1-8

31

45

UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE TEOLOGIA
GRANADA

1-8

†

J H S.

MARIA, Y JOSEPH.

POR

DON FRANCISCO AMAR de Montanèr, Marquès del Reguèr, Cavallero del Orden de Calatrava, y Gentil-Hombre de Camara de S. M. (*num.* 29.) como marido, y conjunta perſona de Doña Beatrìz Sureda y Zanglada, y como padre, y legitimo Adminiſtrador de Don Joſeph Montanèr y Zanglada, (*num.* 31.) ſu hijo.

CON

DON JUAN TRUYOLS, (*N.* 27.) DON JUAN Bordils, (*N.* 28.) Cavallero tambien del Avito de Calatrava, cuyo derecho repreſentan hoy Doña Maria Joſepha de Tamarit, ſu viuda, y heredera uſufructuaria, y Don Nicolàs de Bordils, Presbytero, y Canonigo de la Santa Igleſia Cathedral de Mallorca, como Tutores Teſtamentarios de Don Juan Baptiſta Bordils, Doña Leonor, Doña Mariana, y Doña Magdalena, ſus hermanos, hijos de la dicha Doña Maria Joſepha, y con Don Matheo Font y Roig. (*N.* 32.)

SOBRE

La ſucceſsion en propiedad de los bienes que quedaron por muerte de Don Arnaldo Sureda. (N. 3.)

FACULTAD DE TEOLOGIA
GRANADA

POR

DON FRANCISCO DE PAULA

de Meneuat, Marques del Mirasol, Caballero

del Orden de Calatrava, y Teniente de Guarda de

Camara de S. M. (que se) ha hecho merced, y concedido

para perpetuo de Don Bernardo y Don Manuel

y como padre, y legitimo Administrador

de Don Joseph Meneses y Mendoza

(Nacido en 1.º de Mayo de 1747)

CON

DON JUAN TRUXOLLO (Nacido en 1.º de Enero de 1747)

Hijo legitimo, y unico heredero del Marques de Calatrava, nuevo

Marques reputado, y Don Nicolas de Rueda, Regidor, y

Comendador de la Santa Iglesia Catedral de Malaga, como Tu-

tor, y Curador de Don Juan Baptista Rueda, Hijos de

Francisco Antonio, y Don Mariana Meneses, Hijos de

la dicha Maria Meneses, y Don Bernardo

(Nacido en 1.º de Enero de 1747)

SOBRE

La Succesion en propiedad de los Bienes que quedaron por muerte de

Don Alonso Berrio (Q. D. G.)

N. 1. POR Sentencia de 21. de Mayo de 1745. impuso la Audiencia de Mallorca perpetuo silencio à Don Juan Truyols, (*N.* 27.) en la pretension que havia introducido en ella, de que se declarasse tocarle en propiedad la succesion de los bienes que fueron de D. Arnaldo Sureda, (*N.* 3.) en fuerza del Fideicommisso perpetuo, lineal, gradual, y descensivo, que dixo haver fundado en su Testamento el referido Don Arnaldo, absolviendo à los demàs Colitigantes de su Demanda. (1)

(1) Mem. num. 93. y siguientes, y especialmente desde el num. 107.

2 Y haviendo dicho Truyols suplicado de ella, y mejorado la sùplica en el Consejo, (2) vistos en èl los Autos, por Sentencia de 6. de Agosto de 1749. se revocò la de la Audiencia, declarando tocar, y pertenecer à Don Juan Truyols, (*N.* 27.) en calidad de perpetuo, y succesible, el Fideicommisso, fundado por Don Arnaldo Sureda, (*N.* 3.) y en su consequencia se le mandò poner en la possesion Real, y actual de todos los bienes pertenecientes à dicho Fideicommisso, condenando à la restitucion de ellos, sus frutos, y rentas, desde el dia de la contextacion de la Demanda, à los dichos Don Juan Bordils, (*N.* 28.) Don Matheo Font y Roig, (*N.* 32.) y al Marquès del Reguèr, como marido de Doña Beatriz Sureda, y Zanglada, (*N.* 29.) y como padre legitimo Administrador de Don Joseph Montanèr, (*N.* 31.) hijo de ambos.

(2) Mem. num. 3. y 4.

3 De esta Sentencia suplicaron el Marquès, y Don Juan Bordils, (*N.* 28. *y* 29.) y substanciada la Instancia en forma, por Auto de 23. de Diciembre de 1752. se remitiò à mas señores Ministros, por quienes en su Vista se diò Sentencia de Revista à 28. de Marzo de 1754. en que dixeron:

4 Que debian suplir, y enmendar la de Vista del Consejo de 6. de Agosto de 749. y confirmaron la de la Audiencia de Mallorca de 21. de Marzo de 1745. en que se impuso perpetuo silencio à Don Juan Truyols, (*N.* 27.) sobre la pretension que tenia introducida en su Demanda, como queda expuesta al num. 1. de esta Alegacion, de que se absolviò à los demàs Colitigantes.

5 Suplicò segunda vez de esta Sentencia Don Juan Truyols, (*N.* 27.) para ante la Real Persona, con la pena, y fianza de la Ley, y tiene la pretension: (3) Que el Consejo se sirva suplir, y en-

(3) Piez. corr. fol. 11.

enmendar dicha Sentencia de Revista, admitiendole este grado, y en su consequencia, que se confirme en todo, y por todo la de Vista, pronunciada por el Consejo en estos Autos, aumentando à la restitucion de bienes, que manda hacer, la de los frutos vencidos desde la verdadera vacante, ò à lo menos desde la litis contextacion, haciendo sobre ello, y cada cosa, las declaraciones, y pronunciamientos convenientes, y condenacion de costas à las otras Partes.

6 Y haviendo presentado la Escritura de fianza, pidiendo se le diessen los Testimonios correspondientes para acudir à la Real Persona; por Auto de 9. de Julio de 754. se diò traslado sobre todo, y dandose por notificados de èl, las Partes de Don Juan Bordils, y sus herederos, (*N.* 32.) y el Marquès del Reguèr, (*N.* 29.) reproduciendo en todo lo favorable lo que tienen dicho, y alegado en la antecedente Instancia, concluyeron; y visto este incidente,

7 Por Auto de 13. de Enero de 755. se admitiò el grado de segunda suplicacion, introducido por Truyols; (*N.* 27) se le dieron los Testimonios correspondientes para ocurrir à la Real Persona; obtuvo en su virtud la Cedula de Comision en la forma ordinaria; se mandò cumplir por el Consejo; y haviendose librado emplazamiento à las demàs Partes à instancia de Truyols,

8 Se mostraron tales el Marquès del Reguèr; (*N.* 29.) Doña Maria Josepha Tamariz, (*N.* 28.) y Don Nicolàs Bordils, (*N.* 31.) à nombre de los del num. 32. quienes tomaron los Autos para instruirse sus Abogados; y haviendolos buelto, sin haver comparecido (aunque fue emplazado Don Matheo Font y Roig) (*N.* 34.) acusada su rebeldìa, se passaron los Autos al Relator; y hecho con citacion de las Partes el Memorial Ajustado de ellos, se ha mandado escrivir en Derecho, que es su estado.

9 Reflexionado el tenor de la fundacion, parece que estàn de mas todas las questiones, que en este Pleyto se han excitado; porque haviendo D. Arnaldo Sureda (*N.* 3.) instituìdo à todos sus hijos en sus legitimas (4) en la forma que previene el Derecho Civil, (5) y se practìca en los Reynos de Cathaluña, y Mallorca, y por su heredera universal à Doña Lucrecia Sureda y Despuig, su muger, (*N.* 3.) para que pudiesse disponer de sus bienes, y herencia à sus voluntades, y entre los hijos comunes, assi por ultima voluntad, como por contrato entre vivos, (6) haciendo varias substituciones, para el caso (que no sucediò) de que la dicha

(4) Memor. num. 12.

(5) *Authentica novissima, Cod. de In Officios. Testament. & leg. Scimus, Cod. eodem.* Cancer. *Var. part.* 1. *cap.* 3. *ex n.* 1. & passim. Doctores præ cœteris verò Fontanell. *tom.* 1. *decis.* 150. *ex num.* 13. Barbos. *axiom.* 135. *num.* 8.

(6) Memor. num. 14.

Doña Lucrecia no huvieſſe diſpueſto de los bienes del Teſtador al tiempo de ſu muerte; no fuera eſtraño, que haviendo la dicha Doña Lucrecia hecho donacion de todos ellos, irrevocable, y entre vivos à Don Lorenzo Sureda, (*N.* 7.) ſu hijo mayor, en contemplacion de ſu matrimonio con Doña Iſabèl Dameto, (*N.* 6.) por Eſcritura de 6. de Marzo de 1626: (7) ſe pretendieſſe, que por el miſmo hecho caducaron todas las ſubſtituciones, que para el caſo contrario havia diſpueſto el Teſtador.

(7) Mem. nnm. 21. y ſiguientes.

10 Pero conſiderando, que ſu mente no fue dexar por heredera abſoluta à la enunciada Doña Lucrecia, ſino nombrarla por Comiſſaria, para que diſpuſieſſe de ſus bienes entre los hijos comunes, no con arbitrio abſoluto, ſino regulado, y con obligacion de arreglarſe en la eleccion, à el orden que en las ſiguientes ſubſtituciones eſtableciò, para el caſo que la dicha Doña Lucrecia no huvieſſe diſpueſto de ſus bienes al tiempo de ſu muerte, ſegun la inteligencia, que à eſtas diſpoſiciones dàn los AA. y eſtà recibido en los Tribunales de aquellos Reynos: (8) deſde luego reconozco con buena fee, que la ſucceſsion de dichos bienes ſe ha de governar por el orden de los llamamientos, que previno el Teſtador en las clauſulas de ſu Teſtamento, (9) ſin embargo de que atendido el material ſonido de las voces, parezca eſtàr limitados al caſo (que no ſucediò) de no haver diſpueſto Doña Lucrecia de los bienes, y herencia del dicho ſu marido.

(8) Fontan. *deciſ.* 525. & 526. *tom.* 2. Cortiada *tom.* 3. *deciſ.* 129. *ex n.* 87. *qui cæteros cumulat.*

(9) Mem. deſde el n. 14. al 25. incluſivè.

11 Y baxo de eſte ſupueſto, para fundar la juſticia de la Sentencia de la Audiencia, y la de Reviſta del Conſejo, en que la confirmò, dividirè eſta Alegacion en tres partes, probando:

12 En la primera, que todas las ſubſtituciones que contiene el referido Teſtamento en las clauſulas III. IV. V. VI. y VII. quedaron deſvanecidas, y ſin efecto alguno, por haver faltado la condicion de que dependian, ſin que pueda embarazarlo la caducacion de los grados intermedios, à excepcion de la que tacitamente ordenò el Fundador à favor de las hijas de Don Juan Baptiſta ſureda. (*N.* 8.)

13 En la ſegunda, que haviendo premuerto el dicho Don Juan Baptiſta (*N.* 8.) à Don Lorenzo Sureda, (*N.* 7.) ſu hermano, ſobreviviendo à entrambos Doña Ana Maria, y Doña Coſtanza Sureda, (*N.* 13. *y* 14.) Religioſas de la Orden de San Geronymo, las quales, antes de ſu profeſsion, renunciaron todos ſus derechos à favor del dicho Don Juan Baptiſta, (*N.* 8.) ſu padre, cauſante del Marquès, y de Don Juan Bordils, (*N.* 28.) ſe las defi-

 riò

riò la ſuceſsion de eſtos bienes, por la muerte ſin hijos del dicho Don Lorenzo ſu tio, (*N.*7.) por eſtàr pueſtas en condicion, y llamadas por la congetura de *influxo*; y en ſu conſequencia pertenecen por ſu repreſentacion à los expreſſados Marquès del Reguèr, y Don Juan Bordils. (*N.*28. *y* 29.)

14 Y en la tercera, que no tiene fundamento el preſupueſto que para ſu pretenſion ha hecho, y hace Don Juan Truyols, (*N.*27.) en una, y otra Inſtancia, de haver fundado el Teſtador un Fideicommiſſo perpetuo, lineal, gradual, y deſcenſivo, y por lo miſmo es juſta, y legal la confirmacion de la Sentencia de Reviſta.

PARTE PRIMERA.

QUE TODAS LAS SUBSTITUCIONES, que contiene el citado Teſtamento en las clauſulas III. IV. V. VI. y VII. à excepcion de la que tacitamente ordenò el Fundador à favor de las hijas de Don Juan Baptiſta Sureda, (N.8.) *quedaron deſvanecidas, y ſin efecto alguno, por haver faltado la condicion de que dependian, ſin que pueda embarazarlo la caducacion de los grados intermedios.*

15 ANtes de entrar en el aſſumpto, es preciſo ſuponer, que Doña Lucrecia Deſpuig, muger de Don Arnaldo Sureda, (*N.*3.) aunque ſe hallò inſtituìda por eſte heredera univerſal, no lo fue proprietaria, ſino nuda Miniſtra para diſponer de los bienes, y herencia à ſu voluntad entre ſus hijos, (10) por lo que debe eſtimarſe puramente fiduciaria, para la cuſtodia de los bienes, durante la infancia de ſus hijos, y para diſponer de ellos à favor de eſtos, ſegun el orden, que por ſu marido ſe la preſcriviò, como conſta de varios Textos Decretorios, y de las doctrinas puntuales de Cancerio, Peregrino, y otros, (11) que hablan en los preciſos terminos de ſemejantes diſpoſiciones.

16 Y de eſte principio reſultan dos conſequencias; una, que no tuvo facultad para elegir entre los hijos à el que quiſieſſe, como la tiene regularmente el Comiſſario, quando ſe le concede arbitrio abſoluto, ſegun la clara deciſsion del Juriſconſulto Papiniano: (12) *Nam ſi cum ſorte* (dice) *tres ex familia eſſent ejus, qui Fideicommiſſum reliquit, eodem vel diſpari gradu: ſatis erit uni reliquiſſe,*

nam

(10) Memor. num. 14.

(11) *Leg. Sejus Saturninus* 47. *ff. Ad Trebelian. leg. Si ita relictum* 43. §. *Pegaſus, ff. de Legat.* 2. *Leg. In Fideicommiſ.* §. *Cum Pollidius, ff. de Uſur. & leg. In Fideicommiſſar. ff. Ad Trebelian.* Cancer. *Var. part.* 1. *cap.* 1. *ex num.* 212. *ad* 264. Peregrin. *de Fideicomm. art.* 3. *num.* 19.

(12) *Leg. Unum ex familia* 67. §. 2. *ff. de Legat.* 2.

nam poſtquam paritum eſt voluntati, cæteri conditione deficiunt; sì que debiò arreglarſe al orden de las ſubſtituciones, y llamamientos, que ordenò ſu marido, *propter gradus Fideicommiſsi præſcriptos*, como en otro Texto decidiò el miſmo Papiniano. (13)

17 *Peto* (dice) *à te uxor cariſsima, uti cum morieris, hæreditatem meam reſtituas filijs meis, vel uni eorum, vel nepotibus meis, vel cui voluleris, vel cognatis meis ſi cui voles ex tota cognatione mea. Inter filios reſpondi ſubſtitutionem Fideicommiſsi factam videri: circa nepotes autem, & cæteros cognatos, facultatem eligendi datam: ex cæteris autem cognatis, ſi nepotes ſupereſſent non recte mulierem electuram*, PROPTER GRADUS FIDEICOMMISSI PRÆSCRIPTOS. *Deficiente verò gradu nepotum, ex cognatis, quam velit perſonam eligi poſſe.* Y aſsi, aunque Doña Lucrecia tuvo facultad de elegir entre ſus hijos, no la tuvo con arbitrio abſoluto, ſino regulado, y conforme las ſubſtituciones, que à favor de los miſmos hijos havia hecho ſu marido, y con preciſion de arreglarſe à ellas. (14)

18 La ſegunda conſequencia que reſulta de haver ſido Doña Lucrecia nuda Miniſtra, y Executora de la voluntad de ſu marido, fue haver carecido de la facultad de gravar à ſus hijos con nuevo Fideicommiſſo; porque ſiendo principio elemental, que el electo no recibe ſu derecho del Eligente, ſino del Teſtador; es imposſible, que el Comiſſario, que es mero executor de ſu voluntad, pueda gravar à el que elige con nueva ſubſtitucion, ni con otro gravamen alguno: (15) *Non enim* (dice Papiniano) *facultas neceſſariæ electionis, propiæ liberalitatis beneficium eſt. Quid eſt enim quod de ſuo videatur reliquiſſe qui quod relinquit, omninò reddere debuit?* (16)

19 Arreglandoſe Doña Lucrecia à eſtas legales deciſsiones, y conformandoſe en todo con la voluntad de ſu marido, otorgò en 6. de Marzo de 1626. la citada Eſcritura de donacion univerſal, pura, irrevocable, y entre vivos, *de todos los bienes, y herencia, que poſſeìa, y huvo del dicho Don Arnaldo ſu marido*, à favor de Don Lorenzo, (*N.*7.) ſu hijo mayor, en contemplacion de ſu matrimonio con Doña Iſabèl Dameto, (*N.*6.) (17) previniendo, que eſta donacion havia de tener efecto deſde luego, en quanto à las poſſeſsiones de la miſma herencia, llamadas *la Gruta, y la Caſa Roxa*, ſitas en el termino de la Villa de *Manacòr*; y que en quanto à los demàs bienes, derechos, y acciones, le havia de tener deſpues de la muerte de la donadora, cuya expreſsion en nada altèra la ſubſtancia de la donacion *inter vivos*, ni ſu irrevocabilidad;

y

(13) *Leg. Hæredes mei* 57. §. 2. *ff. Ad Trebel.*

(14) Fontan. *deciſ.* 525. & 526. Cortiada *tom.* 3. *deciſ.* 129. *ex num.* 87. D. Caſtill. *lib.* 2. *cap.* 26. *per tot.*

(15) *Leg. Unum ex familia in principio* & §. 1. *ff. de Legat.* 2. *Leg. Lucius* 88. §. *fin. ff. eod. dict. leg. Unum ex familia,* §. *Sed & ſi fundum* 5. *de Legat.* 2. D. Molin. *de Primog. lib.* 2. *cap.* 4. *ex n.* 5. Tondut. *Reſol. Civil. q.* 50. *n.* 33. & 34. Seſsè *deciſ.* 436. Ciriac. *controv.* 57. Fontan. *deciſ.* 467. *n.* 44. Altogrado *controv.* 67. *num.* 14.

(16) *Dict. leg. Unum ex familia, ff. de Legat.* 2.

