia sido legitimada por rescripto

del Príncipe, con cláusulas y declaraciones las mas amplias y favorables; y no lo fue por ninguna de las maneras conocidas en derecho Doña Mayor (núm. 22).

255. Los naturales legitimados por rescripto del Príncipe nadie ha dudado jamás que son preferidos, en la sucesion del Mayorazgo, á los naturales no legitimados: nadie ha desconocido que en falta de los legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, entran los legitimados por rescripto del Príncipe; que los legitimados, á diferencia de los naturales, son de la familia y de la casa, de la agnacion y cognacion del fundador, como dice Molina en el libro 1.º, capítulo 4.º, número 44 ya citado, y en otros muchos lugares.

256. Pues en ese caso nos encontraríamos hoy respecto del Condado de Bailen, en la hipótesi en que examinamos la cuestion. La descendencia legítima de D. Manuel (número 13) se estinguió en D. Pedro (letra H), y no quedan mas que líneas naturales ó legitimadas; la natural que representa el Marques de la Vega de Santa María, descendiente de Doña Mayor (núm. 22), y la legitimada que representa el Duque de Osuna, descendiente de Doña Francisca (núm. 19). ¿No será preferida esta última á la primera, no será preferido el Duque de Osuna al Marques de la Vega de Santa María por el testamento del Conde D. Juan Ponce de Leon (núm. 5)? Así, aun llevada la cuestion al terreno á que quiere que se lleve el Marques de la Vega de Santa María, al testamento de D. Juan (núm. 5), aparece demostrado su ningun derecho y el clarísimo que asiste al Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen por las fundaciones antiguas. Eso mismo vimos al principio que resulta llevado el exámen á la transaccion y sentencia imperial, que es la que el Marques de la Vega de Santa María quiere que se tenga como verdadera fundacion de estos autos, y base para decidir la cuestion en ellos controvertida: resultando por tanto de todo lo que hasta aquí se ha espuesto, que es muy dificil averiguar cómo se presenta mas improcedente, y cuándo tiene mas contra sí la demanda del Marques de la Vega de Santa María, si aceptando la época que comienza en la transaccion y sentencia imperial de 19 de diciembre de 1522, ó la que concluyendo aquí, habia empezado en D. Pedro Ponce de Leon (núm. 1), señor de Marchena.

257. Examinemos ahora los fundamentos del derecho del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen por la transaccion y sentencia imperial, lo mismo que por las fundaciones antiguas.

Exámen del derecho del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen por la transaccion y sentencia imperial y por las fundaciones antiguas.

Primer fundamento del derecho del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen, por la transaccion y sentencia imperial lo mismo que por las fundaciones antiguas; la cosa juzgada.

258. En la sección correspondiente se recordaron varios pleitos seguidos en los siglos XVI y XVII sobre la propiedad ó posesion de los Mayorazgos litigiosos, especialmente aquel en que se declaró la posesion del Condado de Bailen al Duque de Arcos D. Rodrigo (núm. 32). Cuanta sea la importancia de esta ejecutoria lo demuestra el empeño que el Marques de la Vega de Santa María pone en desvirtuarla; empezando, con tal propósito por decir que no consta que hubiese en aquel pleito litigado Doña Catalina Ponce de Leon (letra I). E fugios de esta clase, pues no otro nombre merecen, perjudican mas bien que favorecen la causa en cuyo favor se emplean. Dará por nosotros breve y cumplida respuesta la ejecutoria presentada en esta instancia por el Duque de Osuna, de la cual consta que Doña Catalina (letra I), litigó en aquel pleito hasta su conclusion, no habiendo dato alguno de donde pueda deducirse que falleció ó se separó, y habiéndolos por el contrario poderosos é indestructibles de que litigó hasta el último dia, puesto que se hace mencion de ella y de su marido, y del Procurador que lo representaba en la sentencia misma ejecutoriada, asi como se habia hecho tambien antes de los incidentes que promovia, de los escritos que presentaba, y de las razones que en su favor alegaba.

259. Bajo otro concepto alega el Marques que los fallos que se pronuncian en los juicios posesorios no son ejecutorias, porque las ejecutorias deciden los pleitos de una manera absoluta é irrevocable, y las sentencias de tenuta no hacian mas que elegir la persona que entre los litigantes debia poseer los bienes, mientras se sustanciaba y terminaba el verdadero juicio, que era el de propiedad. Partiendo de este principio afirma que la ejecutoria de 1625 no impediria hoy á Doña Catalina Ponce de Leon, si viviera, proseguir sus gestiones contra el Condado de Bailen, sin que le obstase el mérito de la cosa juzgada; y que mucho menos podrá por consiguiente perjudicarle á él, que no litigó en aquel pleito, la misma ejecutoria y la escepcion que de ella nace.

260. Aunque hay en estas indicaciones tantos errores como períodos, no los contaremos en el momento detenidamente. Nos reservamos para otro lugar de este escrito, contentándonos por ahora con hacernos cargo de lo respectivo á la validez de la sentencia posesoria.

261. Los juicios posesorios nadie ha desconocido hasta ahora ni puesto en duda que son unos verdaderos juicios, en todo el rigor de la palabra, por haber en ellos todo lo que esencialmente constituye el juicio. Mas los juicios posesorios que se seguian sobre Ma-

yorazgo, todos saben que eran juicios no solo, sino juicios ordinarios, y juicios ordinarios plenarios, mistos de posesorios y petitorios. Asi lo dice el célebre Escriche, cuyas palabras hemos estampado al frente de este escrito; asi lo dicen todos los mayorazguistas, algunos de los cuales recordaremos despues; asi lo dice la razon legal: porque habiendo de probar el que optara á la posesion de un Mayorazgo ser del linage del fundador, esto hacia necesarias las pruebas, las alegaciones y los trámites todos y los términos amplísimos del juicio ordinario, en los cuales se ventilaban y resolvían todas las cuestiones; siendo de ello buena prueba, para no ir mas lejos, los autos actuales, en los cuales, por confesion de todos, nada importante se ha agregado á los méritos que producian los de tenuta, ejecutoriados en 1837, á escepcion del testimonio venido de Granada.

262. Como verdaderos juicios los posesorios, eran tambien verdaderas sentencias las que en ellos se pronunciaban, sin mas diferencia que la que consistia en que podian por punto general tales juicios y tales sentencias quedar sin efecto por los juicios de propiedad.

263. Mas ese derecho que al vencido en el pleito posesorio concedia la ley, y le declaraban por lo comun las sentencias posesorias, para demandar la propiedad ¿por ventura no prescribia? Prescribia, como prescriben todos los derechos y todas las acciones. Ese derecho en el vencido, seria una accion personal que prescribia dentro de veinte años; y si no era una accion personal, seria de otro género; pero, désele el nombre que se quiera, siempre seria una accion, un derecho que prescribia á los diez, á los veinte, á los treinta, ó á los cuarenta años, porque no hay cosa mas cierta en jurisprudencia que la prescriptibilidad de todas las acciones y de todos los derechos. Y ¿cómo no habia de ser asi? ¿Cómo, vencido uno en la posesion de un Mayorazgo, habia de serle lícito reclamar la propiedad cuando quisiera, por tiempo indefinido? ¿Cómo, no reclamándose esa propiedad en un tiempo indefinido, no ha de ganarla el que ganó la posesion? ¿No se gana con la posesion de cierto tiempo la propiedad de las cosas?

264. ¡Ah! no, no puede ser lícito, no puede ser legal llevar á juicio doscientos y tantos años despues en propiedad, lo que doscientos y tantos años antes fue fallado y ejecutoriado en posesion. La sentencia condenatoria del pleito posesorio no puede ser una autorizacion continua para entablar el petitorio; una interrupcion constante de derechos bien ganados y adquiridos. Los derechos que da un juicio solemne fuerza es que no esten para siempre en incierto. ¿Qué mas se necesitaba entonces, para condenar á la nulidad y al silencio los mas robustos títulos que reconocen y admiten los hombres y los jurisconsultos, que perder un pleito de posesion?

265. Sentencia verdadera fue la que pronunció en 1625 el estinguido Consejo de Castilla, sentencia que perjudicaria hoy á Doña Catalina Ponce de Leon, si viviese, y no le permitiria reclamar la propiedad del Condado de Bailen, por no haberla reclamado en mas de dos siglos, despues de haber perdido la posesion. Pero no me perjudica á mí, dice el Marques de la Vega de Santa María, porque no litigué en aquel pleito: *res inter alios acta alius non nocet*. Mas este principio de derecho, que tal es y no lo desconoce el Duque de Osuna, tiene muchas limitaciones; la limitacion que envuelve aquel otro principio, no menos inconcurso, que dice que las acciones llamadas persecutorias de la cosa, que son todas las civiles, pasan, á diferencia de las penales, á los herederos y contra los herederos.

Segun este principio, no obsta á la escepcion de la cosa juzgada la falta de identidad de la persona, siempre que haya identidad de cosa ó de accion. Asi, no seria lícito á los herederos de los que litigaron acerca de la pertenencia de una finca, y fuerón vencidos, mover pleito sobre la pertenencia de la misma finca, á título de no haber litigado ellos sino sus causantes; porque hay identidad de cosa y de la accion ó derecho porque se pide.

266. Lo mismo debe decirse en los pleitos de Mayorazgo. El fundamento es la identidad de la cosa que se pide y de la razon con que se pide; y lo mismo hay, ó puede haber, esa identidad cuando la materia del pleito son bienes libres que cuando lo son los vinculados: lo mismo en los pleitos respecto de los unos que respecto de los otros hay persona que pide, cosa que se pide, razon con que se pide y sentencia que decide acerca de lo que se pide: y mas aun en los pleitos de Mayorazgo que en los otros, porque los sucesores representan, en cuanto á los bienes vinculados, mas perfectamente la persona y la causa del poseedor que los herederos la de su causante, siendo sabido que la proximidad de parentesco, en virtud de la cual se sucede en los Mayorazgos, debe ser considerada respecto del último poseedor, no del fundador; siéndolo tambien que en los Mayorazgos se sucede al último poseedor, no por derecho hereditario, sino de sangre, por razon de linage.

267. La identidad de la persona en esta materia de cosa juzgada no es menester que exista física y realmente, basta que exista representativamente, por analogía fundada en la identidad de la causa. *Et in hac materia*, decia Salgado, *ut obstet exceptio rei judicate, sufficit quod sit eadem persona, vere vel interpretative*. Porque la identidad la produce, como lo indica su mismo nombre, la identidad de la cosa juzgada.

268. Si habiendo sido vencido, como fue vencedor, en el pleito de tenuta D. Pedro Alcántara (núm. 89), Duque anterior de Osuna, hubiera entablado nuevo pleito posesorio el actual D. Mariano Tellez Giron, ¿no habria opuesto el Marques de la Vega de Santa María la escepcion de cosa juzgada; no habria dicho que aunque no litigó en el pleito posesorio el Duque de Osuna por sí, litigó representado por su hermano; no habria dicho que la causa era la misma, una é idéntica la accion y el derecho con que se pedian los Mayorazgos? Sin duda habria dicho todo esto el Marques de la Vega de Santa María, y lo habria dicho con sobrada razon y justicia, porque habia identidad de causa; y las gestiones del Duque de Osuna actual no hubieran prosperado porque iban derechamente contra la cosa juzgada.

269. Propone esta cuestion y la resuelve, con la maestría que acostumbra, el célebre jurisconsulto Antonio Gomez (1). *Principaliter quæro, an sententia lata contra possessorem melioratus, per quam privatur majoratu et declaratur ad alium pertinere, præjudicet sequenti successori, etiam non citato nec vocato; et videtur quod non*. Refiere en seguida la opinion de los que estan por la negativa y continúa: *Sed his non obstantibus ego teneo contrarium, sine quod talis sententia præjudicet sequenti successori, etiam non vocato nec citato*; cuya opinion defiende, aduciendo muchas razones que seria ocioso recordar, y citando multitud de autores.

270. No hay, pues, ya se considere la cuestion en sí misma, ya con relacion á la autoridad de célebres jurisconsultos, obstáculo ni inconveniente alguno para que tenga adecuada

(1) In legem 40. Tauri, núm. 73.

y rigurosa aplicacion á los pleitos de Mayorazgo, lo mismo que á los demas, la doctrina que da fuerza á la cosa juzgada, una vez que haya identidad de cosa.

271. ¿La hay en nuestro caso? ¿La causa que defiende hoy el Marques de la Vega de Santa María, (letra A), es la misma que defendió siglos há Doña Catalina Ponce de Leon, letra (I) en el pleito que produjo la ejecutoria de 1625? Esto lo dicen los autos, los datos que ya obraban en ellos consignados, y con mas minuciosidad aun la ejecutoria últimamente producida por parte del Duque de Osuna.

272. La identidad es en efecto completa: Doña Catalina era realmente descendiente de D. Manuel Ponce de Leon (núm. 13) por D. Rodrigo (núm. 21); el Marques de la Vega de Santa María dice que lo es por Doña Mayor Ponce de Leon (núm. 22), hermana del D. Rodrigo (núm. 21): Doña Catalina era hija natural del penúltimo poseedor D. Rodrigo letra (G), y como tal descendiente natural de D. Rodrigo (núm. 21), y D. Manuel (núm. 13) el Marques de la Vega de Santa María, como descendiente de Doña Mayor (núm. 22) hija natural de D. Manuel (núm. 13), es tambien descendiente natural del mismo D. Manuel (núm. 13), ó no es nada. La identidad es por consiguiente absoluta en lo que puede ser favorable al Marques de la Vega de Santa María.

273. La diferencia que hay entre este litigante y la Doña Catalina, es muy desfavorable para el Marques. El Marques no es descendiente de D. Rodrigo (núm. 21), y lo era la Doña Catalina: esta era hija natural del último poseedor, y el Marques no ha poseído, ni su padre, ni su abuelo, ni ninguno de los de su rama; Doña Catalina tenia en su favor, en el pleito que produjo la ejecutoria de 1625, y hasta que esa ejecutoria se pronunció, la declaracion de inmediata sucesora por la otra sentencia de la Chancillería de Granada de 28 de febrero de 1617, y el Marques de la Vega no; la Doña Catalina llevaba al estinguido Consejo de Castilla una cuestion nueva, porque no habia salido la pesesion del Condado de Bailen de los hijos ó nietos de D. Rodrigo (núm. 21), al paso que el Marques de la Vega de Santa María trae á los tribunales esa misma cuestion, cuando los Duques de Arcos llevan ya mas de dos siglos de poseedores del Condado de Bailen; Doña Catalina, por último, no litigaba contra doscientos veinte y tres años de posesion, como litiga el Marques de la Vega de Santa María.

274. Mas salvas estas diferencias desfavorables al Marques, de tanta importancia como conoce el menos versado en materia de Mayorazgos, la identidad, repetimos que es completa. Una misma era la cuestion que se ventilaba en aquellos remotos tiempos y la que se ventila ahora, si en falta de descendientes legitimos de D. Rodrigo ó D. Manuel (números 21 y 13) han de entrar los naturales, ó han de ser preferidos los colaterales legitimos, descendientes de los antiguos fundadores y pertenecientes á la misma familia de D. Rodrigo y D. Manuel (números 21 y 13); si acabada la línea primeramente llamada por falta de descendientes legitimos, deberá entrar ó no la segunda, la tercera ó la cuarta. Las mismas razones que alegaba en el pleito de 1618 Doña Catalina letra (I), alega ahora el Marques de la Vega de Santa María letra (A), que en las palabras de la sentencia imperial de *pariente suyo mas propincuo* se entienden comprendidos los naturales, con todo lo demas que es consecuencia del principio una vez admitido. Con este objeto hemos traído el testimonio íntegro de la ejecutoria, en la cual se insertan los principales escritos presentados por las

partes en aquel pleito. Compárese lo dicho entonces con lo que se dice ahora, lo que no podia menos de decirse entonces con lo que no puede menos de decirse ahora, y se encontrará perfecta igualdad y consonancia.

275. El estinguido Consejo de Castilla resolvió ya la cuestion, cuando declaró que la tenuta del Condado de Bailen correspondia al Duque de Arcos D. Rodrigo (núm. 32) con exclusion de Doña Catalina Ponce de Leon letra (I), hija natural del penúltimo poseedor, y segunda nieta de D. Rodrigo (núm. 21). Declarando esto, delaró el Consejo que los naturales no tenian entrada en el Condado de Bailen. No pudo declararlo por ninguna otra razon, habiendo la Doña Catalina probado su descendencia de D. Rodrigo (núm. 21), cosa que no habia siquiera necesidad de probar, y que no fue puesta en duda, tratándose de grados tan próximos, y cuando la Doña Catalina habia litigado en los pleitos anteriores como hija natural de D. Rodrigo, (letra G), y habia como tal obtenido la declaracion de inmediata sucesora en la Chancillería de Granada, de que ya se ha hecho mérito.

