

4-10

21

Todas alegaciones en dño.



Libro de medicina en verso



JESUS,
MARIA, Y JOSEPH.

P O R

EL ABAD, Y MONGES DEL
Monasterio de San Basilio el Magno de esta
Corte, à nombre, y por representacion del
Padre Don Joseph Miguèl de la Cruz
Aedo, Religioso professo
en èl.

C O N

EL PREPOSITO DE LA CONGREGACION DE S. PHELIPE
Neri de esta Corte; Don Francisco Xavier de Narvarte, Cavallero
del Avito de Santiago, Marquès de Ugena, y Capitan del Regi-
miento de la Reyna nuestra Señora; y Don Antonio de Castro, y
Fontecha, Alcalde de Hijos-Dalgo de la Real Chancilleria de
Granada, como Marido, y conjunta Persona de Doña
Vicenta de la Cruz Aedo.

S O B R E

LA SUCCESSION DE LOS BIENES, QUE ASSIPOR
su propria Legitima, como por Herencia de D. Juan Fran-
cisco de Goyeneche, Marquès que fuè de Ugena, perte-
necieron libremente à Doña Maria Antonia de Goyeneche,
su Hija unica, que murió Infante.



Faint, mirrored text, likely bleed-through from the reverse side of the page. The text is mostly illegible but appears to contain names and titles.

N.
Ma
ella
los
Ma
mit
la M
pup
tan
mu
pre
Pa
te,
sup
los
de
Do
pod
Do
y
mu
à f
mi
fe
cio
oto
Ma
col
vac
la m
bie
po
dar

N. 1.



RETENDE el Monasterio, (1) que se declare por nulo, y de ningun valor, y efecto, el gravamen, que la Marquesa de Ugena Doña Isabèl Maria de la Cruz Aedo, impuso à Doña Maria Antonia de Goyeneche su Hija unica (que murió infante) en el propio Patrimonio de esta, y en su Legitima Materna; y que en su consecuencia lo fueron, en lo respectivo à ella, y à los propios bienes de dicha Pupila, las fundaciones de los dos Mayorazgos, que en su Codicilo mandò hacer la dicha Marquesa, y executò de su orden, y en virtud de su Poder, y Comission, el Padre Don Nicolàs Gallo; y que por no haver podido la Marquesa substituir pupilarmente, ni dado de hecho substituto pupilar à dicha Doña Maria Antonia su Hija infante en su Testamento, murió intestada, y intestable; declarando, que por su muerte tuvo lugar la sucesion *ab intestato* en todo lo que comprehende su Legitima, y propio Patrimonio, à favor del dicho Padre Don Joseph de la Cruz Aedo su Tio, y mas cercano pariente, y del dicho Monasterio, que le representa: condenando à los supuestos posehedores de unos, y otros bienes, y especialmente à los referidos Don Francisco Xavier de Narvarte, y Don Antonio de Castro, y Fontecha, como Marido, y conjunta persona de Doña Vicenta de la Cruz Aedo, à la restitucion de todos los que por su Legitima, y propio Patrimonio, pertenecieron à la dicha Doña Maria Antonia de Goyeneche; juntamente con los frutos, y rentas, que han rentado, y podido rentar desde el dia de su muerte, hasta la real, y efectiva restitucion de ellos: y haciendo à favor del Monasterio las demàs declaraciones, y pronunciamientos que mas utiles sean à su derecho.

2 La parte de la Congregacion, y demàs Interessados piden, se declaren por validas, firmes, y subsistentes las ultimas disposiciones, que la dicha Doña Isabèl Maria, Marquesa de Ugena, otorgò por si, y à nombre del Marquès su Marido, y de Doña Maria Antonia su Hija: como tambien la que el Padre Don Nicolàs Gallo, Presbytero de la Congregacion del Oratorio del Salvador del Mundo, otorgò, en fuerza del Poder, que le confiriò la mencionada Marquesa; y que en su consecuencia lo son tambien, la substitucion pupilar, y fundaciones de Mayorazgos, que por ellas, y en virtud de Real Facultad à este fin concedida, quedaron establecidas: mandando, que en todo, y por todo se lleyen

(1)
Mem. num. 4.

(2)
Mem.num. 5.

(3)
Mem.num. 6.

ven à puro , y debido efecto , segun , y como en las citadas disposiciones se contiene ; (2) y que en su consecuencia se les mantenga , y ampare en la possession referida de los bienes asignados à los expressados Mayorazgos : denegando al Abad , y Monges de dicho Monasterio su pretension , con imposicion de perpetuo silencio , y costas. (3)

3 Para demostrar la justicia que en si contiene la pretension del Monasterio ; y proceder con la claridad , y distincion que corresponde à tan grave assumpto : dividiremos esta Alegacion en seis Partes : probando previamente , que el Monasterio tiene por representacion del Padre Don Joseph de la Cruz Aedo , Religioso Professo en el , el mismo derecho à esta succession , que tendria el dicho Religioso , si hoy se hallasse en el siglo ; à excepcion de la Dignidad de Marquès de Ugena , Señorìo de esta Villa , Jurisdiccion Secular , Derechos Dominicales , y demàs Regalìas.

4 Y con este fundamento demostraremos en la primera , que à Doña Maria Antonia de Goyeneche , cuya succession se controvierte , perteneciò en plena propiedad , y dominio la mitad de los bienes , y herencia del Marquès su Padre ; no como quiera , sino libre de todo gravamen , substitution , restitucion , Fideicomisso , y Mayorazgo ; y la otra mitad à la Marquesa su Madre , como heredera de Doña Maria Josepha su Primogenita , que la premuriò.

5 En la segunda : que no pudo dicha Marquesa fundar Mayorazgo del tercio , y quinto de los bienes de su Marido , en la forma , que lo executò , ni conforme à Derecho , y Leyes del Reyno , ni en fuerza de la Facultad Real.

6 En la tercera , que del Testamento de la Marquesa Doña Isabèl Maria de la Cruz , no resulta fundacion de Mayorazgo alguno ; antes bien atendido su tenor , quedò intacta la libertad , con que Doña Maria Antonia su Hija heredò la mitad de los bienes del Marquès su Padre : y quedò igualmente libre la Legitima , que por beneficio de la Ley , se la defiriò , y la competia de la herencia Materna , en que se comprehendian , no solo los propios bienes de su Madre , sino tambien la mitad de los del Marquès , que esta havia heredado de Doña Maria Josepha su Hija mayor premuerta. Y que aun quando se estimasse que en el se la impuso algun gravamen : seria nulo , y de ningun valor , y efecto.

7 En la quarta se demonstrarà mas plenamente la nulidad de la ideada Fundacion , que se dice hecha en el Testamento ; y à mayor abundamiento se probarà , que aunque en fuerza de la Facultad Real , huviera podido la Marquesa , no solo fundar los Ma-



2
yorazgos, que previene, en cabeza de sus dos Hijas, sino tambien testar por ellas, y substituir las pupilarmente, gravandolas en sus legitimas, y proprio Patrimonio, si la huviesse sobrevivido: por el mismo hecho de haver premuerto la una, despues de obtenida la Facultad; quedò ineficaz, y sin efecto, y debe tenerse por no escrito qualquier gravamen, que por via de substitucion pupilar, ò en otra forma huviesse impuesto à su Hija unica en su Legitima, y proprio Patrimonio: assi en el Testamento, como en el Codicilo.

8 En la quinta: que las Fundaciones de los dos Mayorazgos, que mandò hacer la Marquesa en su Codicilo, y executò de su orden el Padre Don Nicolàs Gallo: solo pudieron subsistir en lo respectivo al Titulo de Marquès, Jurisdiccion, Señorìo, y Vassallage de la Villa de Ugena, y demàs Lugares, Regalìas, y Derechos Dominicales, y al quinto de los demàs bienes, que quedaron por su muerte: y por lo mismo fueron nulas, y de ningun valor, y efecto en quanto à la Legitima Materna, y proprio Patrimonio de Doña Maria Antonia su Hija unica, y tuvo lugar en uno, y otro la sucesion *ab intestato*, à favor del Padre Don Joseph, y del Monasterio que le representa.

9 Y en la sexta: que quando por imposible pudiesse valer la substitucion, que se dice hecha en el Codicilo, como *Fideicommissio Pupilar*, comprensivo de toda la herencia de Doña Maria Antonia: competeria al Monasterio, por representacion del Padre Don Joseph, la Quarta Trebelianica de toda ella.

ARTICULO PREVIO

QUE EL MONASTERIO TIENE POR REPRESENTACION del Padre Don Joseph de la Cruz Aedo, Religioso professo en el, el mismo derecho à esta sucesion, que tendria el dicho Religioso, si hoy se hallasse en el siglo; à excepcion de la Dignidad de Marquès de Ugena, Señorìo de esta Villa, y demàs Lugares, Jurisdiccion Secular, y Regalìas.

10 **A**unque es innegable, que por la profesion quedò el Padre Don Joseph incapaz de adquirir propiedad, ni dominio alguno, no solo en virtud del Voto de pobreza, (4) sino tambien en fuerza del Precepto Eclesiastico: (5) en tanto grado, que no solo fuè visto renunciar à toda propiedad, sino tambien à la capacidad de adquirirla; (6) ni el Voto de pobreza, como personal, ni la prohibicion Canonica se extiende à

(4) Sant. Thom. 2. 2. q. 186. art. 3. Azor tom. 1. Institution Moral, lib. 12. per tot. Cajetanus 3. p. q. 40. artic. 3. in responson. ad primum. Lugo tom. 1. de Just. & Fur. disp. 3. sect. 4.

(5) Cap. Non dicatis 12. q. 1. cap. Cum ad Monaster. de Statu Monachor.

(6) Pater Valero de Differentiatriusque Fori verb. Munera, num. 31.

(7)
Authentic. *Ingressi*, Cod. de Episcop. & Cleric. & Authent. de Monach. §. Illud, cap. Cum ad Monaster. & cap. Quod Dei simorem, de Statu Monachor.

(8)
Cap. 1. 18. q. 2. leg. Deo nobis, Cod. de Episcop. & Cleric.

(9)
Fagnanus in cap. Tua nobis de Testament. n. 23. & 24.

(10)
D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 13. ex n. 71.

(11)
Cap. Recolentes 3. de Statu Monach. leg. 27. tit. 7. part. 1. D. Molin. lib. 1. cap. 13. ex n. 71. ubi latissimè, & ibi Add. Thom. Sanch. in Decalog. lib. 7. cap. 15. n. 12.

su Comunidad ; antes bien siendo , como es esta , capáz de adquirir, y posseher bienes raizes por su proprio Instituto, y por expressa disposicion del Sagrado Concilio de Trento , que solo nego esta capacidad à la Religion de San Francisco , y à la de Capuchinos, estableciendola por Regla à favor de las demàs Religiones, sus Monasterios , y Conventos en comun , y como tales : por el mismo hecho de deferirse qualquier succession à un Monge professo , es visto deferirse al Monasterio , (7) y radicarse en èl , con derecho irrevocable , y firme ; *quia Monachus , quidquid acquirit , Monasterio acquirit*: (8) en tanto grado, que aunque el Monge lo resista, tiene lugar esta disposicion , como prueba , con todos los Canonistas , Fagnano , (9) y con la comun de los Legistas el señor Molina: (10) bien entendido , que esta capacidad no se extiende à las Dignidades Reales de Duque , Marquès , Conde , y otras semejantes ; ni tampoco à las Villas , Lugares, y Jurisdicciones temporales , por tenerlo prohibido el Derecho Canonico , y Real. (11)

Y reconociendolo asì el Monasterio : ni pretende el Título de Marquès , ni el Señorìo de las Villas , y Lugares que possehian los de Ugena , ni la Jurisdiccion , y demàs Regalìas à ellos anexas , sino los demàs bienes , que fueron proprio Patrimonio de Doña Maria Antonia de Goyeneche , por haverles heredado , como libres del Marquès su Padre , y la Legitima, que por beneficio de la Ley la compitiò en los bienes , y herencia de la Marquesa su Madre.

PARTE PRIMERA.

QUE A LA DICHA DOÑA MARIA ANTONIA de Goyeneche , de cuya succession se trata , perteneciò en plena propiedad , y dominio la mitad de los bienes , y herencia del Marquès su Padre ; no como quiera , sino libre de todo gravamen , substitucion , Fideicomisso, y Mayorazgo; y la otra mitad à la Marquesa su Madre , como heredera de Doña Maria Josepha su Primogenita , que la premuriò.

12 **L**A prueba de esta verdad , se evidencia por el hecho ; pues consta de èl , que el Marquès su Padre , en el Poder para testar, que otorgò en 2. de Julio de 1744. ante el presente Escrivano del Numero , à favor de la Marquesa su Muger: instituyò por sus unicas , y universales herederas à Doña Maria Josepha , y Doña Maria Antonia de Goyeneche sus Hijas , nombran-



brando por su Tutora, y Curadora à dicha Marquesa, à quien fueron discernidos estos cargos en 12. de Agosto de 1744. (12) Y que usando de este Poder la susodicha, otorgò el Testamento de su Marido en 1. de Diciembre del mismo año, instituyendo, y nombrando por unicas, y universales herederas del dicho Marqués, en todos los bienes de este, à las mismas Doña Maria Josepha, y Doña Maria Antonia sus Hijas, para que los bayan, lleven, gozen, y hereden libremente por iguales partes, tanto la una, como la otra, con la bendicion de Dios Nuestro Señor, y la de su Padre.