(17) Mem. deſde el num. 21.

y mucho menos la translacion del dominio de preſente, y eſpecialmente quando como en eſte caſo, ſe hizo en contemplacion de cierto, y determinado matrimonio, (18) que fue la cauſa final de ella, y por lo miſmo la confundiò con el miſmo contrato del matrimonio, dexandola irrevocable, por el interès que media de tercero. (19)

(18) Optimè & pleniſsimè Fontan. *tom.* 1. *de Pactis nuptialib. clauſ.* 4. *gloſſ.* 3. *per tot.*

(19) D. Olea *tit.* 2. *q.* 7. *ex n.* 2. *& per tot.*

20 Y perſuadida Doña Lucrecia à que como nuda Miniſtra, y Executora de la voluntad del Teſtador, aunque ſe hallaba autorizada para el goce de los frutos, durante ſu vida, ſegun la expreſſion de la clauſula ſegunda, (20) que fue el motivo de haverſele reſervado, no podia gravar al electo con nuevo Fideicommiſſo, no le impuſo el menor gravamen, y reſervò ſolo los Vinculos miſmos, que para el caſo de morir ſin hijos, havia impueſto ſu marido à el referido Don Lorenzo, (21) *reſervatis vinculis* (dice) *ſi objeris abſque liberis legitimis, & naturalibus, & ex legitimo matrimonio natis*; con que yà tenemos, que la Comiſſaria hizo la eleccion arreglada à la voluntad del Teſtador: *Nam qui facultatem habet eligendi, ſatis dicitur potentiam illam deduxiſſe ad actum per donationem inter vivos in favorem perſonæ elegibilis factam.* (22)

(20) Memor. num. 15.

(21) Memor. num. 23.

(22) Fontan. *deciſ.* 467. *ex n.* 6. Tondut. *Reſolut. Civil. q.* 50. *ex n.* 21. Caldas Pereyra *de Nominatione ad Emphyteuſim, cap.* 2.

21 El gravamen que impuſo el Teſtador al referido Don Lorenzo, conſta de la clauſula ſegunda: *Hago* (dice) *mi heredero univerſal à Don Lorenzo Sureda*, (N. 7.) *mi hijo, el qual ſi à mi, heredero no ſerà, ò ſerà, y morirà en qualquier tiempo ſin infantes legitimos, y naturales, y de legitimo, y carnal matrimonio nacidos: ſubſtituyo à aquel vulgarmente, pupilarmente, y por Fideicommiſſo, y à mi, heredero inſtituyo à Juan Baptiſta Sureda, mi hijo.* (N. 8.)

22 Eſta clauſula contiene el primer llamamiento, y por lo miſmo ſirve de regla à todos los demás; porque como dice, y prueba el ſeñor Creſpi, fundado en la deciſsion de varios Textos, y otros, *quemadmodum expreſsè vocati ſunt priores, cæteri vocati cenſendi ſunt; nam ordo ſuccedendi datus inter vocatos primo loco, intelligitur datus inter ſequentes.* (23) Y por lo miſmo es preciſo reflexionar con particular cuidado eſta clauſula, las ſubſtituciones que contiene, y el modo, y orden con que eſtàn concebidas.

(23) *Leg. Omnia* 32. §. *fin. ff. de Legat.* 2. *Leg.* 3. §. *Titius & §. Ante haredis, ff. de Liber. & poſthum. Leg.* 1. *Cod. de Impuberum & alijs ſubſtit.* D. Creſpi *obſerv.* 22. *n.* 41. *& 42.* D. Caſtill. *lib.* 4. *Controv. cap.* 9. *num.* 38. Menoch. *conſ.* 215. *n.* 177. *lib.* 3.

23 Y en el ſupueſto conſtante de que Doña Lucrecia aceptò la herencia del dicho Don Arnaldo Sureda, (N. 3.) ſu marido, en 10. de Mayo de 1609. con beneficio de Inventario, que executò judicialmente, (24) y por la miſmo eſpirò la inſtitucion, que à favor de Don Lorenzo (N. 7.) havia hecho ſu padre, y marido reſpectivè en la citada clauſula ſegunda; como tambien la ſubſti-

(24) Mem. num. 21.

tu-

tucion vulgar directa, porque esta se desvanece por la adicion del heredero escrito: (25) es preciso reconocer, que la vulgar de que hablò el Testador en la clausula referida, y en todas las demàs subsiguientes, es *Anomala*, por ser sabida la distincion entre esta, y la directa, que son de muy diversa naturaleza.

24 La *directa* solo tiene lugar en las herencias; y por ser una segunda institucion condicional, se desvanece por la adicion del heredero escrito, y al contrario la *Anomala*, que llaman *vulgar segunda, ò vulgar in Fideicommisso*, presupone necessariamente la adicion, y se admite solo en los Fideicommissos, consistiendo en la reposicion que se hace del ulterior substituto, en el grado, y lugar del primero, premuerto al tiempo de la vacante, à efecto de succeder por la misma substitucion Fideicommissaria, con que estaba llamado el primer substituto. (26)

25 A que es consequente, que si Don Lorenzo (*N.* 7.) huviesse muerto sin hijos, y al tiempo de su fallecimiento huviesse premuerto sin infantes Don Juan Baptista, (*N.*8.) sobreviviendo Don Antonio, (*N.* 9.) ò qualquiera de los substitutos ulteriores, havrian succedido al Testador, por la misma especie de substitucion Fideicommissaria, con que se hallaba substituìdo Don Juan Baptista, como subrogado en su lugar, y grado, por ser este el efecto preciso, y natural de la vulgar *Anomala*; y lo es tambien, que assi como en el caso de haver muerto con hijos Don Lorenzo, havria quedado excluido Don Juan Baptista, (*N.* 8.) primer substituto, *quia quod sub aliqua conditione datur, sub contraria censetur ademptum*: del mismo modo lo quedarian Don Antonio, (*N.* 9.) y otro qualquiera substituto, por no poderse incluir por otro medio, que el de la subrogacion, que obra la vulgar *Anomala* en el lugar, y derecho del substituto premuerto, cuyo grado caducò.

26 No es menos digno de observacion el modo con que el Testador hizo, y ordenò las substituciones, no solo en la clausula segunda, sino en todas las demàs. Puso en ellas en condicion à los hijos de los que iba llamando, pero sin llamar à los mismos hijos. No diò substituto à estos, sino à sus respectivos padres.

27 En la clausula segunda, *si Don Lorenzo*, (N. 7.) *heredero suyo, no fuesse, ò lo fuesse, y muriesse en qualquier tiempo, sin infantes legitimos, y naturales, y de legitimo, y carnal matrimonio nacidos*, llamò à Don Juan Baptista, (*N.*8.) substituyendo, no à los hijos, que acababa de poner en condicion, sino à Don Lorenzo su padre,

(25) *Leg. Post aditam 5. Cod. de Impuber. & alijs substit. Leg. Si legata, Cod. de Legat.* Peregrin. *de Fideicom. art.* 19. *n.* 2

(26) Peregrin. *de Fideicom. art.* 15. *num.* 4. *&* 5. Fontan. *decis.* 149. *n.* 3. 4. 5. *&* 6. *decis.* 160. *per tot.*

por la vulgar, pupilar, y Fideicommiſſaria, y lo miſmo executò en las clauſulas ſiguientes.

28 De forma, que en toda la sèrie de la diſpoſicion, ſe hacen ſumamente reparables dos coſas; una, que los hijos de Don Lorenzo, Don Juan Baptiſta, Don Antonio, Don Arnaldo, y demàs ſubſtitutos, no eſtàn llamados, ſino pueſtos *ſimplicitèr* en condicion; y otra, que para que ſe entendieſſe que no lo eſtaban, no les gravò à favor del ſubſtituto, dandole ſolo à los padres, y en ningun caſo à los hijos.

29 En cuyos terminos entra de llano la regla del conſejo XXI. de Oldrado, y de la Gloſſa, que ſe mira como ley en todos los Tribunales, y ſegun la qual, los hijos pueſtos en condicion, quando no ſe trata de una materia lineal, ſino de un Fideicommiſſo temporal, no ſe entienden llamados expreſſa, ni tacitamente, antes bien por el miſmo hecho de morir ſu padre con hijos, quedan en ſu perſona libres los bienes, ſin que à los hijos les quede mas que la eſperanza de ſucceder en los bienes paternos por Teſtamento, ò ab inteſtato, (27) à menos que concurran las congeturas de influxo, ò gravamen, de que ſe hablarà en la ſegunda parte de eſta Defenſa; y mucho menos puede quedar eſperanza de ſucceder à el ſubſtituto, porque dependiendo ſu llamamiento de una condicion que faltò, no puede pretender derecho alguno à la ſucceſsion contra la expreſſa voluntad del Teſtador, que ſolo le llamò en caſo de morir ſin hijos el heredero, y no en el contrario de morir con ellos.

30 Eſta (dice el ſeñor Molina) (28) es una de las diferencias eſſenciales, que hay entre los Mayorazgos, y los Fideicommiſſos del Derecho Comun; porque ſiendo por ſu naturaleza perpetuo el Mayorazgo, y lineal ſu ſucceſsion, lo miſmo es poner en èl en condicion à los hijos, ò deſcendientes del Fundador, que llamarlos; no ſolo porque de lo contrario, por el miſmo hecho de morir con hijos el primer llamado, quedarian libres los bienes, y excluidos los ulteriores ſubſtitutos, contra la perpetuidad nativa, y eſſencial del Mayorazgo, ſino tambien, porque ſiendo lineal ſu ſucceſsion, è incompatibles las lineas entre sì miſmas, (29) implica contradiccion, que haviendoſe radicado la ſucceſsion en una de ellas, haga tranſito à la ſiguiente, haſta evaquarſe la primera, *quia ſucceſsio defertur ad ſolos, & omnes, qui ex ea linea ſunt, ex qua iſte fuit*: (30) *ad ſolos*, para excluſion de todos los que eſtàn fue-

(27) Oldrad. *conſ.* 21. *Gloſſ. in leg. Lucius* 85. *ff. de Hæredib. inſtit.* Caſanate *conſ.* 4. *cum mult. ſeqq.* D. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 1. 2. & 3. Tondut. *Reſol. Civil. lib.* 2. *q.* 98. Ciriac. *contr.* 96. & 301. Torre *de Major. p.* 2. *cap.* 23. Altogrado *lib.* 1. *conſ.* 60. *n.* 117.

(28) D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *ex n.* 1. *ad* 4.

(29) Roxas *de Incomp. p.* 1. *cap.* 6. *ex n.* 10.

(30) *Cap.* 1. *de Natura ſucceſſ. fœudi.*

fuera de la linea ; y *ad omnes*, para inclusion de quantos se hallan en la del ultimo posseedor.

31 Otra cosa es en los Fideicommissos familiares del Derecho Comun, los quales por su naturaleza son temporales, (31) y por lo mismo solo pueden ser admitidos à la succesion de ellos los llamados, pues como dice el Jurisconsulto : (32) *In Fideicommisso, quod familiæ relinquitur, ij ad petitionem ejus admitti possunt, qui nominati sunt ::: nisi specialitèr defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit*; y por lo mismo vale en ellos la regla *non est vocatus, ergo excluſus.*

32 Todo lo comprehendiò un cèlebre Texto del Jurisconsulto Marciano : (33) *Cum erit rogatus* (dice) *si sine liberis decesserit per Fideicommissum restituere : conditio defeciſſe videbitur, si patri supervixerint liberi* : luego si Don Lorenzo (*N.* 7.) huviesse muerto con hijos, havria faltado la condicion con que estaba substituìdo Don Juan Baptista, y quedaria desvanecida, no solo la substitucion de este, sino tambien todas las demàs, que de ella dependen, como conexas, y concatenadas con ella, por la regla yà sentada del consejo XXI. de Oldrado, y doctrina comun de los AA. (34)

33 Cuya verdad se califica con la reflexion que hizo el señor Crespì, propia de su gran juicio legal ; (35) y es, que el mas amado es el heredero ; despues de èl, sus hijos puestos en condicion ; y en tercer lugar, el substituto : Que la predileccion de los hijos del instituìdo, no se termìna à sus personas, sino principalmente à la de su padre, *quia magis amatur, qui prius vocatur, & hæres instituitur:* (36) Que el Testador prefiere al substituto, no solo el hijo, que instituyò heredero, sino tambien los hijos de este, no para que succedan por su propio derecho, como llamados por Fideicommisso en el Testamento de su abuelo, sino para que puedan succeder por la libre voluntad de su padre, à quien quisò gravar el Testador, no con un Fideicommisso puro, y absoluto à favor de sus hijos, sino con un gravamen condicional, para que verificada la condicion de morir sin ellos, succeda el substituto ; porque en suma, la condicion no se puso para gravar à el heredero, sino para relevarle del gravamen, siempre que dexa hijos que le sobrevivan.

34 Y siendo esto assi, por donde ha de pretenderse, que una mera substitucion personal, dependiente de la simple condicion de morir sin hijos, no solo Don Lorenzo, (*N.* 7.) primer llamado, sino tambien qualquiera de los demàs substitutos ulteriores, por hallarse repetida en todos, sin llamamiento expresso de los hijos de ninguno de ellos, y sin gravamen de estos, ha de producir un

(31) *Leg. Unum ex familia* 67. §. *Si rem* 8. *ff. de Legat.* 2. *leg.* 2. *ff. Si à parente quis fuerit manu missus. Leg. Altius* 8. *Cod. de Servitutib.* D. Molin. *cap.* 5. *ex num.* 23. Card. de Luca *de Fideicomm. disc.* 71.

(32) *In leg. Cum ita* 32. §. *In Fideicomm. ff. de Legat.* 2.

(33) *In leg. Filius familias* 114. §. *Cum erit* 13. *ff. de Legat.* 1.

(34) Oldrad. *cons.* 21. Casanate *cons.* 4. *& seqq.* Tondut. *Resol. Civil. lib.* 2. *q.* 98. Ciriac. *controv.* 96. *&* 301. Torre *de Major. p.* 2. *cap.* 23. Altograd. *lib.* 1. *cons.* 60. *n.* 117.

(35) D. Crespi *observ.* 41. *ex n.* 79.

(36) *Leg. Quoties* 34. *ff. de Usufructu. Leg. Qui solvendo* 60. *ff. de Hæredib. instit.*

un Fideicommiſſo real, y perpetuo, lineal, gradual, y deſcenſivo, como por Don Juan Truyols, (*N.*27.) ſe pretende?

35 Lo que ſe vè, y conſta de Autos, es, que Don Juan Baptiſta Sureda (*N.*8.) muriò en 10. de Agoſto de 1659. ſobreviviendole Doña Ana Maria, y Doña Coſtanza, (*N.* 13. *y* 14.) (37) ſus hijas; y haviendole ſubſtituìdo el Teſtador à Don Antonio, (*N.*9.) por la vulgar Anomala, y por la Fideicommiſſaria, (38) en el caſo que *heredero ſuyo no fueſſe* (como no lo fue) *ó lo fueſſe, y murieſſe en qualquier tiempo ſin infantes*, en la clauſula tercera: es evidente, que haviendole ſobrevivido ſus dos hijas Doña Ana Maria, y Doña Coſtanza, (*N.*13. *y* 14.) quedò deſvanecida la ſubſtitucion de Don Antonio, (*N.*9.) como hecha para el caſo contrario de morir ſin hijos, y todas las demàs ſubſiguientes, como conexas, y concatenadas con ella. (39)

36 Ni vale decir, que por haver premuerto à el dicho Don Lorenzo, (*N.*7.) primer llamado, Don Juan Baptiſta, Don Antonio, y Don Arnaldo Sureda, ſus hermanos, (40) caducaron eſtos grados, y ſe defiriò la ſucceſsion à Don Juan Antonio Truyols, (*N.*15.) hijo mayor de Doña Franciſca Sureda, (*N.*11.) que tambien havia premuerto al referido Don Lorenzo, como el miſmo Don Juan Antonio lo alegò en ſu Demanda, (41) y lo repitiò Don Salvador ſu hijo (*N.*21.) en la ſuya de 8. de Julio de 1733; (42) porque debiendo probar ſu llamamiento, y haver llegado el caſo de èl, el que pretende la ſucceſsion: (43) es impoſsible encontrar el del referido Don Juan Antonio (*N.*15.) en todo la sèrie de la diſpoſicion.

37 Lo que hallamos en las cinco clauſulas primeras, es una inſtitucion de Don Lorenzo, (*N.*7.) una ſubſtitucion vulgar Anomala, una pupilar, (que ſe deſvaneciò por haver muerto de abanzada edad todos los hijos del Teſtador) y otra Fideicommiſſaria, hecha à los quatro hijos maſculos de eſte, y à los demàs hijos varones poſthumos, que Dios le dieſſe, y pueſtos en condicion à los hijos, que reſpectivamente tuvieſſen.

38 Que en la VI. eſtà llamada en falta de ellos Doña Franciſca Sureda, (*N.*11.) y deſpues las demàs hijas de una à otra; pero ni en eſta clauſula tienen llamamiento ſus hijos, ni en la VII. *en que faltando todos los varones, y hembras, y ſus deſcendientes, ò muriendo ſin infantes*, inſtituyò el Teſtador por ſu heredero à Don Franciſco Sureda, ſu hermano, (*N.*4.) y à los ſuyos; porque de haverlas pueſto en condicion, en el caſo de morir ſin infantes, ò deſcendien-

(37) Mem. n. 33. y 34.

(38) Memor. num. 16.

(39) Oldrad. *conſ.* 21. Caſanat. *conſ.* 4. *& ſeqq.* Tondut. *Reſol. Civil. lib.* 2. *q.* 98. D. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 6. *ex n.* 1. Altograd. *lib.* 1. *conſ.* 60. *num.* 117. Torre *de Major. p.* 2. *cap.* 23.

(40) Memor. num. 33.

(41) Memor. num. 64.

(42) Mem. num. 74. fol. 21 in fine.

(43) *Leg.* 1. *Cod. Quorum bonorum.*

dientes para el tranſito à la ſubſtitucion de Don Franciſco ſu hermano, (*N.*4.) no ſe infiere ſu llamamiento, como hemos viſto, y ſe demoſtrarà mas plenamente en ſu lugar.

39 De que reſulta, que ni el dicho Don Juan Antonio, (*N.* 15.) ni Don Juan ſu nieto, (*N.* 27.) que le repreſenta, ſon parte legitima para pretender la ſucceſsion que ſe controvierte, baſtando para ſu excluſion la regla vulgar *de te non loquitur ſubſtitutio.* Y reſulta tambien, que no hay terminos habiles para que entre la queſtion, que ventilan los AA. ſobre ſi caducado el grado intermedio, caduca igualmente la condicion pueſta en èl, à efecto de que muerto el heredero gravado, ſin hijos, ſucceda el ulterior ſubſtituto en los bienes à que eſtà llamado, ò ſi le excluye el defecto de la condicion pueſta en el grado intermedio que caducò.

40 Y aunque como và dicho, ni Doña Franciſca (*N.* 11.) pudo excitar eſta pretenſion, por haver premuerto à Don Lorenzo ſu hermano, (*N.*7.) y haver caducado ſu llamamiento, ni tampoco Don Juan Antonio ſu hijo, por no tenerle; ſin embargo, y ſolo à mayor abundamiento, ſe probarà, que aunque Don Juan Baptiſta Sureda, (*N.*8.) premuriò à ſu hermano Don Lorenzo: (*N.*7.) por el miſmo hecho de haver ſobrevivido à entrambos Doña Ana Maria, y Doña Coſtanza Sureda, (*N.*13. *y* 14.) ſus hijas, ſe verificò el tàcito llamamiento de eſtas, por las congeturas que concurren en eſte caſo, quedando excluida por una parte, la libertad de bienes en el referido Don Lorenzo, y por otra el figurado llamamiento de Don Juan Antonio, (*N.* 15.) quando caſo negado tuvieſſe alguno; y lo que mas es, el de Doña Iſabèl, (*N.* 12.) que le tiene literal en calidad de poſthuma (44) en la clauſula VI.

(44) Memor. num. 12.