276. Si, pues, en 1625 declaró el Consejo que los naturales no tienen derecho al Condado de Bailen, declarando que no lo tenia la Doña Catalina, en quien concurría esa circunstancia, ¿no es el colmo de la temeridad en el Marques de la Vega de Santa María pretender que se declare otra cosa en 1849? ¿No producirá siempre, y cuanto mas tiempo pase mejor, sus naturales efectos la cosa juzgada? La cosa juzgada constituye uno de los títulos mas robustos y poderosos que conoce el derecho, y de los que mas deben tener y tienen en consideracion los Tribunales al fallar los pleitos. La cosa juzgada es aquella escepcion perpétua en el absuelto de la demanda y en sus herederos, segun la ley de Partida. *Res judicata pro veritate habetur*, dice el axioma legal. La cosa juzgada es la que, segun otra ley de Partida, tan maravillosa fuerza há, que obliga á los contendores é á sus herederos á estar y pasar por ella. La cosa juzgada es la que consagró la ley antigua Romana (1) con palabras no menos decisivas que las que contienen las leyes del Reino. Esa excepcion es la que obra de lleno contra la demanda del Marques de la Vega de Santa María.

(1) Ley 3, cod. de fructibus et litis expensis. *Terminato transactoque negotio post hac nulli actio, neque ex rescripto, super sumptum petitione præstetur. Post absolutum dimissumque judicium, nefas est litem alteram consurgere ex liti primæ materia.* L. 2. Cod., de Transact. «*Non minorem auctoritatem transactionem quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit.*» Valenzuela consil. 475, n.º 39. » *Transactio et res judicata eundem habent effectum, et à jure equiparantur.*»

Segundo fundamento del derecho del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen , por la transaccion y sentencia imperial , lo mismo que por las fundaciones antiguas ; la prescripcion en general.

277. La posesion, por el tiempo y de la manera y en la forma establecida por la ley, constituye, con el nombre de prescripcion, un título y un modo de adquirir tan bueno y legítimo como cualquiera otro de los que reconoce el derecho, ó mejor acaso y mas robusto y fundado que ningun otro, porque la prescripcion es el fin de los pleitos. Habiendo poseido los ascendientes del Duque de Osuna desde el año de 1625 el Condado de Bailen, en virtud de una sentencia ejecutoriada, es evidente que han ganado la propiedad de dicho Condado, cuando le faltaran otros títulos, en virtud del de prescripcion.

278. Dos clases de prescripcion y de posesion deben distinguirse en esta materia de Mayorazgo; la de bienes vinculados en concepto de libres, y la de bienes vinculados en concepto y á título de vinculados. Fundados en la ley 41 de Toro todos nuestros intérpretes admiten la primera de estas prescripciones, por posesion de tiempo inmemorial en los Mayorazgos, porque el haber pasado tanto tiempo hace presumir que concurrió la licencia del Rey y todo lo necesario para la enagenacion (1). Tambien la admite, ó ha admitido hasta aquí al menos, el Marques de la Vega de Santa María, aunque rechazando la otra prescripcion, por la cual se adquieren bienes vinculados á título y en concepto de tales.

279. De esta segunda prescripcion es de la que aquí hablamos. No han hablado de ella como de la primera, nuestros juriconsultos; pero admitida esta, aunque á virtud de posesion inmemorial, no sabemos por qué no ha de admitirse aquella, mucho mas si aparece, como sucede aquí, fundada en título justo y hábil para transferir el dominio de bienes amayorazgados.

280. Dos son las razones capitales en que se funda la imprescriptibilidad como libres de los bienes vinculados; la perpetuidad de los Mayorazgos, y la circunstancia de transferirse la posesion civil y natural de los mismos, segun la ley 43 de Toro, á aquel á quien de derecho corresponde.

281. La perpetuidad del Mayorazgo se salva y queda intacta en la prescripcion de que tratamos, obstando á esta perpetuidad que el Mayorazgo no se posea, no que se posea por esta ó la otra línea, por el constituido en este ó en el otro grado.

282. En cuanto á la posesion civil y natural del Mayorazgo, que por muerte del poseedor se transfiere al legítimo sucesor, no hay duda que se quebranta por la prescripcion la ley que así lo dispone. Mas ¿no es esta la suerte y la condicion de todas las prescripciones? En todos ellos se va derechamente, no solo contra la ley natural, sino contra la

(1) Mol. de primog. lib. 4.º, cap. 40, n.º 10: *Quando præscripto memoriam hominum excedit, ea namque omnibus ipsius majoratus successoribus præjudicabit, ex eo quod ex tanto temporis lapsu regia facultas et omnia ad id necessaria presumuntur.*

Lo mismo sienten Antonio Gomez en la ley 40 de Toro, n.º 90; Greg. Lopez en la glosa 3.ª de la ley 40, tit. 26, p. 4.ª; Sala en su derecho Real de España, y otros muchos.

ley civil, que prohíben que se prive del dominio á aquel á quien legítimamente pertenece.

283. Mas en el caso presente cesa aquella razon, suponiendo que tuviera la fuerza que se la quiere dar; aquí no se ha quebrantado ni defraudado la ley que da la posesion del Mayorazgo á aquel á quien de derecho corresponde, porque se ha poseido y posee en virtud de una ejecutoria. Disputábase acerca de quién era el verdadero sucesor del Mayorazgo, con cuyo carácter se presentaba Doña Catalina Ponce de Leon (letra I), y el Duque de Arcos D. Rodrigo (núm. 32); y el Consejo dijo que el verdadero sucesor lo era el último. Desde aquel momento lo fue, aunque debiera serlo por la fundacion Doña Catalina, si es cierto que *res judicata pro veritate habetur*. Desde aquel momento el Duque de Arcos (núm. 32) quedó en aptitud de ganar la propiedad del Condado, cuya posesion se le dió, y empezó á ganarla entonces, y concluyó de ganarla cuando pasó el tiempo hábil para reclamarla.

284. La ganó contra todos y cada uno de los que pudieran considerarse con derecho al Condado de Bailen, porque ninguno de ellos ejercitó su pretendido derecho, porque respecto de todos y de cada uno de ellos tuvo el Duque de Arcos (núm. 32), y tuvieron sus sucesores hasta el Duque de Osuna, con lo demas que se necesita para ganar el dominio de las cocas libres lo mismo que las vinculadas, justo título.

285. Esta circunstancia, la de poseerse en virtud de justo título, es tan importante como por sí mismo se conoce. La posesion, con título de 30 ó 40 años, que se llama *longissimi temporis prescriptio*, la equiparan todos los jurisconsultos á la posesion centenaria y á la inmemorial (1).

286. Hablan estos jurisconsultos de la prescripcion de bienes vinculados como libres. ¿Con cuánta mas razon deberá entenderse esta doctrina cuando se trata de prescripcion de bienes á título de vinculados? ¿Con cuánta mayor razon no se entenderá dicho cuando se trata de una posesion y de una prescripcion, no de 30 ó 40 años, sino desde 1625 hasta 1780, en que por primera vez reclamó D. Juan Fernando Narvaez (núm. 49), abuelo del Marques de la Vega de Santa Maria actual?

287. No importa que la prescripcion tenga que luchar no solo contra uno, sino contra todos los sucesores; no solo contra un grado, sino contra todos. Cuando se trata de prescribir contra un sucesor, solo basta la prescripcion de 30 ó 40 años (2): la inmemorial alcanza y perjudica á todos los sucesores (3); y la centenaria con título equivale á la inmemorial.

288. No hay nada, en nuestra opinion, mas conforme que esto con los principios generales de derecho consignados en nuestras leyes. Una recopilada (4) declara que por la posesion inmemorial, probada de la manera que exige la ley de Toro, se prescribe el Señorío de los pueblos, y la jurisdiccion civil y criminal, á escepcion de la Suprema. Otra

(1) Molina de prim. lib. 2.º, cap. 6.º, n.º 54. *In qua questione dicendum est quadraginta annorum præscriptionem cum titulo sufficere. Hoc namque præscriptio immemoriali equivalens est, adeo ut quoties lex immemoriam præscriptionem requirat, præscriptio quadraginta annorum cum titulo sufficiens sit.*

Fabio, ad leg. 7. Cod. de præscript. 30 vel 40 annorum. «*Præscriptio centum annorum numquam censetur exclusiva, si non expressim de ea tantum sit.*»

(2) Mol. de primog. lib. 4.º cap. 10, números 2 y 3.

(3) Idem. id. id. núm. 10.

(4) 4.ª, tit. 8.º lib. 11 Nov. Recop.

de Partida (1) «establece que 30 años continuadamente ó dende arriba seyendo algun ome tenedor de alguna cosa por qual manera que obiese la tenencia, que non le mouiese pleito sobre ella, en todo este tiempo, ganarla, y ha, maguer fuese la cosa furtada ó forzada ó robada, é maguer que el Señor de ella gela quisiese demandar dende adelante, non sería tenuto de responderle sobre ella amparándose por este tiempo.»

289. Prescribiéndose toda clase de bienes, todos los derechos, todas las acciones, ¿por qué no se han de prescribir tambien los bienes vinculados á título y en concepto de tales? Lo que habrá en tal caso que averiguar es si la posesion se halla adornada ó no de los requisitos legales de que ha de ir acompañada la posesion para ganar con ella el dominio de las cosas; y esos requisitos todos concurren aquí en la posesion que en su favor tiene el Duque de Osuna y han tenido sus ascendientes, con la cual han ganado la propiedad del Condado de Bailen.

290. Título justo. No hay ninguno mejor ni mas hábil para transferir el dominio que la cosa juzgada. Buena fe no concebimos que pueda presumirse mejor que aquella que procede de una sentencia ejecutoriada favorable, basada en la naturaleza de las fundaciones antiguas, en los llamamientos que sostiene la misma sentencia imperial, y en todo lo demas que tiene en su favor la causa del Duque de Osuna.

291. Que tal posesion ha sido buena, esto es, continua, pacífica, pública, no equívoca, es fuera de toda duda. No ha sido interrumpida esta posesion por parte del Marques de la Vega de Santa María hasta el año de 1780, en que por primera vez salió al pleito anterior de tenuta, para ser en él vencido. Dice que hasta esa fecha no tuvo noticia del asunto y del derecho que le correspondia. Pero esto no es una razon digna de un jurisculto. ¿Qué le importa al Duque de Osuna que tuviera ó no noticia del asunto el Marques de la Vega de Santa María? Si no la tuvo, pudo y debió tenerla, porque pudo y debió adquirirla, y no importaria tampoco que asi no fuese, siendo sabido que á nadie aprovecha la ignorancia del derecho, ni la del hecho siquiera, cuando se trata de hechos tan personales, tan inmediatos, tan del conocimiento y de la competencia esclusiva del Marques de la Vega de Santa María y de todos sus ascendientes, los cuales debian saber, como sabe todo el mundo, la familia á que pertenecian; y si esa familia tenia ó no derecho al Mayorazgo que fue objeto de la sentencia imperial.

292. Mas debieran ó no saberlo el Marques y todos sus ascendientes, lo importante es que la posesion del Duque de Osuna no ha sido interrumpida naturalmente, no habiéndola perdido de hecho; ni civilmente, porque no fue emplazado ni demandado hasta 1780, habiéndolo sido entonces para vencer, lo cual ha producido el efecto legal de unir el tiempo transcurrido desde el emplazamiento al en que empezó en 1625.

293. Ha sido tambien pacífica, esto es, adquirida sin violencia, porque fue ganada en contradictorio juicio, la posesion que en su favor tiene nuestro ilustre defendido; como ha sido tambien pública, á la luz del dia y de todas las líneas y de todos los grados que quieren quitarle ahora lo que ha poseido y posee por tanto tiempo y con títulos tan buenos y tan valederos; como ha sido, por último, no equívoca ni precaria, habiendo poseido

(4) 24, tít. 29, P.º 3.

el Condado de Bailen por sí mismo y en virtud de derecho propio, no precario, como lo es el arrendamiento ó el usufructo.

294. Tiempo suficiente: ¿quién podrá tampoco dudar que lo hubo y hay aquí, en donde se ha poseído y posee por espacio de siglos? Y que la cosa es, por su naturaleza susceptible de prescripción, lo hemos demostrado hasta aquí, á nuestro parecer, sólida y concluyentemente; y lo demuestra también la consideración de que los Mayorazgos no están entre las cosas que las leyes recopiladas y de Partida señalan como imprescriptibles.

295. Habría, pues, ganado el Duque de Osuna la propiedad del Condado de Bailen en virtud de tan antigua posesión, aun cuando le faltaran, que no le faltan, otros títulos; en virtud de la posesión centenaria que constituye uno de los modos de adquirir el dominio más fuerte y más aceptable á los ojos de la ley: á nombre de la posesión centenaria, cuyo origen es, á juicio de nuestros antiguos jurisconsultos, hasta de derecho natural, pero que sin disputa es un axioma y una máxima de derecho universal; á nombre de la posesión centenaria, que comprende siglos, que en el orden legal y en el extralegal todo lo legitima y abona, hasta las usurpaciones más escandalosas. En verdad que no se comprende cómo ha podido abandonarse el Marques de la Vega de Santa María hasta el punto de luchar contra la posesión de los siglos, queriendo que las cosas vuelvan al estado que tenían en 1625; el Marques de la Vega de Santa María que no ha poseído nunca, que se halla colocado en una rama que tampoco ha poseído.

Tercer fundamento del derecho del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen, por la transacción y sentencia imperial, lo mismo que por las fundaciones antiguas; la prescripción producida por las leyes de supresión de vinculaciones.

296. Hay aquí dos cuestiones; una de hecho, otra de derecho. La de hecho consiste en averiguar si el Marques de la Vega de Santa María interpuso su demanda de propiedad pasados los cuatro meses que tenía para interponerla, como vencido en el pleito posesorio, por la ley de supresión de vinculaciones; y la de derecho reduce á saber si caducó y prescribió su derecho por ello, por este género de prescripción especial establecida por la ley.

297. La cuestión de hecho no lo es si no porque quiere que lo sea el Marques, el cual había aceptado el hecho en la primera instancia, especialmente en el informe verbal, aunque resolvía en su favor, como era consiguiente, la cuestión de derecho. Mas ahora nuevamente en esta segunda instancia, efecto sin duda de haber variado de letrado, dice que no es exacto el hecho de haberse presentado la demanda pasados los cuatro meses. Veámoslo. En 1.º de setiembre de 1837 se notificó á la parte del Marques de la Vega de Santa María la sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 26 de agosto anterior, que dió al Duque de Osuna la posesión de los Estados litigiosos; y con fecha 20 de enero del año siguiente aparece puesta la nota del Escribano Quintas, repartiendo el negocio al escrito en que proponía el Marques la demanda de propiedad.

298. ¿Qué quiere decir esto? Que la demanda se propuso, sino en el mismo día 20, uno ó dos antes cuando mas. Hoy mismo los pleitos que se presentan á repartimiento en los juzgados de primera instancia, á lo sumo tardan dos dias en repartirse. Pero en 1838, en que se presentó la demanda del Marques de la Vega de Santa María, regia un sistema de repartimiento, el antiguo, mucho mas fácil, sencillo y espedito que el actual (segun es público y lo declaran varias Reales órdenes), de manera, que probablemente la demanda se presentó el mismo dia en que se repartió. Fuera en ese dia ó en otro, es indudable que se presentó en el año de 1838, y por consiguiente fuera de tiempo. Por el sistema que se observaba en dicho año de 1838, el Escribano encargado hacia el repartimiento, á diferencia de ahora, durante todo un año, segun un Real Decreto de 1836. Aquí se repartió la demanda en 1838; luego se presentó en ese año. Hay de ello, ademas, otra prueba que constituye una demostracion.

299. La demanda aparece redactada en papel correspondiente al año de 1838: es, pues, evidente que se presentó en este año, y que se presentó, lo mas pronto el dia 2 de enero, que es el primer dia hábil, pues de otro modo, para presentarla antes del 1.º de enero se habria pedido habilitacion, y estaria redactada en papel correspondiente al año de 1837.

300. Los cuatro meses cumplan el 31 de diciembre de 1837, segun la ley de 1820, por haberse notificado la sentencia en 1.º de setiembre de 1837. Se presentó por tanto pasados los cuatro meses. Esto es incontestable, y no tiene necesidad el Duque de Osuna de probarlo, como graciosamente dice el Marques de la Vega, apareciendo mas que suficientemente probado; bien que aun cuando asi no fuera, la prueba incumbiria al Marques, teniendo todo litigante necesidad de probar que hace sus gestiones y deduce sus solicitudes en tiempo hábil.