13 Y hallandose ambas Hijas sujetas à la Patria potestad de este, y ocupando el primer grado en su familia, al tiempo que se defirió la sucesion: no solo fueron sus herederas forzosas, sino *cum qualitate suitatis; quia suus heres est, qui in potestate morientis fuit, & tempore delatae hereditatis, in familia proximus est*: (13) y asì se les defirió *ipso jure* la sucesion, y adquirieron el pleno dominio de los bienes paternos, sin necessitar de adición, por ser este el preciso efecto de la Suidad; porque como consta de varios textos, *sui heredes, ipso jure, sine ullo suo facto, aut voluntate, & sola juris potestate heredes fiunt: Et ideo, non ut extranei, hereditatem adire dicuntur; sed paternarum rerum dominium, non tam de novo acquirere, quàm continuare videntur*. (14) Por cuyas terminantes decissions, y las de otras Leyes concordantes, no menos claras, y expresas, (15) es comun doctrina, sin contradictor en la Theorica, ni en la Practica, que los hijos de primer grado, constituídos baxo la Patria potestad, heredan à su Padre, *ipso jure*, sin necessitar de adición, immixtion, ni declaracion de su animo; por transferirles el dominio de los bienes Paternos, por ministerio de Derecho, aunque estèn ausentes, ò ignorantes. (16)

14 Y habiendo fallecido en 7. de Marzo de 1747. Doña Maria Josepha de Goyeneche, Hija Primogenita de dicho Marqués, en edad de 11. años, (17) sobreviviendola la Marquesa su Madre; (18) se defirió à esta la sucesion de dicha su Hija, como à heredera forzosa: (19) y por lo mismo la perteneciò en plena propiedad, y dominio, la mitad de toda la herencia de su Marido, y como tal la gozò, y poseyò hasta su muerte, porque no tuvo otro Titulo para ello; pues no lo era el de Tutora, y Curadora para poseher, aunque sì para administrar: quedando la otra mitad à Doña Maria Antonia su Hija, como Coheredera del dicho Marqués su Padre; y al mismo tiempo con accion à la Legitima, que por todo Derecho se la debia, no solo del primitivo Patrimonio de su Madre, sino tambien de la mitad del de su Padre, que la Marquesa heredò de su Primogenita. Sin que puedan obs-

cu-

(12)

Mem. Supuesto IV. def-
de el num. 20. al 25. y à
la letra en la segunda
Adicion n. 3.

(13)

S. Sui autem 2. Instituta
de Heredum qualitat & dif-
ferent. & § 3. de Heredit.
que ab intest. deferuntur.

(14)

Leg. in Suis 11. ff. de Liber.
& Posthum. leg. 14. ff. de
Suis, & legitim. Hereditib.
leg. 3. C. de Jur. delibe-
randi, leg. Cum quasi 30.
S. Sed & si 10. ff. de Fi-
deicommissar. libertatib.

(15)

Leg. 1. §. Qui sunt in po-
testate, ff. Si quis omiffa
causa Testament. leg. Si
post mortem, ff. de Legat. 1.

(16)

Anton. Gom. tom. 1. Var.
cap. 9. n. 17. ubi Ayllon,
Cancer. Var. p. 3. cap. 21.
num. 5. Gratian. Discept.
732. n. 32. Osualdus ad
Donell. lib. 7. cap. 2. Li-
ttera C. Arias de Mesa
Var lib. 2. cap. 27. n. 20.
Hotomanus lib. 9. Obser-
vat. cap. 10.

(17)

Memor. num. 42.
Mem. num. 50.

Mem. num. 51. 52. y 53.

(19)

Leg. 6. Taur. ubi omnes
Tauritæ, leg. 1. tit. 8. lib.
5. Recop. ubi Matienzo,
D. Castell. tom 5. cap.
94. n. 16. Vela tom. 2.
difer. 33. n. 31. & difer.
49. n. 31. D. Olea tit. 4.
q. 8. n. 15.

curecer una verdad tan de bulto, las sombras que voluntariamente se le han opuesto, tan destituidas de fundamento, como ellas mismas manifiestan.

(20)
Memor. num. 21.

15 Oimos con admiracion al tiempo de la vista, que en el Poder para testar del Marquès se contiene una formal fundacion de Mayorazgo; no como quiera, sino en fuerza de contrato irrevocable: dando por razon de este discurso (si puede llamarse tal) la expresion de la Clausula que dice asì: (20) *Declaro, que dicha Señora Doña Isabel Maria de la Cruz Aedo, mi Esposa, y Yo, tenemos tratado, y comunicado vincular diferentes bienes de los que posehemos, y nos pertenecen: y es mi voluntad, que siendolo de dicha Señora, y no en otra forma, pueda vincular, y vincule mis bienes, en todo, ò en parte, por Testamento, ò por Escrituras publicas separadas, como la pareciesse. Y mas abaxo: (21) Y no vinculandose por dicha Señora los expressados bienes; estos quedan libres, y como tales se han de partir, y dividir entre mis herederas.*

(21)
Memor. num. 22.

16 Quieren los Defensores contrarios, que la Facultad concedida por el Testador à la Marquesa para fundar, ò no Mayorazgo: vincular, ò no sus bienes: declararles por partibles: mejorar, ò no à qualquiera de sus Hijas; y la institucion de ellas por sus unicas, y universales herederas, dexandolo todo al arbitrio de la Comissaria; sea una absoluta Fundacion de Mayorazgo, violentando la letra, las palabras, la mente, y la voluntad del Testador, sin mas motivo que el de tener de ante mano tratado, y comunicado vincular diferentes bienes de los que posehian, y les pertenecian; sin detenerse, en que no basta la voluntad, sino passa à ser disposicion, (22) ni en que *aliud est tractatus, & aliud contractus, cum multa tractentur, quæ postea non concluduntur*: (23) luego de haverse tratado, y comunicado los Marqueses el animo, en que estaban de vincular parte de sus bienes, no puede inferirse la vinculacion efectiva de ellos; y mas quando expressamente la resisten las palabras del Poder para testar, y la institucion liberrima que en el hizo de sus Hijas por herederas, confirmada, y repetida por la Marquesa en el Testamento que otorgò por su Marido, (24) para que huviesse, llevassen, gozassen, y heredassen libremente los bienes de este, por iguales partes, con la bendicion de Dios, y la de su Padre.

(22)
Leg. Quidam cum filius, ff. de Hæredibus instituend. D. Molin. lib. 1. cap. 4. n. 6. Merenda controvers. jur. lib. 4. cap. 2.

(23)
Menoch. de Arbitr. cas. 470. per tot. Merlin. decis. 319. n. 8. Rota p. 12. Recentior. decis. 316.

(24)
Mem. num. 26. y 27.

17 Conocieron los enunciados Defensores lo insubstancial, y violento de este primer discurso; y por esso recurrieron à el esugio, de que haviendo la Marquesa reservado en si el Poder, y facultad, que por dicho Marquès su Marido se la confiriò por lo correspondiente à sus bienes, para usar de el, como la pareciesse

por

por Escrituras publicas, ò en la forma que eligiesse, como se prevenia en dicho Poder: quando de èl no resultasse Fundacion de Mayorazgo, pudo hacerla posteriormente la Marquesa; pero en vano: porque la Ley del Reyno prohibe la reserva de esta facultad; y una vez que otorgò el Testamento, *functa fuit suo officio*, y quedò sin arbitrio para exercer otro acto en calidad de Comisaria. (25)

P A R T E II.

QUE AUN QUANDO LA MARQUESA HUVIESSE podido reservar la facultad de vincular el Tercio, y remanente del Quinto de los bienes de su Marido; ni en fuerza de esta reserva, ni de la Real Facultad, que obtuvo, pudo hacerla en la forma, tiempo, y modo que lo executò.

18 **L**A razon es, porque no habiendo usado de la facultad que la diò su Marido, y la concedian las Leyes del Reyno, ni de la que impetrò de su Magestad, hasta despues de la muerte de su Hija mayor, como lo hizo en su Codicilo de 8. de Mayo de 1747., (26) à tiempo, que solo vivia Doña Maria Antonia, y que à esta se havia adquirido el pleno dominio de la mitad de la herencia Paterna, y la otra mitad à la Marquesa: y por lo mismo no havia Tercio, ni Quinto de los bienes del Marquès, ni capacidad para mejorar à una Hija unica: (27) Nada importa, que reservasse, ò no la enunciada facultad, ni que la obtuviesse de la Real Persona: afsi porque esta se limita à los bienes del Testador, y no se extiende à disponer de los que con derecho irrevocable, y firme havia adquirido Doña Maria Antonia; como porque en la Hija unica, no cabe el prelegado de Tercio, y Quinto, ni otro alguno; (28) y finalmente, porque la herencia del Marquès, que en su principio, y en el tiempo, que vivian sus dos Hijas, sin embargo de la institucion de estas, estaba sujeta à la mejora de Tercio, y Quinto, y à otra qualquier vinculacion, en fuerza de su Poder para testar: se havia desvanecido, y hecho proprio Patrimonio de Doña Maria Antonia, y de la Marquesa su Madre por iguales partes con dominio irrevocable.

19 Y afsi es llano, que la Real Facultad de 23. de Enero de 1745. en quanto por ella se concediò à la Marquesa, la de fundar Mayorazgo del Tercio, y remanente del Quinto de los bienes del Marquès su Marido, (29) en conformidad de la ultima disposicion que la dexò comunicada, y resulta del citado Poder para testar; aunque subsanò la nulidad de la reserva que hizo en el ci-

(25)
Leg. 35. Tauri, ubi
omnes Taurista.

(26)
Mem. n. 42. 43. y sig.
(27)
D. Molin. lib. 2. cap. 11.
Rox. de Incomp. p. 1. cap.
13. ex n. 11. D. Castill.
lib. 2. cap. 13. D. Roderic
ricus Suarez in Repetit.
Legif. Quoniam in priorib.
C. de Inofficis. Testam.
ampliat. 10. per tot. Vela
disert. 33. ex n. 30. ad 36.
(28)

Leg. Qui filiabus 17. §.
ultimo, cum leg. sequenti,
leg. Planè 34. §. Si Duo-
bus, leg. Legatum 116. §.
1. leg. Ab omnibus 104.
§. Si Atio, ff. de Legat.
1. plenissimè Bellonus
de Jur. acrescendi, tom. 2.
cap. 7. q. 29. Peregrin. de
Fideicom. art. 7. n. 1. §.
seqq. Cyriacus controu.
204. ex n. 110. Marta de
Succession. legali, p. 4. q.
21. ex n. 37. §. per tot.

(29)
Memor. n. 21. y siguientes
Mem. n. 51. 52. y sig.

(30)
Leg. 35. Tauri.

tado Testamento que otorgò , como Comissaria de su Marido, y por lo mismo , sin embargo de la citada Ley del Reyno, (30) huviera podido fundar Mayorazgo del Tercio , y Quinto, en la forma que en ella se previno : quedò circunducta , ineficaz , y sin efecto , en lo respectivo à esta mejora , por no haver usado de ella en el tiempo que debiò , ni en el que vivian sus dos Hijas ; ni haver hecho la Fundacion , que en el Poder , y Facultad Real se la permitia hacer , hasta despues de la muerte de la dicha Doña Maria Josepha , su Primogenita.

P A R T E III.

QUE DEL TESTAMENTO DE LA MARQUESA DOÑA Isabèl Maria de la Cruz no resulta fundacion de Mayorazgo alguno: antes bien , atendido su tenor , quedò intacta la libertad , con que Doña Maria Antonia su Hija , heredò la mitad de los bienes del Marquès su Padre; y quedò igualmente libre la Legitima, que por beneficio de la Ley se la desfrìò , y la competia de la herencia Materna , en que se comprendian , no solo los propios bienes de su Madre , sino tambien la mitad de los del Marquès que esta havia heredado de Doña Maria Josepha su Hija mayor premuerta ; y que àun quando se estimasse , que en èl se la impuso algun gravamen , serìa nulo , y de ningun valor , y efecto.

20 **A**UNQUE en el Punto siguiente se probarà, que ni por las reglas del Derecho Civil , y Real , ni en virtud de la facultad , que obtuvo la Marquesa para fundar dos Mayorazgos de los bienes de su Marido, y suyos, y para testar por ellas en el caso de morir en pupilar edad, podria tener validacion, ni subsistencia el gravamen , que huviesse impuesto à sus dos Hijas , ni la substitution pupilar , si la huviesse hecho , por los irrefragables fundamentos que se diràn : Se demostrarà en este , que cessa la dificultad por el solo hecho ; porque ni la Marquesa gravò à sus Hijas en su Testamento , fundando Mayorazgo en su cabeza , ni en otra forma ; ni usò de la Facultad concedida para darlas subtituto pupilar , sino entre ellas mismas : dexando à la ultima que sobreviviesse , y muriesse pupila , sus propios bienes , y los de la que huviesse premuerto , con absoluta libertad.

21 Quisieron los Defensores contrarios , persuadir al tiempo de la vista , que en el Testamento de la Marquesa se hallan fundados dos Mayorazgos , por las repetidas expresiones que en èl hizo

hizo de hallarse en animo de fundarles. *Es mi voluntad* (dice) *que si Yo dexasse hechas las Fundaciones, (como estoy en animo de hacerlas) se observe, y execute lo que en ellas mandasse, y dispusiesse.* (31)

(31)
Mem. num. 37.

22 En otra Clausula hace un Legado à los PP. del Oratorio de San Phelipe Neri de 100y. ducados para la compra de una Casa correspondiente, para mudar la habitacion, y la Iglesia; y si en todo, ò en parte se valiessen de dicha cantidad para fin distinto del que dexaba ordenado, les privò del expressado Legado, mandando se incorporasse con los bienes de su Hija ultima, para que se empleassen en mas aumento de su Herencia, y *Mayorazgos que dexasse fundados*, por iguales partes. (32)

(32)
Memor. num. 43. y 44.

23 Fundò dos Capellanias de à 1y ducados cada una: y à la possession de la una de ellas, llamò al Pariente mas cercano del posehedor que actualmente fuesse *del primer Mayorazgo que fundasse*; y en orden à los demàs llamamientos, quiso se guardasse el mismo orden, *que estableciere para este primer Mayorazgo.* (33)

(33)
Memor. num. 45.

24 Y por Patrono que haga los Nombramientos de ella, llamò al Possedor actual *que fuesse del referido Mayorazgo.* (34)

(34)
Memor. num. 46.