41 Y dexando para la parte ſegunda la inſpeccion del llamamiento de las hijas de Don Juan Baptiſta, (*N.*8.) como pueſtas en condicion, por el tàcito Fideicommiſſo, que à ſu favor reſulta del llamamiento de los hijos de Don Franciſco Sureda, (*N.*4.) que influye la propia vocacion à favor de las ſuſodichas, como en ſu lugar ſe probarà: nos ceñirèmos por ahora à la mera inſpeccion, de ſi por haver caducado el grado de Don Juan Baptiſta Sureda, dexando dos hijas, que fueron las referidas Doña Ana Maria, y Doña Coſtanza, (*N.* 13. *y* 14.) quedaron deſvanecidas todas las ulteriores ſubſtituciones, por obſtar à los ſiguientes ſubſtitutos el defecto de la condicion de que dependia ſu llamamiento.

42 Es cèlebre la controverſia, que ſobre eſte punto diſputan los Autores. El Regente Seſsè, Fontanella, Cancerio, Amato, y otros, (45) defienden, que caducado el grado, ò grados intermedios, caduca tambien la condicion, ò condiciones pueſtas en ellos;

(45) Seſsè *deciſ.* 50. 238. 246. 247. *y* 262. Fontan. *de Pact. nupt. tom.* 2. *clauſ.* 5. *gloſſ.* 10. *p.* 1 *ex n.* 34. *& iterum tom.* 1. *deciſ.* 160. *& deciſ.* 171. *& rurſus tom.* 2. *deciſ.* 589. Cancer. *Var. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 166. Amato *Var. Reſol. cap.* 40.

de manera, que solo ha de atenderse à la del grado, por el qual se defiere la succesion, como si ninguna de las demàs se huviesse puesto, pues segun la inteligencia de estos Escritores, *solum attenditur conditio adjecta gradui, ex quo defertur succesio*: à que es consequente, que haviendo caducado todos los intermedios, por la premoriencia de Don Juan Baptista, Don Antonio, Don Arnaldo, y Doña Francisca Sureda, (*N.* 8. 9. 10. *y* 11.) sin embargo de haver quedado hijos de los dichos Don Buan Baptista, y Doña Francisca, puestos en condicion en sus respectivos grados: se defiriò la succesion à Doña Isabèl, (*N.* 12.) por muerte de Don Lorenzo, (*N.* 7.) su hermano, por ser la unica que le sobreviviò, y estimarse caduca la condicion de la clausula III. en que si Don Juan Baptista (*N.* 8.) moria sin infantes, se hallaba substituìdo Don Antonio, (*N.* 9.) y la de la VI. en que para el caso de morir Doña Francisca (*N.* 11.) sin infantes, estaba llamada su hermana Doña Isabèl en calidad de posthuma, como si tales condiciones no huviesse havido.

43 Al contrario Don Luis de Casanate, Graciano, Suelves, Bellono, Antonio Fabro, y otros, (46) que estos citan, defienden acerrimamente, que la caducacion de los grados intermedios, dexa intacta la fuerza de las condiciones puestas en ellos: de manera, que todos los ulteriores substitutos quedan excluidos, por el mismo hecho de no verificarse la condicion, ò condiciones de que dependia su llamamiento, aunque se hallen puestas en el grado, ò grados intermedios, que caducaron por la premoriencia de los substitutos anteriores.

(46) Casanate *cons.* 3. 4. & 36. Gratian. *tom.* 4. *Discept. Forens. cap.* 747. Suelves *centur.* 1. *cons.* 4. Bellon. *cons.* 6. Anton. Faber *lib.* 15. *Conjecturar. cap.* 19.

44 En este conflicto de opiniones contrarias, se ofreciò la controversia en el Consejo Supremo de Aragon, siendo su Vice-Chancillèr, y Presidente el señor Don Christoval Crespì de Valdaura; y haviendose disputado con el mayor empeño en una Causa de Mallorca, que à èl havia venido, por apelacion de la Audiencia de aquel Reyno: vista, y examinada en èl, con Associados de Castilla, que fueron los señores Don Antonio de Valdès, Don Francisco Ramos del Manzano, y Don Francisco Feloaga; por Executoria de 18. de Julio de 1656. se declarò con votos conformes de los señores Ministros de ambos Consejos, que sin embargo de la caducacion de los grados intermedios, obstaba al siguiente substituto, el defecto de la condicion *si sine liberis*, puesta en los grados caducados. Y por otra Executoria del de Aragon, en otra Causa tambien de Mallorca de 28. de Julio de 1653. dada sin Associados de otro Consejo, se declarò lo mismo, como puede verse en el señor Crespì, que fue Juez en ambas. (47)

(47) D. Crespí *observ.* 41. *ex n.* 138.

45 Este insigne Escritor, no menos celebre por su profunda sa-

ſabiduria, que practìco del Derecho Comun, y Foral de Mallorca, y demàs Reynos de la Corona de Aragòn, tomò por ſu cuenta el examen de eſta queſtion en la obſervacion XLI. à que nada puede añadirſe, por ſer tan magiſtral, y erudìta, como conſta de ſu inſpeccion.

46 En ella prueba con ſolidèz, que ſin embargo de la caducacion de los grados intermedios, obſta, y excluye al ſiguiente ſubſtituto, el defecto de la condicion *ſi ſine liberis*, pueſta en qualquiera de los grados que caducaron por la premoriencia del ſubſtituto, ò ſubſtitutos anteriores, por tres motivos. *Primo*, (dice) *ex verbis ipſis*. Secundo, *ex vi pariformis determinationis*. Tertio, *ex magis verosimili, imò expreſſa mente Teſtatoris*. Y epilogando lo que en comprobacion de eſtos fundamentos, dexaba expueſto con el magiſterio propio de ſu alta Juriſprudencia, y sòlido juicio, proſigue deſde el num. 109. diciendo: Que ſegun la letra, y palabras del Teſtador, es evidente, que no quiſo llamar, ni llamò al ſegundo ſubſtituto, ſino baxo de dos condiciones; à ſaber, *ſi inſtitutus* (que aqui es Don Lorenzo) (*N.* 7.) *deceſſerit ſine liberis, & ſi primus ſubſtitutus* (que en nueſtro caſo es Don Juan Baptiſta) (*N.* 8.) *deceſſerit ſine liberis*; por lo que aunque el primero muera ſin hijos, ſi el ſegundo les tiene, y le ſobreviven, queda excluído el ſubſtituto, por eſtàr llamado ſolo en caſo que los dos primeros mueran ſin hijos.

47 Que el Teſtador prefiriò los hijos del primero, y ſegundo llamados, al ſubſtituto, por lo que ſin manifieſta contravencion à ſu voluntad, no ſe puede excluir à los hijos, y admitir al ſubſtituto.

48 Que el Teſtador, haviendo deſcendientes del Inſtituìdo, ò del que ſe halla ſubſtituìdo en primer lugar, quiſo excluir à los ulteriores ſubſtitutos; y à ſu peſar, y contra la letra del Teſtamento, quieren los AA. de la contraria Sentencia, gravar al heredero, ò primer ſubſtituto, con un Fideicommiſſo puro, y abſoluto à favor de los ulteriores, que ſegun la letra eſtàn excluidos.

49 Que el Teſtador ſolo dexò ſus bienes al ſubſtituto mas remoto *ſi inſtitutus, & primo ſubſtitutus ſine liberis deceſſerint*, y por lo miſmo les excluyò *ſub contraria conditione, id eſt, extantibus cujuſque liberis.* (48)

50 Que en el caſo de premorir con hijos el primer ſubſtituto, mandò el Teſtador, y manda la Ley, (49) que el gravamen que le eſtaba impueſto, ſe entienda repetido à el heredero; y que ſiendo condicional, y pueſto à eſte, ſolo en caſo de morir ſin hijos el primer ſubſtituto, y el heredero: quieren los AA. de la opinion contraria hacerle puro, y abſoluto, quando el Teſtador ſolo le impuſo para el unico, y preciſo caſo, de que aſsi el heredero, como el primer ſubſtituto, mueran ſin hijos.

(48) *Leg. Legata inutiliter, 14. ff de Adimendis legatis.*

(49) *Leg. unica, §. Pro ſecundo quarto. Cod. de Caduc. Tolend.*

Con

51 Con eſtos, y otros fundamentos, demueſtra eſte gran Maeſtro la ſolidèz, y verdad de la Sentencia que defiende, ſatisfaciendo plenamente à los argumentos de la opinion contraria; y omito con dolor el tranſcrivirles, para que en ſu original puedan verſe con la energìa natural, que en sì contienen, y ſin el deſaliño proprio de mi cortedad: luego ſi todo eſto militaria contra Doña Franciſca Sureda, (*N.*11.) aun quando huvieſſe ſobrevivido à ſu hermano Don Lorenzo, (*N.*7.) y en ſu conſequencia, no tendria derecho alguno à la ſucceſsion; què dirèmos en el caſo preſente, en que à mas de ſu premoriencia, y caducacion de ſu grado, pretende ſucceder en eſtos bienes Don Juan Truyols, (*N.*27.) ſu viznieto, que ni eſtà llamado, ni por medio alguno tiene ſombra de derecho?

52 Doña Iſabèl (*N.* 12.) eſtaba llamada literalmente en la clauſula VI; pero dependiendo ſu llamamiento de la condicion de morir ſin hijos Don Juan Baptiſta, y Doña Franciſca: quedò excluida, ſin embargo de haver premuerto los ſuſodichos al referido Don Lorenzo, como hemos viſto; y aſsi, no tuvo derecho alguno à eſta ſucceſsion, ni le pretende, como ſu heredero univerſal, Don Matheo Font y Roig. (*N.*32.)

PARTE SEGUNDA.

QUE HAVIENDO PREMUERTO

el dicho Don Juan Baptiſta Sureda (N. 8.) *à Don Lorenzo* (N.7.) *ſu hermano, ſobreviviendo à entrambos Doña Ana Maria, y Doña Coſtanza Sureda,* (N.13. y 14.) *Religioſas del Orden de San Geronymo, las quales antes de ſu profeſsion, renunciaron todos ſus derechos à favor del dicho Don Juan Baptiſta ſu padre,* (N.8.) *cauſante del Marqués, y de Don Juan Bordils:* (N.28.) *ſe las defiriò la ſucceſsion de eſtos bienes, por la muerte ſin hijos del dicho Don Lorenzo ſu tio,* (N. 7.) *por eſtàr puestas en condicion, y llamadas por la congetura de inſtuxo, y otras, y en ſu conſequencia pertenecen por ſu repreſentacion à los expreſſados Marquès del Reguèr, y Don Juan Bordils.* (N. 28. y 29.)

53 AUnque es regla general, que los hijos del heredero gravado, ò primer ſubſtituto, pueſtos en condicion, no lo eſtàn en la diſpoſicion, ni ſe entienden llamados por Fideicomiſſo, ni por otra eſpecie de ſubſtitucion, à menos que el Teſtador lo expreſſe, ò conſte por otro medio de ſu contraria voluntad; antes bien, por el miſmo hecho de morir con hijos qualquiera de ellos, eſpiran todas las ulteriores ſubſtituciones, como dependientes de la condicion *ſi ſine liberis*, que faltò, por eſtàr todas conexas,

xas, y concatenadas con ella, ſegun la doctrina vulgar de la gloſſa, y de Oldrado, ſeguida de todos, y admitida generalmente en los Tribunales, (50) tiene dos notables limitaciones, no menos ciertas, y admitidas, que la miſma regla.

54 La primera, quando ſe trata de Mayorazgo, ò de un Fideicommiſſo, ò Vinculo primogenial, y perpetuo, porque en tal caſo, por la naturaleza, y perpetuidad de la diſpoſicion, y incompatibilidad de las lineas, eſtàn, y ſe entienden llamados con preciſion, todos los que dentro de cada una de ellas ſe hallan pueſtos en condicion, (51) como yà ſe advirtiò en la primera parte de eſta Defenſa.

55 La ſegunda es, ſiempre que concurren congeturas aprobadas, que por sì miſmas inducen el llamamiento de los hijos pueſtos en condicion del heredero, ò primer ſubſtituto reſpectivamente, el qual, aunque tàcito, tiene la miſma fuerza, y efectos, que ſi fuera expreſſo; y en ſu virtud ſe entiende gravado el heredero à reſtituìr por Fideicommiſſo la herencia à los hijos pueſtos en condicion, con excluſion de los ſubſtitutos ulteriores, que tienen expreſſo llamamiento, del miſmo modo que ſi literalmente ſe hallaſſen ſubſtituìdos ſin diferencia alguna. (52)

56 En Cathaluña, y Mallorca, por practica, y coſtumbre notoria de las Reales Audiencias, y demàs Tribunales de uno, y otro Reyno, eſtàn calificadas de eficaces, para inducir llamamiento à fayor de los hijos pueſtos en condicion, tres congeturas, que ſon la de *Gravamen*, la de *Influxo*, y la *Vocacion de Eſtraños*. (53)

57 La de *gravamen*, porque como conſta de un Texto expreſſo, (54) *ab eo qui neque legatum, neque Fideicommiſſum, neque hæreditatem, vel mortis cauſa donationem accepit, nihil per Fideicommiſſum relinqui poteſt.*

58 La de *influxo*, que conſiſte en el llamamiento de los hijos del ſubſtituto mas remoto; porque no pudiendo eſtos conſiderarſe mas amados, que los del heredero, que ſolo por ſerlo, es predilecto, ni que los del primer ſubſtituto, que el Teſtador antepuſo à los poſteriores: por el miſmo hecho de haver llamado à los hijos del mas remoto, fue viſto haver llamado prelativamente à los hijos del heredero gravado, y primer ſubſtituto, por la evidente predileccion, y amor, que les moſtrò en el orden de las ſubſtituciones, como explican todos los AA. citados, calificandolo con infinitas deciſsiones, que refieren de aquellos Tribunales, en los quales *ex more judicandi*, ſe mira como ley, la opinion, que aſsi lo enſeña.

59 La tercera congetura es, quando el Teſtador, deſpues de inſtituìdos, y reſpectivamente ſubſtituìdos ſus propios hijos, y pueſto en condicion los hijos de eſtos, llamò en ultimo lugar à un eſtraño; porque teniendo los nietos à ſu favor la preſumpcion de Derecho, (55) y la de la miſma naturaleza, que con dulce violencia obliga à los pa-

(50) *Gloſſ. in leg. Lucius* 85. *ff. de Hæredib. inſtituend.* Oldradus *conſ.* XXI. Caſanate *conſ.* 4. *cum plurib. ſeqq.* Ton. dut. *Reſolut. Civil. lib.* 2. *q.* 28. Ciriacus *controv.* 96. & 301. Torr. *de Major. p.* 2. *cap.* 23. Altogrado *lib.* 1. *conſ.* 60. *ex n.* 117.

(51) D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *ex num.* 1. *ad* 4. *& ibi Add.*

(52) Hieronymus Gabriel *lib.* 1. *conſ.* 115. Peregrin. *de Fideicom. art.* 15. *n.* 37. *& art.* 28. *n.* 3. & 24. Joſephus *de Ruſticis in tract. de Filijs poſit. in condit. lib.* 6. *cap.* 5. & 6. Seſsè *deciſ.* 66. *n.* 23. *Theſaurus, deciſ.* 96. Ludoviſius *deciſ.* 137. *n.* 4. Fontan. *deciſ.* 147. *n.* 9. 10. & 11.

(53) Cancer. *Variar. lib.* 3. *cap.* 21. *n.* 91. Fontan. *deciſ.* 146. 147. 148. & 149. & *tom.* 1. *de Pact. clauſ.* 4. *gloſſ.* 24. *per tot.* & *tom.* 2. *clauſ.* 5. *gloſſ.* 10. *p.* 2. *etiam per tot.* Triſtan *cum alijs, deciſ.* 107. Peguera *tom.* 2. *deciſ.* 18. Ramon *conſ.* 9.

(54) *Leg. Ab eo* 9. *Cod. de Fideicom.* Fontan. *de Pact. tom.* 1. *clauſ.* 4. *gloſſa* 24. *n.* 5. Maynard. *lib.* 5. *deciſ.* 71. Barcius *deciſ.* 8.

(55) *Ex leg. Cum avus* 102. *ff. de Condit.* & *demoſt.* & *leg. Acutiſsimi* 30. *Cod. de Fideicom.*

padres à anteponer su propia sangre à los estraños: resulta una eficacissima congetura de tàcita vocacion à favor de los nietos puestos en condicion, y predilectos; *ne videatur Testator alienum sanguinem, proprijs liberis prætulisse.* (56)

60 Dixolo en propios terminos con estas voces Fontanella: (57) *Tertia conjectura à nostro Senatu approbata est, quando expresse in remotioribus substitutionibus, facta est extraneorum vocatio: tunc enim à majoritate rationis, & magis præsumpta voluntate Testatoris, quod voluerit etiam filios aliorum institutorum, vel substitutorum filios vocare, judicamus; ne dicamus voluisse Testatorem extraneam sobolem propiæ anteponere, quod esset ab ejus mente, & voluntate prorsus alienum.* Y prosigue refiriendo varias decisiones de aquella Audiencia, en comprobacion del assumpto.

61 En el caso presente falta la congetura de *gravamen*, como queda probado en la primera parte: no le impuso el Fundador à los hijos del heredero, ni à los de los substitutos; antes bien les puso *simpliciter* en condicion, y en falta de ella, diò por substituto, no à los hijos, sino à Don Lorenzo (*N.* 7.) su padre, al dicho Don Juan Baptista, (*N.* 8.) ibi: *Substituyo à aquel* (esto es, à Don Lorenzo) *vulgarmente, pupilarmente, y por Fideicommisso, y à mi, heredero instituyo à Juan Baptista Sureda, mi hijo*, (*N.* 8.) como consta de la clausula III. y lo mismo repitiò en todas las demàs.

62 Pero aunque esto es assi, no puede questionarse, que Doña Ana Maria, y Doña Costanza, (*N.* 13. *y* 14.) hijas del referido Don Juan Baptista, como puestas en condicion en la clausula III. estàn llamadas tàcitamente, con preferencia à todos los demàs substitutos ulteriores, por tener à su favor las dos urgentissimas congeturas de *influxo, y vocacion de estraños.* La de *influxo*, porque haviendo el Testador substituìdo en la clausula III. à los hijos de Don Francisco Sureda, (*N.* 4.) su hermano, necessariamente ha de decirse, que este llamamiento le influye à favor de las hijas de Don Juan Baptista, puestas en condicion, y predilectas, pues de lo contrario resultaria el absurdo, que los hijos del ultimo substituto estraño, y menos amado, serìan de mejor condicion, que los propios nietos del Testador, puestos en condicion, y predilectos, contra los principios elementales de esta materia, contra un Texto expresso, y capital, que lo resiste, (58) contra la costumbre uniforme de aquellos Tribunales, y contra el sentir comun de los AA. practicos, que assi lo entienden. (59)

63 Y la *vocacion de estraños*, porque lo era, respecto del Testador, y sus descendientes, Don Francisco su hermano, (*N.* 4.) y con superior razon, los hijos de este; y ni los unos, ni los otros pudieron tener en el concepto legal, ni en el del Testador, igual predileccion à las dos nietas.