301. La cuestion de derecho no lo es tampoco sino porque el Marques quiere que lo sea. El artículo 8.º de la ley de supresion de vinculaciones de 11 de octubre de 1820, dice lo siguiente: «lo dispuesto en los artículos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º no se entiende con respecto á los bienes hasta ahora vinculados, acerca de los cuales penden en la actualidad juicios de incorporacion ó reversion á la nacion, tenuta, administracion, posesion, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de la fundacion, ó cualquiera otro que ponga en duda el derecho de los poseedores actuales. Estos, en tales casos, ni los que les sucedan, no podrán disponer de los bienes, hasta que en última instancia se determinen á su favor en propiedad los juicios pendientes, los cuales deben arreglarse á las leyes dadas hasta este dia ó que se diesen en adelante. *Pero se declara, para evitar dilaciones maliciosas, que si el que perdiese el pleito de posesion ó tenuta no entablase el de propiedad dentro de cuatro meses precisos, contados desde el dia en que se le notificó la sentencia, no tendrá despues derecho para reclamar, y aquel en cuyo favor se hubiere declarado la tenuta ó posesion, será declarado como poseedor en propiedad, y podrá usar de las facultades concedidas por el art. 2.º*»

302. A vista de una declaracion tan terminante, «dentro de cuatro meses precisos á contar desde el dia de la notificacion de la sentencia,» no puede ser lícito preguntar si será este ó no un término fatal cuyo transcurso haya de producir el efecto de perder el

poseedor el derecho que pudiera tener á la propiedad. Mas como el Juez de primera instancia que ha conocido de los autos se creyó autorizado para desentenderse y sobreponerse á una ley reciente, hecha *ad hoc*, cuya validez y eficacia habia sido declarada por otra ley; nos vemos en la necesidad de consagrar á este importante punto algunas observaciones, á fin de probar que ni por los preceptos de la jurisprudencia comun, ni por los especiales de las leyes de supresion de vinculaciones, puede dejar de suponerse fatalísimo el término de los cuatro meses de que tratamos.

303. Que por la ley son fatales todos los términos de la ley, no hay necesidad de decirlo. Pero seria inútil tambien, y hasta necio si se quiere, ocultar que por la jurisprudencia comunmente recibida, y por la práctica universal y constante de todos los tribunales, que es á nuestros ojos la mejor jurisprudencia, no todos los términos son fatales, y debe entre ellos hacerse desde luego distincion.

304. ¿Cuáles términos son fatales, cuáles otros no lo son? Todos los términos establecidos por la ley para introducir recursos son fatales, los establecidos por la ley para introducir ó para presentar escritos y alegatos, no son fatales. Esta regla se deduce, por una parte, de la ley escrita, por otra de la práctica constante de los Tribunales, del de V. E. especialmente, á quien, en su Sala tercera y en su Sala segunda, ha tenido el letrado que suscribe mas de una vez el honor de someter sus observaciones sobre este punto, siempre con buen éxito.

305. Sírvase V. E., en prueba de ello, permitirnos recorrer rápidamente la historia de los recursos, y de los escritos ó alegatos que se presentan en juicio.

306. Entre aquellos ocurre en primer lugar el bien conocido de reposicion de providencias dictadas en primera instancia. Por ser ó parecer la ley un tanto oscura, creen unos jurisconsultos que su término es el de tres dias, otros que el de cinco. Mas pasados los tres ó los cinco, es sabido que el que pide reposicion pierde inútilmente el tiempo; en primera instancia en donde se niega, en la segunda en donde se confirma. Es un término fatal.

307. Viene luego el no menos conocido remedio de la apelacion: su término es el de cinco dias, pasados los cuales no se admite. Podriamos ofrecer de ello en nuestra escasa práctica, muchos ejemplos, si lo necesitara, que no lo necesita, la mas larga de V. E.; de apelaciones no admitidas como propuestas pasados los cinco dias, aun aquellas que se fundaban en causas muy poderosas. El antiguo recurso de nulidad de sentencias de primera instancia del propio modo no se admitia despues de los sesenta dias que la ley les señalaba.

308. En las instancias segunda y tercera y aun cuarta, todos los recursos que admitian y admiten nuestras leyes, señalándoles término, habian de interponerse dentro de ese término fatal. La súplica ordinaria, los recursos extraordinarios de segunda suplicacion, el de injusticia notoria en el Tribunal de Comercio, los recursos de fuerza, el de nulidad novísimamente establecido por el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, todos tenian y tienen término señalado, y todos esos términos son fatales. No hay ejemplo de que el Tribunal Supremo de Justicia haya revocado las providencias de las Audiencias que no admiten recursos de nulidad interpuestos fuera de los diez dias, y los hay en contrario todos los dias de las Audiencias y del Tribunal Supremo de Justicia.

309. En opuesto sentido tienen término establecido por la ley, pero no fatal, los escritos y los alegatos en los cuales no se interponen recursos; los escritos de contestacion á la demanda, los de réplica y dúplica, los de alegato de bien probado, los de mejora de la apelacion, súplica y demas. Los términos establecidos para presentar estos escritos de seis, nueve, veinte dias, mas ó menos, todos se prorogan por los Tribunales.

310. ¿Por qué así? Bastaria saber que esto es lo establecido, lo admitido en todos los Tribunales. Mas creemos que puede señalarse como razon concluyente la de que por los recursos se grava mucho mas y se hace de peor condicion, por decirlo así, la suerte del litigante contra quien se interponen. Un recurso es el principio de una instancia, de mucha duracion por lo comun, es una série de escritos y de alegatos, de trámites y de dilaciones con los cuales amenaza y oprime un litigante á su colitigante; al paso que un escrito y un alegato no es mas que una de esas muchas diligencias, trámites y actuaciones.

311. Esto, así dicho se entiende, que el término establecido por la ley para introducir pleitos ha de ser por fuerza fatal, mucho mas fatal, si fuera posible, que el que establece la misma ley para introducir recursos; porque un pleito es una cosa infinitamente mas gravosa, mas perjudicial, mas onerosa á aquel contra quien se promueve que un recurso. Si un recurso es el principio de una instancia, un pleito es el principio de una série de instancias. Si una instancia dura mucho, un año por ejemplo, un pleito dura seis: si una instancia cuesta como uno, un pleito cuesta como seis; si una instancia molesta como uno, un pleito molesta como seis, con sus instancias ordinarias y hasta extraordinarias.

312. Preciso es, pues, si no nos engañan los principios de la jurisprudencia práctica y la enseñanza que contiene la doctrina de los jurisconsultos y la doctrina de las decisiones uniformes de nuestros Tribunales, que siendo, como son, fatales los términos de la ley para introducir recursos, sea tambien fatal el término de la ley para introducir pleitos; que sean fatalísimos los cuatro meses que al vencido en el pleito posesorio señala la ley de 1820 para introducir el juicio de propiedad.

313. Si de la jurisprudencia antigua llevamos la investigacion á la jurisprudencia nueva, á la ley misma de 11 de octubre de 1820, ¿quién podrá de buena fe poner en duda que establece un término fatal? Dentro de cuatro meses *precisos* dice, que es tanto como decir que la ley era inexorable y no consentia que ese término se prorogara; y á contar, añade no desde el dia siguiente al de la notificacion de la sentencia, segun tenia sancionada la práctica de los Tribunales y sancionó despues un Real Decreto de 1838, sino desde el mismo dia. Y no tendrá despues derecho á reclamar, y el poseedor será considerado poseedor en propiedad. No podia decirse mas, no podia consignarse con palabras mas decisivas la perentoriedad del término.

314. Esto mismo hace creer el objeto y fin que la ley se propuso. La intencion y el deseo del legislador fue extinguir los Mayorazgos; pero extinguirlos, no gradualmente, sino desde luego, de una vez, de un solo golpe; quedan suprimidos, dijo la ley, todos los Mayorazgos; y todo lo que podia con los Mayorazgos tener analogía y enlace, los derechos á los Mayorazgos en litigio. Sobre este punto fue la ley tan severa que no hi-

zo siquiera mencion de aquellos pleitos que no se habian promovido en 11 de octubre de 1820, por causas que legitimamente lo hubiesen impedido. No quiso que se promoviesen una vez promulgada la ley, y á los promovidos y conclusos en tenuta señaló para la propiedad cuatro meses. ¿No será fatal este término para el legislador que con tan severos ojos miraba los Mayorazgos y los pleitos pendientes á la sazón sobre Mayorazgos? Queriendo la ley que los bienes vinculados entrasen desde luego en circulacion en clase de libres, ¿cómo es posible presumir que permitiera que se retardase el momento con prórogas y dilaciones de un solo dia, nacidas de la institucion misma que condenaba de los pleitos pendientes sobre Mayorazgos?

315. Tan claro parecia esto al Señor Pacheco (1) en su escelente comentario á la ley de que tratamos, que mas bien supone que prueba la perentoriedad del término de los cuatro meses. «El art. 8.º dice: dispone.... que en caso de decidirse el litigio posesorio, únicamente ha de haber para entablar el de propiedad el término de cuatro meses. »Esto parece claro, volvemos á decir: esto no puede sin sofisticas sutilezas dar lugar á »dificultad alguna.» No imaginaba el comentarista que pudiera un juez de primera instancia de Madrid admitir no solo, sino estimar procedente en definitiva, una demanda de propiedad interpuesta despues de los cuatro meses de haberse notificado la sentencia del juicio posesorio.

316. «Cabrá, agrega poco despues el mismo señor Pacheco, que recaigan algunas desgracias en ciertas y determinadas personas; pero esas desgracias son las que siguen siempre á todo término. Hay un instante en que las acciones y los derechos concluyen: hasta »aquel momento se gozan: desde aquel momento ya no se poseen: un minuto de distancia »puede levantar entre dos personas que tuvieran antes la misma accion, una muralla in»franqueable.»

317. Esto es lo que aqui ha sucedido: un momento antes del 1.º de enero de 1838 el Marques de la Vega de Santa María podia reclamar la propiedad del Condado de Bailen; un momento despues del 31 de diciembre del año anterior, pues el 31 de diciembre cumplió el término de los cuatro meses, contados, como previene espresamente la ley citada, desde el dia de la notificacion de la sentencia de tenuta, que fue el 1.º de setiembre, ya no podia reclamar el Marques: se habia levantado entre este y el Duque de Osuna una muralla infranqueable.

318. Hubo un tiempo en que pudo ponerse esto en duda, porque se puso en duda la validez y eficacia de toda la ley de 11 de octubre de 1820, cuyo restablecimiento en 1836 opinaba algun juriconsulto que no pudo hacerlo la Corona sin el concurso de las Córtes. No era de esta opinion el letrado que suscribe, no lo era la generalidad de los juriconsultos, no lo era la generalidad de los Señores Magistrados de España, que diariamente fallaban pleitos en sentido opuesto. Mas era lícito promover aquella duda, y porque podia dudarse, no opuso el Duque de Osuna á la demanda del Marques de la Vega de Santa María la excep-

(1) Coment. al art. 8.º de la ley de 11 de octubre de 1820, publicado en el *Boletín de Jurisprudencia y Legislacion*.

ción que ahora nos ocupa como dilatoria, en artículo de incontestacion, que sin duda alguna hubiera prosperado.

319. Pero hoy no es ya lícito tener esa duda, con vista de la ley, hecha en Córtes, de 19 de agosto de 1841, en cuyo artículo primero de intento se declaró, que las leyes y declaraciones de la anterior época constitucional sobre supresion de Mayorazgos y otras vinculaciones estan válidamente en observancia desde 30 de agosto de 1836, en que fueron restablecidas. Desde este momento no tenia poder, sin ilegalidad y sin injusticia, el Juez de primera instancia que ha conocido de los autos, para dejar de hacer rigurosa aplicacion de lo dispuesto en el artículo 8.º de la ley de 1820 á este pleito, á este pleito que se fallaba en definitiva algunos años despues de la ley de 19 de agosto de 1848. ¿Cómo entendió aquel Juez poderse sobreponer asi á una ley tan recientemente publicada, tan severa, tan decisiva?

320. No tiene el Duque de Osuna la culpa de que haya sido el Marques de la Vega tan negligente y tan omiso que no acertara á interponer en tiempo hábil una demanda de dos pliegos, que tiene la que interpuso. En derecho y en juicio es menester estar muy sobre aviso, porque *non dormientibus sed vigilantibus jura succurrunt*. El Marques dormia tranquilamente mientras corrian los cuatro meses: tenga ahora paciencia, y vea en silencio al Duque disfrutar tranquilo lo que le ha dado la ley.

321. Contra razones de esta clase anticipadamente se conoce que no puede alegarse nada que sea aceptable, y nada aceptable alega el Marques de la Vega de Santa María. En el informe verbal de la vista pasada decia que esta escepcion es puramente dilatoria, y que ha debido como tal proponerse, en el caso de ser fundada y procedente, no como perentoria.

322. No es cierto lo uno ni lo otro. No lo es que la escepcion sea dilatoria, siendo por su naturaleza perentoria, porque no tiende á dilatar el pleito, sino á impedirlo y acabarlo, como quiera que admitida y estimada, habrá de dar por resultado la desestimacion de la demanda. Ni siendo dilatoria habria necesidad de proponerla como tal, sabiéndose que las escepciones dilatorias que se refieren á la persona del actor, y con mayoría de razon á la accion, pueden proponerse como dilatorias y como perentorias, y aun en este último concepto, despues de haber sido desestimadas en el primero.

323. Hablaba tambien el Marques de la no remision de los autos por el Tribunal Supremo de Justicia al Juzgado de primera instancia. Mas en su mano estuvo hacer que los autos se hubieran remitido por el Tribunal Supremo antes de la demanda, como lo hizo despues, por otrosí de la misma demanda, ademas de que no eran los autos necesarios para proponerla, como lo prueba el hecho de haberse propuesto y admitido sin ellos.

324. Ahora en esta instancia dice el Marques que no se estaba en el caso del artículo 8.º de la ley, porque existia ya de hecho un litigio pendiente, entablado antes de los cuatro meses por el Conde del Aguila. Mas esto es no decir nada, no tratándose ahora del Conde del Aguila, sino del Marques de la Vega de Santa María. Si el Conde promovió en tiempo, tendrá derecho á ser oido; pero no lo tendrá el Marques porque lo tenga el Conde, no pudiendo aprovechar al uno, como tampoco perjudicarle, lo hecho á nombre de otro. La ley impone la obligacion al vencido en el pleito posesorio, y claro es que si son

muchos, á todos alcanzará, sin que pueda salvar al uno lo hecho á nombre de los otros. No es lo mismo seguir un pleito con uno que con dos demandantes, pudiendo perderse con uno y ganarse con los otros, como de hecho ha sucedido aquí, en la primera instancia, aunque es de creer que no sucederá en la segunda.

325. Afirma, por último, el Marques que el juicio de conciliacion se celebró con el Duque de Osuna en tiempo hábil, en 22 de diciembre de 1837. Cierto; y esto prueba la poca diligencia del Marques, que para celebrar el juicio conciliatorio aguardaba á uno de los últimos dias hábiles del plazo fatal de los cuatro meses. Pero el juicio de conciliacion no es el juicio de propiedad, ni de posesion tampoco, de que habla la ley: no es mas que un requisito que debe preceder al juicio, que para el efecto de que aquí se trata comienza con la demanda. Con tales efugios, con esfuerzos tan vanos é infructuosos, no puede el Marques destruir la demostracion perentoria y concluyente de que perdió todo derecho, por no haber propuesto en los cuatro meses fatales que la ley señala su demanda de propiedad.

Cuarto y último fundamento del derecho del Duque de Osuna á la propiedad del Condado de Bailen por la transaccion y sentencia imperial, lo mismo que por las fundaciones antiguas; por haber triunfado en el último juicio posesorio, sin que en el petitorio se hayan hecho nuevas alegaciones ni pruebas.

326. Nos ha precedido en este trabajo el Conde del Aguila, el cual, en su escrito en derecho que presentó en el anterior pleito posesorio (núm. 86 y siguientes), procuraba demostrar que si bien en lo antiguo el juicio de tenuta era un interdicto sumarísimo, hoy se le concedia generalmente que era un juicio plenario posesorio que lleva envuelta la causa de la propiedad. A este propósito adujo muchas y muy importantes reflexiones. «No olvidemos nunca, decia, la índole de los Mayorazgos y sus principios constitutivos, cuando tratemos de hacer aplicaciones á casos secundarios que deben modelarse en un todo á las reglas primitivas de la institucion. El siguiente en grado no ha de ir á buscarse entre los parientes inmediatos al último poseedor, sino que debe estudiarse quién sea aquel segun la voluntad del instituidor del Mayorazgo. Las dificiles cuestiones de la línea preamada, de las cualidades de los contendentes, de sus filiaciones, de los defectos que pudieran tener sus ascendientes con otro sin número de cuestiones, que casi siempre ocurren en los Mayorazgos, deben ventilarse en el juicio de tenuta, para averiguar quién es la persona privilegiada segun la mente del fundador. Estas investigaciones no pueden hacerse en un juicio sumario y de términos fatales.»

327. «De aquí, decia poco despues, que los juicios de tenuta fuesen de larga duracion y se les diese la importancia que merecian, no como interdictos sumarios, sino como verdaderos juicios posesorios plenarios. Aun hacian mas los Tribunales. No adjudicaban los Mayorazgos á aquellos que únicamente probaban su parentesco inmediato con el último poseedor, sino á los que teniendo este requisito, aunque en grado mas lejano, probaban su descendencia del fundador.»

328. Recordando luego lo dispuesto por la ley 3.^a, tít. 24, lib. 11 de la Nov. Recop., «agregaba el Conde que no pocos de los interdictos participan algun tanto de acciones reales. En el mismo caso se han hallado los juicios de tenuta, en los que detenidamente ha sido preciso examinar las diversas cuestiones que ya hemos indicado, y por cuya causa los autores los han llamado juicios dobles, en los que no solo se trataba de la cuestion de posesion, sino que tambien se tocaban algun tanto las relativas á la propiedad. Por esta causa la ley últimamente citada suprimió las ulteriores instancias y dió fuerza ejecutoria á las sentencias pronunciadas en el juicio de tenuta. Por esta causa se examinaban todos los títulos en que se pretendia poseer: por esta causa era enteramente distinto el método de enjuiciar del establecido en el juicio sumarísimo: por esta causa se fijaron como principios las reglas inalterables de que para la adjudicacion de un vínculo debian tenerse presentes como principales requisitos la proximidad de parentesco y el exámen de las líneas; y finalmente, por esta causa se reintegraban á los que probaban eran de mejor línea.»