25 Al goce de la otra Capellania llamò al Pariente mas cercano del Possedor que actualmente fuesse *del Mayorazgo que fundasse.*

26 Y en orden à los demàs llamamientos, quiso se observasse tambien, el modo de suceder *que estableciessse para este segundo Mayorazgo.*

27 Y finalmente manda; que cumplido, y pagado su Testamento, se divida el remanente de sus bienes en tres partes, para que la una se distribuya en Obras pias; y las otras dos, se incorporen, y refundan igualmente en mas aumento *de los Mayorazgos que esperaba dexar fundados.* (35)

(35)
Memor. num. 48.

28 Del tenor de estas Clausulas infirieron, que la Marquesa manifestò en su Testamento, una expressa, clara, y enixa voluntad de fundar los dos Mayorazgos: y suponiendo que esta voluntad, una vez manifestada, tiene fuerza de promessa, y debe estimarse como verdadera, y perfecta Fundacion; concluyeron que la hizo en cabeza de sus dos Hijas; y que por lo mismo aùn prescindiendo de las que mandò hacer en el Codicilo, y executò de su orden el Padre Don Nicolàs Gallo: tendrian la validacion, y firmeza necessaria, solo en virtud del Testamento.

29 Pero todo este discurso se desvanece por las proprias palabras de la Testadora; porque al mismo tiempo que tan repetidas veces expressa que estaba en animo de hacer las Fundaciones; confiesa que no las hacia, pues no puede entenderse hecho de pre-

pre-

(36)
Leg. Quidam cum filium
46. ff. de Heredib. instir.
D. Molin. lib. 1. cap. 4.
n. 6. Merenda Controver-
siarum Jur. lib. 4. cap. 2.

(37)
Leg. 1. et tot. tit. ff. de Poli-
citationib. et promissionib.

(38)
D. Covarr. in Cap. *Quan-*
vis pactum de Pactis in
sexto, in principio. Canc.
tom. 3. Var. cap. 15. n. 253.
et cap. 7. n. 125. Fonta-
nel. claus. 6. glos. 3. p. 7. n.
75. Marius Custell. de
Donat. contemplat. Matri-
mon. tom. 2. tract. 2. disc. 1.
specie 17. n. 34. et specie
32. per tot.

(39)
Marinis Var. resolut. lib. 1.
cap. 198. n. 3. Cyriacus
lib. 3. controu. 429.

(40)
Leg. 22. Tauri, quæ hodie
est, lex 6. tit. 6. lib. 5. Re-
cop. ubi Matienzo, Go-
mez, & cæteri Tauristæ.

(41)
Tellus Fernand in dicta
leg. 22. Tauri, n. 15. Mieres
1. p. q. 24. n. 72. et la-
rius q. 66. Avendaño in
dict. leg. 22. Tauri, glos. 2.
n. 4. et in leg. 44. glos. 16.
n. 9. Nogueroal alleg. 31.
n. 129.

(42)
Canc. Var. p. 1. cap. 8. n.
168. Barbol. vot. 126. n.
309.

(43)
Leg. Perfecta donatio, Cod.
de Donat. quæ sub modo.
D. Castillo lib. 3. Controv.
cap. 10. per tot. Faria in
Add. ad D. Covarr. lib. 1.
Var. cap. 14. à n. 1. Fon-
tanell. decis. 46. et 47.

presente, lo que ella misma dice, que estaba en animo de hacer; y es vulgar principio, que no basta la voluntad, sino llega à ser disposicion. *Voluntas namque illa quæ non transit in dispositionem, nullius effectus esse reputatur: nec sufficit, Testatorem voluisse, nisi disposuerit: nec aliquid esse in intentione, nisi id etiam sit in dispositione.*

(36)
30 Y el decir que las enunciadas expresiones, tienen fuerza de promessa: es un intento tan extraño, que sobre embolver en sí el de querer, que un Testamento por su naturaleza revocable, se convierta en contrato entre vivos, qual es la promessa aceptada, pues sino lo està, es mera policitacion, que à nadie obliga, ni produce efecto alguno: (37) creherèmos tenga la novedad de no haverse oïdo hasta aora en Tribunales.

31 Confessamos, como cierto, que la promessa de donar, es donacion, y especialmente quando se hace en contemplacion de cierto, y determinado matrimonio: (38) Que la promessa de dotar, tiene el mismo efecto, que si se huviesse constituïdo la Dote: (39) Que la de mejorar à un Hijo, por causa de Matrimonio, ò por otro Titulo oneroso; es no solo valida, sino irrevocable, y se tiene desde luego por hecha, aunque el Padre no la execute: (40) y que por idemptidad de razon, la promessa de instituïr Mayorazgo por la misma causa de matrimonio, aunque no se siga la Fundacion; se tiene por hecha: (41) Que la promessa de heredar à un Hijo, es heredamiento: (42) y que todas estas proposiciones son tan ciertas, que si la promessa de donar, dotar, y demàs referidas, se hacen por causa onerosa de matrimonio; no puede el promitente, poner en el Instrumento de Donacion, Dote, Mejora, y demàs referidas, pacto, gravamen, ni condicion, que no se contuviessè en la promessa. (43)

32 Hasta aqui dicen el señor Olea, y Tello Fernandez en los lugares, que se citaron por los Defensores contrarios en su Informe; y en los terminos, que estos AA. y los que ellos citan, hablaron, son proposiciones innegables, incapaces de controversia; pero què tiene de comun su doctrina con las Clausulas referidas del Testamento, cuya substancia se reduce à que la Marquesa estava en animo de fundar dos Mayorazgos, dando providencias para el caso de morir sin haver executado sus Fundaciones?

33 Sentado, pues, que no basta el animo; sî que es preciso atender à la disposicion: passarèmos à examinar la que hizo, para prueba del assumpto.

34 Despues de haver referido que havia obtenido Facultad, y Licencia de la Camara para fundar ciertos Mayorazgos del todo,

todo, ó de la parte, que la pareciesse de sus propios bienes: como tambien del Tercio, y remanente del Quinto de los que fueron del Marqués su Marido, en virtud del Poder que para ello la havia conferido, mandando, que en caso de dexar hechas las Fundaciones que estaba en animo de hacer, se observasse, y executasse lo que en ellas mandasse, y dispusiesse; protestando, que ni por esta Clausula, ni por otra alguna de su Testamento, ni por la Facultad obtenida de su Magestad, ni aún por dichas Fundaciones, en caso que las hiciesse, ò por Codicilo, ò por Escritura publica, ò de otro modo, queria perjudicarse, ni privarse de la absoluta Facultad, y arbitrio, que para disponer libremente de dicho Tercio, y remanente del Quinto de sus bienes, la dexò su Marido, con otras expresiones que mas por menor constan de la Clausula,

(44) prosigue así:

35 *Y pagado, y cumplido este mi Testamento, y Memoria que antecedentemente queda prevenida, en caso de dexarla: en el remanente que quedasse de todos mis bienes, muebles, y raíces, efectos, rentas, consignaciones, derechos, y acciones, qualesquiera que sean: instituyo, y nombro por mis unicas, y universales herederas à las Señoras Doña Maria Josepha, y Doña Maria Antonia de Goyeneche, y de la Cruz Aedo mis Hijas, havidas de mi legitimo matrimonio, que contrage con el Señor Don Juan Francisco de Goyeneche, para que los que así fuessen, los hayan, lleven, gocen, y hereden libremente, por iguales partes, tanto la una, como la otra, con la bendicion de Dios, y la mia.* (45)

36 No puede hallarse modo mas preciso, que el que usò esta Testadora para explicar que dexaba à sus dos Hijas, libres los bienes, que posehia; pues ni las gravò con substitution alguna, ni fundò Mayorazgo en su cabeza; sin embargo de haverse reservado la Facultad de hacerlo.

37 Creyò la Marquesa tenerla para testar por sus Hijas, en virtud de la que se la havia concedido por la Camara, de que se hablarà en su lugar: y usando de ella dispuso su Funeral, y hizo varias mandas pias, y profanas, que no son del caso; y en todo lo demàs las substituyò reciprocamente, siempre que qualquiera de ellas muriesse en pupilar edad.

38 *Y cumplido, y pagado (dice) (46) el Testamento de dicha mi Hija; (la primera que falleciesse) en el remanente que quedasse de todos sus bienes muebles, raíces, derechos, y acciones, nombro por su unica, y universal heredera à la otra su hermana, que la sobreviviesse, para que los haya, poseha, goce, y disfrute con la bendicion de Dios, y la mia.*

39 Este es el contexto del Testamento que por sus Hijas

(44)

Mem. num. 38.

(45)

Mem. num. 38.

(46)

Mem. num. 42.

otorgò la Marquesa : en que se ve una mèt a substitucion reciproca pupilar , hecha à la que premuriessè , y à favor de la que sobreviviessè ; pero sin dàr à esta substituto , ni gravarla por via de Mayorazgo , ni en otra forma alguna ; antes con expressa declaracion de que la que de las dos sobreviviessè , huviesse de heredar los bienes *libremente* , gozandolos , y poseyendolos con la bendicion de Dios , y la suya.

(47)
Mem.n. 41. y 42.

(48)
Leg. Unic. §. Pro secundo,
C. de Caduc. Tollend. Bellon.
de Jure cresc. cap. 7. quest. 33. per totam.

Mem.n. 50. y 51.

(49)
Dist. leg. Unica, §. Pro
secundo, Cod. de Caduc.
Tollend. Bellonus de Jur.
acrescendi, tom. 2. cap. 7.
q. 33. ubi plenissimè.

(50)
Memor.n. 28. y siguientes
y à la letra en la 2. Adicion
num. 4. y 5.

40 Tan lexos estuvo la Testadora de dàr à sus Hijas , ulterior substituto , para el caso de que muriessen en pupilar edad ; que por el mismo hecho de haver fallecido la mayor , que era Doña Maria Josepha en la de once años , el dia 7. de Marzo de 1747. sobreviviendola su Madre , que murió en 8. de Mayo del mismo año : (47) quedò desvanecida la substitucion pupilar ; y heredò Doña Maria Antonia que sobreviviò à entrambas toda la herencia Materna ; por lo que fuè heredera *in solidum* de su Madre , sin coheredero , ni substituto , como consta de una expressa Constitucion del Emperador Justiniano , y de los muchos textos concordantes no menos literales , que en prueba de esta verdad , juntò el cèbre Juan Antonio Bellono. (48)

41 La razon legal es evidente ; porque la substitucion reciproca pupilar caducò por la premoriencia de la Hija mayor : y por lo mismo heredò la menor , todos los bienes Maternos , en que se incluìa la mitad de los Paternos , acreciendola la porcion caduca de su Hermana , con facultad de disponer de ella , à sus libres voluntades. (49) Y asì es evidente que en fuerza de esta disposicion , y prescindiendo por aora del Codicilo ; quedaron en Doña Maria Antonia libres , no solo los bienes que heredò de su Padre , sino tambien los de su Madre : porque àun quando huviesse podido gravarla por medio de la substitucion pupilar , en fuerza de la Facultad Real (cuya inspeccion serà el assumpto del Punto siguiente) no la gravò , ni la diò ulterior substituto.

42 Para satisfacer à este argumento , que à nuestra cortedad parece demonstrativo de la libertad de bienes en Doña Maria Antonia : quisieron los Defensores contrarios persuadir , que havien- do ordenado la Marquesa en Clausula separada , y posterior (50) que cumplido , y pagado el Testamento de su Hija segunda , el remanente que quedassè de sus bienes , se divida en tres partes iguales , de las quales la primera se convierta en Obras pias , y las dos restantes se incorporen , y refundan igualmente en mas aumento de los dos Mayorazgos , que esperaba dexar fundados : estos , y las Obras pias se hallan substituidos pupilarmente à la ultima Hija que falleciessè en pupilar edad : y que por consiguiente fue-

ron

ron validas , y subsistentes las Fundaciones que de ellos hizo posteriormente en su Codicilo.

43 No podemos negar que es sutil el pensamiento ; pero tampoco podrán negarnos , que carece de razon , y fundamento. Principio es elemental , que el Testamento , que el Padre otorga por sí , y por su Hijo pupilo , y en nuestro caso la Madre ; no es mas que uno , aunque las herencias sean muchas : *Constat enim* (dice el texto) (51) *unum esse Testamentum , licet duæ sint hereditates* : y lo es tambien , que de cada una de ellas puede el Testador , ò Testadora delibar , ò separar las Mandas , ò Legados , que quisiere , con la limitacion en Castilla , de que no excedan del Quinto , por ser todo lo demás Legitima de los Hijos. (52)

44 Conformandose la Testadora con esta disposicion legal , testò separadamente de sus propios bienes , y de los de sus dos Hijas , que entonces vivian. De los suyos hizo los muchos , y quantiosos Legados , que expusò : y en el remanente que quedasse , despues de pagados , y cumplidos , como tambien su Funeral , y Obras pias ; instituyò herederas por iguales partes à sus dos Hijas , para que las gozassen , y possyessen libremente sin imponerles gravamen alguno , ni dàr mas providencia respectiva à sus personas , ni al cumplimiento de su propio Testamento , que la de nombrarlas Tutores , Testamentarios , y Albaceas. (53)

45 Acabada esta disposicion , expusò , que tenia Facultad Real para testar por sus Hijas en el caso , que muriessen en pupilar edad. Y usando de ella , (54) las substituyò reciprocamente , mandando , que si alguna de ellas premuriessè en pupilar edad , la heredasse la que sobreviviessè , sin transcender à otra substitucion , ni hacer manda , ni Legado alguno ; repitiendo solo que nombraba por Tutores de ambas , y por Testamentarios , à los mismos que dexaba nombrados en su propio Testamento : en que se vè , que hasta este punto dexaba integra la herencia de una , y otra Hija , sin haver separado de ellas , manda , ni Legado alguno : de forma , que si ambas la huviessem sobrevivido , y despues huviessem muerto la una en pupilar edad , y llegado la otra à la pubertad : la huviera pertenecido la herencia integra de su Hermana , sin mas deduccion que el gasto del Funeral de la que huviessem premuerto.