64 Esta congetura basta por sì sola, como se ha dicho, para inducir el llamamiento de las dichas Doña Ana Maria, y Doña Costan-

za,

(46) Fontan. *omninò videndus, tom.* 1. *de Pact. claus.* 4. *gloss.* 24. *n.* 9. 10. 11. & 12. Tristan *decis.* 1. *n.* 29.

(57) *Ubi proxime num.* 9.

(58) *Leg. Publius* 36. §. *fin. ff. de Condit. & demonst.*

(59) Fontan. *de Pact. claus.* 4. *gloss.* 24. & *tom.* 2. *claus.* 5. *gloss.* 10. *p.* 2. *per tot.* & *tom.* 1. *decis.* 146. 147. 148. & 149. Cancer. *Variar. p.* 3. *cap.* 21. *ex n.* 89. Tristan *cum alijs decis.* 107. Peguer. *tom.* 2. *decis.* 18. Ramon *cons.* 9.

za, (N. 13. y 14.) hijas de Don Juan Baptista, y puestas en condicion; pero tiene doblada fuerza, quando concurre con otras, y especialmente con la de *influxo*, como advirtiò magistralmente Fontanela; (60) porque bastando qualquiera de ellas por sì sola, necessariamente superabundan ambas juntas: à que es consequente, que en virtud de ellas, con justa, y legal interpretacion, se deben entender, y entienden llamadas las nietas; pues como dixo Fontanela: (61) *Ista vocatio, quam inducimus favore filiorum priorum substitutorum, non dependet tota, nec oritur ex sola vocatione filiorum posteriorum substitutorum, quasi dicamus per ipsam solam vocationem filiorum posteriorum, absque aliquo alio ministerio, causari vocationem filiorum priorum; sed ea inducitur legis auctoritate, quæ ex una vocatione deprehendit, & deprehensam vult Testatoris voluntatem, & animum faciendi aliam, in casu quo major viget ratio.*

(60) Fontan. *tom.2. claus. 5. gloss.10. p.2.n.2. & 3.*

(61) Fontan. *decis.147. n. 12.*

65 Y si se opusiere, que el Testador no llamò á los hijos de Don Francisco, (*N.*4.) con el nombre de *hijos*, sino con el de *suyos*, se responde, que estas dos voces en las ultimas voluntades, son synonomas, y que la practica comun de Cathaluña, y Mallorca, es usar promiscuamente de una, y otra, para significar los hijos de primer grado, y especialmente en la sujeta materia del *influxo*, y en las donaciones que hacen los padres à los *hijos*, y à los *suyos*, en contemplacion de cierto, y determinado matrimonio, que en aquellos Reynos llaman *heredamientos*, y no son otra cosa, que una ultima voluntad *Ancnala*, ò especie de anticipado Testamento, aunque con la qualidad de irrevocable, por el interès que versa de tercero, (62) y assi lo entienden Fontanela, Mario Cutelo, Andreolo, Cancerio, Mantica, Menochio, Pereyra, Peregrino, Peguera, y otros. (63)

(62) Optimè Fontanell. *de Pact. tom.1. clauf. 4. gloss. 9. p. 5. ex n. 18.* Cancer. *Variar. lib.3. cap.7. ex n.87.*

(63) Fontan. *decis. 55. ex n. 11. & per totum ac iterum tom.1. de Pact. clauf.4. gloss.9. p.3. ex n.30.* Cutell. *de Donat. tract.2. disc.1. inspect. 25. per tot.* Andreol. *controv.127.* Cancer. *Var. p.1. cap. 8. ex n. 97. ad 105. & p. 3. cap.7. ex n.115.* Mantic. *de Conjectur. lib. 8. tit.14. n.19.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 1. præsumpt. 70. n. 26.* Caldas Pereyra *de Nominatione emphiteutica, q.22. n.35.* Peregr. *de Fideicom. art.22. n. 38.* Peguera *tom. 2. decis. 19.*

66 Y no puede negarlo Don Juan Truyols, (*N.* 27.) quando consta haver alegado, y pretendido en su Demanda, que quando no tuviesse lugar su principal pretension al todo de la herencia de Don Arnaldo Sureda, (*N.* 3.) (64.) *no podia haver duda, que al dicho D. Juan Antonio Truyols*, (N. 15.) *su autor, le pertenecia la tercera parte de los bienes fideicommissados, como à otro de los hijos de Doña Francisca Sureda*, (N. 11.) *puestos en condicion por la congetura de* INFLUXO *de los* SUYOS *de Don Francisco Sureda*, (N.4.) *hermano del Testador, llamado en ultimo lugar; pues haviendo llamado à los* SUYOS colectivo nomine *del ultimo substituto, con mayor razon se entienden llamados los* SUYOS *de los primeros llamados puestos en condicion, y predilectos.*

(64) Memor. num. 71.

67 De que resulta, que en el concepto de la misma parte contraria, el llamamiento de los *suyos* del ultimo substituto, no solo significa à los hijos de este, como queda fundado, sì que basta para que tenga lugar la congetura de *influxo*, y por ella la tàcita vocacion de los hijos del anterior substituto, puestos en condicion, y predilectos: y esto sobra para convencer de injusta su pretension, mediante el hecho cierto

de

de ser el primer substituto Don Juan Baptista, (*N.*8.) padre de las dichas Religiosas, y tener estas à su favor la notoria predileccion del Testador, no solo en competencia de Doña Francisca, (*N.*11.) y sus hijos, sino tambien de Don Antonio, Don Arnaldo, y de los posthumos varones, y sus hijos, que antepuso à la dicha Don Francisca, y los suyos: à que es consequente, que la misma razon, y fundamento, que alega Don Juan Truyols, (*N.*27.) para su inclusion, la destruye, y prueba con evidencia el tàcito llamamiento de las hijas del dicho Don Juan Baptista.

(65) Fontan. *decis.*146. *ex num.* 3.

68 De tres maneras dice Fontanela, (65) puede ocurrir la question de si los hijos del heredero, ò primer substituto puestos en condicion, se entienden llamados por la vocacion de los hijos del ultimo substituto. La primera, quando estos fueron llamados por la *fideicommissaria*, despues de admitido su padre; por cuyo motivo pretenden los hijos del heredero, ò primer substituto, el propio llamamiento, por la misma especie de substitucion fideicommissaria, despues de deferida la herencia, y aceptada por sus padres.

69 La segunda, quando los hijos del mas remoto, ò ultimo substituto, estàn llamados por la *vulgar*; y los hijos del instituìdo, ò primer substituto, pretenden succeder por la misma especie de substitucion, por haver premuerto sus padres.

70 Y la tercera, quando los hijos del ultimo substituto fueron llamados solo por la *vulgar*, y los hijos del instituìdo, ò primer substituto, pretenden la succesion por la *fideicommissaria*.

71 *Ista quæstio* (dice) *potest tribus contingere modis: primò quando filij remotiorum fuerunt vocati* PER FIDEICOMMISSARIAM, *post parentes admissos; & filij proximiorum pretendunt aliam similem vocationum post parentes, in quibus substitutio jam suum habuerat effectum. Secundo quando filij remotiorum sunt vocati per* VULGAREM, *& filij priorum pretendant aliam similem vocationem, utpote quia eorum parentes prædecesserunt ante casum. Tertio denique & ultimo quando filij remotiorum, fuerunt vocati per* VULGAREM *solam, sicut communitèr fieri solet, & filij proximiorum prætendunt vocationem vel successionem per* FIDEICOMMISSARIAM *post parentes admissos.*

72 En los dos primeros casos confiessa llanamente, que no tiene dificultad el llamamiento de los hijos puestos en condicion, porque no dudandose de la predileccion de estos, ni que no pueden ser segun la verosimil, y presumpta mente del Testador, de peor condicion, que los del substituto estraño, ò mas remoto: necessariamente deben ser admitidos por la misma especie de substitucion. *In duobus prioribus casibus* (dice) *modicam difficultatem res habet, quia omnes pretendunt eandem speciem substitutionis, & vocationis: & tunc intrat bene conjecturæ pro filijs proximiorum, ne remotiorum filij, qui semper judicantur minus dilecti, sint melioris conditionis, quam magis dilecti.*

73 Y ſentada eſta doctrina, es claro, que en el caſo preſente eſtàn llamadas las hijas de Don Juan Baptiſta, (*N.* 8.) por la miſma eſpecie de ſubſtitucion fideicommiſſaria: con que lo eſtàn en el nombre de *ſuyos* de Don Franciſco Sureda. (*N.* 4.)

74 La razon es clara, porque como queda fundado en la primera parte de eſta Defenſa, por la adicion de Doña Lucrecia Deſpuig, viuda, y heredera univerſal del Teſtador, quedò deſvanecida la inſtitucion, y reſpectiva ſubſtitucion directa de Don Lorenzo, y Don Juan Baptiſta, (*N.* 7. *y* 8.) y por lo miſmo ninguno de ellos pudo ſer admitido por otra ſubſtitucion, que la fideicommiſſaria; y eſta fue la que tuvo lugar en Don Lorenzo; pero como en todas las clauſulas ſe hallan llamados los ſubſtitutos, por la vulgar, y la fideicommiſſaria, es preciſo, que la vulgar de que hablò el Teſtador, ſea la Anomala, la qual no es por sì miſma, eſpecie de determinada ſubſtitucion, ſino medio para que reponiendoſe el ulterior ſubſtituto en el lugar, y grado del anterior premuerto, ſucceda al Teſtador, por la miſma eſpecie de ſubſtitucion fideicommiſſaria con que havia llamado à el primer ſubſtituto. (66)

75 De que reſulta, que aſsi como el dicho Don Juan Baptiſta, (*N.* 8.) ſi huvieſſe ſobrevivido à Don Lorenzo ſu hermano, havria ſuccedido en toda la herencia paterna por Fideicommiſſo: del miſmo modo, aunque por ſu premoriencia quedò caduca la referida ſubſtitucion en lo reſpectivo à ſu perſona, y grado, ſubintraron en ſu lugar Doña Ana Maria, y Doña Coſtanza ſus hijas, por la vulgar *Anomala*, y ſuccedieron al Teſtador en todos ſus bienes, por muerte de Don Lorenzo ſu tio, por la ſubſtitucion fideicommiſſaria, en fuerza del tàcito llamamiento, que à ſu favor reſulta del de los hijos del ultimo ſubſtituto, por interpretar aſsi la Ley, la voluntad del Teſtador, en fuerza de la predileccion que las tuvo, la qual obrò, que el dicho Don Lorenzo ſe entendieſſe gravado à reſtituirlas todos los bienes, y herencia del Teſtador.

76 Y ſiendo cierto, que Don Franciſco Sureda, (*N.* 4.) y ſus hijos llamados en la clauſula VII. ſolo lo eſtàn, y pudieron ſucceder por la *fideicommiſſaria*, reponiendoſe por la *vulgar Anomala* en el lugar, y grado de los ſubſtitutos anteriores, cuyos grados huvieſſen caducado, y que con efecto huvieran ſuccedido, à no obſtarles el defecto de la condicion *ſi ſine liberis*, (67) y la ſupervivencia de Doña Iſabèl, (*N.* 12.) que tenia prelativo llamamiento en competencia del dicho Don Franciſco, y ſus hijos: es llano, que eſtos, y los de Don Juan Baptiſta, eſtàn llamados por una miſma eſpecie de ſubſtitucion; y que por lo propio, en ſentir de Fontanela, no tiene dificultad la incluſion, y llamamiento de Doña Ana Maria, y Doña Coſtanza, hijas de Don Juan Baptiſta, pueſtas en condicion, y predilectas.

77 Y aunque eſto baſtaria para demoſtracion de ſu derecho, à mayor abundamiento, ſe probarà, que aun quando fueſſe diverſa la ſubſ-

(66) Peregrin. *de Fideicom. art.* 15. *n.* 4. *&* 5. Fontanell. *deciſ.* 149. *&* 160.

(67) D. Creſpi *obſerv.* 41. *per tot.*

ſubſtitucion, todavia ſerìa igualmente clara ſu juſticia; porque la diferencia entre los tres caſos, no es *real*, ſino *aparente*.

78 Toda la dificultad que ſe pondera contra la eficacia de la congetura de *influxo* en el tercer caſo propueſto, ſe reduce, à que hallandoſe llamados los hijos del ultimo ſubſtituto por la vulgar, y no por la fideicommiſſaria; de forma, que admitido el padre, no tienen ellos llamamiento, y ſolo pueden pretenderle en el caſo de haver premuerto ſu padre quando ſe abre la ſucceſsion: ſolo puede influir ſu vocacion, para que la tengan los hijos del heredero, ò primer ſubſtituto, por la miſma eſpecie de ſubſtitucion; porque no pudiendoſe dàr mas en el efecto, que en la cauſa, fuera abſurdo, que un llamamiento limitado à la mera ſubſtitucion *vulgar*, y hecho en el preciſo caſo de ella, le influyeſſe para el de la *fideicommiſſaria*, que no ſolo es diverſo, ſino contrario, y tener eſpecial dureza, que no pudiendoſe admitir los hijos del ſubſtituto mas remoto, ò eſtraño, ſino en el unico caſo de haver premuerto ſu padre à el tiempo que ſe defiere la ſucceſsion, ſe pretenda, que los hijos del heredero pueſtos en condicion, han de entenderſe llamados, no ſolo por la *vulgar*, ſi ſu padre huvieſſe premuerto à el Teſtador, ſino por la *fideicommiſſaria*, que por ſu naturaleza preſupone la ſupervivencia, y adicion del heredero.

79 Con eſte aparato han pretendido algunos AA. (68) debilitar la eficacia de eſta congetura, pero en vano; porque las Audiencias, y demàs Tribunales de aquellos Reynos, han ſeguido, y ſiguen conſtantemente la coſtumbre, que de immemorial tiempo à eſta parte han obſervado, de eſtimar por baſtante la congetura de *influxo*, para inducir tàcito llamamiento por *Fideicommiſſo* à favor de los hijos del heredero, ò primer ſubſtituto, no ſolo quando los hijos del mas remoto eſtàn llamados por la *fideicommiſſaria*, ſino tambien quando lo eſtàn por la *vulgar*. (69)

80 La razon es, porque no es el *nombre* el que ſe atiende, ſino la ſubſtancia, y naturaleza de la ſubſtitucion. Llamaſe *vulgar* la que eſtà hecha à favor de los hijos del ultimo ſubſtituto, para el caſo de haver premuerto ſu padre, pero es *vulgar Anomala*; y en ſu virtud, reponiendoſe en el lugar, y grado de ſu padre, ſi ha premuerto, ſucceden por *Fideicommiſſo* al Teſtador; y aſsi, atendido el efecto, es *fideicommiſſaria*, y por lo miſmo influye à favor de los hijos del heredero gravado, ò primer ſubſtituto, un tàcito llamamiento, por la miſma eſpecie de ſubſtitucion: con que no ſe verifica, que haya mas en el efecto, que en la cauſa; ni que admitiendoſe los hijos del ultimo ſubſtituto, ſolo por la *vulgar*, la influyan por *Fideicommiſſo* à favor de los hijos del heredero, ò anterior ſubſtituto, pueſtos en condicion, y predilectos. (70)

81 *Nec eſt* (dice Belono) (71) *quod objicias, filiarum filios non eſſe*

per

(68) Scaynus *Deciſ. Bononienſ.* 2. *ex n.* 90. Faber *in Cod. lib.* 6. *tit.* 20. *de Fideicommiſſ. definit.* 1. Joann. Gribel *deciſ.* 125. *ex n.* 50.

(69) Fontan. *de Pact. tom.* 1. *clauſ.* 4. *gloſſ.* 24. *& tom.* 2. *gloſſ.* 10. *p.* 2. *& iterum deciſ.* 146. 147. 148. 149. & 160. Cancer. *Variar. lib.* 3. *cap.* 21. *& n.* 91. Triſtan *deciſ.* 107. Peguera *tom.* 2. *deciſ.* 18. Ramon *conſ.* 9. Maynardus *lib.* 5. *deciſ.* 71.

(70) Seſsè *deciſ.* 66. *per tot.* Fontan. *deciſ.* 149. & 160.

(71) Bellon. *conſ.* 19. *ex num.* 8.

per FIDEICOMMISSUM *ſubſtitutos, ſed tantum per* VULGAREM, *quæ etiam in Fideicommiſsis fieri poteſt* (72) *ideoque non poſſe ab eorum vocatione ſumi conjecturam vocationis filiorum in conditione poſitorum, utpote in qua tractamus de vocatione Fideicommiſſaria. Quia reſpondeo primo, filiarum filios, etiam ſi vulgariter tantum eſſent matribus ſuis ſubſtituti, puta quia Teſtator dixiſſet, ſubſtituo filias meas, & ipſis non extantibus, ſeu præmorientibus, ipſarum filios: tamen reſpectu inſtitutorum, quibus principaliter facta fuit ſubſtitutio, cenſeri etiam eos per Fideicommiſſum ſubſtitutos. Nam Teſtator ambobus filijs ſine prole decedentibus, ſubſtituit* VULGARITER, *&* PER FIDEICOMMISSUM *filias, & ipſarum filios. Itaque non ſolum filiæ, ſed etiam ipſis non exiſtentibus, ipſarum filij, cenſentur, & vulgariter, & per Fideicommiſſum ſubſtituti; quo fit ut ex hoc colligamus conjecturam ſufficientem ad inducendam filiorum in conditione poſitorum vocationem. Nam ſi Teſtator voluit hæreditatem ſuam per Fideicommiſſum pervenire ad filios filiarum, quæ ſunt minus dilectæ: multo magis cenſetur voluiſſe, eandem pervenire ad filios filiorum, qui ſunt magis dilecti.*

(72) *Leg. Ut hæredibus* 51. *ff. de Legat.* 2. *Leg. unica,* §. *Sin autem* 11. *Cod. de Caduc. Tollend.*

82 De forma, que no hay diferencia alguna entre los tres caſos propueſtos, ſi ſe atiende à el efecto, y ſubſtancia de las ſubſtituciones, y ſolo las apariencias, y los nombres ſon diverſos, pero no los llamamientos, ni la inteligencia de los AA. practicos de aquellos Reynos, y coſtumbre de juzgar en ſus Tribunales. (73)

83 Y quando dieſſemos, que ſin perjuicio de la verdad pudieſſe conſiderarſe alguna, ceſſaria la dificultad por el ſolo hecho; porque yá hemos viſto, que en fuerza de la *vulgar Anomala*, eſtàn llamadas las hijas de Don Juan Baptiſta, (*N.*8.) por la miſma eſpecie de ſubſtitucion *fideicommiſſaria*, con que lo eſtàn los hijos del ultimo ſubſtituto, en el caſo de haver premuerto ſu padre.