329. «Los mas célebres tratadistas, decia por último el litigante de quien hablamos, consideran á este juicio como misto de propiedad y posesion. Paz, capítulo 33, núm. 27, pág. 113 dice: *Rursus quia ut supra dictum est, tenustæ judicium est mixtum eum proprietate, at quando ex lege vel statuto possessio transfertur sine apprehensione in verum successorem, opus est qualitatem prædicti successoris verificari, cujus examen nisi in judicio proprietatis fieri nequit, quam denotant illa legis verba, que segun la disposicion del Mayorazgo debiese suceder en él.* Mas abajo dice el mismo autor: *Et sic qui tenutam proponit non necessario prætere debet tamquam immediatus substitutus ultimi possessoris, sed tamquam verus successor institutoris, ut declarant Balons et alii.* El mismo autor en el capítulo 6.^o, núm. 7.^o se explica asi: *In interdicto vero legis Taurinensis mixta proprietatis est, et in eo vincere non potest nisi qui verum successorem et dominum esse probaverit.* Tambien en el capítulo 7, número 29 y en otros corrobora esta doctrina. Pero aun es mas esplicito el célebre y analítico Rojas de Almansa, disp. 2.^a, cuést. 12, núm. 18, pág. 275. *Præcedens argumentum efficacius fit, quia judicium tenustæ licet olim fuisset summarium, jam hodie est plenarium et habet admixtam causam proprietatis, et in eo examinatur omne illud quod concernit, et investigari debet in proprietate, atque non datur tenuta nisi illi qui ostendit se esse verum successorem.*»

330. «Del mismo dictámen son Vela, disert. 40, números 55 y siguientes. Valenzuela, consil. 97, núm. 220.»

331. Hasta aquí el Conde del Aguila. El Marques de la Vega de Santa María en su alegato en derecho (núm. 65) al fin, procuró tambien probar que en el juicio de tenuta no se conoce del nudo hecho que consiste en averiguar quién es el pariente mas próximo del último poseedor, que debe atenderse al llamamiento de la fundacion; que la doctrina contraria envuelve poca dignidad en el Tribunal establecido por el Soberano para conocer de estos litigios, y que el objeto de estos es decidir á qué persona transfirió la ley 45 de Toro la posesion civil y natural del Mayorazgo con arreglo á la voluntad del fundador.

332. Preciso es reconocer que esta doctrina de nuestros colitigantes es la doctrina de la ley y de los buenos principios legales: preciso es reconocer que son excelentes las reflexiones consignadas por el Conde del Aguila en su escrito de derecho que acabamos de

copiar. A los nombres citados por nuestro colega agregamos nosotros el nombre de algun otro jurisconsulto, y á sus reflexiones alguna otra reflexion.

333. Molina hablando del remedio posesorio establecido por la ley 45 de Toro dice (1):

334. Prueba en efecto el jurisconsulto de quien hablamos con muchas razones que seria ocioso reproducir, y señala los interdictos que se conocen en derecho que llevan envuelta la causa de la propiedad, y continúa (2):

335. En los números anteriores y en los posteriores consigna y repite muchas veces el célebre Molina la misma doctrina, citando las palabras de la ley de Toro, «que segun »la disposicion del Mayorazgo debiere de suceder en él,» deduciendo de aquí que para que se transfiera la posesion del Mayorazgo, antes ha de tratarse y discutirse si es ó no verdadero y legítimo sucesor del Mayorazgo, *quod necessario proprietatis causam contingat.*

336. Gregorio Lopez en la glosa á la ley 7.^a, tit. 4.^o, P. 5.^a, en la palabra posesion, dice: *Et adverte quod omnes exceptiones detrahentes proprietatis majorie detrahunt et possessioni.*

337. Escriche en su Diccionario razonado de jurisprudencia y de legislacion afirma tambien, en las palabras puestas al frente de este escrito, que el juicio de tenuta en los Mayorazgos era un juicio misto de posesorio plenario y petitorio, y que por serlo rarísima vez se reformaban en el petitorio las sentencias que se pronunciaban en el posesorio.

338. Lícito es, pues, concluir, á vista de la opinion unánime sobre este particular, de los mas célebres jurisconsultos españoles, confirmada y ratificada por nuestros adversarios, que el juicio plenario posesorio era un juicio ordinario misto de posesorio y petitorio, que el juicio plenario posesorio contenia y llevaba envuelta la causa de la propiedad.

339. ¿Qué se infiere de aquí? El Duque de Osuna no llegará hasta el punto de defender que lo juzgado en el juicio posesorio produce escepcion de cosa juzgada en el petitorio. El Tribunal Supremo de Justicia al decidir el pleito posesorio, remitió á las partes al petitorio, y esto basta.

340. Mas no por eso es menos cierto que la sentencia posesoria, cuando en el juicio petitorio no se han presentado nuevos datos ni comprobantes, ni alegado nuevas razones, es de grande importancia moral y legalmente considerada, no solo porque es verdadera sentencia como dictada en verdadero juicio plenario posesorio; no solo porque fue pronunciada por el primer Tribunal de la Nacion, sino por la índole y naturaleza especial del juicio en

(1) *Illud tamen semper præ oculis in hoc remedio possessorio tenendum est, quod quamvis sit remedium possessorium, ejus tamen naturæ et qualitatis est, ut habeat mixtam causam proprietatis; adeo ut in eo non possit obtinere nisi ille qui prius se esse verum ipsius majoratus successorem probaverit. Ad quod probandum præsuponimus plura esse in jure interdicta possessoria que habent mixtam causam proprietatis. De primog. lib. 3, cap. 13, números 9 y siguientes.*

(2) *Ex quo cujus materiæ solidissimo principio plura ad præfatam legis Tauri declarationem deduci possunt. Primo, quod in hoc interdicto possessorio, quod ex dicta lege 45 Tauri competit, sive adipiscendæ, sive retinendæ, vel recuperandæ sit, admittende sint exceptiones proprietatis causam atinentes. Cum enim non aliter possessio in eum, qui majoratus successionem prætendit, transferri potuerit, quam si ipse verus atque legitimus ipsius majoratus successor sit, consequens est, ut in quolibet interdicto possessorio, quantumcumque privilegiato, etiam si recuperandæ vel retinendæ sit, omnes exceptiones ad id atinentes admittendæ sint, etiam si proprietatis causam concernant.*

que se dictó, que era plenario posesorio de Mayorazgo, en el cual es claro y vimos antes, que no puede triunfar un litigante, sin que se le tenga y declare por verdadero sucesor, con arreglo á la ley y voluntad del fundador, sin que se decidan en su favor todas las cuestiones pertenecientes á la causa de propiedad, que lleva consigo una sentencia favorable en pleito de Mayorazgo.

341. Al remitir el Tribunal Supremo de Justicia á las partes al juicio de propiedad, no pudo, no, ser su intento que el Tribunal ó Tribunales competentes dejasen sin efecto la sentencia posesoria, sin que los autos ofreciesen nuevos datos ni documentos. Esto no puede ser. El juicio petitorio vendria á ser entonces una segunda instancia del juicio posesorio; y esto es cosa que abiertamente rechazan la ley, los principios legales, la índole y naturaleza de los juicios, y hasta la clase y categoría del Tribunal Supremo de Justicia que dictó el fallo posesorio. Esto pugna abiertamente con la letra de la ley de Toro, que no nos cansaremos de repetirlo, para que suceda una persona en el Mayorazgo exige la prueba de ser el verdadero sucesor y legítimo dueño.

342. No concebimos cómo, declarado el Duque de Osuna verdadero y legítimo sucesor del Condado de Bailen en juicio contradictorio, pueda dejar de serlo en otro juicio que no agregue nada al primero; no concebimos cómo pueda, sin nuevos datos, perder ahora quien ganó antes, ganar ahora quien perdió antes, habiéndose respectivamente ganado y vencido en un juicio contradictorio largo y dilatado como el que mas. Quede eso en buen hora reservado como posible y frecuente si se quiere para otros pleitos: en los pleitos de Mayorazgo no sucede eso.

343. Esto supuesto, habrá que averiguar aquí si ha agregado algo al pleito posesorio el petitorio que es el actual. No hay nada absolutamente de esto. El Conde del Aguila no ha presentada nada, si no nos engañamos, ó no ha presentado al menos ningun documento importante: el Marques de la Vega de Santa María ha presentado el testimonio de que ya hablamos cuando se trató de su filiacion, con el objeto de robustecerla algun tanto; y el Duque de Osuna actual, ha probado que es hermano del anterior del mismo título, y la posesion que ha tomado de los Mayorazgos que aquel poseia; y ha presentado la ejecutoria de que en su lugar se habló, para acreditar que Doña Catalina Ponce de Leon (letra I), litigó en el pleito ejecutoriado en 1625, pleito del cual se tuvo tambien noticia en el juicio posesorio, aunque no de algunos datos favorables al Duque de Osuna; habiendo presentado tambien el testimonio á la letra de la transaccion y sentencia imperial, venido de la Audiencia de Granada, de que se hizo larga mencion en el lugar correspondiente.

344. Fuera de estos documentos, que nada importante contienen, sino en favor del Duque de Osuna, són unos mismos los méritos que ofrecian antes y ofrecen hoy los autos. Las mismas fundaciones, las mismas Reales Cédulas de legitimacion, los mismos datos y comprobantes: el Memorial ajustado que se imprimió para el pleito posesorio es el que ha tenido á la vista el Relator para formar el actual con muy ligeras variaciones; y el árbol tambien impreso es el que corria con el Memorial ajustado del anterior juicio, salvas las seis casillas que para mayor claridad se le han agregado, á solicitud de nuestro defendido, y son las señaladas con las letras B hasta I.

345. Las mismas cuestiones que se ventilaron entonces se ventilan ahora: todo es

igual, idéntico; y parece por consiguiente que debe ser también igual é idéntico el resultado.

346. Si se hubiera presentado alguna fundación que no se hubiere tenido á la vista en el pleito posesorio, algún otro dato importante sobre legitimaciones ó acerca de las sentencias que se pronunciaban y de los pleitos que se seguían; si se hubiera, en una palabra, traído al pleito actual algo nuevo que pudiera hacer formar juicio nuevo y diferente, comprenderíamos la posibilidad de que quedase sin efecto la sentencia posesoria por la que ha de pronunciarse en el pleito petitorio. No habiendo sucedido nada de esto, creemos que el que ganó la posesión debe ganar la propiedad.

Sobre la condena á la devolución de los frutos del Condado de Bailen desde la contestación á la demanda que impone al Duque de Osuna la sentencia definitiva de la primera instancia.

347. Aunque procediera la declaración de pertenecer en propiedad al Marques de la Vega de Santa María el Condado de Bailen, no procedería ciertamente la devolución de los frutos desde la contestación á la demanda en que se condena al Duque de Osuna: punto sobre el cual, aunque susceptible de largas reflexiones, procuraremos ser muy parcos, á fin de que no se crea que abrigamos respecto de lo principal temores que realmente no existen.

348. Es doctrina demasiado sabida, que el tenedor de una cosa á quien se le pide y á cuya devolución es condenado en juicio, debe devolverla con los frutos producidos desde la contestación á la demanda. Supónese, con razón, que desde la contestación á la demanda el demandado se constituye en mora y mala fe, que es lo que quita al poseedor los frutos de la cosa poseída. Por eso se dice, y es cosa corriente en derecho, que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos: por eso se dice, *beati qui possident*. Mientras hay buena fe hay derecho á los frutos: en acabando la buena fe acaba en el poseedor el derecho á los frutos de la cosa poseída.

349. Si es, por tanto, alguna vez posible conservar la buena fe en juicio después de la contestación á la demanda, indudablemente se conservaría el derecho á retener los frutos de la cosa poseída. Esto sucede cabalmente en el caso de que aquí se trata, en el juicio petitorio después de fallado el posesorio. No se concibe que tenga mala fé, antes ni después de la contestación á la demanda petitoria, el que en juicio contradictorio ganó la posesión de esa misma cosa. El Duque de Osuna no es posible que deje de tener buena fe, esto es, conciencia de que le asiste derecho á la propiedad del Condado de Bailen, desde que ganó la posesión de este mismo Condado; y esa buena fe no puede perderla hasta que haya otra ejecutoria que declare que no le pertenece el mismo Condado; mucho más cuando no se alegó en la demanda de propiedad, compuesta de dos pliegos, ni se ha alegado después en el discurso del juicio, ninguna razón de que no se tuviera noticia, y que no fuera despreciada en el juicio posesorio.

350. La sentencia posesoria, por otra parte, claro es que está y ha de continuar viva

hasta que haya otra sentencia ejecutoriada que declare lo contrario. Y ¿cuáles serian los efectos de la sentencia posesoria si no hubiese de producir los de hacer suyos el poseedor los frutos de la cosa poseida hasta que por otra ejecutoria se declare lo contrario? El título que produce una sentencia ejecutoriada es un título justo, no existimativa, sino realmente, y no es posible que deje de producir el efecto de que tratamos.

351. La condena á la devolucion de los frutos desde la contestacion á la demanda hubiera podido y debido tener lugar siendo vencido el Duque de Osuna en el juicio posesorio: hubiera podido y debido tambien tener lugar, habiéndose entablado desde luego el juicio petitorio, en lugar del posesorio que se entabló; porque en uno y en otro caso habria venido á declarar la sentencia, condenando al Duque, que no era este el verdadero tenedor de la cosa, que no tuvo nunca título realmente justo, ni buena fe desde la contestacion á la demanda.

352. Pero entablada y ganada la posesion, suyos serán los frutos mientras la posesion sea una verdad, si no han de ser palabras vanas las de las leyes que llaman bienaventurado al que posee; si no son una quimera lo que los libros dicen de las ventajas de los poseedores de buena fe respecto de los frutos de la cosa poseida; si es cierta la doctrina legal que tanta fuerza da á la cosa juzgada.

SEGUNDA PARTE.

Trátase del pretendido derecho del Conde del Aguila y del que realmente asiste al Duque de Osuna, á la propiedad de los Estados de Arcos y de Bailen.

353. El Duque de Osuna no tiene en este pleito enemigos, propia y legalmente asi dichos. Los que como tales se presentan, el Marques de la Vega de Santa María y el Conde del Aguila, como no han poseido jamás ellos ni ninguno de las líneas que respectivamente dicen representar, ni menos poseido á consecuencia de haber ganado algun pleito, aunque hubieran perdido otros, no tienen precedente ninguno en su favor, sin embargo de que se trata de Mayorazgos fundados cinco siglos há; no tienen aquellos precedentes que dan el tiempo y las sentencias de los Tribunales, precedentes que cuando se les oponen otros de igual naturaleza, por lo menos neutralizan y sirven de algo; pero que cuando militan todos en favor de una causa, arrastran y la hacen triunfar irremisible é irrevocablemente.

354. Esto que, segun hemos visto en toda la parte primera de este alegato, cuadra tan perfectamente al Marques de la Vega de Santa María, cuya pobre defensa empieza y concluye en la palabra *pariente* de la transaccion y sentencia imperial, cuadra infinitamente mejor al Conde del Aguila. El Conde del Aguila dice que D. Rodrigo y D. Manuel (nú-

meros 11 y 13) no fueron hijos legítimos, sino adulterinos del Conde D. Juan (núm. 5), y que por muerte de este, el Mayorazgo debió deferirse á D. Lope Ponce de Leon (número 7); y agrega que la sucesion se ha de tomar del testamento de D. Pedro (núm. 2), de quien dice que descende por D. Lopé (núm. 7). Este es todo el fundamento de la defensa del Conde del Aguila, que será muy fácil desvanecer.

355. No es cierto que fuesen adulterinos D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13): no es exacto tampoco que la base para la decision de este pleito sea el testamento de D. Pedro Ponce (núm. 2); y así lo demostraremos, demostrando en ello el ningun derecho del Conde del Aguila á la propiedad de los Estados litigiosos. Despues, para seguir en esta segunda parte de nuestros trabajos, el mismo órden que hemos seguido en la primera, enumeraremos, mas bien que analizaremos, por no consentir ya otra cosa los estensos límites de este alegato, los casi infinitos fundamentos en que descansa el claro derecho del Duque de Osuna á la propiedad de los dos Mayorazgos litigiosos.

CAPITULO PRIMERO.

Exámen del pretendido derecho del Conde del Aguila á la propiedad de los Estados de Arcos y de Bailen.

Improcedencia del primer fundamento del pretendido derecho del Conde del Aguila, la supuesta adulterinidad de D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13).