46 Pero considerando que podria llegar el caso de morir ambas Hijas pupilas , y por consiguiente el de passar à estraños , los bienes : dispuso los Legados que en tal caso se havian de deducir , y separar del aquel todo : y son 10000. ducados à la Congregacion de San Phelipe Neri para los efectos que expusò , y la Fundacion de dos Capellanias Collativas de à 1000. ducados de renta cada una.

(51)

Leg. Moribus 2. §. Prius
autem 4. ff. de Vulgar.

(52)

D. Olea tit. 4. q. 5. n. 15.

(53)

Mem. num. 39.

(54)

Mem. num. 48.

47 Y del remanente que quedasse de los bienes de la ultima Hija , que muriesse en pupilar edad , mandò se hiciesen tres partes : Una para que se convirtiesse en Obras pias à arbitrio , y eleccion de los Padres Don Gregorio Alabès , y Don Nicolàs Gallo , y las otras dos en aumento de los Mayorazgos , que tenia animo de fundar. De forma, que todas estas mandas deben cumplirse con el Quinto , que havia dexado intacto , si sus Hijas , ò alguna de ellas llegasse à la Pubertad; pero nada menos pensò que substituir pupilarmente las Obras pias , y los Mayorazgos , que pensaba fundar à la ultima de sus Hijas , que muriesse Infante , ò Pupila : pues ni lo expresò en la institucion , y substitucion reciproca que vò referida ; ni dixo que substitua à la ultima de ellas, que asì muriesse , en los bienes , y herencia de esta , à las enunciadas Obras pias , y Mayorazgos.

48 Y en suma , en toda la sèrie del Testamento , no hay substitucion *in hereditate* , hecha à la ultima Hija , que muriesse en pupilar edad : y esto basta , para que en su persona quedassen libres los bienes ; porque , ni por Derecho Comun , y Real , ni en fuerza de la citada Facultad , pudo ser gravada , *in hereditate* , & *legitima* , ni en su proprio Patrimonio , por otro medio que el de la substitucion pupilar , por la qual se succede , no al Testador , ò Testadora , sino al Pupilo , ò Pupila ; y no en bienes particulares , ni en Legados pios , y profanos , sino en toda su herencia universal. (55)

49 Y constando que la Testadora substituyò à la primera Hija que falleciesse en pupilar edad , à la otra su Hermana , que la sobreviviesse para que huviesse , possesyese , y gozasse todos sus bienes con la bendicion de Dios , y la suya ; (56) cuya expresion excluye todo gravamen , y es la forma mas precisa , con que puede explicarse la libertad de bienes : Es llano que por ella se desvanece la figurada substitucion de las Obras pias , y Mayorazgos que tenia animo de fundar.

50 Y aunque se dirà , que en la ultima Clausula estàn substituidos los Mayorazgos , por ser continuativa de las antecedentes , (57) en que hablando , no en su nombre , sino en el de la ultima Hija , que muriesse en pupilar edad ; manda , que el remanente que quedare de sus bienes se divida en tres partes iguales , como vò dicho , con la prevencion , de que si por algun accidente no executasse la Marquesa las fundaciones , nombraba por herederos de dichos bienes à los Padres Don Gregorio Alabès , y Don Nicolàs Gallo , y à falta de alguno de ellos à el que le sobreviviesse , para que los empleen , y distribuyan en los fines , y des-

(55)
Leg. Sed si plures 10. S. Ad
Substitutos. ff. de Vulgar. &
Pupilar. substit. ubi Bar-
thol. & omnes, Mafsinus
ad leg. 4. C. de Impuber. &
alijs substit. ex n. 43.



(56)
Leg. Sed si plures 10. S. Ad
Substitutos. ff. de Vulgar. &
Pupilar. substit. ubi Bar-
thol. & omnes, Mafsinus
ad leg. 4. C. de Impuber. &
alijs substit. ex n. 43.

(57)
Mem. num. 42.

(57)
Mem. n. 35. y fig.
hasta el 40. inclu-
sivè.

tinios que les dexaba comunicados , los quales son las Fundaciones de dichos Mayorazgos , como lo expusò el mismo Padre Gallo por Escritura de 20. de Septiembre de 1748. en que las otorgò : (58) serà en vano.

51 Lo primero , porque aunque la Marquesa en fuerza de la Facultad Real que obtuvo para testar por sus dos Hijas , en el caso que la sobreviviesen , y muriessen en pupilar edad , (59) huviera podido hacerlo , verificada la supervivencia de ambas : por el mismo hecho de haver premuerto la una , (60) cesò la Facultad ; y por lo mismo aunque real , y verdaderamente huviesse substituido pupilarmente los Mayorazgos : se havria desvanecido la substitucion , quedando ineficaz , y sin efecto , como se demostrarà en el Punto siguiente.

52 Lo segundo : porque no habiendo pedido , ni obtenido Facultad para testar por una de sus Hijas , si llegasse el caso de ser unica , no la tuvo para ejecutarla por si misma ; porque asì como es vulgar principio , que el que obtiene venia del Principe para executar un acto resiltido por las Leyes , obra bien , y validamente quando se arregla à la Facultad : del mismo modo es cierto , que si excede , obra sin ella , y por consiguiente con notoria nulidad , como admirablemente prueba el señor Salgado.

(61)

53 Lo tercero : porque aùn en la hypothesis de tener por si , esta Facultad ; no la havria podido comunicar al Padre Gallo , por ser personalissima , y incapaz de comunicarse al Comissario , por extinguirse con la muerte del que la obtuvo , y no poderse cometer en modo alguno. (62)

54 Lo quarto : porque hallandose instituido el dicho Padre Gallo , no por heredero absoluto , sino para que distribuyesse los bienes en los fines , y destinos que le dexaba comunicados la Marquesa ; fuè nudo Ministro de su voluntad , y no heredero , sino mero Fiduciario , como èl mismo lo declarò en la citada Escritura de 20. de Septiembre de 1748 , (63) y en la respuesta que diò à la notificacion de la Demanda del Monasterio. (64) Y no habiendo sido heredero con efecto , ni podidolo ser los Mayorazgos que quiso fundar la Marquesa , por la imposibilidad de comunicarle la Facultad Real yà extinta por su muerte , tuvo lugar la sucesion ab intestato de Doña Maria Antonia , y quedò desvanecida la ideada substitucion pupilar de los Mayorazgos , como sucede siempre que el heredero escrito no lo es con efecto , sino nudo Ministro , y Fiduciario. (65)

55 De todo lo qual resulta , que en toda la sèrie del enun-

E

cia-

(58)

Mem.n. 56. y sig.

(59)

Mem. num. 35.

(60)

Mem.n. 50. y 51.

(61)

D.Salg. in Labyr. p. 1. cap. 31. ex n. 18. ad 23. & p. 2. cap. 4. ex n. 13. ubi plenè.

(62)

Optimè Arias de Mesa Var. lib. 2. cap. 27. & 28.

(63)

Mem. num. 56.

(64)

Mem. num. 21.

(65)

Cancer. Var. p. 1. cap. 1. q. 14. ex n. 11. Tristani] decis. 3. ex n. 6.

ciado Testamento, no hay mas substitucion pupilar, que la reciproca à favor de la ultima Hija, que sobreviviessè, y muriesse en pupilar edad: Que por la premoriencia de Doña Maria Josepha, que era la Primogenita, quedò unica heredera Doña Maria Antonia su Hermana, la qual succediò *in solidum* à su Madre, por haver tenido lugar à su favor el derecho de acrecer: Que no hay fundamento para pretender que los Mayorazgos, que la Marquesa tenia animo de fundar, se entiendan substituidos pupilarmente à Doña Maria Antonia, y mucho menos el Padre Gallo, por haver sido nudo Ministro, y Fiduciario, à quien no pudo comunicarse la Facultad que havia espirado por muerte de la Marquesa; y finalmente, que ni de Hecho gravò à su Hija unica, ni de Derecho pudo gravarla por si, ni por medio de su Comissario.

P A R T E I V.

EN QUE SE DEMUESTRA MAS PLENAMENTE LA nulidad de la ideada Fundacion, que se dice hecha en el Testamento; y à mayor abundamiento se prueba, que aunque en fuerza de la Facultad Real huviera podido la Marquesa, no solo fundar dos Mayorazgos de sus bienes en cabeza de sus dos Hijas, si la huviesse sobrevivido, sino tambien testar por ellas, y substituir las pupilarmente, gravandolas en sus Legitimas, y proprio Patrimonio: por el mismo hecho de haver premuerto la una, despues de obtenida la Facultad; quedò ineficaz, y sin efecto, y debe tenerse por no escrito qualquier gravamen, que por via de substitucion pupilar, ò en otra forma huviesse impuesto à su Hija unica en su Legitima, y proprio Patrimonio.

56 **Q**UEDA probado en la tercera Parte de esta Defensa, que la Marquesa de Ugena, ni en fuerza del Poder que la diò su Marido, ni de las Leyes del Reyno, ni de la Real Facultad, que obtuvo, pudo fundar Mayorazgo del Tercio, y Quinto de los bienes de dicho su Marido, en el tiempo, modo, y forma, que lo executò. En el tiempo por haverle fundado despues de muerta su Hija mayor, y radicado el dominio irrevocable de la mitad de los bienes del Marquès en Doña Maria Antonia su Hija unica; y el de la otra mitad en su persona. En el modo por no haver podido, sin especial venia del Principe, gravar à dicha su Hija en los bienes, que yà eran suyos, ni en la legitima, que por beneficio de la Ley la competia. Ni finalmente en la forma; porque ni de hecho la diò
subf-

substituto pupilar en el Codicilo , en que hizo esta Fundacion, ni de derecho pudo darsele : assi por el defecto de la Patria potestad, que como verèmos , no se dispensò para este caso , sino para el de que ambas Hijas sobreviviesen , y muriessen en pupilar edad; como porque no puede hacerse en un Codicilo ; (66) por cuyos motivos fuè notoriamente nula la Fundacion del primer Mayorazgo , que del Tercio , y Quinto (que no havia) de los bienes de su Marido : mandò fundar en su Codicilo , (67) y de hecho fundò, como su Comissario , el Padre Gallo. (68)

57 Y ni el primero, ni el segundo Mayorazgo pudieron subsistir en lo respectivo à el proprio Patrimonio de Doña Maria Antonia, y à la Legitima, que à esta competia en los bienes de su Madre , conforme à Derecho Cumun , y Leyes del Reyno.

58 No el primero en quanto al Tercio , y Quinto : porque una vez deferida la sucesion del Marquès à sus dos Hijas, y radicado irrevocablemente su dominio por mitad en la Marquesa, como heredera de Doña Maria Josepha su Primogenita premuerta, y en Doña Maria Antonia, que sobreviviò à entrambos ; se havia desvanecido la herencia del Marquès , y hecho proprio Patrimonio de sus dos Coherederas ; (69) por lo que la Fundacion respectiva al Tercio , y Quinto , que no havia , ni podia haver , fuè quimerica , por serlo el Tercio , y Quinto de una herencia ya extinguida.

59 Y no teniendo la Madre facultad , segun las Leyes Civiles , y Reales para testar por la Hija , ni para disponer de los bienes de esta , sino en el caso de ser amente , ò furiosa por la substitution *exemplar* , introducida contra las reglas del Derecho , & *solum humanitatis jure* (70) obrò sin ella , en quanto al proprio Patrimonio de Doña Maria Antonia , que era la mitad de la herencia Paterna.

60 Tampoco pudo subsistir la Fundacion del segundo ; porque siendo todo el Patrimonio de la Marquesa, legitima de su Hija unica , excepto el Quinto , (71) y caso preciso de Ley , que qualquier substitution , modo , gravamen de restitution , Fideicomisso , ò Mayorazgo que el Padre , ò la Madre imponen à sus Hijos en la Legitima, no solo es nulo *ipso jure* ; si que se debe tener , y tiene por no escrito , (72) es consiguiente que la Fundacion del segundo Mayorazgo , no puede subsistir , ni tener validacion alguna , en lo respectivo à la Legitima , que à Doña Maria Antonia competia, y que unicamente pudo valer dentro del Quinto:

61 Y si se dixere que el Conde de Saceda , como su Tutor, accetò la herencia de la Marquesa ; se responde , lo primero : que

(66)

Leg. Scævola 76. ff. ad Trebel.

(67)

Mem.n. 51. y 52.

(68)

Mem. num. 56.

(69)

Leg. 1. §. Scævola. ff. Si is qui Testam. liber. esse iussus, & leg. Heres 54. ff. de Adquirend. Hered. leg. Si ex re 28. §. ultimo, ff. de Stipulat. Servor. leg. omnis 138. & leg. Omnia 193. ff. de Regul. jur. Quibus consonat, leg. 1. tit. 3. partit. 6. Duarenus ad tit. de acquirenda Heredit. cap. 6. Donellus lib. 7. Commentarior. cap. 10. Antonius Faber lib. 8. Conjecturar. cap. 19. Valentia Illustrium Jur. tractat. lib. 1. cap. 2.

(70)

Leg. Humanitatis 9. C. de Impuber. & alijs substit. ubi omnes, leg. 11. tit. 5. partit. 6. ubi D. Greg. Lop.

(71)

Leg. 1. tit. 8. lib. 5. & leg. 10. titulo 4. lib. 5. Recop. Vela disert. 49. n. 31. D. Olea tit. 4. q. 5. n. 15.

(72)

Leg. 11. tit. 4. partit. 6. leg. Omnimodo 30. leg. Quoniam in prioribus 32. & leg. Scimus 36. §. cum autem, C. de Inoffic. Testam. Optimè Anton. Gom. Var. lib. 1. cap. 11. ex n. 24. ubi plenissimè Ayllon, D. Olea de Cef. jur. tit. 3. q. 7. n. 37. Peregrin. de Fideicommissis artic. 6. n. 1. & artic. 36. n. 84. & 85. Roderic. Suar. in Repetition. legis Quoniam in priorib. C. de Inoffic. Testam. ampliat. 10. per tot. Vela disert. 33. ex n. 30. ad 36.

no

(73)
Leg. 4. Cod. de Testament.
Tutel. & leg. 69. §. 2. ff.
de Legat. 2.