84 En fuerza de eſta tàcita vocacion, ſe defiriò la ſucceſsion del Fideicommiſſo comprehenſivo de toda la herencia de Don Arnaldo Sureda, (*N.*3.) à Doña Ana Maria, y Doña Coſtanza, (*N.* 13. *y* 14.) ſus nietas, por muerte de Don Lorenzo, (*N.*7.) ſu tio, por iguales partes; (74) porque eſtando llamadas como *hijas*, perteneciò à entrambas igualmente; (75) y como eſta vocacion es ſolo activa, y no paſſiva, por no contener en sí el menor gravamen, ni tracto ſucceſsivo, pudieron diſponer libremente de la herencia. (76)

85 Uſando de eſta facultad, renunciaron antes de profeſſar en la Religion de San Geronymo, con licencia del Vicario General del Obiſpado de Mallorca, y expreſſo conſentimiento de la Priora, y Religioſas de aquel Monaſterio, dentro del vimeſtre que previene el Santo Concilio de Tentro, todos ſus bienes, y derechos, preſentes, y venideros, que las pertenecian, y podian pertenecer, aſsi por razon de ſus legitimas, paterna, y materna, como por otra qualquier cauſa, ò titulo à favor de Don Juan Baptiſta Sureda, (*N.*8.) ſu padre, y de los ſu-

(73) Fontan. *deciſ.* 146. 147. 148. 149. & 160. & *tom.* 1. *de Pact. clauſ.* 4. *gloſſ.* 24. *ac tom.* 2. *clauſul.* 5. *n.* 10. *p.* 2. Cancer. *Var. p.* 3. *cap.* 21. *ex n.* 91. & *paſsim.*

(74) Fontan. *de Pact. clauſ.* 4. *gloſſ.* 24. *n.* 20. Petrus Gregor. *Syntagmatum jur. p.* 3. *lib.* 42. *cap.* 28. *n.* 36. Ruſticis *de Filijs poſit. in condit. lib.* 6. *cap.* 7.

(75) *Leg. Hæredes mei* 57. §. *Peto, & leg. final. ff. Ad Trebelian. Leg. Unum ex familia* 67. *in princip. &* §. 1. *ff. de Legat.* 2. Fontan. *clauſul.* 4. *gloſſ.* 9. *p.* 1. *ex n.* 7. D. Olea *tit.* 2. *q.* 7. *n.* 43.

(76) Oldrad. *conſ.* 21. Caſanat. *conſ.* 55. *n.* 34. Peregrin. *de Fideicom. artic.* 28. *n.* 27. & *artic.* 29. *n.* 26. Fontan. *deciſ.* 151. *per tot.* Gratian. *diſcept.* 774. *ex n.* 8.

ſuyos en ampliſsima forma, y con las clauſulas mas expreſsivas, que puedan imaginarſe, (77) y por menor expreſſa la Eſcritura, las quales comprehendieron por ſu univerſalidad, y latitud, no ſolo los bienes, y derechos, que entonces tenian, ſino tambien todos los que en adelante las compitieſſen, por qualquier titulo, ò cauſa, y por conſiguiente el de ſucceder en la herencia de Don Arnaldo ſu abuelo, que ſe las defiriò por muerte de Don Lorenzo ſu tio, (*N.*7.) en Abril de 1667. (78) ſin que pudieſſe embarazarlo la qualidad con que la adquirieron; porque aunque ſu adquiſicion fue por Fideicommiſſo, como hemos viſto, en fuerza del tàcito llamamiento, que tenian à ſu favor, una vez radicado en ſus perſonas el dominio de los bienes, con los derechos, y acciones que transfiere *ipſo jure* el Senatus Conſulto Trebeliano, al ſegundo, ò ulterior ſubſtituto, ſin neceſsitar de reſtitucion real, ò verbal, baſtando para eſte efecto la miſma translacion legal: (79) quedò la herencia à ſu libre diſpoſicion, y con la miſma libertad paſsò à Don Juan Baptiſta ſu padre, no como ſujeta à Fideicommiſſo, ſino como herencia libre, como hemos viſto; y à mayor abundamiento, concurre à favor del Ceſsionario, ò Renunciatario, la doctrina de los mas claſicos AA. que fundados en ſolidiſsimos principios de Derecho, (80) enſeñan, que el Fideicommiſſo univerſal, puede cederſe, y renunciarſe aun à favor de eſtraños, ahora ſea puro, ò condicional, antes, ò deſpues de deferirſe.

(77) Memor. num. 34.

(78) Memor. num. 33.

(79) *Leg. Sancimus 7. §. Cum autem, Cod. Ad Trebel.* Peregr. *de Fideicom. artic. 2. ex n.* 58. Vedoya *in Speculo Juriſprudent. lib. 2. diſc.* 5.

(80) Cancer. *Var. lib.* 3. *cap.*2. *num.*151. Tondut. *Quæſt. Civil. p.*2. *cap.* 139. Peregr. *de Fideicomm. artic.* 52. *n.* 11. *&* 14. Gaylus *lib.* 2. *obſerv.* 139. Torre *de Pact. futuræ ſucceſſ. lib.* 2. *cap.*40. Fere per tot. D. Olea *tit.* 3. *q.* 8. *ex n.* 11. *ad* 18. *& eodem tit.* 3. *q.*19. *ex n.*12. *ad* 16.

86 El referido Don Juan Baptiſta Sureda, en ſu Teſtamento de 23. de Julio de 1656. inſtituyò por ſu heredera uſufructuaria de todos ſus bienes, y herencia à Doña Franciſca ſu hermana, (*N.*11.) y propietarias à Doña Magdalena, y Doña Iſabèl Truyols, ſus ſobrinas, (*N.*16. *y*17.) fundando en cabeza de eſtas, dos Fideicommiſſos univerſales, primogeniales, y perpetuos, que hoy gozan, y poſſeen reſpectivamente Don Juan Bordils, (*N.*28.) nieto de la referida Doña Magdalena, y Don Joſeph de Amàr y Montanèr, (*N.*31.) cuyo derecho repreſenta el Marquès ſu padre, como deſcendiente de la dicha Doña Iſabèl, en fuerza de los llamamientos que contiene la fundacion, ò Teſtamento del dicho Don Juan Baptiſta, y no ſe expreſſaron en el Memorial, como no neceſſarias para eſte Pleyto, pues ſolo ſe hace mencion de ellas, para que ſe venga en conocimiento del juſto titulo con que eſtas Partes poſſeen los bienes que ſe diſputan, y el deſprecio que merecen algunos actos, que conſtan del Proceſſo, y ſe expreſſan en el Memorial, como ſon la ceſsion, que Don Lorenzo (*N.*7.) hizo à favor de Doña Iſabèl ſu hermana, (*N.*12.) de todos los bienes, y herencia de Don Arnaldo ſu padre, reconociendola por legitima ſucceſſora de ellos en 20. de Febrero de 1657, y la tranſaccion, que en 19. de Abril de 1670. ſe celebrò entre Don Bartholomè Font y Roig, (*N.*26.) como heredero univerſal de la expreſſada Doña Iſa-

bèl,

bèl, (*N.* 12.) y las dichas Doña Magdalena, y Doña Iſabèl, (*N.* 16. *y* 17.) como ſucceſſoras univerſales de Don Miguèl Sureda y Zanglada, (*N.* 19.) Don Bernardino Zanglada, hijo de eſte, (*N.* 24.) y Don Juan Baptiſta Sureda, (*N.* 8.) por la que cedieron à favor del dicho Don Bartholomè (*N.* 26.) qualeſquier creditos, y pretenſiones, que por qualquier cauſa, ò razon pudieſſen tener contra la herencia de Don Arnaldo Sureda, (*N.* 3.) ſu abuelo, *y ſeñaladamente el pretenſo Fideicommiſſo, que forſan pudieſſe competirlas en dicha herencia de ſu abuelo.* (81)

(81) Memor. num. 49.

87 Porque en el ſupueſto conſtante de que el expreſſado Don Lorenzo, (*N.* 7.) ſe hallaba gravado à la reſtitucion de todos los bienes que gozaba, como heredero de ſu padre, à favor de ſus dos ſobrinas, Doña Maria, y Doña Coſtanza, (*N.* 13. *y* 14.) como hemos viſto: no pudo ſubvertir el orden de los llamamientos, ni ceder, ò donar los bienes que poſſeìa, ſujetos à Fideicommiſſo, à Doña Iſabèl ſu hermana, (*N.* 12.) que eſtaba excluida, por el defecto de la condicion, en perjuicio de dichas Religioſas, y de quien repreſentaba ſu derecho; y por lo miſmo fue nula la donacion, que de ellos hizo à Don Jorge Dameto, (*N.* 5.) ſu cuñado, por Eſcrituras de primero de Septiembre de 1646. y 2. de Enero de 1556. (82)

(82) Memor. num. 28.

88 Y en quanto à la referida tranſaccion entre Don Bartholomè Font y Roig, (*N.* 26.) Doña Magdalena, (*N.* 16.) y Doña Iſabèl, (*N.* 17.) à mas de haverſe celebrado à tiempo, que aun vivian Doña Ana Maria, y Doña Coſtanza Sureda; (*N.* 13. *y* 14.) (83) es cierto, que ſolo renunciaron el derecho, que pudieſſen tener al Fideicommiſſo de Don Arnaldo ſu abuelo, (*N.* 3.) que era ninguno; pero no el que les pertenecia por la Diſpoſicion de Don Juan Baptiſta Sureda, ſu tio, el qual en ſu citado Teſtamento fundò Fideicommiſſo lineal, y perpetuo en cabeza de dichas Doña Magdalena, y Doña Iſabèl, que no pudieron perjudicar à ſus deſcendientes: todo lo qual ſe dice à mayor abundamiento, no porque ſea neceſſario para la deciſion de eſte Pleyto, ſino para que ſe vea la juſticia con que el Marquès, y Don Juan Bordils poſſeen los bienes que ſe les demandan.

(83) Memor. num. 55.

PARTE TERCERA.

QUE NO TIENE FUNDAMENTO EL PRESUPUESTO, *que para ſu pretenſion ha hecho, y hace Don Juan Truyols,* (N. 27.) *de haver fundado el Teſtador un Fideicommiſſo perpetuo, lineal, gradual, y deſcenſivo; y por lo miſmo es digna de confirmar la Sentencia de Reviſta del Conſejo, en que ſupliendo, y enmendando la de Viſta de 6. de Agoſto de 1749. confirmò la de la Audiencia de Mallorca de 21. de Marzo de 1745. en que ſe impuſo perpetuo ſilencio à dicho Truyols, ſobre la pretenſion que tenia introducida, de que ſe declaraſſe tocarle en propiedad la ſucceſsion de los bienes de Don Arnaldo Sureda,* (N. 3.) *en fuerza del Fideicommiſſo perpetuo, que ſuponia haver diſpueſto de ellos, y ſe abſolviò de eſta Demanda à los demàs Colitigantes.*

89 PRincipio es elemental, que el que pretende la ſucceſsion, debe probar ſu vocacion, y haver llegado el caſo de ſu llamamiento: *Non aliter* (dice el Texto) (84) *poſſeſſor conſtitui poteris, quam ſi te defuncti filium eſſe, & ad hæreditatem, vel bonorum poſſeſſionem, admiſſum probaberis.* Y baxo de eſte ſupueſto, debiera probar Don Juan Truyols (*N.* 27.) el llamamiento que ſupone de Don Juan Antonio ſu abuelo, (*N.* 15.) cabeza de ſu linea; pero no es facil encontrarle en toda la sèrie de la Diſpoſicion.

(84) *Leg.* 1. *Cod. Quorum bonorum.*

90 Lo que hallamos en las cinco clauſulas primeras, (85) es una inſtitucion de Doña Lucrecia Sureda, (*N.* 3.) con el gravamen de diſponer de los bienes entre ſus hijos, ibi: *Inſtituyo, y hago heredero univerſal à la ſuſodicha noble ſeñora Doña Lucrecia Sureda y Deſpuig,* (N. 3.) *mi cariſsima muger, para que pueda diſponer de mis bienes, y herencia à ſus voluntades, y entre nueſtros infantes comunes à ella, y á mì, aſsi por ultima voluntad, como por qualquiera otro contrato entre vivos*: una inſtitucion hecha de Don Lorenzo, ſu hijo mayor, (*N.* 7.) ibi: *Y en caſo que la dicha ſeñora mi muger no huvieſſe diſpueſto de mis bienes* (*como queda dicho*) *al tiempo de ſu muerte: en tal caſo, ahora para entonces, hago mi heredero univerſal à Lorenzo Sureda,* (N. 7.) *mi hijo*: (86) una ſubſtitucion *vulgar*, una *pupilar*, y otra *Fideicommiſſaria*, hecha à los quatro hijos varones del dicho Don Arnaldo, (*N.* 3.) y à los demàs hijos maſculos poſthumos, que Dios le diere, ibi: *El qual*, (eſto es, Don Lorenzo) *ſi à mì heredero no ſerà, ò ſerà, y morirà en qualquier tiempo ſin infantes legitimos, y naturales, y de legitimo, y carnal matrimonio nacidos; ſubſtituyo à aquel vulgarmente, pupilarmente, y por Fideicommiſſo, y à mì, heredero inſtituyo à Juan Baptiſta Sureda, mi hijo,* (N. 8.)

(85) Memor. num. 14.

(86) Memor. num. 15.

91 Diximos, que la primera ſubſtitucion, hecha à Don Lorenzo, (*N.* 7.) es vulgar, porque lo ſon las palabras con que eſtà concebida, ibi: *El qual, ſi à mì heredero no ſerà*; pero aunque eſto es aſsi,

no

no es vulgar directa, porque esta, como yà diximos, se desvaneciò, por el mismo hecho de haver aceptado la herencia del Testador la dicha Doña Lucrecia su muger, y primera heredera instituìda, (*N.*3.) por ser principio elemental, que la substitucion vulgar directa se desvanece, por la mera adicion del heredero, (87) y por lo mismo es *vulgar Anomala* la primera que en esta clausula segunda hizo el Testador à Don Lorenzo su hijo. (*N.*7.) (88)

92 Substituyò en la misma clausula (89) à el referido Don Lorenzo, (*N.*7.) que dexaba instituìdo à Don Juan Baptista Sureda, (*N.*8.) tambien su hijo, no solo por la vulgar Anomala, como yà vimos, *si heredero suyo no fuesse*, sino tambien por la compendiosa, por la pupilar, y por la fideicommissaria, ibi: *El qual*, (que es Don Lorenzo) *si à mì heredero no serà, ò serà, y morirà* EN QUALQUIER TIEMPO *sin infantes legitimos, y naturales, y de legitimo, y carnal matrimonio nacidos, substituyo à aquel vulgarmente, pupilarmente, y por Fideicommisso, y à mì, heredero instituyo à Juan Baptista Sureda, mi hijo.* (*N.*8.)

93 Es vulgar Anomala la substitucion de este, por lo que yà queda advertido de haverse desvanecido la directa, por la adicion de Doña Lucrecia, que repitiò Don Lorenzo su hijo. (90) Es compendiosa, porque en el caso de morir *en qualquier tiempo* sin infantes legitimos, y naturales el mismo Don Lorenzo, (*N.*7.) està literalmente substituìdo el referido Don Juan Baptista.

94 Serìa pupilar, si este huviesse muerto en pupilar edad; pero haviendo fallecido, no solo este, sino todos los demàs hijos del Testador en abanzada edad, no tuvo, ni puede tener efecto alguno.

95 Y es finalmente fideicommissaria, no solo porque esta se comprehende, como todas las demàs, en la compendiosa, (que no es por sì misma, especie de substitucion) sino porque assi lo dixo expressamente el Testador. (91)

96 En la misma forma, y con las propias substituciones, llamò à Don Antonio Sureda, su hijo, (*N.*9.) (92) ibi: *Y si el dicho Juan Baptista Sureda mi hijo, mi heredero no serà*, (como no lo fue) *ò serà, y morirà en qualquier tiempo sin infantes, en el modo predicho procreados, substituyo à aquel vulgarmente, pupilarmente, y por Fideicommisso, y à mì, heredero hago à Antonio Sureda mi hijo.* (*N.*9.)

97 Con las mismas substituciones, y con las propias palabras, substituyò el Testador à Don Arnaldo Sureda su hijo; (*N.*10.) (93) *y si el dicho Antonio Sureda mi hijo* (N.9.) (dice) (94) *heredero mio no serà, ò serà, y morirà en qualquier tiempo sin infantes, en el modo sobredicho procreados, substituyo à aquel vulgarmente, pupilarmente, y por Fideicommisso, y à mì, heredero instituyo á Arnaldo Sureda mi hijo.* (N. 10.)

98 El qual dice, (95) *si à mì heredero no serà, ò serà, y morirà en*

(87) *Leg. Post aditam* 5. *cum concordant. Cod. de Impuberum & alijs substitut. Leg. Si legata, Cod. de Legat.* Peregrin. *de Fideicomm. artic.*19. *num.*2.

(88) Peregrin. *de Fideicom. artic.*15. *num.*4. *&* 5. Fontan. *decis.*149. *n.* 3.4.5. *&* 6. *&* *decis.* 160. *per totam.*

(89) Memor. num. 15.

(90) Peregrin. *de Fideicom. art.*15. *n.*4. *&* 5. Fontanell. *decis.*149. *n.*3. 4.5. *&* 6. *&* *decis.*160. *per tot.*

(91) Mem. dich. num.15.

(92) Memor. num. 16.

(93) Memor. num. 17.

(94) Memor. num. 17.

(95) Memor. num. 18.

en qualquier tiempo ſin infantes legitimos, y naturales, y de legitimo, y carnal matrimonio nacidos: ſubſtituyo à aquel vulgarmente, pupilarmente, y por Fidecommiſſo, y à mì, heredero inſtituyo al primer hijo mio varon poſthumo, y en adelante nacedero, y deſpues à los otros varones de mayor à menor.

99 Eſte es el contexto de las cinco clauſulas primeras. No puede decirſe, ſin contravenir à la letra, y à los principios elementales del Derecho, que en todas, ni en ninguna de ellas haya Fideicommiſſo Real, perpetuo, y deſcenſivo, ni otra coſa, que unas ſimples ſubſtituciones perſonales, que ſe deſvanecieron, por haver faltado las condiciones de que dependian.

100 Inſtituyò el Teſtador à Don Lorenzo ſu hijo, (*N.*7.) ſin llamar à los hijos, y deſcendientes de eſte. Previò, que podia dexar de ſer ſu heredero, y por eſſo llamò, ſi no lo fueſſe, al dicho Don Juan Baptiſta, (*N.*8.) y ſi lo fueſſe, y murieſſe *en qualquier tiempo* ſin hijos, mandò ſuccedieſſe por la vulgar Anomala, como yà ſe dixo, por la compendioſa, la pupilar, ò la fideicommiſſaria, ſegun el caſo que acaecieſſe, el miſmo Don Juan Baptiſta ſu hijo. (*N.*8.)

101 Y antes de paſſar adelante, preguntamos: Si los hijos, y deſcendientes legitimos de Don Lorenzo, que ſolo eſtaban pueſtos en condicion, para relevarle del gravamen, y excluir al ſubſtituto, eſtàn llamados por Fideicommiſſo Real, perpetuo, y deſcenſivo, que en quanto al modo de ſucceder, es ſubſtancialmente Mayorazgo? El Teſtador dice que no, porque ni llamò à los hijos de Don Lorenzo, ni les gravò; ni por lo miſmo podrian ſucceder por ſu propio derecho, ſi les huvieſſe havido, ſino como herederos de ſu padre por iguales partes, ſi eſte moria ab inteſtato, ò en aquella porcion, que à cada uno dexaſſe en ſu Teſtamento.