356. Para proceder con el debido órden en este importante punto, mas de cien veces ventilado ya y ejecutoriado en los pleitos antiguos en sentido favorable al Duque de Osuna, haciendo ver que D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13) fueron hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio de D. Juan (núm. 5) y Doña Leonor Nuñez (núm. 6), asentaremos varias proposiciones y las dilucidaremos con multitud de pruebas, así en órden al matrimonio de D. Juan (núm. 5) y Doña Leonor núm. 6), como al nacimiento de D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13).

Demuéstrase el matrimonio celebrado entre el Conde D. Juan Ponce de Leon (núm. 5) y Doña Leonor Nuñez (núm. 6).

357. No parecia posible que se moviese disputa acerca del matrimonio de que se trata, hecho histórico, como todos los que tienen relacion, aunque sea indirecta, con la genealogía de esta antigua é ilustre familia, y cuya certeza aparece ademas de mil maneras comprobada de los autos.

358. Empezando por estos, vemos referidos al número 75 del Memorial ajustado impreso los desposorios y las velaciones de D. Juan y Doña Leonor, celebrados en la villa de Mairena á 3 de noviembre de 1448 por el beneficiado Marcos Sanchez, en presencia de diferentes testigos.

359. Diez y ocho dias despues, en 21 del mismo mes y año, vemos que tuvo lugar el reconocimiento de futuro sucesor en favor de D. Pedro (núm. 9), por el Ayuntamiento y vecinos de la villa de Arcos, en cuyo acto manifestó el Conde D. Juan (núm. 5), que bien sabian se habia casado con palabras de presente con la Condesa Doña Leonor Nuñez, y habia con ella solemnizado el matrimonio y bodas en faz de la Santa Madre Iglesia, en cuya virtud y fuerza habia quedado de derecho legítimo hijo y heredero suyo como hijo mayor D. Pedro (núm. 9). Los circunstantes contestaron la certeza de lo espuesto por D. Juan, y convinieron en recibir por su señor para despues de los dias del D. Juan á su hijo D. Pedro (núm. 9); habiéndose practicado igual reconocimiento en las villas de Rota y Marchena en los dias 8 y 25 del mismo mes de noviembre (1).

360. Por Real Cédula de 20 de marzo de 1449 fue aprobado el reconocimiento de futuro sucesor hecho en favor del D. Pedro (núm. 9), en cuya Real Cédula empieza S. M. manifestando que D. Juan (núm. 5) habia hecho gracia y donacion á D. Pedro (núm. 9), su hijo mayor, y de la Condesa Doña Leonor Nuñez, su legítima muger, del Condado de Arcos y otras villas para que sucediese en ellos despues de la muerte del D. Juan (2).

361. En 23 de noviembre de 1438 obtuvo el Conde D. Juan primera Cédula de legitimacion en favor de su hijo D. Pedro (núm. 9), espresando que lo habia tenido en Leonor Nuñez siendo ella desposada por palabras de presente con otra persona.

362. En 15 de marzo de 1449 obtuvo el mismo Conde segunda Cédula de legitimacion en favor del referido su hijo D. Pedro (núm. 9), espresando ya en esta que lo habia tenido en Leonor Nuñez, siendo esta muger soltera, con quien se habia desposado despues (3).

363. En 20 de setiembre de 1460 obtuvo el mismo Conde D. Juan una legitimacion *ad cautelam* en favor de sus hijos D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13), en la cual espuso que despues de fallecida su primera muger Doña Leonor de Guzman, se habia desposado y velado con Doña Leonor Nuñez, que la habia tenido en su casa en vida de su primera muger, y de la cual en segundo matrimonio habia tenido á sus hijos D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13) (4).

364. Tales y tantos son los documentos consignados en los autos, en los cuales se hace mérito del matrimonio celebrado entre el Conde D. Juan y Doña Leonor Nuñez, por boca unas veces de S. M., otras del mismo Conde D. Juan, otras de los Concejos y vecinos de las villas de Arcos, Mairena, Rota y Bailen, otras de los eclesiásticos, notarios y testigos que autorizaron ó intervinieron en varios de aquellos actos.

365. De estos documentos el primero, ó sea el de la celebracion del matrimonio

(1) Memorial, núm. 55.

(2) Memorial, núm. 57.

(3) Memorial, núm. 72.

(4) Memorial, núm. 76.

de 3 de noviembre de 1448, tiene en su favor todas las circunstancias que aseguran en juicio y fuera de él la certeza de un documento, el día, mes y año de su otorgamiento, la firma del interesado, signo y firma de los escribanos y testigos. «E aun decimos, que toda carta que sea fecha por mano de escribano público, en que haya escritos los nombres de dos testigos á lo menos, é el día, é el mes, é la era, é el lugar en que fue fecha, asi como de suso mostramos, que vala para probar lo que en ella dijere (1).»

366. Con esto contestamos á cuanto se ha dicho y pueda decirse por el Conde del Aguila acerca de la legitimidad y certeza de un documento, consultado y respetado en todos los pleitos antiguos y modernos, sin necesidad de refutar detenidamente las observaciones dirigidas á persuadir si se espresó ó no la circunstancia de haber muerto Doña Leonor de Guzman, primera muger del Conde D. Juan, ó si eran los testigos del casamiento de alta ó de humilde condicion, y á todas las demas verdaderamente pueriles razones que en sus escritos ha procurado amontonar sobre este punto la cavilosidad del Conde del Aguila.

367. Respecto de todos los demas documentos, existe un hecho que servirá para explicarlos perfectamente, reconocido y confesado en los pleitos desde los tiempos mas antiguos, aunque no tiene en el actual el carácter de litigioso; que D. Pedro (núm. 9) fue hijo adulterino de D. Juan (núm. 5). Porque lo fue, no han poseido nunca él ni sus descendientes los Mayorazgos en cuestion, sin embargo, de que litigaron en todos tiempos, desde los hijos (no estan en el árbol) de D. Pedro (núm. 9), casado con Doña María de Luna, sobrina del célebre y desventurado Maestre de Santiago D. Alvaro de Luna, hasta los Condes de la Coruña (núm. 72), que vivieron en fines del siglo pasado.

368. El matrimonio con Doña Leonor Nuñez influyó poderosamente en el ánimo del Conde D. Juan, para presentar como legitimado por dicho matrimonio á su hijo D. Pedro (núm. 9), habido en adulterio, creyendo que podria pasar esto á la sombra de dicho matrimonio. Por eso le vemos en 1438 llamar francamente adulterino como habido en Doña Leonor Nuñez, casada, á su hijo D. Pedro (núm. 9), á quien en 1449, esto es, un año despues de celebrado el matrimonio, decia que lo hubo en Doña Leonor Nuñez, muger soltera. D. Juan queria lo que naturalmente quieren los hombres, dejar los Mayorazgos que poseia á su hijo varon mayor D. Pedro (núm. 9). De aquí las legitimaciones en su favor obtenidas con repeticion; de aquí las contradicciones en que incurria acerca de la legitimidad del D. Pedro, que imaginaba poder llevar adelante á la sombra del matrimonio posterior: hasta que convencido al fin de que sus esfuerzos habian de ser impotentes aun en vida suya, de seguro despues de su muerte, llamó á la sucesion del Mayorazgo en su testamento á D. Rodrigo y sus descendientes legítimos de legítimo matrimonio nacidos.

369. Pero esas mismas contradicciones y esa misma conducta del D. Juan (núm. 5) prueban mejor que otro dato alguno la certeza del matrimonio con Doña Leonor Nuñez, como que el matrimonio era, si asi puede decirse, la base de su conducta, la causa que le obligó á mentir respecto de D. Pedro (núm. 9). Decir un hombre que es hijo suyo le-

(1) Ley 444, tit. 18, P. 3.*

gítimo ó legitimado por subsiguiente matrimonio el que tiene el carácter de adulterino, no es nuevo en el mundo ni en el foro: lo que es nuevo en el mundo y en el foro es casarse un hombre con una muger casada, ó decir que se ha casado no habiendo esto sucedido. No era imposible que habiéndose casado el Conde D. Juan válida y lícitamente con Doña Leonor Nuñez, procurara presentar como habido en este matrimonio ó legitimado por él á un hijo suyo adulterino: imposible de todo punto que, ó se casara con una muger casada, ó fingiera un matrimonio que no había contraído, en uno, dos, tres y mas documentos; que lo asegurara así S. M. en varias Reales Cédulas, que pasara el Conde D. Juan en el concepto público de las gentes como casado con Doña Leonor Nuñez, no estándolo realmente. Así, aun prescindiendo del documento de 3 de noviembre de 1448, y aun estando al resultado de los demas, resulta documentalmente acreditado el casamiento de D. Juan y Doña Leonor, aunque resulte acreditado tambien documentalmente la falsedad con que el mismo Conde D. Juan presentaba como hijo suyo legítimo á D. Pedro (núm. 9), que lo era adulterino.

370. El matrimonio de que tratamos es ademas un hecho histórico, un hecho cuya certeza afirman todos nuestros historiadores.

371. «Casó el Conde, dice D. Pedro de Salazar, segunda vez con Doña Leonor Nuñez, persona noble y de muy buenos linajes y muy antiguos (1).»

372. El P. Fr. Tomas de Herrera dice: «Habiendo muerto el año de 1441 sin dejar hijos la Condesa Doña Leonor de Guzman, el Conde se casó de segundo matrimonio con la Condesa Doña Leonor Nuñez (2).»

373. D. Juan de Rivarola se espresa así: «D. Juan Ponce de Leon, rico hombre, segundo Conde de Arcos, casó con la Condesa Doña Leonor Nuñez (3).»

374. «D. Juan Ponce de Leon, dice D. José de Tellez, casó de primer matrimonio con Doña Leonor de Guzman..... y habiendo sido estéril este matrimonio, contrajo el segundo con Doña Leonor Nuñez (4).»

375. En el mismo sentido se esplican otros muchos historiadores de aquel tiempo, cuyos testimonios seria obra larga referir.

376. Mas no podemos considerarnos escusados de hacer especial mencion de otros datos monumentales, tomados de los libros y tablas del estinguido Monasterio de San Gerónimo de Buenavista, situado estramuros de la ciudad de Sevilla.

377. En uno de ellos se leia: «Por el Conde D. Juan y por Doña Leonor Nuñez, su muger, y por sus hijos, decimos en cada un año cinco misas rezadas.» Otro de ellos decia: «Por Doña Leonor Nuñez y D. Juan Ponce, Condes de Arcos, decimos en cada un año una misa cantada». «Casas, se veia escrito en otro, en la calle del Espejo, que hubo este Monasterio por manda que de ellas le hizo Doña Leonor Nuñez, Condesa de Arcos.»

378. «Conde D. Juan y su muger, se decia en el cuarto y último; por estos difuntos somos obligados á decir en cada un año cinco misas rezadas, lo cual ordenó el convento el año de 1501, atento á que el Conde de Arcos dejó á este Monasterio treinta fane-

(1) Salazar, Cronicon de los Ponces, elogio 46, §. 4.º, fol. 420.

(2) Herrera, Historia del convento de S. Agustin de Salamanca, cap. 44, fol. 125.

(3) Rivarola, Descripcion general de Génova, cap. 49, disc. 6.º

(4) Tellez, Asturias ilustrada, tom. 3.º, parte 3.ª

gas de trigo y treinta de cebada..... atento á que estaban enterrados en este Monasterio Doña Leonor Nuñez, su muger, y otros sus hijos.»

379. Hemos querido hacer mérito de estos datos, consignados como indubitados en pleitos antiguos, segun documentos que tiene á la vista el letrado que suscribe, porque aunque no aparecen estampados en el pleito actual, resulta sin embargo de él comprobada su certeza, por el testamento del Conde D. Juan (núm. 5) otorgado en 10 de setiembre de 1469, en el cual espresó que la Condesa Doña Leonor Nuñez, ya difunta, madre de D. Rodrigo y D. Manuel, sus hijos, estaba sepultada en el Monasterio de San Gerónimo de Buenavista, por lo que *mandó se diese á dicho Monasterio cierta limosna de trigo, cebada y otras cosas que señaló* (1).

380. Esta sola prueba, la manifestacion hecha en su testamento por el Conde D. Juan, de haber estado unido en matrimonio á Doña Leonor Nuñez, bastaria por sí sola, y en falta de todas las demas, para acreditar la certeza de dicho matrimonio. En los momentos supremos en que el hombre, y el hombre cristiano y devoto, como dió muestras de serlo D. Juan, cualesquiera que hubiesen sido sus debilidades, dispone de sus bienes en esta vida para pasar á otra mejor, no se miente.

381. Pero no hay necesidad de razonamientos de ninguna clase cuando habla la ley. La de Partida (2) dice: «otrosí confesando, é conociendo manifestamente, que eran marido y muger algunos de los que dijimos que habian casado en ascondido, vale su confesion, ó su conocencia, deben los tener por ende por marido é muger.»

382. Demostrado, como lo está hasta la evidencia, el matrimonio celebrado entre D. Juan Ponce de León y Doña Leonor Nuñez (números 5 y 6), réstanos demostrar que de él nacieron ó fueron por él legitimados D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13).

Se demuestra la legitimidad de D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13), por sí misma, ó sea por haber nacido en un tiempo en que sus padres (números 5 y 6) se hallaban en aptitud legal de contraer matrimonio válido.

383. Es este otro punto no menos cierto que el anterior, pero cuya certeza demuestran mas superabundantemente aun los autos y la historia.

384. Doña Leonor de Guzman (núm. 4), primera muger del Conde D. Juan (número 5), falleció en el año de 1441. Asi lo demuestra la historia de aquellos tiempos, que es la historia de los ascendientes de la ilustre casa de Osuna.

385. Ya en el número de este alegato vimos afirmar asi al P. Fr. Tomás de Herrera en su historia del convento de S. Agustin.

386. D. Pedro de Salazar, tambien citado, dice: «Doña Leonor de Guzman habia muerto el año de 1441 sin dejar sucesion (3).»

(1) Memorial, núm. 62.

(2) 2, tit. 13, P. 4.^a

(3) Salazar, Cronicon de los Ponces, elogio 46, fol. 443.

387. Inhoc, en sus veinte ilustres casas de España, tab. 4.^a de la de Guzman, se espresa asi: «*Leonora uxor Joannis Ponce de Leon, II Comitis de Arcos, obiit anno 1441.*»

D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 11), Marques de Cádiz, nació en el año de 1443, ó sea dos despues del fallecimiento de Doña Leonor de Guzman, primera muger del Conde D. Juan (núm. 5). Este es otro hecho histórico.

El autor de la Historia de Cádiz ilustrada (1) lo afirma asi en los términos siguientes: «*D. Rodrigo Ponce, dice, III Conde de Arcos, I y único Marques, y Duque de Cádiz, fue hijo de D. Juan Ponce de Leon, Señor de Marchena, y II Conde de Arcos: nació el año de 1443. No tenia 17 años cabales cuando ganó la batalla del Madroñal (año de 1460), que fué de las mas ruidosas de aquel tiempo.*»

D. Pedro de Salazar (2), ya citado, dice lo siguiente: «*Dos años antes de la jornada de Gibraltar (1462) habia dado el Conde D. Rodrigo (núm. 11) muy buenas muestras de su esfuerzo y brio, siendo muchacho de 17 años, en la batalla del Madroño.*»

El Gran Diccionario histórico de Moreri (3) dice tambien que D. Rodrigo nació el año de 1443.

Todos estos historiadores y otros muchos convienen en que la batalla del Madroño fue en el año de 1460 ó en el de 1462; conviniendo tambien en ello Esteban de Garivay (4); el Padre Juan de Mariana (5); el Padre Jaime de Bleda (6); D. Diego Enriquez del Castillo (7), y D. Juan Ferreras (8).

Rebajando del año 1460, en que tuvo lugar la batalla del Madroño, los 17 que cuando se dió tenia D. Rodrigo, resulta que nació en 1443, segun se ha indicado.

Otro de los hechos de armas en que mas se distinguió por aquel tiempo el mismo D. Rodrigo (núm. 11), fué la toma de Gibraltar, verificada en el año de 1462. D. Rodrigo tenia á la sazón 19 años, segun el tantas veces citado historiador D. Pedro de Salazar (9). Rebajados de los 1462 los 19 que tenia D. Rodrigo, quedan 1443, en cuyo año resulta tambien haber nacido D. Rodrigo.

388. Con estas pruebas, estos datos históricos y otros muchos que nos seria muy fácil aducir, convienen otros que aunque no tan minuciosos, no son por eso menos concluyentes.

389. El Conde D. Juan (núm. 5) testó en 10 de setiembre de 1469. En su testamento no nombra Curador á D. Rodrigo (núm. 11), y le da encargos y consejos y le hace esplicaciones y prevenciones importantes; prueba de que era mayor de los 25 años el Don Rodrigo. Habia nacido en 1443; en 1469 tenia 26 años. Los unos datos convienen con los otros.

390. En 1438 obtuvo legitimacion D. Juan (núm. 5) en favor de su hijo D. Pedro (núm. 9) y de otros hijos (núm. 15) todos adulterinos (10). No hizo mencion de sus hijos va-

(1) El P. la Concepcion, lib. 3, c. 44, n.º 4.

(2) Cronic. de los Ponces, elog. 47, §. 4.

(3) Moreri, artículo Ponce de Leon.