(74)
Mem. num. 55.

(75)
Leg. 4. C. de Testamentar.
Tutel. & leg. 4. ff. Eodem,
leg. 69. §. 2. ff. de Legat. 2.

(76)
Tot. tit. ff. de Rebus eorum
qui sub tutela, &c. & tot.
tit. ff. de Minorib.

(77)
Gom. Var. tom. 1. cap. 11.
n. 24. & 25. ubi Ayllon.

(78)
Leg. Morib. 2. §. 1. ff. de
Vulgari.

(79)
Leg. 6. Tauri.

no consta de tal acceptacion, ò adición, ni que se le discerniesse el cargo de Tutor, como se requiere, (73) y que como tal adiesse, y accetasse la herencia de la Marquesa, y recibiesse Inventario de ella: aunque si, que por muerte de Doña Maria Antonia, que falleció en edad de 5. años à 26. de Mayo de 1747. se discernió al expressado Conde, el de Administrador General de todos los bienes, caudales, y efectos, que quedaron por muerte de dicha Doña Maria Antonia, y de los Marqueses de Ugena sus Padres. (74)

62 Lo segundo: porque aún quando el Conde de Saceda, nombrado por Tutor Testamentario de dicha Pupila, huviera sido confirmado por Juez competente, como era necesario, (75) y en calidad de Tutor huviesse acetado la herencia de la Marquesa; y lo que mas es, aunque la misma Doña Maria Antonia la huviesse aceptado, y posehido toda su vida, sin protesta, ni reclamacion alguna: no por esso havria podido subsistir, ò convalidarse el gravamen impuesto à Doña Maria Antonia en sus propios bienes, y legitima; porque prescindiendo de que el Tutor, no puede perjudicar à su pupilo, ni consentir, que se le prive de la absoluta facultad de disponer de ella, y de su propio Patrimonio: (76) por el acto de la adición de la herencia, no se induce el consuetimiento del **gravamen**, en que vãn conformes todos los AA. citados, haciendole especialmente recomendables Antonio Gomez, y Ayllon. (77)

63 Diximos que no consta de la adición del Conde de Saceda, como Tutor Testamentario de Doña Maria Antonia; y en el caso de no haverla havido, sobre que se dexa su lugar à la verdad, y à la justicia: quando sin perjuicio supusiessemos que en el Testamento huviesse la Marquesa gravado à la ultima Hija, que muriesse pupila, por medio de la substitution pupilar, ò de la Fideicommissaria: ni la una, ni la otra pudieran, en los terminos del Derecho Civil tener efecto.

64 No la pupilar: porque como dice el Jurisconsulto Ulpiano: (78) *Quisquis impuberi Testamentum facit, sibi quoque debet facere. Ceterum soli filio, non poterit, nisi fortè Miles sit. Adeò autem, nisi sibi quoque fecerit, non valet: ut nisi adita quoque Patris hereditas sit, pupillare Testamentum evanescat*: Y assi supuesto el defecto de la adición quedaria igualmente desvanecido el Testamento, y la substitution pupilar, que à la ultima Hija pupila se huviesse hecho: à que es consequente que Doña Maria Antonia havria heredado todos los bienes, y herencia de su Madre, *ab intestato*; (79) y que por su muerte havrian pertenecido al Padre Don Joseph de la Cruz Aedo su Tio, como à su pariente mas cercano, y por su representacion al Monasterio.

Tam-

65 Tampoco podria subsistir la Fideicommissaria; porque siempre que el heredero instituido, ò su Tutor, que le representa, y es su legitimo Personero, no admite la herencia que le està de ferida, mezclandose en ella, ò acetandola; perece el Fideicommissio, y tiene lugar la succession *ab intestato*; sin que ni el heredero escrito, ni los legitimos estèn obligados à restituìr la herencia, ni parte de ella al substituto. (80)

66 Y aunque se dirà que esta disposicion del Derecho Civil, no tiene lugar en Castilla donde la Ley del Reyno manda guardar el Testamento, y que se cumpla la voluntad del Testador, sin embargo que el heredero escrito, repudie, ò no acete la herencia, y que esta passe al substituto: (81) no encontramos en el Testamento capacidad para su aplicacion; no porque dudemos que se deben pagar del Quinto las Mandas, y Legados pios, y profanos, ni que se deben cumplir en quanto tuvieren cabimiento dentro de sus limites qualesquier substituciones que la Testadora huviesse hecho, y cupieron en sus facultades; pero siendo cierto que ni esta Ley del Reyno, ni otra alguna se la dà para testar por sus Hijas, ni para gravar en su Legitima à Doña Maria Antonia, que lo era unica al tiempo de su muerte, por via de Fideicommissio universal, Mayorazgo, ni en otra forma: de aqui es, que no hallandose consentido este gravamen por la misma Hija unica, ni por su Tutor: no pudo tener validacion alguna: porque la citada Ley del Reyno, solo quiso suplir la necesidad de la adicion; pero no autorizó à los Testadores para disponer de lo ageno, qual era el proprio Patrimonio de Doña Maria Antonia, ni para gravarla siendo Hija unica, en la Legitima.

67 Y si por ultimo efugio se recurriessè à decir, que siendo infante, aceptò la Ley la institucion supliendo el defecto de consentimiento, que no pudo tener por su edad: (82) se responde, que esta aceptacion legal, solo tiene lugar en las Donaciones puramente gratuitas, y demàs actos lucrativos; pero no en las onerosas, (83) ni en la institucion de heredero, quando à ella està anexo algun gravamen de restitution, Fideicommissio, ò Mayorazgo; porque como por la adicion, ò aceptacion de la herencia se celebra un quasi contrato entre el heredero escrito, los Legatarios, Substitutos, y Acrehedores: (84) en cuya virtud queda obligado à restituìr la herencia al substituto, pagar las deudas, si las hay, y las Mandas, y Legados, que en este caso son quantiosísimos: de aqui es, que ni por la tacita aceptacion de la Ley, ni por la del Tutor, si acaso la hubo: pudo subsistir, ni convalidarse el gravamen de la Legitima, y proprio Patrimonio de Doña Maria Antonia;

(80)

Leg. Ille à quo, §. Si de Testamento, ff. Ad Trebellian. leg. Eam quam, C. de Fideicom. leg. Sinemo, ff. de Regul. Jur. & constat ex §. Sed quia instit. de Fideicommissarijs Hereditat. Optimè Peregr. de Fideicom. artic. 2. ex n. 12.

(81)

Leg. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. ibi: Si el Testador instituyere heredero en el Testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el Testamento en las mandas, y en las otras cosas que en el se contienen, y si alguno dexare à otro en su postrimera voluntad por heredero, ò le legare, ò mandare alguna cosa, para que la de à otro alguno, à quien substituyere en la herencia, ò manda: Si el tal heredero, ò Legatario no quisiere aceptar, ò renunciare la herencia, ò el Legado; el substituto, ò substitutos lo puedan haver toda.

(82)

Leg. Juvemus 5. Cod. de Emancip. liberor. D. Molin. lib. 4. cap. 2. n. 75.

(83)

Cardin. de Luc. de Alienat. discurs. 45. n. 7. & 8.

(84)

D. Salg. in Labyr. p. 2. cap. 1. n. 8. & eadem p. 2. cap. 14. n. 65. & 66.

nia ; y que ni por uno , ni por otro medio se la pudo privar de la liberrima facultad , que la competia de disponer de sus propios bienes , y legitima.

68 Reconociendolo afsi las contrarias , reducen su principal defenfa à la Facultad Real , queriendo persuadir , que en virtud de ella , pudo la Marquesa vincular la legitima de su Hija , darla sustituto pupilar , y fundar Mayorazgo en su cabeza ; no solo de sus propios bienes , sino tambien del Tercio , y Quinto de los del Marquès su Padre.

69 Impetrola en 23. de Enero de 1745. à tiempo , que vivian Doña Maria Josepha , y Doña Maria Antonia de Goyeneche sus Hijas : Exponiendo haverla concedido su Marido en el Poder para testar , baxo del qual falleciò , Facultad para vincular el Tercio , y Quinto de sus bienes , dexandolo à su arbitrio. Y siendo su animo fundar dos Mayorazgos : uno del Tercio , y Quinto de los bienes del dicho su Marido , y otro de la mayor parte de los suyos ; suplicò à su Magestad se sirvièssè conceder la licencia , y Facultad *para hacer las dos referidas Fundaciones de Mayorazgos en cabeza de las dichas sus dos Hijas.* Y mediante ser estas de tan corta edad , que la una tenia nueve ños , y la otra dos y medio , las quales podian sobrevivirla , y morir despues en edad pupilar : en cuyo caso havrian de passar los bienes libres , conforme à la Ley del Reyno , à los Parientes mas cercanos dentro del quarto grado : se la concedièssè igual Facultad para que *en el caso propuesto de morir las dichas sus dos Hijas en la edad pupilar* pudiesse testar por ellas , y disponer de sus bienes libremente : agregandolos todos , ò la parte , que la parecièssè à las Fundaciones de los dichos dos Mayorazgos. (85)

70 Este es el tenor de la suplica que hizo la Marquesa: en que se vè , que pidiò la Facultad ; no para gravar à una Hija unica sino para disponer de sus propios bienes , y del Tercio , y Quinto de los de su Marido , en cabeza de sus dos Hijas , que entonces vivian. Y se vè tambien que no la pidiò para testar por una de ellas , si llegasse el caso de ser unica ; sino para el de que sobreviviendo ambas à su Madre , murièssen en la pupilar edad.

71 A Consulta de la Camara , concediò su Magestad à la Marquesa la licencia que pedia de instituir , y fundar dos Mayorazgos: uno del Tercio , y Quinto de los bienes del Marquès de Ugena su Marido ; y otro de los suyos propios en cabeza de las dichas Doña Maria Josepha , y Doña Maria Antonia sus Hijas , ò qualquiera de los Hijos , ò Hijas de estas , gravando sus legitimas. (86)

72 Esta primera parte de la Facultad , contiene tres notables circunstancias : una la de mandar su Magestad , que en estas Fun-

da,



(85)
Mem. n. 21. y siguientes
hasta el 25. inclusivè.

(86)
Mem. num. 33.

daciones , gravamen de legitimas , y llamamientos , huviesse de obrar la Marquesa conforme à la disposicion de las Leyes de Castilla , (87) que ciertamente no permiten gravar à la Hija unica en su legitima , ni disponer de los bienes propios de esta. (88) Otra, que no queria su Magestad *perjudicar à Tercero alguno* ; (89) y mucho menos à qualquiera de las Hijas de la Impetrante , si llegasse el caso de ser unica, en su Legitima, y proprio Patrimonio. (90) Y otra la de mandar , que en lo que toca al Tercio , y Quinto del Marquès se huviesse de arreglar à la disposicion , y poder de este, y à las Leyes del Reyno , ibi : *Con declaracion , que en lo que toca à los bienes que habeis de comprehender , pertenecientes al Tercio , y Quinto de los que dexò vuestro Marido ; os habeis de arreglar à su ultima disposicion , y Poder , que os dexò para su vinculacion , conforme à las Leyes del Reyno.* (91)

73 La segunda parte de la Facultad , para disponer por sus Hijas , dice asì: *Y asimismo os doy facultad para que EN EL CASO DE QUE LAS REFERIDAS VUESTRAS DOS HIJAS OS SOBREVIVAN , Y MUERAN EN LA EDAD PUPILAR ; podais testar por ellas , y disponer de sus bienes libremente , agregandolos todos , ò la parte que os pareciere , à los Mayorazgos , que en virtud de esta mi Carta , habeis de fundar , como ellas mismas lo pudieran hacer , teniendo la edad competente :* (92) en que se vè , que no se pidiò , ni concediò para el caso de que la sobreviviesse una Hija unica ; sino para el contrario , de que las referidas sus dos Hijas Doña Maria Josepha, y Doña Maria Antonia, la sobreviviesen, y muriesen en pupilar edad : siendo por lo mismo necessarias dos condiciones para que tuviesse entrada la Facultad concedida : una la de sobrevivir ambas Hijas , y otra la de que muriesen en pupilar edad. Y se vè tambien , que aunque la diò Facultad para testar por sus dos Hijas en el caso referido de sobrevivirla, y morir en pupilar edad; ni en este ni en otro alguno se la diò para otorgar por ellas Codicilo: y siendo cierto que ni aun el Padre de familias, la tiene para este efecto, por limitarse à testar por sus Hijos impuberos , sujetos à la Patria Potestad , por medio de la substitution pupilar , sin extenderse à hacer por ellos Codicilo : (93) necessariamente resulta, que careciò de ella la Marquesa , y que por lo mismo fuè nulo su Codicilo, ò la disposicion que hizo en el , de los bienes de Doña Maria Antonia su Hija infante , y que no pudo ejecutarlo por via de substitution pupilar , ni en otra forma , por faltarle para ello la potestad , y no haverla suplido el Principe.

74 Queda probada la nulidad del primer Mayorazgo , que del Tercio , y Quinto de los bienes del Marquès de Ugena mandò fun-

(87)
Memor. num. 26.

(88)
Leg. 11. tit. 4. partit. 6.
leg. Omnimodo 30. leg.
Quoniam in priorib. 32. &
leg. Scimus 36. §. Cum au-
tem , C. de Inofficis. Tes-
tam. Gom. Var. lib. 1. cap.
11. ex n. 24. & ibi Ay-
llon , D. Olea de Cef.
jur. tit. 3. q. 7. n. 37.

(89)
Mem. num. 27. ibi : *En todo lo qual (dice) es mi voluntad de no perjudicar à tercero alguno.*

(90)
Optimè Arias de Mesa lib. 2. Variar. cap. 27. ex n. 20. usque in finem.

(91)
Mem. num. 34.
in fine.

(92)
Mem. num. 35.