102 Querer que el Fideicommiſſo, de que habla en eſta clauſula, y repite en todas las demàs, ſea por ſu naturaleza lineal, ò real, perpetuo, y deſcenſivo, que es lo miſmo, es deſentenderſe de todas las diferencias, que conoce el Derecho, y explica muy bien el ſeñor Molina entre Fideicommiſſo, y Mayorazgo. (96)

103 El Fideicommiſſo es por ſu naturaleza temporal, y dividuo, (97) y en lo uno, y en lo otro ſe diſtingue del Mayorazgo. Para los Fideicommiſſos familiares del Derecho Comun, que es el que ſe guarda en Mallorca, nos dà la regla un Texto expreſſo: *In Fideicommiſſo* (dice) (98) *quod familiæ relinquitur, ij ad petitionem admiti poſſunt, qui nominati ſunt ::: niſi ſpecialitèr defunctus ad ulteriores voluntatem ſuam extenderit.*

104 Nadie (dice) puede ſer admitido à la ſuceſsion de un Fideidommiſſo, aunque eſtè llamada toda la familia, ſino el que eſtà nominado; y para que podamos apartarnos de eſta regla, es neceſſario, que el Teſtador eſtienda à los ulteriores deſcendientes ſu voluntad.

No

(96)
D. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.*4. *ex n.*1. *ad* 11. *& per tot. & etiam cap.* 5. *&* 6.

(97)
D. Molin. *ubi proximè.*

(98)
Leg. Cum ita 32. §. *In Fideicommiſſo, ff. de Legat.* 2.

105 No eſtàn llamados en la clauſula ſegunda, (99) ni en las demàs, como verèmos, los hijos, ni los deſcendientes legitimos, y naturales, y de legitimo, y carnal matrimonio nacidos, à la ſucceſsion de los bienes que quedaron por muerte de Don Arnaldo Sureda; (*N.*3.) ni hay terminos habiles para decir, que à eſte Fideicommiſſo eſtà llamada la familia, porque no hay palabra, que à ello aluda en toda la sèrie del Teſtamento.

(99) Memor. num. 15.

106 No puede decirſe con verdad, que el Teſtador extendiò à ſus ulteriores deſcendientes ſu voluntad; pues ſi como conſta de la letra, no llamò à los propios hijos de Don Lorenzo, (*N.*7.) primer llamado, y predilecto: no hay fundamento para decir, que diò à los ulteriores deſcendientes el llamamiento que no diò à ſus propios hijos.

107 Lo que conſta de la letra es, que ſi eſte murieſſe en qualquier tiempo ſin infantes legitimos, y naturales, ſe halla ſubſtituido vulgarmente, pupilarmente, y por Fideicommiſſo el dicho Don Juan Baptiſta; (*N.*8.) y en eſtos terminos dice el ſeñor Molina: (100) *Quod quando alicui, bona aliqua relincuntur ea lege ut illa alteri reſtituat ſi ſine filijs mortuus fuerit, ſi ille cum filijs moriatur ſpiravit ſubſtitutio, etiam ſi filij ejuſdem ſine filijs illico mortui fuerint.*

(100) D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 16.

108 De cuya terminante doctrina reſulta con preciſion, que ni los hijos de Don Lorenzo, (*N.*7.) ſi los huvieſſe tenido, ni los hijos de eſtos, eſtaban llamados, ni podian ſucceder por Fideicommiſſo real, perpetuo, y ſucceſsivo en eſta herencia.

109 Y reſulta tambien, no ſolo la libertad de bienes, que por sì miſma le excluye, ſino tambien, que aun quando ſe eſtimaſſen llamados por Fideicommiſſo temporal, que es el que literalmente contiene la clauſula, lo eſtarian (ſi ſe huvieſſe verificado la condicion de ſu llamamiento) por iguales partes, como prueba Fontanela, Pedro Gregorio, y otros; (101) porque hallandoſe Don Lorenzo (*N.*7.) gravado (en eſta hypotheſi) à reſtituirles los bienes *como hijos*, no havria tenido facultad para diſponer de ellos, sì que havrian pertenecido à todos ſus hijos *como tales*, igualmente, (102) no como llamados por el Teſtador, ſino como herederos de ſu padre.

(101) Fontan. *de Pact. clauſ.* 4. *gloſſ.* 24. *n.* 20. Petrus Gregor. *Syntagmata jur. p.* 3. *lib.* 42. *cap.* 28. *num.* 36.

(102) *Leg. Hæredes mei* 57. §. *Peto, & leg. final. ff. Ad Trebel. Leg. Unum ex familia* 67. *in princip. &* §. 1. *ff. de Legat.* 2. Fontan. *clauſ.* 4. *gloſſ.* 9. *p.* 1. *ex n.* 7. *& gloſſ.* 24. *num.* 20. D. Olea *tit.* 2. *q.* 7. *n.* 43.

110 No encontrando Don Juan Truyols en eſta clauſula ſu llamamiento, puede ſer que recurra à pretenderle ſupletorio, quando es cierto, que no le conociò el Derecho Comun, y que en ninguno de los Fideicomiſſos, que ſe goviernan por èl, pueden ſucceder, ſino los que eſtàn expreſſamente llamados, à menos que por urgentiſsimas congeturas, como ſon las de influxo, y gravamen, ſe induzga por la Ley un tàcito llamamiento de los hijos pueſtos en condicion, cuyos efectos tienen la miſma fuerza, que ſi fuera expreſſo; y en ſu virtud ſe entiende gravado el heredero à reſtituìr por Fideicommiſſo la herencia à los hijos pueſtos en condicion, con excluſion de los hijos de eſtos, y de todos los ſubſtitutos ulteriores, que tienen expreſſo llama-

miento, del miſmo modo, que ſi literalmente ſe hallaſſen ſubſtituìdos ſin diferencia alguna, (103) como ſucediò en eſte miſmo caſo, en que el propio Don Lorenzo, (N.7.) primer heredero, y predilecto, ſe hallaba gravado à reſtituir los bienes, y herencia del Teſtador à Doña Ana Maria, y Doña Coſtanza Sureda ſus ſobrinas, (N.13. y 14.) hijas de Don Juan Baptiſta, (N.8.) pueſtas en condicion, y llamadas por la congetura de influxo, que es la que *ex more judicandi*, eſtà admitida, y aprobada en los Tribunales de Cathaluña, y Mallorca, ſin que en ellos, y eſpecialmente en las Reales Audiencias de uno, y otro Reyno, ſe haya viſto, ni oìdo coſa en contrario. (104)

111 Con eſte ſolidiſsimo fundamento, dice el ſeñor Molina, (105) que el Fideicommiſſo, por ſer de eſtrecha naturaleza, nunca ſe eſtiende de perſona à perſona, *etiam ex veroſimili teſtantis voluntate*: Que el que alega la ſubſtitucion, debe probarla, y haver llegado el caſo de ella; y que la voluntad del Teſtador, por mas veroſimil que ſea, no merece conſideracion alguna, ſi no paſſa à ſer diſpoſicion; por lo qual prohiben las Leyes eſtender las ſubſtituciones à los caſos en que no las hizo el Teſtador. (106)

112 Y ſiendo impoſsible ſeñalar en toda la fundacion, donde, ò en què parte eſtà el llamamiento de los hijos, y deſcendientes de Don Lorenzo, (N.7.) por Fideicommiſſo real, perpetuo, y deſcenſivo, que es lo miſmo, que por orden lineal, por no haverle expreſſo, ni tacito en toda la sèrie del Teſtamento: ſerà preciſo confeſſar que no le hay, y que por lo miſmo es ſin fundamento el pretenſo Fideicommiſſo real, perpetuo, y deſcenſivo.

113 Diximos, que el primer llamamiento ſirve de regla à todos los demàs; porque como dice, y prueba el ſeñor Creſpì, fundado en la deciſsion de varios Textos, y en la autoridad del ſeñor Caſtillo, Menochio, y otros, *queamadmodum expreſſe vocati ſunt priores, cæteri vocati, cenſendi ſunt, nam ordo ſuccedendi datus inter vocatos primo loco, intelligitur datus inter ſequentes.* (107)

114 Eſta regla, que es univerſalmente cierta, milita con eſpecial razon en eſte caſo, en que Don Juan Baptiſta, (N.8.) Don Antonio, (N.9.) y los poſthumos varones, que en adelante nacieſſen, eſtàn llamados en las clauſulas tercera, quarta, y quinta, (108) no ſolo con las miſmas ſubſtituciones que Don Lorenzo, (N.7.) ſino con las miſmas identicas palàbras; y ſiendo cierto, como yà vimos, que los hijos, y deſcendientes de eſte, no eſtàn llamados por Fideicommiſſo real, perpetuo, y deſcenſivo, como en contrario ſe pretende: es indubitable, que no lo eſtàn los de los ſubſtitutos ulteriores; porque como diximos con el ſeñor Molina, y repetimos (109) del miſmo modo que eſ-

(103) Hieronym. Gabrièl *lib.* 1. *conſ.* 115. Peregrin. *de Fideicom. art.* 15. *n.* 37. *& art.* 28. *num.* 3. *&* 24. Joſeph. de Ruſticis *in tract. de Filijs poſitis in condit. lib.* 6. *& cap.* 5. *&* 6. Seſsè *deciſ.* 66. *n.* 23. *Theſaur. deciſ.* 96. Ludoviſ. *deciſ.* 137. *n.* 4. Fontan. *deciſ.* 147. *n.* 9. 10. *&* 11.

(104) Cancer. *Var. lib.* 3. *cap.* 21. *n.* 91. Fontan. *deciſ.* 146. 147. 148. *&* 149. *& tom.* 1. *de Pact. clauſ.* 4. *gloſſ.* 24. *per tot. & tom.* 2. *clauſ.* 5. *gloſſ.* 10. *part.* 2. *etiam per tot.* Triſtan *cum alijs deciſ.* 107. Peguera *tom.* 2. *deciſ.* 18. Ramon *conſ.* 9.

(105) D. Molin. *cap.* 4. *ex n.* 1. *ad* 11.

(106) *Leg. Unum ex familia* 67. §. *Si rem* 8. *ff. de Legat.* 2. *leg.* 2. *ff. Si à parente quis fuerit manumiſsus. Leg. Altius* 8. *Cod. de Servitut.* Cardin. de Luca *de Fideicom. diſc.* 71. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *ex n.* 23.

(107) *Leg. Omnia* 32. §. *fin. ff. de Legat.* 2. *leg.* 3. §. *Titius, &* §. *Ante hæredis, ff. de Liber. & poſthum. Leg.* 1. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſt.* D. Creſpì *obſerv.* 22. *n.* 41. *&* 42. D. Caſtill. *lib.* 4. *Controv. cap.* 9. *n.* 38. Menoch. *conſ.* 215. *n.* 177. *lib.* 3.

(108) Mem. n. 16. 17. y 18.

(109) D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 16. *cui adde text. in leg. Omnia* 32. § *fin. ff. de Legat.* 2. *Leg.* 3. §. *Titius, &* §. *Ante hæredis, ff. de Liber. & poſthum. Leg.* 1. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* D. Creſpí *obſerv.* 22. *n.* 41, *&* 42. D. Caſtill. *lib.* 4. *Controv. cap.* 9. *n.* 38. Menoch. *conſ.* 215. *n.* 177. *lib.* 3.

eſtàn llamados los primeros, ſe entienden llamados los demàs, y el miſmo orden de ſucceder, que el Teſtador diò al primer llamado, ſe entiende dado à todos los ſubſtitutos. (110)

115 Tan cierto es, que no tiene fundamento el intento de querer que todos los hijos, y deſcendientes del Teſtador eſtàn llamados por orden de Mayorazgo, ò de Fideicommiſſo real, perpetuo, y deſcenſivo, que para el efecto es lo miſmo, que ni aun los miſmos hijos pudieran ſucceder, ſino en el preciſo caſo de verificarſe la condicion.

(110) *Leg. Omnia 32. §. final. ff. de Legat. 2.*

116 Yà hemos viſto, que eſto es aſsi, en quanto à Don Lorenzo. (*N.7.*) El primer ſubſtituto es Don Juan Baptiſta, (*N.8.*) y ſi el Teſtador clara, y literalmente (111) le llamò ſolo en el caſo que Don Lorenzo no fueſſe ſu heredero: es evidente, que haviendolo ſido, quedò excluido Don Juan Baptiſta; y no cabe en lo poſsible, que excluido eſte, ſuccedieſſen por ſu propio derecho ſus hijos, y deſcendientes.

(111) Mem. n. 15. y 16.

117 Si Don Lorenzo fueſſe ſu heredero, como lo fue, y murieſſe en qualquier tiempo ſin infantes legitimos, eſtà literalmente ſubſtituìdo el miſmo Don Juan Baptiſta; (*N.8.*) pero no los hijos, y deſcendientes de eſte, pues ni les llamò, ni les nombrò; y la ſubſtitucion fideicommiſſaria, que hizo à ſu favor al fin de la clauſula ſegunda, caducò como perſonal por ſu premoriencia, (112) ſin que en ningun caſo pudieſſe eſtenderſe à los deſcendientes ulteriores, *quia ad Fideicommiſsi petitionem ij ſolum admitti poſſunt, qui nominati ſunt ::: niſi ſpecialiter Teſtator ad ulteriores voluntatem ſuam extenderit.* (113)

(112) *Leg. Unica, §. Sin autem 7. Cod. de Caduc. Tollend. cum concord.*

(113) *Leg. Cum ita 32. §. In Fideicomm. ff. de Legat. 2.*

118 Y militando lo miſmo en todas las ſubſtituciones que hizo à favor de Don Antonio, y Don Arnaldo, (*N.9. y 10.*) y los poſthumos varones que tuvieſſe, como conſta de las clauſulas tercera, quarta, y quinta, (114) ſin que en ninguna de ellas ſe hallen llamados, ni aun nombrados ſus hijos, y deſcendientes: es llano, que ſegun la letra, y la diſpoſicion de Derecho, que và referida, no hay capacidad para eſtender à ninguno de ſus deſcendientes, ſi les huvieſſe havido, ſu voluntad.

(114) Mem. n. 16. 17. y 18.

119 En falta de todos eſtos, llamò en la clauſula ſexta à Doña Franciſca Sureda, (*N.11.*) y deſpues de ella, à las demàs hijas que tuviere de una à otra; pero no ſus hijos, ni deſcendientes: *Y deſpues* (dice) (115) *de todos los varones à mì, heredera inſtituyo à Franciſca Sureda mi hija,* (N.11) *y deſpues à las otras hembras de una à otra, haſta la ultima.* Y aſsi nada importa, que Don Juan Truyols (*N.27.*) ſea hijo de Don Salvador, (*N.21.*) nieto de Don Juan Antonio, (*N.15.*) y viznieto de la dicha Doña Franciſca, (*N.11.*) por no haver eſtendido el Teſtador à ninguno de ellos ſu voluntad.

(115) Memor. num. 19.

120 Reconociendo el dicho Don Juan Truyols, (*N.27.*) que

por

por las seis clausulas primeras, no tiene, ni puede pretender sombra de derecho: recurre à la septima, queriendo persuadir, que en fuerza de ella, està llamado, y lo estuvo Don Juan Antonio su abuelo; (*N.* 15.) porque hallandose, segun dice, gravado el ultimo descendiente de todos los varones, y hembras à favor del substituto estraño, que era Don Francisco Sureda; (*N.*4.) y debiendose entender este gravamen *in tota hæreditate*, necessariamente resulta una subsitucion reciproca lineal, y un Fideicommisso perpetuo, real, y descensivo entre todos los descendientes de los hijos varones, y hembras del Testador: à que es consequente, que por haver faltado la posteridad de Don Lorenzo, Don Juan Baptista, Don Antonio, y Don Arnaldo Sureda, (*N.* 7. 8. 9. *y* 10.) y no haver havido posthumo alguno, se defiriò la succesion al dicho Don Juan Antonio, (*N.* 15.) como hijo unico varon de la dicha Doña Francisca, (*N.*11.) sin que le pueda obstar la premoriencia de esta, por representarla el dicho su hijo, el qual, como cabeza de su linea, no solo incluyò à toda su descendencia, sì que excluyò la de Doña Magdalena, y Doña Isabèl Truyols, (*N.* 16. *y* 17.) y por consiguiente à Don Juan Bordils, y al Marquès del Reguèr. (*N.* 28. *y* 29.

121 Pero esto no es otra cosa, que violentar las palabras del Testador, y los primeros principios de Derecho, queriendo que lo que en los hijos varones de primer grado de Don Arnaldo Sureda, fue una mera substitucion personal, vulgar, compendiosa, pupilar, y fideicommissaria, se convierta de repente en lineal, primogenial, perpetua, y descensiva, por el solo motivo de estàr llamado en la clausula septima Don Francisco Sureda, (*N.*4.) y los suyos, en el caso de faltar todos los varones, y hembras del Testador, y sus descendientes, ò de morir sin infantes, que es lo mismo que dexaba dispuesto en las seis clausulas primeras, sin que el tenor literal de la septima pruebe otra cosa, sino que los infantes, ò descendientes de todos los varones, y hembras, que lo fuessen del mismo Testador, estàn puestos en condicion, como lo estaban en las antecedentes los de Don Lorenzo, Don Juan Baptista, Don Antonio, y Don Arnaldo, cuyos hijos, y descendientes no estàn llamados, como yà vimos, ni aun sus mismos padres, sino en el caso de verificarse la condicion con que lo estaban.

122 El Jurisconsulto Papiniano (116) nos enseña, que aun quando no estuviessen puestos en condicion, como lo estàn los descendientes de todos los varones, y hembras, hijos del Testador, ò no estuviesse prevenido, que en el caso de morir sin infantes, debiesse succeder el substituto estraño: quedaria este excluìdo, por la existencia, ò supervivencia de qualquiera de ellos, no porque los tales hijos, y descendientes estèn llamados, y se entiendan gravados à favor del substituto estraño, sino porque hacen faltar la condicion de que dependia la substitucion

(116) *In leg. Cum avus* 102. *ff. de Condit. & demostrat.*

cion, ſiendo el efecto legal, que eſto produce, no el gravamen de Fideicommiſſo Real, y perpetuo, ò ſubſtitucion reciproca lineal, como en contrario ſe pretende, ſino la libertad de bienes en el inſtituìdo, ò anterior ſubſtituto, que eſtaba gravado à ſu reſtitucion en el ſolo caſo de morir ſin hijos; y por el miſmo hecho de tenerles, quedò relevado del gravamen, y con facultad de diſponer de ellos à ſu arbitrio, *nam quod ſub aliqua conditione datur, ſub contraria cenſetur ademptum.*

123 El gravamen, que en la clauſula ſeptima impuſo el Teſtatador à favor de ſu hermano Don Franciſco Sureda, (*N.*4.) y los ſuyos, no es puro, ſino condicional: no fue à favor de ſus hijos, y deſcendientes, ſino à favor de Don Franciſco, (*N.*4.) y los ſuyos; y en eſtos terminos no ſe alcanza, por què regla, una condicion, que ſolo ſe puſo para relevar à ſus hijos varones, y hembras, y ſus deſcendientes del gravamen, ha de obrar el efecto contrario contra la letra de la diſpoſicion, y contra la ſabia deciſsion del Juriſconſulto Papiniano. (117)

124 El Emperador Juſtiniano la aprobò en todo, y por todo; y por ſer tan del caſo ſus palabras, ocuparàn dignamente eſte lugar: *Cum acutiſsimi ingenij vir, & merito ante alios excellens Papinianus, in ſuis ſtatuerit reſponſis, ut ſi quis filium ſuum hæredem inſtituit, & reſtitutionis poſt mortem oneri ſubegit, non aliter hoc videri diſpoſuiſſe, niſi cum filius ejus, ſine ſobole vitam ſuam reliquerit. Nos hujus ſenſum merito mirati, pleniſsimum ei donamus eventum; ut ſi quis hæc diſpoſuerit, non tantum filium hæredem inſtituens, ſed etiam filiam, vel ab initio Nepotem, vel Neptem, Pronepotem, vel Proneptem, vel aliam deinceps poſteritatem, & eam reſtitutionis poſt obitum gravamini ſubjugaverit: non aliter hoc ſenſiſſe videatur, niſi ij qui reſtitutione onerati ſunt, ſine filijs, vel filiabus, Nepotibus, vel Neptibus, Pronepotibus, vel Proneptibus fuerunt defuncti: ne videatur Teſtator alienas ſucceſsiones propijs anteponere.*

(117) *Dict. leg. Cum avus* 102. *ff. de Condit. & demoſt.*

125 Del contexto literal de eſte Texto conſta, que aun quando los hijos, nietos, viznietos, y otros qualeſquier deſcendientes, eſtàn gravados à reſtituir por Fideicommiſſo la herencia del Teſtador, aunque no ſe expreſſe la condicion de morir ſin hijos, no ſe entiende eſtarlo, ſino en el caſo de no quedar poſteridad de ninguno de ellos; no porque el Legislador les imponga nuevo gravamen à favor del ſubſtituto, ni porque eſtime, que por ſu propia perſona tienen derecho à la ſucceſſion, ſino porque es viſto, que por la exiſtencia de qualquier deſcendiente del Teſtador, falta la condicion *ſi ſine liberis*, que tacitamente ſe ſobreentiende, aunque no ſe expreſſe, la qual por ſu naturaleza excluye al ſubſtituto.