(4) Compendio histórico de España, lib. 4, cap. 26.

(5) Historia de España, lib. 23, cap. 3.º

(6) Restauracion de España, cap. 45.

(7) Cronicon de Enrique IV, cap. 27.

(8) Historia de España, año de 1462.

(9) Cronicon de los Ponces, elog. 46, párrafos 4.º y 2.º, y elogio 47, §. 3.º al fin.

(10) Memorial, núm. 74.

rones D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13), prueba clara de que no habian nacido. D. Juan se mostró siempre muy afanoso por legitimar, como legítimo, á todos sus hijos: habiendo legitimado en 1438 hasta á sus hijas, no es presumible que hubiera olvidado á los hijos. Es que no habian nacido D. Rodrigo y D. Manuel. Primero nació D. Pedro (número 9); despues varias hijas (núm. 15); luego D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13), desde 1443 en adelante.

391. De todos estos datos y documentos resultan demostrados hasta la evidencia dos hechos; que Doña Leonor de Guzman, primera muger del Conde D. Juan (núm. 5), murió en 1441, y que D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 41), hijo del mismo Conde (núm. 5) y de Doña Leonor Nuñez (núm. 6), nació en 1443. Resulta por consiguiente demostrado tambien hasta la evidencia que cuando nació el D. Rodrigo (núm. 11), su padre el Conde Don Juan (núm. 5) estaba en aptitud de casarse y de tener al referido D. Rodrigo por hijo legítimo en matrimonio, ó natural que podia ser legitimado por subsiguiente matrimonio.

392. Esa misma libertad tenia y en la misma aptitud se encontraba la madre, Doña Leonor (núm. 6). No puede este hecho demostrarse con la misma exactitud histórica que el anterior: pero se demuestra con exactitud legal hasta la evidencia.

393. Asi lo convencen todos los datos y documentos antes aducidos para probar el matrimonio celebrado en 3 de noviembre de 1448, robustecidos con la legitimacion *ad cautelam* que obtuvo D. Juan en 20 de setiembre de 1460. En ella hizo presente, que despues del fallecimiento de su primera muger Doña Leonor de Guzman, se habia desposado y casado con Doña Leonor Nuñez, con la cual habia tenido ayuntamiento carnal, y de la cual habia procreado á D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13), sus hijos, despues del fallecimiento de su primera muger Doña Leonor de Guzman: y que porque por algunas personas se habia dicho y decia que al tiempo y antes de haber tenido á sus referidos hijos, la Doña Leonor Nuñez habia sido y era desposada con otro por palabras de presente, que al dicho tiempo era vivo, y que por ello se podia por algunas personas decir que los dichos Don Rodrigo y D. Manuel sus hijos no fueron ni eran legítimos ni hábiles ni capaces, suplicaba á S. M. que para mayor seguridad los legitimase é hiciese hábiles y capaces para todas aquellas cosas que hombres legítimos y de legítimo matrimonio nacidos pueden y deben haber, y S. M. los legitimó no perjudicando á los demas ascendientes ni descendientes legítimos que el D. Juan tenia, ó pudiese tener en lo sucesivo (1).

394. En este importante y solemne documento confiesa el Conde D. Juan que cuando tuvo á sus hijos D. Rodrigo y D. Manuel en Doña Leonor Nuñez, no estaba esta casada, como por algunos se decia, por palabras de presente con otra persona que á la sazón se hallase viva. No hay en los autos actuales, no se ha presentado en los pleitos antiguos ni en los modernos otro dato histórico, monumental, ningun documento ni comprobante que destruya aquella solemne asercion del Conde D. Juan, el mérito y resultado del instrumento público de la legitimacion de 1460; y no hay por consiguiente ni aun posibilidad de dejar de considerarlo cierto y verídico en todas y cada una de sus partes.

395. Esto así, bien se ve que ha de ser por necesidad, y es en efecto, hasta frívolo y ridiculo, lo que contra la fe que merece dicho documento se alega por parte del Conde del

(1) Memorial, núm. 76.

Aguila; que no habia necesidad de legitimar por rescripto del Príncipe al legitimado por subsiguiente matrimonio. Bien lo sabemos. Pero el Conde D. Juan (núm. 5), segun el mismo confesó en las preces de legitimacion de 1438, habia tenido en Leonor Nuñez, siendo casada, á D. Pedro (núm. 9) y otros hijos varones y hembras (núm. 15); y era por ello sumamente fácil que, como anunciaba el mismo D. Juan, se digese por algunas personas que habian sido tambien adulterinos D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13).

396. Si D. Juan hubiera simplemente legitimado por rescripto del Príncipe á sus hijos (números 11 y 13) legitimados por subsiguiente matrimonio, podria decirse que dicha legitimacion fue innecesaria y superabundante, y nada mas. Mas habiéndose espresado todo lo que convenia espresar, la causa que movia á pedir la legitimacion, á pesar de ser bajo otro concepto innecesaria, juzgamos de todo punto inútil el empeño del Conde en impugnar la certeza del documento, y ocioso ocuparnos mas detenidamente de un punto con tanta evidencia demostrado.

397. Hemos demostrado hasta aquí la legitimidad de D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13), por si misma, por haber nacido en un tiempo en que sus padres D. Juan y Doña Leonor estaban libres de sus primeros matrimonios y en aptitud de contraerlo de nuevo, como lo contrajeron, en 3 de noviembre de 1448.

398. Demostremos ahora esa misma legitimidad por sus efectos, por el asentimiento uniforme y unánime de los Tribunales, de los hombres y de la historia, sobre este punto, desde la mas remota antigüedad hasta nuestros dias.

Demuéstrase la legitimidad de D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13) por sus efectos, el asentimiento de todos desde aquella época hasta nuestros dias.

399. Punto es este, como conoce la Sala, que nos daria materia para escribir un volumen. No haremos sin embargo mas que enumerar, en obsequio de la brevedad y porque creemos que el Tribunal se halla íntimamente persuadido de la exactitud de nuestros asertos.

400. En prueba de ese asentimiento unánime que hemos dicho que existe sobre el particular, sea de todo lo primero el reconocimiento y la confesion del padre, del mismo Conde D. Juan, el cual acabamos de ver que reconoció la legitimidad y la aptitud de sus hijos D. Rodrigo y D. Manuel para suceder en el Mayorazgo en innumerables documentos, señalada y principalmente en su testamento de 10 de setiembre de 1469, en el cual los llamó por su órden, y despues de ellos á D. Luis Ponce de Leon (no esta en el árbol), hijo del D. Pedro (núm. 9).

401. Este reconocimiento y confesion del padre acerca de la legitimidad ó ilegitimidad de sus hijos, constituye una prueba robusta, segun nuestras leyes; siendo esa prueba tanto mas concluyente aquí, cuanto que D. Juan tenia otros hijos que eran adulterinos, (números 9 y 15) y no los llamó á la sucesion del Mayorazgo, ó los llamó en falta de los legítimos D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13). No importa que respecto del D. Pedro (número 9)

faltara á la verdad el Conde D. Juan (núm. 5). No consta que faltara respecto de D. Rodrigo y D. Manuel, y mientras no se pruebe que es falso el dicho del padre, ha de tenerse por cierto segun las leyes.

402. Segundo. El Conde D. Juan tuvo entre otros hermanos, á D. Lope y D. Luis (números 7 y 8) y este muchos hijos, los (números 16 y 17) y otros que no estan en el árbol. Eran todos estos primos hermanos y contemporáneos de D. Rodrigo y D. Manuel, y de todos los demás hijos de D. Juan (núm. 5). Convenimos en que D. Lope y D. Luis (números 7 y 8) en el supuesto de no haber dejado hijos legítimos ni naturales legitimados el Conde D. Juan (número 5), no hubieran reclamado los Mayorazgos vacantes por fallecimiento del último, en virtud de la transaccion y renuncia á dichos Mayorazgos que con él habian celebrado. Pero ¿no lo hubieran hecho los hijos y descendientes de los mismos (números 7 y 8)? Era aquella época, la del fallecimiento de D. Juan, la mas á propósito. Si fuera cierto que no dejó hijos legítimos ó naturales legitimados, era facilísimo demostrarlo entonces, cuando estaban recientes y eran de todos conocidos acontecimientos de tal naturaleza. No reclamaron, sin embargo, ellos los (números 7 y 8) sus hijos ni sus nietos. Hasta fines del siglo XVI, ó sea 150 años despues de la muerte del D. Juan (núm. 5) no empezaron los pleitos promovidos por los descendientes de D. Lope y D. Luis (números 7 y 8), al primero de los cuales pretende representar el Conde del Aguila. Este hecho, aunque negativo, es de una fuerza irresistible, en favor de la legitimidad de D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13).

403. Tercero. El primer pleito seguido sobre los Estados litigiosos, entre Doña Beatriz Pacheco (núm. 10), como administradora de D. Rodrigo (núm. 24), y Doña María, hija de Don Pedro (núm. 9), terminó por transaccion, en la cual recibió la última cierta porcion de maravedís. D. Pedro, (núm. 9) era adulterino. Si lo hubiera sido tambien D. Rodrigo (número 11) no hubiera renunciado la Doña María por cuatro cuentos de maravedís su derecho á tan pingües Mayorazgos.

404. Cuarto. El segundo pleito fue el que terminó primero por transaccion de D. Manuel (núm. 13) y despues por la célebre transaccion y sentencia imperial, que dió uno de los Mayorazgos á cada uno de los contendientes, D. Rodrigo (núm. 21) y D. Rodrigo (número 24). En ese pleito litigaba el hijo de D. Manuel (núm. 13) á título de legitimidad efectiva, y el nieto de D. Rodrigo (núm. 11) á título de la legitimidad obtenida por rescripto del Príncipe, y de la amplia facultad concedida por el Monarca para fundar Mayorazgo á D. Rodrigo (núm. 11). ¿Era posible que el Monarca hubiese repartido los Mayorazgos litigiosos entre hijos ó descendientes adulterinos de D. Juan (núm. 5) habiéndolos legítimos de los dos primeros fundadores? ¿Lo era que se hubiese presentado á título de legitimidad el mismo D. Manuel (núm. 13) si no hubiera en efecto sido hijo legítimo ó legitimado del D. Juan?

405. Quinto. En el pleito sobre propiedad del Estado de Bailen, principiado en la extinguida Chancillería de Granada en el año de 1544, entre D. Rodrigo (núm. 32), un biznieto de D. Manuel (núm. 13) y otros, litigó D. Bartolomé Dávila Zuazo, (no está en el árbol) descendiente que dijo ser de D. Lope (núm. 7) y alegaba las mismas razones y fundamentos que alega hoy el Conde del Aguila, su descendencia de D. Lope, y que en el Mayorazgo debía sucederse segun la fundacion de D. Pedro (núm. 2), mediante la cual, siendo el

D. Lope (núm. 7) mayor que D. Luis (núm. 8), le tocaba la sucesion del Mayorazgo con esclusion del Duque de Arcos D. Rodrigo (núm. 32) (1). En este pleito fue vencido el don Bartolomé Dávila Zuazo, declarándose así que la línea de D. Lope (núm. 7) que aquel debía representar, no podia tener entrada, no tenia derecho á la sucesion de los Mayorazgos litigiosos.

406. Sesto. En todos los demas pleitos de que se hace mérito en estos autos, bajo el epígrafe de orden de suceder, y en otros infinitos seguidos sobre la posesion ó propiedad de los Estados litigiosos, de los cuales no se hace mencion en los autos actuales, se ha declarado siempre lo mismo, espresa ó virtualmente. En todos ellos se ha dado la posesion ó propiedad de los Mayorazgos en cuestion á descendientes de D. Rodrigo ó D. Manuel (números 11 y 13), sin que jamas hayan poseido los que eran ó se llamaban representantes de D. Lope Ponce de Leon (núm. 7). Es evidente que ninguna de aquellas casi infinitas sentencias se hubiera pronunciado si D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13) no hubiesen sido hábiles y capaces para suceder, si hubieran sido, como se dice, hijos adulterinos de D. Juan y Doña Leonor, (números 5 y 6), siendo por tanto esa misma legitimidad de D. Rodrigo y D. Manuel cosa mil veces declarada y ejecutoriada en juicio.

407. Setimo. S. M., en las Reales Cédulas de 6 de febrero de 1461 (2), en que aprobó el establecimiento de Mayorazgo que el D. Juan habia hecho en favor de su hijo D. Rodrigo (núm. 11) y en la de 20 de enero del mismo año, de confirmacion de la merced de Marques de Cádiz (3), llama al D. Rodrigo (núm. 11) hijo primogénito y heredero del D. Juan y sucesor en su casa y Mayorazgos, teniéndole así y declarándole por hijo legítimo y hábil, segun las leyes, para la sucesion de los Mayorazgos de su casa.

408. Octavo y último. La historia ha reputado tambien á D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13) por hijos legítimos de D. Juan y Doña Leonor (números 5 y 6). Los cuatro historiadores arriba nombrados; el P. Fr. Tomás de Herrera (4), D. Juan de Rivarola (5), D. José de Tellez (6) y el Abad D. Blas de Soto (7), afirman que D. Rodrigo y D. Manuel fueron hijos legítimos de los Condes D. Juan y Doña Leonor (números 5 y 6) habidos de su segundo matrimonio. En el mismo concepto de legítimo tienen á D. Rodrigo (núm. 11) D. Diego Enriquez del Castillo (8), Cronista del Señor Rey D. Enrique, que conoció y trató al Conde D. Juan y al mismo D. Rodrigo su hijo. Lo mismo afirman Esteban de Garibay (9), el P. J. de Bleda (10), D. Gonzalo Agote de Molina (11), el P. Juan de Mariana (12) y el Dr. D. Juan de Ferreras (13). Estos historiadores llaman al D. Rodrigo hijo del Conde D. Juan, dando en ello á entender que era legítimo, pues cuando hablan de los ile-

- (1) Memorial, núm. 404.
- (2) Memorial, núm. 59.
- (3) Memorial, núm. 77.
- (4) Historia del convento de San Agustin de Salamanca, c. 44, f. 425.
- (5) Descripcion geneológica de Génova, cap. 49, dis. 6.
- (6) Asturias ilustrada, tom. 3, par. 3, §. 4.º
- (7) Ley de la sucesion, c. 5, fol. 95.
- (8) Crónica de Enrique IV, c. 76.
- (9) Compendio historial de España, lib. 40, cap. 26.
- (10) Restauracion de España, cap. 45.
- (11) Nobleza de Andalucia, lib. 2, c. 88.
- (12) Historia de España, lib. 23, c. 3.
- (13) Cádiz ilustrada, lib. 5, c. 44, n.º 4.º

gítimos, los espresan así claramente, como D. Diego Enriquez del Castillo (1), Mariana (2) y el P. Fray Gerónimo de la Concepcion (3).

409. Fue esto cosa tan cierta y averiguada en aquellos tiempos, que el autor de la obra conocida con el nombre de Tizon, atribuida generalmente al Cardenal D. Pedro de Mendoza, refiere el matrimonio de los Condes D. Juan y Doña Leonor, y que procedieron de este matrimonio D. Rodrigo y D. Manuel. Sin embargo de que esta obra fue prohibida por las muchas mentiras é injurias que contenia contra la nobleza del Reino en general, sin embargo de que procuró su autor manchar la de la casa de Ponce de Leon en particular (4), nada opuso respecto de la legitimidad de D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13).

410. Demostrada por tantos medios la legitimidad de D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13) séanos licito agregar dos palabras en respuesta al argumento que forma el Conde del Aguila, fundado en las pruebas de testigos practicadas sobre el particular en los pleitos antiguos.

Contestacion á los argumentos que el Conde del Aguila opone á la legitimidad de D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13).

411. Consisten en las pruebas de testigos que el Duque de Arcos D. Rodrigo (núm. 32) articuló en pleito que siguió sobre los Estados litigiosos en la Chancillería de Granada por los años de 1590. En varios párrafos del Memorial ajustado impreso encontrará la Sala articuladas las preguntas y las contestaciones dadas por treinta testigos. Referirlas solo en sustancia seria obra prolíja. Baste saber que estan reducidas á afirmar que el Conde D. Juan (núm. 5) no dejó hijo alguno legítimo, habiéndolo sido todos adulterinos, por haberlos tenido en Leonor Nuñez estando esta casada con Juan del Paraiso, y cuando lo estaba tambien el D. Juan con su legítima muger Doña Leonor de Guzman; añadiéndose que el D. Juan del Paraiso sobrevivió á la Leonor Nuñez; que para estar en mayor libertad envió el Conde D. Juan al mismo Juan del Paraiso á las Indias Occidentales del Perú, y no sabemos cuantos otros hechos mas de la misma naturaleza.

412. No hay que decir que todo esto es grandemente ridículo, y que por ridículo lo ha tenido todo el mundo, incluso el Conde del Aguila. En el Memorial ajustado impreso que se formó para la decision del pleito anterior de tenuta, no se comprendieron tales llamadas pruebas testificales, y no exigió el Conde del Aguila que se comprendieran. ¿Cuál seria el juicio que de tales pruebas formaba? Hoy las ha comprendido el Relator en el Memorial ajustado impreso actual, por su gusto, deseoso de que estuviera en él lo que significa algo y lo que no significa nada; y aunque pertenecen á esta última clase las actuaciones en cuestion, desde luego se conoce que no habia de ser el Duque de Osuna quien á ello se opusiera, porque lejos de perjudicarle, le favorecen mucho tales articulaciones.