(93)
Leg. Moribus 2. ff. de Vul-
gar. Optimè Franciscus
Ferrer. in Tractat. de Im-
puber. & alijs substit. glos.
1. ex n. 180.

fundar la Marquesa , y fundò de su orden el Padre Gallo. Y aunque los motivos , que vãn ponderados , excluyen à nuestro corto juicio , toda duda ; la elevan à la classe de evidente , las circunstancias , con que se concediò la Real Facultad à que se apela en contrario para subsanarla ; porque haviendola concedido su Magestad para hacer la enunciada Fundacion , *segun la disposicion de las Leyes de Castilla* , con declaracion de que no queria perjudicar à Tercero alguno ; y que en lo respectivo à los bienes del Tercio , y Quinto del Marquès , se huviesse de arreglar al Poder de este , *conforme à las Leyes del Reyno* : Encontramos en cada una de estas circunstancias un nuevo convencimiento de la expreffada nulidad.

(94)
Leg. 18. & 27. Tauri,
ubi omnes Tauristæ. Roxas de Incompat. p. 1. cap. 13. ex n. 11.

(95)
Ex leg. 31. & seqq. Tauri.

75 Las Leyes de Castilla (94) permiten al Padre , ò à la Madre mejorar entre sus Hijos , y descendientes al que quisieren , y cometer esta mejora al Comissario ; (95) por lo que pudo el Marquès dár facultad à la Marquesa para mejorar entre sus Hijas la que quisiesse , y en su virtud huviera podido ejecutarlo , vinculando el Tercio , y Quinto de los bienes de dicho su Marido.

(96)
D. Palacios Rub. in leg. 27. Tauri n. 23. D. Molin. lib. 2. de Primog. cap. 11. ex n. 1. ad 10. D. Gregor. Lop. in leg. 8. tit. 4. partit. 5. D. Covarr. lib. 1. Var. cap. 19. n. 3. Gu-tierr. Practicar. lib. 2. q. 54. Rox. de Incomp. p. 1. cap. 13. ex n. 11. ubi plenissimè. Vela disert. 33. ex n. 30.

76 Pero no permiten que el Padre , ò la Madre mejoren , ò graven al Hijo , ò Hija unica en el Tercio de sus bienes ; en tanto grado , que aunque la executen en tiempo que tienen dos , ò mas Hijos , ò descendientes , y por lo mismo , validamente : si despues de hecha la mejora , ò impuesto el gravamen , y al tiempo de la muerte , que es quando se defiere la Legitima , existe un solo Hijo , ò una Hija unica : queda ineficaz , y sin efecto ; porque ni la mejora , ni la substitution , ni otro qualquier gravamen puede subsistir , ni tener validacion alguna , sin embargo de haverse executado en tiempo habil , *quoties devenit ad casum à quo incipere non potuit.* (96)

77 De aqui es , que haviendose concedido à la Marquesa la Facultad de fundar Mayorazgo del Tercio , y Quinto de los bienes de su Marido , con arreglo al poder de este , y conforme à las Leyes del Reyno ; solo huviera podido hacerlo durante la vida de ambas : en cuyo preciso caso , quiso el Marquès , y la permitia la Ley Real mejorar entre sus dos Hijas la que quisiesse.

78 Y no haviendolo executado hasta despues de la muerte de Doña Maria Josepha , y en tiempo que por ella se havia radicado el pleno dominio de los bienes del Marquès en Doña Maria Antonia , y en la Marquesa su Madre ; fuè visible , y palmaria la nulidad de la referida Fundacion , y mejora de Tercio , y Quinto , como resistida por todo Derecho , contraria à las Leyes del Reyno , y al tenor literal de la misma Facultad.

79 Porque siendo conclusion firme , y constante , que los Pa-

Padres no pueden mejorar , ni gravar à su Hijo unico, instituyendo en su cabeza Mayorazgo , ni en otra forma alguna , segun la Ley Real : (97) Y siendolo tambien , que aunque esta mejora se haga con gravamen de Mayorazgo , ò sin èl en tiempo habil , en que vivian dos, ò mas Hijos, ò Nietos: si al tiempo que muere el Padre , ò la Madre , sobrevive un solo Hijo , ò Hija , y no existen Nietos , ò otros descendientes , queda nula la mejora , y se tiene por no escrita , como tambien el Mayorazgo , que del Tercio se huviesse fundado , y otra qualquier substitution , ò gravamen en la Legitima ; (98) y esto aunque se haya hecho por via de donacion entre vivos , ò de otro qualquier contrato irrevocable : (99) Es llano , que ni en virtud del Poder de su Marido , ni conforme à las Leyes del Reyno , ni en fuerza de la Facultad Real pudo subsistir esta Fundacion.

80 La otra circunstancia que en ella declarò su Magestad de que no queria perjudicar à Tercero alguno , destruye de raiz la ideada Fundacion del Mayorazgo de Tercio, y Quinto de los bienes del Marquès : no porque este, y por su comission la Marquesa dexassen de tener facultad para hacerla , en virtud de la que obtuvo la Marquasa , y de la que à entrambos concedian las Leyes Reales , mientras vivieron sus dos Hijas ; sino porque havien-dola executado , ò **mandadola** executar la Marquesa en su Codicilo , à tiempo que por la premoriencia de la mayor se havia radicado en la menor el dominio irrevocable de la mitad de los bienes Paternos , y en que por ser unica , y acrehedora legal à su Legitima Materna , que era todo el Patrimonio de su Madre , excepto el Quinto , tenia un derecho inalterable , y firme à la sucesion de ella , por beneficio de la Ley , y no por la disposicion Materna : no pudo la Marquesa perjudicarla en el dominio de sus propios bienes , ni en la libertad de disponer de ellos , y de su Legitima Materna , con pretexto de vincular el Tercio , y Quinto de los bienes de su Marido : asì porque yà no lo eran , sino de Doña Maria Antonia , y de su Madre , como porque como **yà dicho** no cabe en la Hija unica , mejora , substitution , Mayorazgo , ni otro gravamen alguno ; porque qualquiera que se la imponga , es *ipso jure* , nulo , y se reputa por no escrito. (100)

81 A que es conseqüente que hallandose preservado en la Facultad Real todo perjuicio de Tercero : necessariamente lo està el derecho de la Hija unica , y la liberrima Facultad , que segun èl la competia de disponer de su proprio Patrimonio , y Legitima.

82 Procediò el Supremo Consejo de la Camara en su Consulta , y su Magestad en la resolucion con tan maduro acuerdo;

(97)

Rox. dict. p. 5. cap. 13. n. 15. D. Molin. dict. lib. 2. cap. 11. ex n. 1. & ibi Add. ex n. 11. ad 17. D. Castell. lib. 2. cap. 13. per tot. D. Rodericus Suarez in repetit. Legis Quoniam in priorib. 32 C. de Inoff. Testam. ampliation. 10. per tot.

(98)

Leg. Pluribus 140. §. & si placeat , ff. de Verbor. obligat.

(99)

Cordova de Lara in leg. Si quis à liberis , §. Item rescriptum à n. 61. ff. de Liber. agnoscend. D. Castell. dict. lib. 2. cap. 13. ex num. 44. usque in finem. Hermosilla in leg. 8. tit. 4. partit. 5. glos. 4. n. 15. Rox. dict. p. 1. cap. 13. ex n. 15. & per tot.

(100)

D. Molin. lib. 2. cap. 11. ex n. 1. ad 10. ubi Add. ex n. 11. ad 17. D. Castell. lib. 2. cap. 13. per tot. Vella disert. 33. ex n. 30. ad 37.

(101)
Mem. n. 33. fol.
10. B.

que aunque concedió à la Marquesa la Facultad (101) que pedia para fundar dos Mayorazgos en cabeza de sus dos Hijas, ò en qualquiera de los Hijos, ò Hijas de las referidas Doña Maria Josepha, y Doña Maria Antonia: no se la diò para executar lo, si llegasse el caso de sobrevivir una Hija unica.

83 La razon de esta diferencia es evidente: porque el fundar dos Mayorazgos en cabeza de las dos Hijas, ò de qualquiera de los Hijos, ò Hijas de estas, es regular, y permitido por las Leyes del Reyno; pero el gravar à una Hija unica en su Legitima, y disponer del proprio Patrimonio de esta, despojandola de la libertad natural, que por todo derecho la compete; es tan violento, que lo resisten todas las Leyes: y afsi, ni se pidió, ni concedió la Facultad para este efecto; y sin ella, dicho se està, que no pudo hacerse.

84 Con esto queda desvanecido el fundamento, que en contrario se hace en la Facultad Real; pues aunque es certissimo, que con ella puede el Padre, ò la Madre, gravar à su Hijo unico, fundando Mayorazgo de todos sus bienes, ò de la parte que de ellos quisiere, comprehendiendo en el gravamen el Tercio, Quinto, y Legitima, cuya Quota es de Derecho Civil, y por consiguiente està sujeta à la Potestad Suprema del Principe, que la introduxo: lo es tambien que para este efecto es necesario, que para impetrar la Facultad, se le haya hecho relacion por el Padre, ò Madre, que la obtuvo, de que no tenia mas que un solo Hijo; y de lo contrario es obrepticia, (102) y de ningun valor, y efecto; y afsi como la mejora, ò gravamen de Fideicomiso, substitution, ò Mayorazgo, impuesto à uno de los Hijos, quando hay muchos; se desvanece, y tiene por no escrito, si al tiempo de la muerte del Testador, ò Vinculante existe un solo Hijo: del mismo modo, el que se impuso con Facultad Real à uno de los Hijos, quando eran dos, ò mas; queda resuelto, y desvanecido siempre que al tiempo de la muerte del Testador, que la impetrò, le sobrevive un Hijo unico; porque en uno, y otro caso se verifica que està gravada la Legitima sin Facultad, por ser de estrecha naturaleza, y no extenderse de un caso, à otro. (103)

85 Y siendo cierto que la Marquesa la impetrò en tiempo, que vivian sus dos Hijas, y para un fin tan diverso, como el de fundar en su cabeza dos Mayorazgos: Es consiguiente que no pudo extenderse à el caso contrario de sobrevivir la una sola.

86 Por los propios motivos fuè igualmente nula la Fundacion del segundo Mayorazgo, en que quiso incluir la Marquesa la Legitima de Doña Maria Antonia su Hija unica, sin haver pedido,



(102)
Mieres de Majorat. p. 1.
q. 13. n. 10. & 11. D.
Castill. lib. 5. cap. 121.
n. 58. Versiculo Ego autem,
ubi magistraliter.
Rox. de Incomp. p. 1. cap.
13. ex n. 20. Add. ad D.
Molin. lib. 2. cap. 11. ex
n. 11. ad 17. Joann. Gu-
tier. lib. 2. pract. q. 67.
Angulo de Meliorationib.
lib. 2. tit. 6. glos. 4. n. 12.
(103)
Rox. diff. p. 1. cap. 13.
ex n. 11. Add. ad D.
Molin. lib. 2. cap. 11. us-
que ad 17. & ceteri proximi
citati.

dido, ni obtenido Facultad Real para ello; y aunque à la vista se quiso persuadir, que la que impetrò para gravar à las dos Hijas, debe **estenderse** al gravamen de una sola; porque es presumible, y verosimil, que el Principe, que la concediò para fundar dos Mayorazgos en cabeza de las dos Hijas; con superior razon la havria concedido para fundarlos en la de Doña Maria Antonia, que unicamente sobreviviò: Es de hecho que ni se pidiò, ni concediò para este efecto; y esto basta para que se diga con verdad, que las Fundaciones hechas en cabeza de la dicha Doña Maria Antonia, se hicieron sin Facultad Real, y contra la expressa prohibicion de las Leyes tantas veces citadas.

87 Y aunque à caso querrà apoyarse esta extension en la doctrina de Arias de Mesa, (104) que contra la comun de todos los Regnicolas, que èl mismo cita; se empeña en persuadir que la Facultad Real concedida para fundar Mayorazgo à beneficio de los Hijos del Impetrante, no es obrepticia, por no haverse expuesto al Principe, por el Padre, à quien se concediò, que no tenia mas de un solo Hijo; serà en vano. Porque tanto vale la opinion de los AA. quanto pesa el texto, ò razon legal que dàn de lo que opinan. Y examinado por menor quanto dice este Escritor sobre este punto, se hallarà: que no tiene apoyo legal de Texto, razon, ni autoridad; y que oponiendose su dictamen à todo el Torrente de lo Escrito, y lo que mas es à la autoridad de las Leyes, que no permiten gravar al Hijo unico en su Legitima, sin especial Facultad para ello: no puede merecer concepto alguno, y especialmente quando la principal razon que dà, es, que quando el Padre, ò la Madre, que tienen dos, ò mas Hijos, fundan Mayorazgo en cabeza de uno de ellos, se les perjudica en su Legitima, lo qual se evita (segun dice) quando es unico: sin reparar que en el primer caso, no hay perjuicio, porque se compensa con los alimentos, y dote, que se subrogan en lugar de Legitima; (105) y que en el segundo le hay tan grave, como privar al Hijo unico de la libertad natural, que por todo derecho tiene de disponer de lo que es suyo, que es el primero, y mas preciso efecto del dominio.

88 Diràn que en este caso no es verificable la obrepcion, y subrepcion por haver expressado la Marquesa que tenia dos Hijas, y que queria fundar en su cabeza dos Mayorazgos; y aunque esto es asì, y por lo mismo confessamos que no fuè obrepticia la Facultad; sin embargo de no padecer este vicio, ni otro alguno: quedò ineficaz, y sin efecto, por haverse concedido para un caso diversisimo; dexando por lo mismo à la disposicion del

De-

(104)
Arias de Mesa lib. 2. Var.
cap. 26.

(105)
D. Molin. lib. 2. cap. 15.
per tot.

(106)
Carlev. de Judic. tit. 3.
dispus. 23. n. 40.