126 *Si quis* (dice Papiniano, y repite el Emperador Juſtiniano) (118) *filium ſuum hæredem inſtituit, & reſtitutionis poſt mortem oneri ſubegit, non aliter hoc videri diſpoſuiſſe, niſi cum filius ejus, ſine ſobole vitam ſuam reliquerit.* Y aſsi la condicion de la clauſula VII. en que *faltando todos los*

(118) *In dict. leg. Cum acutiſsimi* 30. *Cod. de Fideicom.*

varones, y hembras, y ſus deſcendientes, ó muriendo ſin infantes, inſtituyò el Teſtador à ſu hermano Don Franciſco, (N.4.) no puede obrar otra coſa, que la excluſion de eſte, y los ſuyos, ſiempre que ſe verificaſſe, que todos los varones, y hembras, que antecedentemente havia llamado, murieſſen ſin infantes, ò no quedaſſe poſteridad de ninguno de ellos, que es à la letra la deciſsion de Papiniano, y la confirmacion del Emperador Juſtiniano.

127 Y para que ſe vea haver ſido eſta la mente del Teſtador, ſe debe tener preſente la deciſsion de varios Textos, que iluſtran los ſeñores Creſpì, Caſtillo, y otros, (119) los quales uniformemente deciden, y reſpectivamente enſeñan, que la primera ſubſtitucion es regla de todas las demàs; y que el orden de ſucceder, que eſtableciò el Teſtador en los que llamò en primer lugar, ſe entiende repetido en todos los ſiguientes; y conſtando de la clauſula II. que los hijos de Don Lorenzo, (N.7.) primer llamado, no eſtàn gravados, ni à ellos ſe les diò ſubſtituto, ſino à ſu padre: neceſſariamente reſulta, que no lo eſtàn en la VII. los infantes, ò deſcendientes legitimos de los varones, y hembras, que ſubſtituìa; porque el referido Don Franciſco (N.4.) no ſe halla ſubſtituìdo à los infantes, ò deſcendientes de los varones, y hembras que llamaba, ſino à los miſmos varones, y hembras de primer grado, que inſtituìa; y eſto no con un Fideicommiſſo puro, y abſoluto, ſino condicional, y dependiente de la condicion literal, y legal de morir ſin infantes.

(119) *Leg. Omnia* 32. §. *fin. ff. de Legat.* 2. *leg.* 3. §. *Titius*, & §. *Ante hæredis*, *ff. de Liber. & poſthum. leg.* 1. *Cod. de Impuberum & aliis ſubſt.* D. Creſpí *obſerv.* 22. *n.* 41. 42. & *ſeq.* D. Caſtill. *lib.* 4. *cap.* 9. *n.* 38. Menoch. *conſ.* 215. *n.* 177. *lib.* 3.

128 Y la miſma razon que prueba, que los hijos, y deſcendientes de Don Lorenzo, (N.7.) Don Juan Baptiſta, (N.8.) Don Antonio, (N.9.) y Don Arnaldo, (N.10.) no eſtán llamados por Fideicommiſſo real, perpetuo, y deſcenſivo: convence que no lo eſtàn los de los varones, y hembras, que inſtituyò el Teſtador en la referida clauſula VII.

129 Y es digno de eſpecial reflexion, que en Cathaluña, y Mallorca, las voces *hijos*, y *infantes*, ſe contraponen en aquel Idioma, en la propia forma, que en el latino *filij*, & *liberi*.

130 Y aſsi como el nombre de *hijos*, quando retiene ſu propia, y natural ſignificacion, ſe limita à los de primer grado, (120) à menos que la perpetuidad de la diſpoſicion le eſtienda con juſta, y legal interpretacion à los ulreriores: del miſmo modo el nombre *infantes*, equivalente al latino *liberi*, comprehende en ſu riguroſo, y legal ſentido qualeſquier deſcendientes *in infinitum*; (121) baxo de cuyo ſupueſto encontramos en las ſeis primeras clauſulas del Teſtamento de Don Arnaldo Sureda, (N.3.) lo miſmo que en la VII. y en eſta lo miſmo que en las antecedentes.

(120) D.Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 27. *ubi Add.*

(121) *Leg. Liberorum* 220. *ff. de Verbor. ſignificat. leg. fin. Cod. de Suis, & legitimis.* Peregrin. *de Fideicom. artic.* 19. *n.* 11.

131 Previno el Teſtador en la ſegunda, que ſi Don Lorenzo (N.7.) ſu hijo, murieſſe *ſin infantes legitimos, y naturales*; eſto es, *ſin deſ-*

deſcendientes legitimos, ſuccedieſſe el referido Don Juan Baptiſta: (*N.* 8.) luego todos los de Don Lorenzo eſtàn pueſtos en condicion, para excluſion del ſubſtituto, del miſmo modo que lo eſtàn en la VII. los de todos los varones, y hembras, que dexaba llamados en las antecedentes: es aſsi, que no hay razon, ni motivo legal para decir, que los deſcendientes legitimos de Don Lorenzo, que ſon los que ſe entienden por *infantes*, eſtèn gravados à favor de Don Juan Baptiſta, como conſta de los fundamentos expueſtos haſta aqui en eſta Alegacion: luego tampoco la hay para pretender, que los deſcendientes de que hablo el Teſtador en la clauſula VII. eſtèn gravados à favor de Don Franciſco, (*N.* 4.) y los ſuyos.

132 La razon es una miſma, y conſiſte en que la condicion que en ambas rige, eſtà pueſta à favor de la libertad, y para relevar al primer inſtituído, y demàs ſubſtitutos del gravamen, y no para inducir nuevo Fideicommiſſo perpetuo, lineal, y reciproco, como en contrario ſe pretende, ſin el menor apoyo en la letra del Teſtamento, y ſin fundamento legal, que lo perſuada.

133 Para que eſtuvieſſen llamados los *infantes*, ò deſcendientes legitimos de Don Lorenzo, y gravados à favor de Don Juan Baptiſta, era preciſo, que eſte ſe hallaſſe ſubſtituìdo à el ultimo de ellos, (122) y eſtuvo tan lexos de executarlo aſsi el Teſtador, que aunque llamò à Don Juan Baptiſta en caſo de morir *ſin infantes* Don Lorenzo, expreſsò, que le ſubſtituìa, no à los *infantes*, ſino à ſu padre. *Subſtituyo* (dice) *à aquel* (eſto es, à Don Lorenzo) *vulgarmente*, *pupilarmente*, *y por Fideicommiſſo*, *y à mì*, *heredero inſtituyo à Juan Baptiſta Sureda mi hijo.* (N.8.) En que ſe vè, que Don Lorenzo es el que eſtà gravado, y no ſus hijos, y deſcendientes, y que no quiſo el Teſtador gravarle con Fideicommiſſo puro, y abſoluto, ſino con una ſubſtitucion condicional, que por ſu naturaleza eſpira, por el miſmo hecho de no verificarſe la condicion de que dependia.

134 No quiſo el Teſtador dexar dudas, ſobre ſi la ſubſtitucion de Don Juan Baptiſta ſe hacia limitadamente à Don Lorenzo, (*N.* 7.) ò ſi debia entenderſe hecha á los hijos, y deſcendientes de eſte; y para cortarlas, proſiguiò en la clauſula III. mandando, que ſi Don Juan Baptiſta, (*N.* 8.) *murieſſe ſin infantes*, (eſto es, ſin deſcendientes legitimos) ſuccedieſſe Don Antonio, (*N.* 9.) guardando la miſma precaucion, que en la antecedente, de ſubſtituirle, no à los *infantes*, ſino à ſu padre: *Subſtituyo* (dice) *à aquel* (eſto es, à Don Juan Baptiſta) *vulgarmente*, *pupilarmenre*, *y por Fideicommiſſo*, *y à mì*, *heredero hago à Antonio Sureda*, *mi hijo.* (N.9.) (123)

135 En la IV. ſi el dicho Don Antonio murieſſe *ſin infantes*, le ſubſtituyò en la propia forma, y con las miſmas ſubſtituciones, à Don Ar-

(122) *Leg. Titia Seyo*, §. *Seja libertis*, *ff. de Legat.* 2. D. Creſpì *obſerv.* 21. *ex n.* 23.

(123) Memor. num. 16.

Arnaldo ſu hijo : (*N.*10.) *Subſtituyo* (dice) *à aquel* (eſto es, à Don Antonio) (N.9.) *vulgarmente, pupilarmente, y por Fideicommiſſo, y à mi, heredero inſtituyo à Arnaldo Sureda, mi hijo.* (N. 10.) (124)

(124)
Memor. num. 17.

136 En la V. (125) ſi el enunciado Don Arnaldo, (*N.* 10.) murieſſe *ſin infantes*, ſubſtituyò à los hijos poſthumos que tuvieſſe, con eſtas palabras : *Subſtituyo à aquel vulgarmente, pupilarmente, y por Fideicommiſſo, al primer hijo varon poſthumo que tuvieſſe, y deſpues à los otros varones de mayor à menor*; y hallandoſe concebida la ſubſtitucion de los poſthumos en una miſma clauſula, regida de un miſmo verbo, y en una miſma oracion, debe entenderſe en la propia forma, que en las antecedentes, *ex vi pariformis determinationis.* (126) De forma, que ſe entiende, y debe entender hecha à los miſmos poſthumos varones, hijos immediatos del Teſtador, ſi los huvieſſe tenido, y no à los infantes, y deſcendientes de ellos, que ni ſe hallan llamados, ni nombrados.

(125)
Memor. num. 18.

(126)
Leg. Jam hoc jure 4. *ff. de Vulgari. leg. Lucius Titins* 45. *ff. de Condit. inſtitution. leg. Quamvis* 4. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitution. leg. In Teſtament.* 6. *Cod. de Teſtamento militis.* D. Creſpì *obſerv.* 41. *ex n.* 40. *ad* 71.

137 En la clauſula VI. (127) deſpues de todos los varones, ſi herederos ſuyos no fueſſen, ò lo fueſſen, y murieſſen en qualquier tiempo ſin infantes, inſtituyò el Teſtador à Doña Franciſca, (*N.* 11.) y deſpues à las otras hembras de una à otra, haſta la ultima; y aunque no ſon eſtas formalmente las palabras de la clauſula VI. no admiten otro ſentido, como conſta de ella miſma, y de la V. que immediatamente la precede : y por una, y otra ſe vè, que el defecto de qualquiera de las tres condiciones con que eſtaba concebido el llamamiento de Doña Franciſca, le huviera deſvanecido, como realmente ſucediò; pues aunque por la premoriencia de Don Juan Baptiſta, (*N.*8.) caducò ſu grado, haviendo dexado dos hijas, que fueron Doña Ana Maria, y Doña Coſtanza, (*N.* 13. *y* 14.) cuya exiſtencia, y ſupervivencia obſtò à todos los ſiguientes ſubſtitutos, y les excluyò de la ſucceſsion, como queda demoſtrado, y prueba el ſeñor Creſpì, no pudiera pretender la dicha Doña Franciſca, (*N.* 11.) ſi oy vivieſſe, no ſolo por lo que và dicho, ſino tambien, porque haviendo premuerto à Don Lorenzo ſu hermano, quedò caduco ſu llamamiento.

(127)
Memor. num. 19.

138 Y es digno de eſpecial nota, que las demàs hembras, hijas del Teſtador, que de una à otra, haſta la ultima, ſe hallan ſubſtituìdas en la miſma clauſula VI. (128) lo eſtàn à la expreſſada Doña Franciſca; (*N.* 11.) pero no à ſus hijos, y deſcendientes con nombre de *infantes*, ni con otro alguno : de forma, que ſi qualquiera de ellas en ſu caſo, heredera ſuya no fueſſe, ò lo fueſſe, y murieſſe en qualquier tiempo ſin infantes, ſuccedieſſe la ſiguiente, entendiendoſe ſubſtituìda, *no à los infantes, ó al ultimo deſcendiente*, ſino à las miſmas hijas immediatas, que ſon las que ſe hallan llamadas.

(128)
Memor. num. 19.

139 En la clauſula VII. (129) *faltando todos los varones, y hembras, y ſus deſcendientes, ò muriendo ſin infantes*, inſtituyò el Teſtador

(129)
Memor. num. 20.

à

à Don Franciſco ſu hermanō, y à los ſuyos; pero no llamò à los deſcendientes de eſtos, sì que les gravò con un Fideicommiſſo condicional, ſi qualquiera de ellos, ò ſus deſcendientes murieſſen ſin infantes, no à favor de ſu propia poſteridad, ſino al de Don Franciſco Sureda, (*N.*4.) y los ſuyos.

140 Cotejada à la letra eſta clauſula con la doctrina terminante del ſeñor Molina, (130) ſe hallarà decidida la queſtion, y probada con evidencia la libertad de bienes en qualquiera de los hijos, ò hijas del Teſtador; *Quando alicui* (dice) *bona aliqua relinquntur ea lege ut illa alteri reſtituat*, SI SINE FILIJS MORTUUS FUERIT: *ſi ille cum filijs moriatur expiravit ſubſtitutio, etiam ſi filij ejuſdem, ſine filijs illico mortui fuerint.* (131)

141 Don Juan Baptiſta (*N.*8.) tuvo dos hijas, que fueron Doña Maria, y Doña Coſtanza Sureda. (*N.* 13. *y* 14.) Qualquiera de ellas hizo faltar la condicion del llamamiento de Don Franciſco, (*N.*4.) y los ſuyos. Doña Franciſca (*N.*11.) tuvo quatro hijos, que fueron Don Juan Antonio, (*N.*15.) Doña Magdalena, (*N.*16.) Doña Iſabèl, (*N.*17.) y otra Doña Franciſca, que fue Religioſa: (*N.*18.) luego ſi qualquiera de ellas, que murieſſen con hijos, hace faltar la condicion con que eſtaba llamado el ſubſtituto, y en ſu conſequencia eſpira la ſubſtitucion, aunque los hijos de eſtos mueran ſin hijos: es evidente, que no ſolo carecen de llamamiento por Fideicommiſſo real, perpetuo, y deſcenſivo los hijos, y deſcendientes de los varones, y hembras del Teſtador, sí que quedò enteramente deſvanecida la ſubſtitucion de Don Franciſco, (*N.*4.) y los ſuyos; porque como yà diximos con el ſeñor Molina, *quando alicui bona aliqua relinquuntur ea lege, ut illa alteri reſtituat*, SI SINE FILIJS MORTUUS FUERIT: *ſi ille cum filijs moriatur expiravit ſubſtitutio, etiam ſi filij ejuſdem, ſine filijs illico mortui fuerint.*

142 Cotejeſe una, y mil veces eſta doctrina con la letra de la clauſula VII. y ſe hallarà deſvanecido el figurado Fideicommiſſo real, perpetuo, y deſcenſivo, que pretende Don Juan Truyols, (*N.* 27.) como viznieto de la dicha Doña Franciſca; (*N.*11.) porque por el miſmo hecho de haver premuerto eſta con hijos, quedò deſvanecida la ſubſtitucion, y excluìdos, no ſolo Don Franciſco, y los ſuyos, que condicionalmente ſe hallaban ſubſtituìdos, ſino todos los deſcendientes de los miſmos hijos del Teſtador, de uno, y otro ſexo, que no lo eſtaban, ſino *ſimpliciter* pueſtos en condicion.

143 Y no es menos literal la deciſsion del Emperador Juſtiniano, que yà queda referida, (132) en que ſi el Teſtador inſtituye heredero à ſu hijo, ò hija, nieto, ò nieta, viznieto, ò viznieta, *vel aliam deinceps poſteritatem, & eam reſtitutionis poſt obitum gravamini ſubjugaverit: non aliter hoc ſenſiſſe videatur, niſi ij, qui reſtitutione onerati ſunt, ſine filijs, vel filiabus, nepotibus, vel neptibus, pro nepotibus, vel pro neptibus fuerint defuncti.* De forma, que ſegun eſta terminantiſsima deciſion,

(130) Molin. *lib.*1. *cap.*6. *n.* 16.

(131) *Leg. Cum uxori, Cod. Quando dies legati cedat, & leg. Hæredibus in principio, ff. Ad Trebelian.* Oldradus *conſ.* 21. Caſanate *conſ.*4. *& ſeqq.*

(132) *In leg. Cum acutiſsimi* 30. *Cod de Fideicom.*

por el miſmo hecho de haver tenido hijos Doña Franciſca, (*N.*11.) como les tuvieron tambien Don Juan Baptiſta, (*N.*8.) y Doña Iſabèl, (*N.*12.) quedò enteramente deſvanecida la ſubſtitucion de Don Franciſco, y los ſuyos, y libre la herencia del Teſtador.

144 Y es digno de eſpecialiſsima nota, que en ninguna de las clauſulas de eſta Diſpoſicion, ſe hallan gravados à favor del ſubſtituto, ni de otra forma, los hijos de Don Lorenzo, Don Juan Baptiſta, Don Antonio, Don Arnaldo, los poſthumos varones, ni generalmente los infantes, ò deſcendientes de los hijos varones, y hembras del Teſtador; porque ſolo à los hijos de primer grado, que entonces tenia, y tuvieſſe en adelante en calidad de poſthumos, ſe hallan ſubſtituìdos los hijos que entonces tenia, y en adelante tuvieſſe de uno, y otro ſexo, en la forma que explican las clauſulas.

145 Y no es menos digno de eſpecial nota, que los infantes de los tales hijos, no eſtàn inſtituìdos, ni llamados, aun por la ſubſtitucion vulgar, pupilar, y fideicommiſſaria, que por ſu naturaleza ſon perſonales.