(1) Crónica de Enrique IV, capítulos 123 y 151.

(2) Historia de España, lib. 3, cap. 9: lib. 23, capítulos 43 y 46.

(3) Lib. 3, cap. 42, n.º 7.

(4) Núm. 33 de dicha obra.

413. Son en todo el rigor de derecho despreciables hasta el punto de ser inadmisibles en este pleito y en todos los dichos de los testigos que no sean prestados dentro de los mismos autos. La fuerza de esta clase de prueba está en la citacion que se hace á la parte á quien pueden perjudicar los dichos de los testigos; en el juramento que los testigos prestan á presencia, si quiere, de la parte contraria; en la declaracion misma que prestan ante el Juez de la causa. Quitad á las declaraciones de los testigos estas tres circunstancias, y le habreis quitado toda su importancia. ¿Cómo ha de perjudicar al Duque de Osuna el dicho de un hombre á quien no conoce, quien no declara con su citacion, la recepcion cuyo juramento no ha podido presenciar, que no ha declarado ante el juez de su pleito?

414. Las pruebas testificales no son para trasplantadas de un pleito á otro, mucho menos cuando entre uno y otro pleito median algo mas de 250 años, que es lo que sucede aquí. El pleito en que se articularon aquellas que llamaremos diligencias, no pruebas testificales, es el que se refiere en el Memorial bajo el núm. 3.º, que principió por los años de 1585, y terminó por sentencia de revista de la Chancillería de Granada de 1594. Han pasado de entonces acá 256 años, y se quiere que aquellas pruebas sirvan en este pleito. ¿Cabe nada mas ridículo?

415. Se trataba en aquel pleito, seguido por los años de 1590, de la legitimidad ó ilegitimidad del nacimiento de D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13), nacidos por los años de 1445. Acerca de este hecho habia entonces, como hay ahora, innumerables documentos públicos, de diferente clase y naturaleza, datos históricos, testimonios, monumentos, muchos comprobantes, en una palabra, todos los que antes hemos referido y otros muchos mas que no han llegado hasta nosotros, perdidos en la noche de los tiempos. Los testigos en aquel pleito deponian acerca de un hecho realizado 140 años antes. ¿Qué fe podian merecer sus dichos, que ademas estaban en oposicion con el resultado de datos y documentos auténticos? Pues la fe que entonces y en aquel pleito no pudieron merecer, no la merecieron, se quiere que la merezcan en otro pleito, ahora, ó sea 250 años despues de haber declarado. ¡Ah! ¡qué cosa tan ridícula es la causa del Conde del Aguila!

416. El Duque de Arcos D. Rodrigo (núm. 32) formó en aquel pleito el temerario é inconcebible propósito de probar con testigos la supuesta ilegitimidad de D. Rodrigo y Don Manuel (números 11 y 13), imaginando que por descender de D. Luis (núm. 8), podia optar á los Mayorazgos que litigaba. Vano é inconcebible propósito. Aunque es verdad que descendia de D. Pedro (núm. 2) por D. Luis (núm. 8) y por el otro D. Luis (núm. 20), marido de Doña Francisca (núm. 19), hija natural legitimada de D. Rodrigo (núm. 11), ¿qué duda tiene que el D. Rodrigo (núm. 32) en el caso de haber sido adúlteros Don Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13) lo habria sido tambien él, el D. Rodrigo (número 32)? El descendia por Doña Francisca (núm. 19) de D. Rodrigo (núm. 11), hijo segun él adúltero de D. Juan (núm. 5), y no podia por consiguiente dejar de ser adúltero. Quiere decir, que por la parte de su bisabuelo D. Luis (núm. 20) no era adúltero; pero lo era por la de su bisabuela Doña Francisca (núm. 19): no lo era por parte de padre, pero lo era por parte de madre, y esto bastaba para ser adúltero y para

no poder optar á la posesion ni á la propiedad de los Mayorazgos litigiosos. No es menester que el adulterio sea doble; basta que sea sencillo para que lo haya; y habiéndolo, no se puede purgar la mancha de Doña Francisca adulterina, en la hipotési de que hablamos, no podía purgarse por su matrimonio con un varon legítimo de la familia: se purga la mancha de la naturalidad, no la de la adulterinidad.

417. No podía pues triunfar D. Rodrigo (núm. 32), á ser cierto lo que él mismo decia, y sin embargo triunfó en vista, y en revista un biznieto de D. Manuel (núm. 13), esto es, un descendiente de D. Juan (núm. 5). Claro es por consiguiente que fuéron despreciadas en ejecutoria por la Chancillería de Granada aquellas pruebas testificales, y sin embargo se quiere darles hoy nueva vida. No parecería posible si no se estuviese viendo.

418. En sí mismas llevan esas declaraciones el sello de la falsedad. Dicen varios de los testigos, que el Conde D. Juan, para tratar con mas libertad á Doña Leonor, envió á su marido Juan de Pariso á las Indias; y otros, que á la sazón de la amistad del D. Juan con Doña Leonor, estaba en Indias el Juan Paraiso. Lo uno y lo otro es completamente falso, sabiéndose por las personas menos iniciadas en la historia, por ser acaso el mas grande acontecimiento que han visto los siglos, que el descubrimiento del Nuevo Mundo por Cristóbal Colon empezó por la Isla Española de Santo Domingo, en 1492, y el del Perú por Francisco Pizarro, en el de 1525, no habiéndose (1) fundado la ciudad de Lima hasta 1533 (2). En 1492 no solo habian fallecido Doña Leonor Nuñez (núm 6) y el Conde D. Juan (núm. 5), segun aparece del testamento de este, sino el mismo Don Rodrigo (núm. 11) que murió en 1492 (3).

419. Otros testigos dicen haber visto papeles y escrituras otorgadas por Juan del Paraiso en la ciudad de Lima; otros, muchos de ellos, afirman que Juan del Paraiso vivió seis años despues que su muger Doña Leonor Nuñez.

420. Lo primero es completamente falso. La ciudad de Lima fue fundada por el conquistador Francisco Pizarro en el año de 1533 (4). Suponiendo que Juan del Paraiso hubiera muerto en este mismo año, resultaria que Doña Leonor Nuñez falleció en el de 1527, cosa casi imposible naturalmente, habiendo aquella tenido ya á D. Pedro (núm. 9), y seis hijos mas mucho antes de 1438, y que de hecho no sucedió habiendo fallecido mucho antes de 1469. No era tampoco posible que Juan del Paraiso, marido de Doña Leonor Nuñez, mucho antes de 1438 otorgara escrituras en Lima en 1533. Para ello necesitaba haber vivido sobre 120 años, y esto no es posible, no debe al menos creerse como no se prueba.

421. Otros testigos, casi todos, deponen que cuando el Conde D. Juan tuvo en Doña Leonor Nuñez á D. Pedro, D. Rodrigo y D. Manuel, estaba casado con Doña Leonor de Guzman; y esto, si bien pudo ser cierto respecto del D. Pedro, resulta completamente falso respecto del D. Rodrigo y D. Manuel, vista la fecha del fallecimiento de Doña Leonor de Guzman, la del nacimiento de los mismos D. Rodrigo y D. Manuel, y la del casamiento de D. Juan con Doña Leonor Nuñez, su segunda muger.

(1) Mariana, Historia de España, lib. 26, cap. 3.º; Sandobal, Historia de Cárlos V, lib. 43, §. 30.

(2) Herrera, Descripción de las Indias Occidentales, cap. 49.

(3) Memorial, números 67 y 83.

(4) Antonio de Herrera, Descripción de las Islas Occidentales, cap. 49.

422. Es, pues, visto que aun estando á las declaraciones mismas de los testigos aparece completamente demostrada la falsedad de sus dichos, aun prescindiendo de que estan en abierta oposicion con el resultado de los autos, de los documentos, datos y monumentos históricos antes recordados; causas que, unidas á las que tambien hemos ligeramente espuesto acerca de la circunstancia de querer traerse aquí deposiciones de testigos evacuadas 250 años há, constituyen dichas actuaciones y diligencias en la clase de las mas inútiles y despreciables que pueden figurar en juicio.

Improcedencia del segundo fundamento del pretendido derecho del Conde del Aguila, el testamento y fundacion de D. Pedro Ponce de Leon (núm. 2).

423. En su lugar correspondiente se demostró hasta la evidencia : 1.º la validez y subsistencia del testamento de D. Pedro Ponce de Leon (núm. 2), en sí mismo considerado, y de la fundacion que dicho testamento contiene en los Mayorazgos litigiosos, tales cuales eran en aquella época; 2.º que dicho testamento y fundacion, aunque válida en sí y subsistente, quedó virtualmente derogada por la que posteriormente estableció con facultad Real el Conde D. Juan Ponce de Leon (núm. 5), y esta por la que asimismo otorgó tambien en virtud de la amplísima autorizacion que le concedieron los Señores Reyes Católicos, D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 11).

424. Todo lo dicho entonces y espuesto conviene recordarlo, porque lo mismo mata la fundacion de D. Rodrigo (núm. 11) el pretendido derecho del Marques de la Vega de Santa María (letra A), que el del Conde del Aguila que, no descendiendo ni de D. Juan (núm. 5) ni de D. Rodrigo (núm. 11), no puede optar á la propiedad de los Mayorazgos por ellos fundados. Bajo tal concepto el Duque de Osuna da aquí por reproducido cuanto á nombre suyo se espuso antes para probar, como se probó, que la única y verdadera fundacion, la que puede y debe en buenos principios regir en la sucesion de los Mayorazgos litigiosos, es la establecida por el Gran Duque de Cádiz D. Rodrigo (número 11), en su testamento, en virtud de facultad Real.

425. Con facultad Real en virtud de justa causa concedida, y concedida á D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 11) en el siglo XV, no puede en efecto dudarse que se estableció Mayorazgo válida, legítima y legalmente. Pero cuando el Mayorazgo cuya fundacion se altera, habia á su vez alterado la fundacion de otro mas antiguo, todos los jurisconsultos, entre ellos Molina, convienen en que puede alterarse con facultad Real, porque toda la fuerza de aquel consiste en la facultad Real que puede derogarse por otra posterior.

426. Aquí el Conde D. Juan Ponce de Leon (núm. 5), alteró la fundacion de su padre y abuelo (números 2 y 1), exigiendo por primera vez en los poseedores de Mayorazgo la legitimidad de legítimo matrimonio nacida, en virtud de la amplia autorizacion que para ello obtuvo del Monarca. Ademas de esta alteracion la fundacion habia sufrido otras. Todos los cuatro primeros poseedores se creian en el derecho y en la posesion de alterar las fundaciones anteriores, llamando á la sucesion del Mayorazgo á personas á quienes no ha-

bian llamado los anteriores, efecto esto de considerarse ellos verdaderos fundadores y cabeza de sus respectivas líneas. D. Lope (núm. 7), por ejemplo, fue llamado por su padre (núm. 2), y no había sido por su abuelo (núm. 1), no lo fue tampoco por su hermano D. Juan (núm. 5). Claro es, pues, que D. Rodrigo (núm. 11) podía hacer, y válida y legalmente hizo en virtud de facultad Real, lo que válida y legalmente con facultad Real y sin ella habían hecho sus mayores.

427. Los mismos jurisconsultos convienen en que puede alterarse la fundacion del Mayorazgo cuando por la nueva fundacion se reduce la sucesion al Mayorazgo mas antiguo, que es lo que sucedió aquí, habiendo llamado D. Rodrigo (núm. 11) á su nieto Don Rodrigo (núm. 24), hijo legítimo de su hija natural legitimada Doña Francisca (núm. 19), es decir, que redujo la sucesion, en cuanto al primer llamado, á lo que había sido en manos de los dos primeros fundadores, los cuales, no excluyeron, antes bien llamaron, á los hijos legítimos herederos, ó sea á los naturales legitimados.

428. Mas sí á la fundacion de D. Rodrigo (núm. 11) le hubiese faltado, que no le faltó, algun requisito, habiendo por el contrario sido ajustada y conforme á lo que podía exigir la mas rigurosa jurisprudencia de aquellos tiempos y aun de los presentes, ¿no la había legitimado la sancion de los siglos, de los Tribunales, de los Monarcas?

429. Los Monarcas, sí, la Sala tiene ya perfecta idea de lo que fueron la transaccion que otorgaron en 1.º de setiembre de 1522 D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 21) y el otro D. Rodrigo (núm. 24), Duque de Arcos, y la sentencia imperial del Señor Emperador D. Carlos V. Adóptense ó no esta transaccion y esta sentencia como base para la decision del pleito, pues este escrito es buena prueba de que lo uno ó lo otro es completamente indiferente al Duque de Osuna, ¿quién podrá desconocer la inmensa fuerza que la misma sentencia imperial dió á la fundacion de D. Rodrigo (núm. 11), ya se considere como verdadera sentencia, cuyo carácter realmente tiene, ya como un acto de la potestad Real que puso fin á un pleito con amplísimo conocimiento de causa, ya como la aprobacion de la transaccion de los interesados? Dad á la sentencia imperial el carácter que se quiera, pues de todo participa: ella fue un acto de la Corona esencialmente político; una sentencia pronunciada en pleito; un arbitraje ó laudo homologado del Rey; una ratificacion del convenio de los interesados. En cualquiera de estos conceptos, bajo todos ellos, la sentencia imperial aprobó, ratificó, solemnizó la fundacion de D. Rodrigo (núm. 11), queriendo que en lo que no fuese contraria dicha fundacion á la misma transaccion y sentencia, se guardase siempre como regla de decision para el Mayorazgo de Arcos.

430. D. Juan (núm. 5) obtuvo para su fundacion Real autorizacion y licencia; obtúvola tambien D. Rodrigo (núm. 21) para la suya; obtuviéronla mas tarde el Duque de Arcos D. Rodrigo (núm. 24) y el otro D. Rodrigo (núm. 21), para la verdadera fundacion que ellos mismos establecieron en las tantas veces mencionada escritura de transaccion, y para la que había establecido el Duque de Cádiz D. Rodrigo (núm. 11) en su testamento. No es fácil que un acto jurídico alcance tanto y tan poderoso complemento, como vemos que alcanzó la fundacion de D. Rodrigo (núm. 11).

431. Si fuera posible imaginar una sancion y ratificacion para la misma fundacion de D. Rodrigo (núm. 11) mas valedera y aceptable que la que producen las decisiones de tres

Monarcas, de seguro la encontraríamos en las sentencias de los Tribunales, dictadas en los innumerables pleitos seguidos desde la muerte de D. Rodrigo (núm. 11) hasta nuestros días, sobre propiedad ó posesion de los Mayorazgos hoy litigiosos; en todos los cuales, aunque alguna vez han litigado representantes de las líneas de D. Lope (núm. 7), de quien dice que descende el Conde del Aguila (núm. 84), de la de D. Luis (núm. 8), de la de D. Pedro (núm. 9), hijo adulterino de D. Juan (núm. 5), y de otras muchas líneas, jamás han dejado de declararse pertenecientes los mismos Mayorazgos á descendientes de D. Rodrigo (núm. 11) ó de D. Manuel (núm. 13), prueba clara de que se observó siempre, ó la fundacion que contienen la transaccion y sentencia imperial, ó la del testamento de D. Rodrigo Ponce de Leon (núm. 11), ó una y otra juntamente.

432. Siempre, pues, habria alcanzado la fundacion de D. Rodrigo (núm. 11) la validez, que nunca le faltó, á favor de la prescripcion producida por el transcurso de tantos siglos de rigurosa observancia, por la confirmacion de tantos Monarcas, por la sancion de los Tribunales obtenida en tantos pleitos seguidos entre tantas líneas, tantas y tan diferentes personas. Porque no sabemos que, siendo todo prescriptible en juicio, haya razon alguna para que quede exenta de esta regla fija y segura la fundacion de D. Rodrigo (núm. 11), sobre cuyo punto no debe sernos ni aun permitido estendernos mas, habiendo sido objeto de largas reflexiones cuando se trataba de la demanda del Marques de la Vega de Santa María.

433. No importa tampoco nada que el Duque de Osuna (núm. 90) descienda de Doña Francisca Ponce de Leon (núm. 19), hija natural legitimada por rescripto del Príncipe D. Rodrigo (núm. 11); ya porque, como acabamos de ver, D. Rodrigo (núm. 11) estableció válidamente el Mayorazgo en favor de su nieto (D. Rodrigo (núm. 24)); ya porque como hija natural legitimada Doña Francisca (núm. 19) era hábil y capaz para la sucesion del mismo Mayorazgo, con arreglo á las innumerables leyes de Partida y del Fuero Real, que igualan absolutamente la suerte y la condicion de los hijos legítimos y los legitimados, recordadas así bien cuando se hizo ver que en la fundacion de D. Rodrigo (núm. 11), no fueron perjudicados D. Manuel (núm. 13) y sus descendientes.