Derecho Comun , y Real , el que succediò de haver premuerto la Hija mayor , y existir al tiempo de su muerte unicamente la segunda ; porque como enseña Carleval , siguiendo à Camerario , Franchis , Ponte , Rosentaldo , y otros , (106) la facultad , y Assenso Regio , no admite estension alguna ; si que tanto vale , quanto suena. *Assensus Regius* (dice) *non extenditur de tempore ad tempus , neque de loco ad locum , neque de parte ad totum , neque de persona ad personam , NEQUE DE CASU AD CASUM ; ET QUIDQUID IN EO EST OMISSUM , NON SUBINTELLIGITUR ; SED RELIQUITUR SUB DISPOSITIONE JURIS COMMUNIS.*

(107)
Mem. num. 35.
Y en la segunda
Adicion. n. 5.

(108)
D. Salg. in Labyr. p. 2.
cap. 4. n. 13. & 14.

89 Ni puede subsanarse esta nullidad de las dos fundaciones , recurriendo à la segunda parte de la Facultad Real , por la que se concediò à la Marquesa la de testar por sus dos Hijas en el caso , que la sobreviviessen , y muriessen en la edad pupilar , sin embargo de la Ley que dice , que solamente el Padre , y no la Madre , pueda hacer , y haga semejante disposicion de los bienes de los Hijos , muriendo estos en la edad pupilar ; (107) no solo porque como yà vimos , se concediò con las dos condiciones de sobrevivir ambas à su Madre , y morir despues en pupilar edad : por lo que , habiendo premuerto la primera , quedò resuelta , por la regla , *quod sub aliqua conditione datur , sub contraria censetur ademptum* ; (108) sino tambien porque habiendo testado la Marquesa por sus Hijas en tiempo habil , substituyendo à la que premuriessse Pupila , la que la sobreviviessse , para que heredassse los bienes de esta libremente , sin transcender à otra substitucion , como se demostrò en el Punto antecedente : quedò evacuada la facultad , que para este efecto se la havia concedido ; y no puede estenderse à un caso tan diverso , como el de sobrevivir una Hija unica.

(109)
D. Salg. in Labyr. p. 2.
cap. 4. ex n. 12. ad 18.

(110)
Idem D. Salg. p. 2. cap.
10. n. 38. & 39.

90 La razon es evidente : porque como prueba el señor Salgado , no es otra cosa la facultad , que una dispensacion de estrechissima naturaleza ; y todo lo que con exceso à ella se executa , es nulo , y de ningun valor , y efecto ; (109) por lo que no puede extenderse à lo que no se representò , pidiò , ni concediò ; *Nam facultas , & Assensus Regius non trahitur ad id , quod Regi est incognitum ; nec Princeps vult disponere de alieno invito domino.* (110)

91 Arreglandose el Consejo Supremo de la Camara , y su Magestad à Consulta de ella , à estos principios : dispensò en la Ley que dice : *Que solamente el Padre , y no la Madre , pueda hacer , y haga semejante disposicion de los bienes de los Hijos , muriendo*

estas

estos en la edad pupilar: (111) en que se ve que solo quiso suplir el defecto de la Patria potestad, dexando en todo lo demás intacta la disposicion de Derecho, que prohibe gravar à la Hija unica en su Legitima, y disponer de su proprio Patrimonio, porque aunque derogò tambien otras qualesquiera Leyes, que tratan en razon de lo referido: (112) solo se entienden derogadas aquellas, que podian oponerse al uso de la Facultad, que concedia à la Marquesa, para que en el caso, que las referidas sus dos Hijas la sobreviviesen, y muriesen en la edad pupilar, pudiesse testar por ellas, y disponer de sus bienes libremente; pero no derogò las que prohiben gravar à la Hija unica, disponer del Patrimonio de esta, darla substituto pupilar en el Codicilo, fundar en el Mayorazgo de su Legitima, y comunicar à un Commissario una Facultad, que aun supuesta su certeza, y extension al caso, que sucediò: huviera sido, y fuè personalissima.

92 Es admirable al intento la doctrina del señor Salgado, que **alguio** al señor Molina, Peregrino, Noguerol, y otros, dice así: (113) *Facultas Regis solum tollit illud impedimentum, super quo postulata fuit, & conceditur; non tamen alia, ex juris dispositione aliàs existentia, & obstantia*; dando por razon, con Barbosa, Graciano, Noguerol, y otros, que de haver dispensado el Principe para un caso: no se sigue, ni presume, que haya dispensado en otro.

P A R T E V.

QUE LAS FUNDACIONES DE LOS DOS MAYORAZGOS, que mandò hacer la Marquesa en su Codicilo, y executò de su orden el Padre Don Nicolàs Gallo: solo pudieron subsistir en lo respectivo al Titulo de Marqués, Jurisdiccion, Señorío, y Vassallage de la Villa de Ugena, y demás Lugares, Regalias, y Derechos Dominicales, y al Quinto de los bienes, que quedaron por su muerte; y por lo mismo fueron nulas, y de ningun valor, y efecto en quanto à la Legitima Materna, y proprio Patrimonio de Doña Maria Antonia su Hija unica, y tuvo lugar en uno, y otro, la succession ab intestato à favor del Padre D. Joseph, y del Monasterio, que le representa.

93 PARA proceder con la debida claridad, dividiremos en tres Puntos este Discurso; probando en el primero, que la Marquesa no hizo en su Codicilo substitucion alguna pupilar expressa, ni tacitamente. En el segundo, que quando la huviesse hecho; seria nula: y por lo mismo no podria subsistir como tal, ni tampoco como Fideicommissaria. Y en el tercero, que

H

aún

(111)
Memor. num. 28.(112)
Mem. num. 35.
in fine, y en la
2. Adicion n. 5.(113)
D. Salg. in Labyr. p. 22.
cap. 2. n. 65.

aun en la hypothesis de haverla podido hacer en fuerza de la Facultad Real, ò en otra forma, obliquandose, y convirtiendose en Fideicommissaria; solo resultaria de ella un *Fideicommissum Vulgar*, limitado al Quinto de sus bienes, teniendo en todo lo demàs lugar la succession *ab intestato*.

Mem. num. 28. y sig. hasta el 35. inclusivè. Y à la letra en la segunda Adición n. 5.

PUNTO PRIMERO.

QUE LA MARQUESA NO HIZO EN SU CODICILO substitucion alguna pupilar expressa, ni tacitamente.

94 **N**O reconoce la Jurisprudencia mas que dos especies de substitucion pupilar directa: una expressa, quando el Padre instituye, ò exhereda à un Hijo impubero, substituyendole, si muriessè en pupilar edad, à otro qualquiera; (114) y otra tacita, que por especial Rescripto de los Emperadores Marco Aurelio, y Aelio Vero, se comprehende en la vulgar expressa, (115) y por otra Ley del Codice, en la compendiofa, (116) quando el testador despues de haver instituido, ò exheredado à su Hijo impubero, le dà substituto para el caso de morir sin Hijos en qualquier tiempo.

(114)
Leg. 1. ff. de Vulg.
(115)
Leg. Jam hoc jure 4. ff. Eod.

(116)
Leg. Præcibus 8. C. de Impub. & alijs subst. Philippus Malsinius in Commentar. ad dict. leg. n. 463. & seqq. Emanuel Acosta in cap. Si Pater de Testament. in Sexto, part. 2. verb. ac deinde filio, n. 9. & 10.

(117)
Leg. 1. §. 2. ff. de Vulg.
(118)

Leg. Sed si plures 10. §. Ad Substitutos 5. ff. de Vulg. & cap. Si Pater de Testam. in Sexto, ubi Emanuel Acosta part. 2. verb. Bona omnia ex n. 1.

(119)
Leg. 1. & 2. ff. de Vulg. leg. Jam hoc jure 4. & leg. Sed si plures 10. §. ad Substitutos, ff. Eod. cap. Si Pater de Testam. in Sexto.

(120)
Memor. num. 38.

(121)
Leg. Unic. §. Pro secundo, C. de Caduc. Tollend. Bellon. de Jur. Accrescend. cap. 7. q. 33.

95 En ambas dispone el Testador de los bienes del pupilo: siendo accidental, el que le instituya, ò exherede, porque de uno, y otro modo puede hacerlo; (117) y en uno, y otro caso pertenecen al substituto todos los bienes, que por qualquier titulo, ò causa pertenecian al pupilo al tiempo de su muerte. (118)

96 Porque en summa esta substitucion es el Testamento del pupilo, y à este sucede el substituto, como su heredero Testamentario; à diferencia de la institucion, y substitucion vulgar directa en su caso: las quales constituyen el Testamento del Padre, y por ellas sucede à este directamente el heredero instituido; y sino lo fuere el substituto. (119)

97 Cotejados estos principios, innegables en toda docta Censura, con el Codicilo de la Marquesa; no se hallarà capacidad, ni proporcion para aplicarles à lo que dispuso en el. Havia instituido en su Testamento por herederas à sus dos Hijas; (120) y por la premoriencia de la mayor, heredò la segunda toda la herencia de su Madre, por el titulo universal de institucion, y derecho de acrecer, que nace de el, (121) como hemos visto.

98 Y aunque por entonces no la gravò con ulterior substitucion: En el Codicilo intentò hacerlo; pero tan infelizmente, que ni previno el caso de darla substituto, si muriessè en pupilar edad

edad, que es el de la pupilar expresa; ni se lo diò, para el de que muriese en qualquier tiempo, que es la forma de la compendiosa, en que se comprehende la tacita pupilar; ni finalmente dispuso de los bienes de su Hija, sino de los suyos propios, y del Tercio, y Quinto de los de su Marido.

99 Es (dixo) (122) su expresa, absoluta, y deliberada voluntad, erigir, y fundar, en fuerza de la expressada Facultad, y de la que la conceden las Leyes de estos Reynos, como con efecto erige, y funda dichos dos Mayorazgos: el primero del Tercio, y remanente del Quinto de los bienes de dicho Señor Marqués su Marido difunto, y de los que la Otorgante, ò de su orden señale el Padre Don Nicolàs Gallo.

100 Y el segundo (123) de todos los bienes, que cumplidas las disposiciones Testamentarias de la Otorgante, quedassen libres, ordenandolo, y governandolo por la serie de su Testamento.

101 Y à la sucesion de ambos Mayorazgos (124) llama à dicha su Hija Doña Maria Antonia de Goyeneche, y sus Hijos, y descendientes legitimos, y à falta de estos quiere la Otorgante, se dividan: y el primero vaya à los Parientes de dicho Marqués, su Marido, y el segundo à los de la Otorgante, en la conformidad, y por las lineas, y grados, que largamente tiene communicado con el mencionado Padre Don Nicolàs Gallo, à quien en virtud de este Instrumento comunica, y le dà todo su Poder cumplido para extender dichas Fundaciones, señalar bienes, poner gravámenes, y hacer llamamientos, segun se lo tiene communicado: todo lo qual la Otorgante quiere, se guarde, cumpla, y execute, dexando, como dexa el citado su Testamento en su fuerza, y vigor.

102 Estas ultimas palabras prueban que la Marquesa, no quiso disponer de los bienes de Doña Maria Antonia, ni alterar la libertad, con que se los havia dexado en su Testamento; (125) porque habiendo mandado en èl, que la ultima de sus Hijas, que la sobreviviese, y muriese en pupilar edad: los huviese, posesiese, y gozasse con la bendicion de Dios, y la fuya, sin darla ulterior substituto; parece, que habiendo dexado esta disposicion Testamentaria en su fuerza, y vigor: quedò intacta, sin embargo de lo que ordenò en el Codicilo; y especialmente quando de todo su contexto se manifiesta, que quiso fundar los dos Mayorazgos: no de los bienes propios de dicha su Hija; sino de los suyos, y del Tercio, y Quinto de los de su Marido.

103 Pero de qualquier modo que esto se conciba: siempre es cierto, que la Marquesa no hizo substitucion alguna pupilar à dicha su Hija, expresa, ni tacitamente. No expresa; porque no se hallan substituidos los Mayorazgos, que mandò fundar para el caso que Doña Maria Antonia muriese en pupilar edad.

ta:

Mem. num. 53.

(123)
Memor. ibid.

(124)
Ibidem.

(125)
Memor. num. 31. y 35.

ta : porque tampoco les substituyò para el de que no fuesse su heredera, ò lo fuesse, y muriesse en qualquier tiempo sin Hijos, que son los unicos, en que tiene lugar la tacita pupilar.

104 Y lo que es formal convencimiento de que su intencion no fuè, ni pudo ser substituir à los Mayorazgos pupilarmente, como en contrario se pretende ; es el mismo hecho. Porque no pudiendo verificarse esta substitucion, sino en el caso de morir Doña Maria Antonia en pupilar edad : implica contradiccion, y tiene repugnancia physica, y legal, que para este preciso caso se hallasse substituida, por haverse de fundar en su cabeza los Mayorazgos; pues de lo contrario, havria de morir en pupilar edad para que tuviesse lugar la substitucion, y vivir para que se verificasse su llamamiento contra los principios elementales del Derecho. (126)

105 Oimos al tiempo de la vista que no se verifica el absurdo de hallarse Doña Maria Antonia substituida à si misma ; porque la Testadora, para el caso de morir la susodicha en pupilar edad, substituyò à los dos Mayorazgos; pero esto no es responder al argumento ; sino mudar los hechos, figurando una substitucion, que no hay.

106 Si la Testadora huviesse dispuesto, que en el caso de morir dicha su Hija en pupilar edad, substituia los Mayorazgos que fundaba, ò mandaba fundar, como en contrario se dice, sin mas fundamento, que su voluntario arbitrio: serìa innegable, que estos se hallarian substituidos à Doña Maria Antonia ; no como quiera, sino por la pupilar expressa ; pero nada menos pensò. Y solo dixo, que llamaba à la succession de ambos Mayorazgos à dicha su Hija Doña Maria Antonia de Goyeneche, y à sus Hijos, y descendientes legitimos, y que à falta de estos, se dividiessen : de forma, que Doña Maria Antonia es la primer llamada à la succession de dichos Mayorazgos : y no puede estarlo para el caso de morir en pupilar edad, ni tampoco siendo Mayor, y teniendo Hijos, y descendientes, por la substitucion pupilar.