146 No hay en todo el tenor de la Diſpoſicion palabra alguna, que pueda aludir à Fideicommiſſo real, perpetuo, y deſcenſivo; ni à orden lineal, y de primogenitura entre los deſcendientes del Teſtador, ſino una mera repeticion en la clauſula VII. de las precedentes; porque el gravamen que contiene à favor del ſubſtituto eſtraño, no eſtà impueſto à ſus infantes, ò deſcendientes, ſino à los miſmos hijos immediatos, ò de primer grado, que acababa de llamar, porque conſtando, que en las ſeis clauſulas primeras llamò à ſus propios hijos, yà nacidos, yà los poſthumos de uno, y otro ſexo, por la *vulgar*, *pupilar*, y *fideicommiſſaria*, previò, que podian ſucceder los tres caſos, en que reſpectivamente pueden verificarſe.

147 Havia inſtituìdo heredera univerſal à Doña Lucrecia Deſpuig ſu muger: ſabia, que durante la vida de eſta, y antes de ſu adicion, podian morir todos ſus hijos, en cuyo caſo ſe havria verificado la primera condicion de la clauſula VII. que es la de *faltar todos los varones, y hembras*; y en tal caſo huviera ſuccedido por la vulgar directa Don Franciſco Sureda ſu hermano. (*N.*4.)

148 Previò, que no ſolo podian faltar ſus hijos varones, y hembras, ſino tambien los deſcendientes de eſtos, en cuyo caſo havria tenido lugar à favor del miſmo Don Franciſco (*N.*4.) la propia ſubſtitucion *vulgar*.

149 Conſiderò, que todos ſus hijos, ò alguno de ellos, podian llegar à ſer ſus herederos, como con efecto lo fue Don Lorenzo; (*N.*7.) y para eſte caſo diò providencia en las clauſulas ſegunda, y ſiguientes, reducida à que ſi el miſmo Don Lorenzo, ò qualquiera de los demàs varones, y hembras yà nacidos, ò que nacieſſen, murieſ-

ſen

ſen ſin *infantes id eſt liberis*, *vel deſcendentibus*, ſuccedieſſe ſu hermano Franciſco, (*N.*4.) y los ſuyos.

150 Y porque podia ſuceder, que murieſſen en pupilar edad, ſubſtituyò à Don Juan Baptiſta, (*N.*8.) y à todos los demàs reſpectivamente, no ſolo por la *vulgar*, *y fideicommiſſaria*, ſino tambien por la pupilar, y la compendioſa, que las comprehende todas.

151 No paròen eſto ſu cuidado, antes bien conſiderando, que pendia del abſoluto arbitrio de Doña Lucrecia ſu muger, admitir, ò no la herencia que la dexaba por el titulo univerſal de inſtitucion: diſtinguiò los dos caſos que podian ſuceder, dexando lugar à la inſtitucion, y ſubſtitucion *vulgar directa*, ſi Doña Lucrecia no aceptaba la herencia, y tambien à la *vulgar Anomala*, para el caſo contrario, que fue el de la aceptacion; por cuyo medio, y el de la ſubrogacion legal de los grados que ella obra, precaviò los inconvenientes de la caducacion, y aſſeguròel intento de que ninguno de ſus hijos quedaſſe con mas gravamen, que el que literalmente les impuſo, dependiente ſiempre de las condiciones que previno, ſin tranſcender à otra alguna, ni à ulterior ſubſtitucion.

152 De que reſulta, que la de Don Franciſco Sureda, (*N.*4.) y los ſuyos, fue *vulgar directa*, *y Anomala*, *pupilar*, *y fideicommiſſaria*. *Directa*, para el caſo de no adir la herencia Doña Lucrecia, y haver premuerto al Teſtador todos ſus hijos. *Anomala*, para el contrario de haverla admitido. *Pupilar*, para el de haver ſobrevivido Don Lorenzo qualquiera de los demàs hijos, en quienes ſe verificaſſe la inſtitucion, y morir deſpues en pupilar edad. Y *fideicommiſſaria*, para el de morir ſin *infantes*, *id eſt liberis*, *vel deſcendentibus*, el heredero.

153 En qualquiera de eſtos caſos ſe havria verificado literalmente el llamamiento de Don Franciſco Sureda. (*N.* 4.) En el primero, porque caducada la inſtitucion, y las ſubſtituciones *vulgares directas*, empieza el Teſtamento por el ſegundo, ò ulterior grado; (133) y aſsi es llano, que ſi todos los primeros inſtituìdos huvieſſen premuerto à el Teſtador, havria ſuccedido Don Franciſco, aunque eſtraño, por la *vulgar directa*.

154 En el ſegundo, porque una vez admitida por Doña Lucrecia la herencia, y por Don Lorenzo ſu hijo, la eleccion, que en calidad de Comiſſaria, ò heredera fiduciaria, hizo ſu madre à ſu favor, ſi huvieſſen premuerto los demàs ſubſtitutos *ſin hijos*, *ni deſcendientes*, y deſpues Don Lorenzo *ſin infantes*, havria ſuccedido Don Franciſco, (*N.*4.) mediante la *vulgar Anomala* por la ſubſtitucion *fideicommiſſaria*, reponiendoſe en el lugar, y grado del immediato ſubſtituto, que era Don Juan Baptiſta, (*N.*8.) y ſolo quedò excluido, por obſtarle el defecto de la condicion, como hemos viſto, y por la ſupervivencia de Doña Iſabèl. (*N.*12.)

(133) §.1.2.&3. *inſtituta de Vulgar. ubi omnes. leg.* 2. §. *Defertur* 4. *ff. de Bonor. poſſeſſ. ſecund. Tabul. leg. Si ita* 28. *ff. de Hæred. inſtit. leg.* 2. §. *penult. & fin. leg. Si titius* 27. *& leg. Cohered.* 41. *ff. de Vulgar.* Gomez *Variar. p.*1. *cap.* 3. *n.* 2. & 3. D. Covarr. *in cap. Rainutius*, §.4. *de Teſtam.*

En

155 En el tercero, pōrque no tiene duda alguna, que ſi Don Lorenzo, primer inſtituìdo, huvieſſe muerto en pupilar edad, premuertos todos ſus hermanos, havria tenido lugar à favor del dicho Don Franciſco la ſubſtitucion pupilar, ſubrogandoſe por medio tambien de la *vulgar Anomala*, en el lugar, y grado de Don Juan Baptiſta, primer ſubſtituto.

156 Sin que lo pueda embarazar, que en la clauſula VII. no hicieſſe mencion el Teſtador de eſta eſpecie de ſubſtitucion; porque baſta haverla ordenado en la ſegunda, donde eſtableciò la regla de ſuceder, y primer llamamiento, cuyo orden ſe entiende repetido en los demàs: à que ſe llega, no ſolo el hecho cierto de haver ſubſtituìdo pupilarmente à todos ſus hijos nacidos, y poſthumos en las ſeis clauſulas primeras, ſino tambien haver uſado en todas de la compendioſa, para facilitar la entrada à los ſubſtitutos en qualquier caſo de los que dexaba prevenidos.

157 Y finalmente, ſi todos los hijos, y hijas nacidos, y poſthumos del Teſtador, huvieſſen muerto ſin infantes, ò deſcendientes legitimos, que es lo miſmo, havria ſuccedido al Teſtador por la *fideicommiſſaria*, por ſer eſte el preciſo caſo que previno en la clauſula VII.

158 Eſte es ſu verdadero, y natural ſentido, fundado en la letra del Teſtamento, y en las reglas conocidas de Derecho; pero querer contra principios tan notorios, y à peſar del miſmo Teſtador, que unas ſubſtituciones perſonales ſean lineales, y que un Fideicommiſſo temporal, y condicional ſea perpetuo, y abſoluto, con el ſolo pretexto de haver epilogado en la clauſula VII. lo miſmo que dexaba diſpueſto en las ſeis primeras, es el intento mas eſtraño, que pueda imaginarſe.

159 Donde hallò Don Juan Truyols, (*N.*27.) que en la dicha clauſula VII. tiene llamamiento real, perpetuo, y deſcenſivo, y que le tuvo tambien Don Juan Antonio, (*N.*15.) ſu abuelo? Dice, que el ultimo deſcendiente de todos los varones, y hembras, eſtà gravado à favor de Don Franciſco, (*N.*4.) y los ſuyos; pero eſto es incierto, como hemos viſto, y ſolo verdad, que muriendo todos ellos (uno de los quales fue Doña Franciſca) (*N.*11.) ſin infantes, inſtituyò por ſu heredero el Teſtador à el dicho Don Franciſco Sureda, (*N.*4.) y los ſuyos.

160 Quien ſepa con fundamento, què es lo que quieren decir eſtas palabras, ſabrà, que ſolo contienen una repeticion de todo lo que dexaba diſpueſto en las clauſulas antecedentes, como ſe ha dicho, y una ſubſtitucion, ò Fideicommiſſo perſonal à favor del dicho Don Franciſco, (*N.*4.) y los ſuyos, no pura, y abſoluta, ſino condicional, y dependiente de morir qualquiera de ſus hijos, varones, ò hembras,

y

y ſus deſcendientes ſin infantes, que ſe deſvaneciò, por el miſmo hecho de haverles tenido Doña Franciſca Sureda, (*N.*11.) hija del Teſtador, y llamada en la clauſula VII. quales fueron Don Juan Antonio, (*N.*15.) Doña Magdalena, (*N.*16.) Doña Iſabèl, (*N.*17.) y Sor Franciſca, (*N.*18.) como vimos con el ſeñor Creſpì, (134.) y enſeñan el Juriſconſulto Papiniano, (135) y el Emperador Juſtiniano. (136)

161 Y eſtando Don Juan Antonio literalmente excluido, por haver faltado la condicion de morir ſin hijos la dicha Doña Franciſca, (*N.*11.) que lo era del Teſtador, como tambien Don Juan Baptiſta, y Doña Iſabèl: (*N.*8. *y* 12.) no hay razon, ni fundamento para decir, que los deſcendientes de ſus hijos, varones, y hembras, que eſtàn literalmente excluìdos, ſe hallan llamados por Fideicommiſſo real, perpetuo, y deſcenſivo.

162 Faltò la poſteridad de Don Lorenzo, Don Juan Baptiſta, Don Antonio, y Don Arnaldo, (*N.* 7. 8. 9. *y* 10.) y por lo miſmo ſe deſvanecieron las ſubſtituciones vulgar, y fideicommiſſaria, de que dependian los ulteriores llamamientos, y eſpecialmente el de Doña Franciſca; (*N.*11.) porque à mas de haver premuerto à ſus quatro hermanos, havian faltado todas las expreſſadas condiciones; y Don Juan Antonio ſu hijo, (*N.*15.) ni eſtaba llamado, ni gravado, ſino pueſto en condicion, para el caſo, que no ſucediò, de morir ſin infantes la dicha Doña Franciſca ſu madre; de forma, que por el miſmo hecho de haver ſobrevivido à eſta los de los numeros 15.16.17.y 18. que eran ſus hijos, quedaron enteramente deſvanecidas las ſubſtituciones de los poſthumos, que contiene la clauſula VI. las de todos los varones, y hembras, que ſe lee en la VII. y la de Don Franciſco, (*N.*4.) y los ſuyos.

163 Dice, que la ſubſtitucion con que eſtà llamado, como deſcendiente de Don Juan Antonio ſu abuelo, es reciproca lineal, aſsi por hallarſe hecha al ultimo moriente, como por eſtàr gravados todos los deſcendientes de los hijos varones, y hembras del Teſtador; pero quiſiera que me dixeſſen ſus Defenſores, donde ſe encuentra el gravamen de los deſcendientes, ni la ſubſtitucion hecha al ultimo de ellos, que murieſſe, ni el Fideicommiſſo reciproco, y lineal, que ſe figùra. Ni en la clauſula VII. ni en toda la Diſpoſicion ſe halla gravamen alguno impueſto à los deſcendientes, ſino una mera ſubſtitucion perſonal, y dependiente de una condicion que faltò.

164 No hay en todo el Teſtamento ſubſtitucion hecha al *ultimo moriente*: no ſe habla en èl de perpetuidad, orden primogenial, ò ſucceſsivo, ni de ſubſtitucion reciproca lineal, porque eſta no ſe preſume, sì que es preciſo que conſte haverla eſtablecido el Teſtador, no como quiera, ſino con palabras claras, y expreſſas, que manifieſten ſu voluntad. (137)

(134) D.Creſpí *lib.*1.*cap.*6. *n.* 18.

(135) *In leg. Cum avus* 102. *ff. de Condit.& demoſt.*

(136) *In leg. Cum acutiſsimi* 30. *Cod. de Fideicom.*

(137) Peregrin. *de Fideicomm. art.* 13. *ex n.* 75. D. Leon *deciſ.* 121. *ex n.* 63. Card. de Luca *de Fideicom. diſc.* 101. *ex n.* 2. & *diſc.*106. *ex num.*11. Cancer.*Var. p.*1.*cap.* 1. *n.* 282. *cum ſeqq.* Card.Seraphinus *deciſ.*1023. *per tot.*

165 Y quando no es expreſſa, ſon neceſſarias para inducirle, y eſtablecer una reciproca lineal entre los deſcendientes del Teſtador copulativamente tres coſas. La primera, que todos eſtèn llamados. La ſegunda, que lo eſtèn al todo de la herencia. Y la tercera, que à todos, y *al ultimo de ellos* que murieſſe, ſe les haya dado ſubſtituto: *Quod omnes ſint vocati; quod gravamen ſit in tota hæreditate; & quod eis, & ULTIMO MORIENTI facta ſit ſubſtitutio.* (138)

166 Requiereſe, que todos eſtèn llamados, porque ſi no lo eſtàn, no pueden quedar gravados à favor del ſubſtituto, ni en otra forma: (139) Que lo eſtèn al todo de la herencia, porque de lo contrario, no pudieran reſtituirla: (140) Y finalmente, que eſtè gravado el ultimo de ellos, que murieſſe, (141) *alioquin* (dice el ſeñor Creſpì) (142) *quilibet poterit ſubſtituto ſuo in caſu reſtituere, & neceſſe non erit, ut poſiti in conditione, ad invicem ſibi hæreditatem reſtituant.*

167 Todo lo comprehendiò el Juriſconſulto Paulo en el cèlebre Texto, (143) à que recurren todos los AA. y es el capital de la materia: *SEYA* (dice) *libertis ſuis fundum legavit, fideique eorum ita commiſit: fidei autem veſtræ VERE, & SAPIDE committo, ne eum fundum vendatis: eumque qui ex vobis, ULTIMUS DECESSERIT, cum morietur, reſtituat SIMPHORO liberto meo, & ſucceſſori, & BERILO, & SAPIDO, quos infra manumiſi, quive ex his tunc ſupervivent. Quæro cum nec in prima parte Teſtamenti quæ fundum prælegavit, eos ſubſtituit: in ſecunda tamen adjecerit verbum QUI ULTIMUS DECESSERIT. An pars uniùs defuncti ad alterum pertineret. Paulus reſpondit, Teſtatricem videri in eo Fideicommiſſo de quo quæritur duos gradus ſubſtitutionis feciſſe, ut is, qui ex duobus prior morietur, alteri reſtitueret, alterum, ut noviſſimus ijs reſtitueret, quos nominatim poſteà enumeravit.*

168 En eſta cèlebre deciſsion ſe vèn literalmente prevenidos los tres expreſſados requiſitos. El primero, que todos eſtèn llamados, como lo eſtaban en la eſpecie de eſte Texto, ibi: *Seya libertis ſuis fundum legavit.* El ſegundo, que lo eſtèn al todo de la herencia, ò reſpectivamente al del Legado, ibi: *Fidei autem veſtræ, VERE, & SAPIDE committo, ne eum fundum vendatis*; pues mal pudieran venderle, ſi no ſe les huvieſſe legado todo, & ibi: *Ut is qui ex duobus, prior morietur alteri reſtitueret.* Y el tercero, que el ultimo moriente ſe halle gravado expreſſamente à ſu reſtitucion, ibi: *Eumque qui ex vobis ULTIMUS DECESSERIT, cum morietur reſtituat SIMPHORO liberto meo*: en que ſe vè verificada la neceſsidad copulativa de los tres enunciados requiſitos. En eſtos terminos dice el Juriſconſulto, que en el Fideicommiſſo de que trataba, fue viſto hacer el Teſtador dos grados de ſubſtitucion. Uno, para que el primero de ellos que murieſſe, reſtituyeſſe al otro el Legado. Y otro, que el ultimo moriente lo reſtituyeſſe à los ulteriores ſubſtitutos, como conſta de la letra.

(138) Peregrin. & cœteri proximè citat. D. Creſpì *obſerv.* 21. *ex n.* 23.

(139) *Leg. Ab eo* 9. *Cod. de Fideicom.*

(140) *Leg. Qui duos* 42. *ff. de Vulgari.*

(141) *Leg. Lucius* 78. §. *Gayo ſeyo, ff. Ad Trebelian.*

(142) D. Creſpi *dict. obſerv.* 21. *n.* 23. & 24.

(143) *Leg. Titia Seyo* 87. §. *Seya libertis, ff. de Legat.* 2.

169 En el caso presente consta, que Don Francisco Sureda, (*N.* 4.) y los suyos, estaban substituìdos en toda herencia, pero no que los hijos del Testador, y sus descendientes, estuviessen llamados, y mucho menos substituìdos reciprocamente, como lo estaban en el caso de este Texto, que es el segundo requisito; ni tampoco, que el ultimo de ellos que muriesse, se hallasse gravado à favor del dicho Don Francisco; ni que la sustitucion de este se hiciesse à los *infantes*, *ò descendientes de los hijos immediatos del Testador*, *ni al ultimo de ellos*, por haverse hecho solo *à los mismos hijos* de primer grado, como hemos visto.

170 Luego si para que tenga lugar el Fideicommisso reciproco, es necessario, que todos los descendientes estèn llamados, y que el ultimo de ellos que muriesse, se halle gravado à favor del substituto, faltando estos dos requisitos, como queda demostrado, falta por consiguiente el Fideicommisso reciproco.

171 Y si esto militaria incontextablemente, aun quando se tratasse de inducirle temporal: què dirèmos quando, como en este caso, se pretende que le haya perpetuo, y lineal, sin que en toda la sèrie de la Disposicion haya la menor enunciativa de perpetuidad, lineas, primogenitura, representacion, ni orden lineal?

172 Querer Don Juan Truyols, que el ultimo descendiente de los hijos, y hijas del Testador estè gravado à restituìr toda la herencia al substituto, ò que lo estè el ultimo moriente, cuyas palabras, ni otras equivalentes à estas, no se leen en toda la Disposicion, es contra el tenor literal de ella: y ni es justo suplir los hechos, ni atribuirle la voluntad que no tuvo, ni una Disposicion que no hizo, incompatible con las siete clausulas que contiene, porque en ninguna de ellas, como hemos visto, se halla dado substituto por ninguna especie de substitucion à los infantes, ò descendientes, sino á los hijos immediatos de ambos sexos, que tenia, y en adelante tuviesse, en calidad de posthumos, ò en otra forma.

Por cuyos motivos, y los demàs que tendrà presentes la superior sabiduria del Consejo, espera el Marquès, que se confirmarà en todo, y por todo la Sentencia de Revista referida. S. S. J. O. T. S. D. C.

Doct. D. Juan de Riambau.

BIBLIOTECA DE TEOLOGIA GRANADA

FACULTAD de TEOLOGIA
GRANADA

FACULTAD de TEOLOGIA
GRANADA