434. Habiendo, ademas de todo esto, sido hijos legítimos de D. Juan (núm. 5), ó legitimados por subsiguiente matrimonio D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13), segun antes vimos, aun por el testamento y fundacion de D. Pedro (núm. 2), debió pasar la sucesion de los Mayorazgos, por muerte de D. Juan (núm. 5), á D. Rodrigo su hijo (número 11), y radicar en esta línea, como ha radicado, sin mas alteracion que la producida por la transaccion y sentencia imperial, que duró por espacio de 103 años.

435. Es por tanto manifiesta la improcedencia de los dos fundamentos en que descansa el pretendido derecho del Conde del Aguila á la propiedad de los Mayorazgos litigiosos, la ilegitimidad de D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13), y el testamento de D. Pedro (núm. 2); y queda claramente demostrada la exclusion de los mismos Mayorazgos de este litigante, que no descende de D. Juan (núm. 5), ni de D. Rodrigo (núm. 11), y que tampoco podría optar á dichos Mayorazgos ni aun por el testamento de D. Pedro (número 2), mientras haya descendientes de D. Rodrigo (núm. 11).

436. Obsta tambien al Conde del Aguila la transaccion y renuncia que hizo D. Lope (núm. 7) de los Mayorazgos en cuestion, segun vamos á demostrar.

Obsta tambien al pretendido derecho del Conde del Aguila la transaccion y renuncia de los Mayorazgos litigiosos hecha por D. Lope Ponce de Leon (núm. 7).

437. En escritura otorgada en Sevilla á 29 de octubre de 1460, declaró D. Lope Ponce de Leon (núm. 7), que el Conde D. Juan, su hermano (núm. 5), tenia y poseia la ciudad de Arcos, la villa de Marchena y todos los demas bienes y rentas que habian heredado por Mayorazgo de D. Pedro Ponce de Leon (núm. 2), padre de aquel y del otorgante; y dijo que por cuanto podria venir tiempo y caso en que se digese que el D. Lope tenia algun derecho á dicho Mayorazgo, ó que le pertenecian los bienes de él por herencia, sustitucion, mejora, ó por otro título cualquiera; y por muchas mercedes, gracias, dádivas y buenas obras que del referido su hermano habia recibido, recibia y esperaba recibir, venia en otorgar de su libre y espontánea voluntad, y otorgaba por esta escritura, que renunciaba, cedía y traspasaba en el referido Conde D. Juan, su hermano, y de sus sucesores, todo el derecho y acción que le asistia, y podia asistir en lo sucesivo á sus descendientes, á los bienes del susodicho Mayorazgo, y á cualesquiera otros que el D. Lope pudiera haber de los que quedaron de sus padres (1).

438. Esta escritura fue aprobada por el Señor Rey D. Enrique IV á solicitud del Conde D. Juan, por Real Cédula de 6 de febrero de 1461, en la cual declaró S. M. por firme y valedera la renuncia en ella contenida, y mandó guardar en todo y cumplir lo convenido entre el Conde D. Juan y su hermano D. Lope, sin que pudiera irse contra ello ni contra cosa ni parte de ello, en tiempo alguno, por ninguna causa ni razon (2).

439. Con vista de estos antecedentes otorgó su testamento el Conde D. Juan (núm. 5) en 10 de setiembre de 1469, declarando en él, entre otras cosas, que se hallarian en sus arcas las donaciones y traspasaciones que habian hecho en él sus hermanos y sobrinos, de cualesquiera cosas que les perteneciesen y podrian pertenecer asi en su Mayorazgo como en los otros heredamientos que fincaron y fueron de D. Pedro (núm. 2), y de la Condesa su madre, y mandando que los originales los tuviese D. Rodrigo su hijo (núm. 11), y que se diesen los traslados autorizados de ellos en manera que hiciesen fe á sus otros hijos, especialmente á D. Manuel (núm. 13), por lo que tocaba al lugar de los Palacios que le dejaba.

440. El Conde del Aguila cree que esta renuncia del D. Lope (núm. 7) no fue válida, ni pudo por ella sufrir perjuicio el derecho de sus descendientes, por tratarse de bienes sujetos á restitution, como son los vinculados, en los cuales el sucesor no es mas que un poseedor.

441. Sin embargo de que pudiéramos decir mucho contra esta teoría en general, creemos que conviene limitar la discusion al caso especialmente controvertido. A la fecha de la escritura de renuncia en 1460, el Conde D. Juan tenia, entre otros, á sus hijos legítimos

(1) Memorial, núm. 53.

(2) Memorial, núm. 59.

D. Rodrigo y D. Manuel (números 11 y 13), jóvenes ya, según antes vimos, de quince á diez y ocho años. D. Lope, por consiguiente, renunciando su derecho á los Mayorazgos, no renunciaba sino un derecho muy eventual, una esperanza remota, como que consistía en que faltaran descendientes legítimos de la línea del D. Juan su hermano, y de esa línea habia ya varios representantes. Habia, por otra parte, recibido muchas dádivas, gracias, mercedes, y aun bienes en compensacion de aquella esperanza que renunciaba, como aparece del mismo testamento de D. Juan, de tal manera que no fue una renuncia graciosa.

442. Mas su fuerza verdadera está en la aprobacion del Monarca, la cual mediando, no es dudoso para nuestros jurisconsultos que se hacen lícita y legalmente compromisos, transacciones y renunciaciones sobre bienes de Mayorazgo (1).

443. Causa justa era en aquellos tiempos la de recompensar los grandes servicios que diariamente prestaban en la guerra de los moros los cuatro primeros fundadores de los Mayorazgos en cuestion. Con causa justa hemos dicho y demostrado al tratar de la validez de la fundacion de D. Rodrigo (núm. 11), que podia hasta alterarse la fundacion del Mayorazgo. ¿No podria confirmarse y legitimarse la renuncia de D. Lope que no era otra cosa que la renuncia de una esperanza tan remota?

444. La renuncia á bienes vinculados todo lo mas que puede significar es el traspaso del derecho á suceder en dichos bienes de una persona y línea en favor de otra, y aquí la Sala conoce ya perfectamente lo que renunciaba D. Lope (núm. 7). Sobre este punto hemos hablado ya bastante en anteriores capítulos, para que nos detengamos por mas tiempo á demostrar las amplias facultades de que la Corona se hallaba revestida en aquella época, para transigir las dudas que pudieran suscitarse en la sucesion de los Mayorazgos, para alterar las fundaciones de los mismos, y con infinita mas razon para aprobar y legitimar y robustecer renunciaciones y transacciones, propiamente así dichas, no como la de D. Lope (núm. 7), que cedió derechos tan eventuales y tan exiguos.

El Conde del Aguila no ha acreditado tampoco su descendencia de D. Lope Ponce de Leon (núm. 7).

445. En el pleito anterior de tenuta, Doña Rafaela Ortiz de Zúñiga (núm. 65), intentó acreditar el enlace de los números 34, 30 y 26, con instrumentos que no se hallan autorizados con la firma del Escribano, ante quien se dice que fueron otorgados, instrumentos que si bien pudieron considerarse bastantes para acreditar la nobleza de los interesados, á fin de tomar el hábito de la orden Militar de Santiago, no lo son para constituir

(1) *Hæc autem regula, scilicet, quod de rebus majoratus subjectis nec compromitti, nec etiam transigi valeat, multipliciter limitatur. Primo nisi ad id Regia facultas interveniat. Regia namque facultate interveniente nulli dubitant quod id fieri valeat, dum modo causa legitima ad id efficiendum interveniat: veluti si lites sit inter magnos Principes et Proceres, atque Optimates, lisque sit diu duratura, scandalaque ex illa oriri sperantur, vel alia similis causa occurrat.* Mol. de prim., lib. 4, cap. 9, núm. 20.

prueba plena en juicio, por no hallarse adornados de los requisitos que las leyes exigen sobre el particular.

446. Tampoco ha acreditado el Conde del Aguila que D. Lope Ponce de Leon (núm. 7), de quien pretende derivar su derecho, dejase sucesion. Así se demostró en el pleito anterior de tenuta con razones que no logró desvanecer Doña Rafaela Ortiz de Zúñiga (núm. 65), consignadas ahora en el Memorial ajustado impreso en los números desde el 415 hasta el 426 á los cuales nos remitimos.

CAPITULO SEGUNDO.

Exámen del derecho del Duque de Osuna á la propiedad de los Estados de Arcos y de Bailen.

447. No necesita el Duque para triunfar del Conde mas que la esclusion manifiesta de este litigante y su ningun derecho á los Mayorazgos que reclama, visto que el Duque de Osuna es: primero, poseedor en virtud de sentencia del Tribunal Supremo de Justicia; segundo, demandado por el Conde del Aguila. Aquella demostracion ha sido objeto del capítulo anterior: ahora enumeraremos, mas bien que analizaremos, como decimos antes, los muchos y muy robustos fundamentos en que descansa el derecho del Duque de Osuna á la propiedad de los Estados litigiosos.

Primer fundamento del derecho del Duque de Osuna á la propiedad de los Estados de Arcos y de Bailen; la voluntad del fundador.

448. Téngase como fundacion de los Mayorazgos litigiosos la transaccion y sentencia imperial, el testamento de D. Rodrigo (núm. 11), el de D. Juan (núm. 5) y aun el de Don Pedro (núm. 2), la fundacion llama siempre al Duque de Osuna con preferencia al Conde del Aguila, como descendiente el mismo Duque de todos aquellos fundadores, incluso D. Pedro (núm. 2), cuyo hijo D. Juan (núm. 5), y cuyos nietos y biznietos D. Rodrigo (núm. 11) y D. Rodrigo (núm. 24) fueron espresamente llamados antes que D. Lope (número 7) y sus descendientes, que no han existido. Todo esto ha sido objeto de demostraciones anteriores.

Segundo fundamento del derecho del Duque de Osuna á la propiedad de los Estados de Arcos y de Bailen; la mayor proximidad de parentesco con el fundador.

449. No hay tampoco para qué repetir aquí lo espuesto sobre el particular cuando tratá- bamos de la demanda del Marqués de la Vega de Santa María. El Duque de Osuna, en el supuesto de que el Conde del Aguila descendiese de D. Lope (núm. 7), es pariente mas próximo de D. Rodrigo (núm. 21) y D. Rodrigo (núm. 24), que intervinieron en la transaccion y sentencia imperial, y de D. Manuel (núm. 13), de quien en falta de descendientes de D. Rodrigo (núm. 21), ha de tomarse la sucesion por la misma transaccion y sentencia imperial; y lo es tambien de D. Rodrigo (núm. 11), de D. Juan (núm. 5), de D. Pedro (num. 2) y aun de D. Pedro (num. 1), si de estos quisiera tomarse la sucesion. El Duque de Osuna es pariente mas cercano de todos estos fundadores que el Conde del Aguila, como demuestra la simple inspeccion del árbol.

Tercer fundamento del derecho del Duque de Osuna á la propiedad de los Estados de Arcos y de Bailen; la mayor proximidad de parentesco con el último poseedor.

450. Fue el último poseedor cuya muerte, en 13 de diciembre de 1780, produjo la vacante actual, D. Antonio Ponce de Leon (núm 54), el cual y D. Mariano Tellez Giron, Duque actual de Osuna (núm 91), descienden de D. Rodrigo (núm. 38), siendo por consiguiente pariente mucho mas próximo del D. Antonio (núm. 54) que puede serlo el Conde del Aguila (núm. 84), como lo es tambien de todos los demas poseedores que ha habido desde la primera fundacion de los Mayorazgos litigiosos.

Cuarto fundamento del derecho del Duque de Osuna á la propiedad de los Estados de Arcos y de Bailen; el haber recaido dichos Estados en la línea á que pertenece el mismo Duque.

451. Acabamos de decirlo, despues de haberlo indicado alguna otra vez en el discurso de nuestras alegaciones. Desde D. Pedro (número 1) hasta el dia los Mayorazgos en cuestion no han salido de la línea á que pertenece el Duque de Osuna, sin haber radicado jamás en la de D. Lope (núm. 7), á quien dice que representa el Conde del Aguila.



Sétimo y último fundamento del derecho del Duque de Osuna á la propiedad de los Estados de Arcos y Bailen; el haber triunfado en el último juicio posesorio sin que en el petitorio se hayan hecho nuevas alegaciones ni pruebas.

458. Contra el Conde del Aguila obra mas especialmente aun que contra el Marques de la Vega de Santa Maria la sentencia que ganó el Duque de Osuna en el último juicio posesorio, habiendo el litigante de quien hablamos, proclamado y sustentado con todas sus fuerzas la doctrina que tanta significacion da á las sentencias pronunciadas en los pleitos posesorios, sobre la misma causa y entre las propias personas que litigan luego la propiedad; segun aparece de lo espuesto sobre este punto en el lugar correspondiente. Preciso es, pues, que el Conde del Aguila se halle comprendido en la doctrina que él mismo nos ha enseñado, y que ha hecho valer en juicio, doctrina que tiene aquí tanto mas rigurosa aplicacion, quanto que, salvos dos documentos que no dicen relacion á los pretendidos derechos del Conde del Aguila, presentados en esta instancia por el Duque de Osuna, ni el Conde del Aguila, ni el Marques de la Vega de Santa Maria, han presentado ni alegado en este pleito de propiedad nada que no ofreciese ya el anterior de posesion.

RESUMEN.

459. Reduciendo á muy sencillos términos cuanto hasta aquí se ha espuesto resulta, respecto del Marques de la Vega de Santa Maria (letra A), que este litigante está escludido de la propiedad, que pretende, del Condado de Bailen, por la transaccion y sentencia imperial, en virtud de dos razones á cual mas poderosas: 1.^a Porque exige la transaccion, aprobada por el Monarca, la legitimidad de legítimo matrimonio nacida, escludiendo por consiguiente á los que no tengan esta precisa cualidad, que no tienen los naturales. 2.^a Porque los naturales, cuyo carácter tiene el Marques, se entenderian siempre escludidos, aunque no lo estuvieran espresamente, por no estar, como de hecho no estan, espresamente llamados en la transaccion ni en la sentencia.

460. Por las fundaciones antiguas, la competencia está entre la línea de D. Rodrigo (número 11) representada por el Duque de Osuna en Doña Francisca (número 19), y la de D. Manuel (número 13) representada en Doña Mayor (número 22), y no puede ser dudosa la preferencia de la descendencia de D. Rodrigo (número 11), porque fue este mayor que su hermano D. Manuel (número 13) y porque fue legitimada la Doña Francisca (número 19), no habiéndolo sido Doña Mayor (número 22).

461. Esto prescindiendo de que la verdadera fundacion es la de D. Rodrigo (número 11) y sin contar con los demas fundamentos que militan en favor del Duque de Osuna; la voluntad del fundador, la mayor proximidad de parentesco con el último poseedor, el estar

constituido en la línea efectiva de posesion, la cosa juzgada, la prescripcion en general, la especial de las leyes de desvinculacion, la sentencia obtenida en el último juicio posesorio, y la falta de filiacion del Marques.

462. Respecto del Conde del Aguila, manifiestan su exclusion todos los anteriores fundamentos, salvo el de la prescripcion de las leyes vinculares, robustecidos con la mas larga aun posesion del Duque de cerca de cinco siglos; con el hecho de no haber poseido jamás la línea que dice representar el Conde; con la fundacion de D. Rodrigo (núm. 11), válidamente establecida en favor de su nieto D. Rodrigo (núm. 24), de quien es descendiente legítimo el Duque de Osuna; con la transaccion y sentencia imperial que ratificó la misma fundacion de D. Rodrigo (núm. 11); con la demostracion que los autos y la historia ofrecen de la legitimidad del propio D. Rodrigo (núm. 11) y su hermano D. Manuel (núm. 13); con la legitimacion obtenida por Doña Francisca (núm. 19), habilitada con ello para la sucesion de los Mayorazgos; con todas las demas razones, hechos y circunstancias dignas de ser tenidas en cuenta en la sucesion de los Mayorazgos, todas las cuales demuestran que no podria el Conde del Aguila conseguir la propiedad de los Mayorazgos en cuestion, sin que cayese al suelo todo lo que por espacio de cerca de cinco siglos ha venido haciéndose, en los mismos Mayorazgos, completado hoy, por los Monarcas, por las leyes, por los Tribunales, por el tiempo.

463. Por todo, el Duque de Osuna espera confiadamente de la ilustrada rectitud de este Superior Tribunal, que haciendo como siempre, cumplida justicia, se servirá revocar la sentencia definitiva apelada que en 17 de noviembre de 1845, pronunció el Juez de primera instancia que fue de esta Côte, D. Juan Chinchilla, en cuanto declara que el Condado de Bailen corresponde en propiedad á D. Juan Fernando Narvaez (letra A), Marques de la Vega de Santa María, y manda que el Duque de Osuna deje á disposicion del mismo dicho Condado, con las rentas producidas desde la contestacion á la demanda; y absolver al propio Duque de Osuna, D. Mariano Tellez Giron (núm. 91), de las dos demandas contra él interpuestas en estos autos por el Conde del Aguila y el Marques de la Vega de Santa María. Madrid y agosto de mil ochocientos cincuenta.

L. José Gonzalez
y Serrano.

Ventura Asensio
Santa María.

Está conforme con los hechos.

L. Antolin Serranuez
de los Rios.