107 Y asì, ò moria siendo pupila ; ò yà fuera de la pubertad ? Si pupila : no podia estar substituida à si misma. Y si Mayor de doce años : no serìa pupilar la substitucion, sino Fideicommissaria : la qual por su naturaleza, se limita à los bienes del Testador, ò Testadora, y no se extiende, ni puede extender à los de sus Hijos.

108 Y asì es llano, que en el citado Codicilo no hay mas substitucion, que la Fideicommissaria, (127) por la qual gravò la Marquesa à su Hija unica, à favor de sus Hijos, y descendientes ; y à falta de estos, al de los Parientes del Marquès, y suyos;

cuyo

(126)
Leg. Sed si plures 10. §.
final, & leg. Cohæredi 41.
§. Qui plures, ff. de Vul-
gar. cum concordant. Ro-
sa consultacion 69. ex n.
153. Torre de Mayorat.
part. 1. cap. 25. ex n. 280.

lib. 1. tom. 1.



(127)
Ad tradita per D. Mo-
lin. lib. 1. cap. 4. ex n.
14. signatier n. 18, & 19.

cuyo gravamen fuè por su naturaleza, limitado à los propios bienes de la Testadora, y incapaz de comprehender los de su Hija, y la Legitima Materna, que à esta competià.

P U N T O II.

QUE QUANDO LA MARQUESA HUVIESSE ORDENADO en su Codicilo la substitucion pupilar, que en contrario se pretende, à favor de los Mayorazgos, seria totalmente nula, y por lo mismo no podria subsistir como tal, ni tampoco, como Fideicommissaria.

109 **N**ADIE duda, que si la Madre dà à su Hijo impubero substituto para el caso de morir en pupilar edad, es *ipso jure* nula la substitucion; pero sin embargo se controvierte si podrà valer *in vim Fideicommissi*. Barthulo, Baldo, y otros muchos, que cita, y sigue Marta, (128) el señor Rodrigo Suarez, (129) el Padre Molina, y Francisco Ferrer (130) defienden, que es en tanto grado nula la substitucion pupilar hecha por la Madre à su Hijo infante, ò pupilo, que no solo es nula como tal, si que no puede valer, aùn como Fideicommissaria.

110 Antonio Gomez, y otros, que cita Ayllon, (131) defienden, al parecer, lo contrario, por los fundamentos, que lamente deducen; pero esta aparente discordia, lo es solo en las voces, por convenir ambas opiniones, en que valga, ò no, como Fideicommissaria la substitucion pupilar hecha por la Madre; fuè, y es nula *ipso jure*, como pupilar, y por consiguiente no comprehende, ni puede comprehender los bienes propios del pupilo, por limitarse precisamente à los de la Testadora, que como tales estàn sujetos à su disposicion, quedando libre al pupilo la Legitima, que le pertenece por beneficio de la Ley.

111 Es admirable al intento la doctrina del señor Rodrigo Suarez, cuyas palabras vèn al margen, (132) el qual tratando de intento esta question; aunque sigue la opinion de que la substitucion pupilar hecha por la Madre à el Hijo impubero, que no puede valer como tal, se convierte en Fideicommissaria: enseña, y prueba, que aùn de este modo no puede comprehender la Legitima que al pupilo compete por beneficio de la Ley, y no por disposicion de la Madre; tratando de error notorio lo contrario.

112 La razon es clara: porque como el Fideicommissum en este caso se limita à los bienes de la Testadora, sobre los quales compete al Hijo impubero su Legitima, que por su naturaleza

(128)
Marta de Succes. Legals
part. 4. q. 32. artic. 2.

(129)
Roderic. Suar. in Reper.
leg. Quoniam in prioribus,
C de Inoff. Testam. limit.
1. n. 14.

(130)
P. Molin. de Just. tom. 1.
tract. 2. disput. 184. vers.
Dubium est hoc loco. Ferrer.
in tract. de impuber. §.
alijs. glosa 1. ex n. 148.

(131)
Gomez Variar. lib. 1. cap.
4. num. 6.

(132)
D. Roderic. Suar. in dict.
leg. Quoniam in prioribus,
C de Inoff. testam. limit. 1.
n. 14. ibi: Et per prædicta
alijs consului apud Civita-
tem de Cuenca, quod cum
Mater non posset filio pu-
pillariter substituere, & se
substituatur, trahitur ad fi-
deicommissum: (cita, y
prosigue) quod in Legiti-
ma, nihil valebit talis
substitutio fideicommissa-
ria, & sic, si Mater subs-
titueret filio suo pupillari-
ter, quoad legitimam nihil
valebit: non jure directo,
quia Mater hoc non potest:
non jure fideicommissi, quia
in Legitima non potest filio
substitui per fideicommis-
sum, cum sit gravamen
substitutio fideicommissa-
ria, ex quo per eam non
succeditur Pupillo.

(133)

Leg. Omnimodo 30. leg. Quoniam in prioribus 32. & leg. Scipius 36. S. Cum autem, C. de Inoff. Testam. leg. 11. tit. 4. part. 6. Gom. Variar. lib. 1. cap. 11. ex n. 24. & ibi Ayllon, D. Olea de Cessione jur. tit. 3. q. 7. n. 37.

(134)

Card. Mantica. de Conject. ultim. voluntat. lib. 7. tit. 8. Peregrin. de Fideicom. artic. 6. per tot. Card. de Luca de Legitima discurs. 25. n. 9. & passim. Gomez Variar. lib. 1. cap. 11. ex num. 24. & ibi Ayllon, D. Olea de Cessione. tit. 3. q. 7. n. 37.

(135)

Anton. Gom. Variar. lib. 1. cap. 4. n. 6.

(136)

Idem Gom. lib. 1. Variar. cap. 11. ex n. 24. & ibi Ayllon.

(137)

Ayllon ad Gom. lib. 1. cap. 4. n. 6. & ibid. Suarez, de Rivera Littera F.

excluye todo gravamen : (133) es imposible que la substitucion pupilar , que por ser nula como tal, se convierte en Fideicommissaria : pueda comprehender, ni comprehenda la Legitima del pupilo. (134)

113 Antonio Gomez trato magistralmente este punto ; y aunque para obtener el grado de Licenciado defendiò que la substitucion pupilar hecha por la Madre à un Hijo impubero, no puede valer , ni vale , como tal, ni como Fideicommissaria , por ser de todos modos nula , y de ningun valor , y efecto ; *re maturius perpensa* , abrazò la contraria sentencia : defendiendo por conclusion formal , y expressa , que la enunciada substitucion , aunque nula , è invalida como pupilar , se convierte en Fideicommissaria ; de modo, que el Hijo, à quien se hizo , si muere en pupilar edad, debe restituìr la herencia de la Madre al substituto , *ita ut cum non possit valere jure directo in omnibus bonis , obliquetur , & valeat jure Fideicommissi IN BONIS TANTUM TESTATRICES*; (135) de forma, que en sentir de este insigne Maestro, la substitucion pupilar, que la Madre ordena convertida en Fideicommissaria , comprehende solo los bienes de la Madre , y no los del pupilo , ni por configuiente su Legitima , como èl mismo prueba en otra parte.

(136) Y en este mismo sentido defienden la propria opinion los AA. que recopilan Ayllon , y Don Manuel Suarez de Rivera en sus Adiciones; (137) y con razon, porque no tiene dificultad alguna, que aunque la Madre no puede substituir *pupillariter* à sus Hijos; puede gravarles con otra qualquier substitucion , Fideicommissio , ò Mayorazgo , como no les grave en su Legitima.

114 Diràn , que toda la razon , por la qual convienen los AA. en que la Madre no puede substituir pupilarmente à su Hijo impubero , es el defecto de la Patria potestad ; y que hallandose dispensado este impedimento por el Principe , y derogada la Ley Real que assi lo ordena : pudo la Marquesa substituir à su Hija infante los Mayorazgos, para el caso , que muriesse en pupilar edad; pero yà hemos visto , que no lo hizo en el Testamento , ni en el Codicilo ; y que la Facultad Real fuè solo para el caso de sobrevivir à la Marquesa sus dos Hijas , y morir despues pupilas , por lo qual no se extendiò, ni pudo extender al caso contrario de premorrir la una , y sobrevivir la otra ; y assi nos remitimos en quanto esto à lo que dexamos dicho.

PUN-

PUNTO III.

QUE AUN EN LA HYPOTHESI DE QUE LA MARquesa en fuerza de la Facultad Real, ò en otra forma, hubiessse hecho, y podido hacer la substitucion pupilar, que se figura: solo resultaria de ella un Fideicommissio vulgar, limitado al Quinto de sus bienes; teniendo en todo lo demás lugar la sucesion ab intestato.

115 CIERTO es, que ni el Derecho Civil, ni las Leyes del Reyno permiten, aun à los Padres, substituir pupilarmente à sus Hijos en el Codicilo; (138) y aunque à la vista se dixo, que esta disposicion legal se halla derogada en Castilla, por especial Ley del Reyno, alegando para su comprobacion al señor Molina: (139) ni en la Ley, ni en este gran Maestro, encontramos semejante proposicion; pues solo decide la una, y enseña el otro, que, ò preceda institucion de heredero, ò no, puede fundarse Mayorazgo en el Codicilo: lo qual es innegable, y lo era tambien, por Derecho Civil; (140) pero que tiene que ver esta doctrina, certissima en su caso, con el de este pleyto, en que se controvierte: no si la Marquesa de Ugena, pudo fundar Mayorazgo de sus bienes en el Codicilo, porque esto, ni se niega, ni se duda; sino si pudo hacerlo de lo que era proprio Patrimonio de Doña Maria Antonia, su Hija unica, y gravarla en la Legitima, contra tan repetidas prohibiciones de Derecho?

116 Yà hemos visto, que la substitucion que hace la Madre à su Hijo impubero es nula, y de ningun valor, y efecto, por lo qual no puede subsistir, como directa Pupilar, ni como Fideicommissaria, y que aun quando valiesse *in vim Fideicommissi*, nunca podria extenderse à los bienes del Pupilo, por limitarse à los de la misma Testadora, quedando salva al Pupilo su Legitima, y tambien la Trebelianica, que la Ley concede à qualquier heredero gravado (141)

117 Tambien se ha demostrado, que en los terminos, que se pidió, y concedió la Facultad Real, no pudo la Marquesa testar por su Hija unica, ni darla substituto pupilar, como con efecto no se lo dió.

118 Pero quando prescindiessemos de todo ello, y supusiessemos sin perjuicio de la verdad, que la Marquesa substituyó en su Codicilo los Mayorazgos, en el preciso caso de morir Doña Maria Antonia su Hija en pupilar edad, que es la forma de la Pupilar expresa: todavia seria cierto, que à lo mas podria resultar de ella un Fideicommissio *Vulgar*, limitado al Quinto de los pro-

(138)

Leg. 2. & Leg. 7. Cod. de Codicil. & leg. 8. §. 1. eod. tit. leg. 10. ff. de Jur. Codicillor. leg. 5. & seqq. tit. 5. part. 6.

(139)

Leg. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. D. Molin. lib. 2. cap. 8. ex n. 38.

(140)

Leg. 2. §. final, ff. de Jur. Codicill. ubi communit. Scribentes, præcipue D. Molin. ubi proximè.

(141)

Tor. tit. ff. & Cod. Ad Senat. Conf. Trebel.

propios bienes de la Testadora , quedando libre à su Hija unica su Legitima , y proprio Patrimonio.

119 Porque no haviendose pedido , ni concedido la facultad para otro efecto , que el de testar por las Hijas , que no estaban sujetas à la Patria potestad , sin embargo de la Ley del Reyno , que lo prohíbe : lo mas que pudiera obrar , sería suplir este defecto , y atribuirle la misma authoridad , que habría tenido el Marqués , si fuese de este el Codicilo ; en cuya hypothesis decimos , que solo podría subsistir la substitucion , como Fideicommissio *Vulgar* , limitado al Quinto de los bienes de la Testadora.

120 La razon es clara ; porque la disposicion , que hizo en el Codicilo , no fuè por la Hija infante , ni de los bienes de esta , sino por si misma , y de su proprio Patrimonio ; y perteneciendo todo èl à la Hija unica , excepto el Quinto , por su Legitima : no pudo extenderse à esta la substitucion , ni tampoco à sus propios bienes.

121 Dos especies de Fideicommissos conoce el Derecho en esta materia : Uno *Vulgar* , y otro *Pupilar*. El primero comprehende solo los bienes del Testador , y tiene lugar quando en el Codicilo grava à su Hijo Pupilo à restituír su herencia al substituto , siempre que muera en pupilar edad. De èl habló Papiniano en un texto celeberrimo , (142) estableciendo por regla , que no comprehende los bienes propios del Hijo : *Nec Fideicommissio* (dice) *propriae facultates filij tenebuntur* ; y otro *Pupilar* , de que hablaron los Jurisconsultos Scævola , (143) y Juliano ; (144) y en que el primero , aunque establece la nulidad de la substitucion *Pupilar* , como tal , por el mismo hecho de hacerse en Codicilo : decide , que *ex benigna interpretatione* està obligado el heredero *ab intestato* à restituír al substituto *Pupilar* la herencia , por Fideicommissio , segun la decission del segundo , *quod scilicèt ab eo , ad quem impuberis filij legitima hereditas , vel bonorum possessio perventura est , Fideicommissa rectè dantur.* (145)

122 Son muchas , y utilissimas las diferencias , que versan entre uno , y otro Fideicommissio. En el *Vulgar* , que solo comprehende los bienes del Testador , queda al Hijo Pupilo libre la Legitima , y tambien la Trebelianica ; (146) y por consiguiente succede en ambas el heredero *ab intestato* , sin que el substituto tenga mas derecho , que à los bienes que baxadas estas dos *Quartas* , quedaron del Testador.

123 En el *Pupilar* milita diversa razon , y por consiguiente distincta regla ; porque como el gravamen se impone , ò entiendo impuesto , no al Pupilo , sino al que le debe succeder *ab intestato* , se-

(142)

Leg. Cohæredi 41. §. Cum
Filia 2. aliàs Quod si hæ-
redem 3. ff. de Vulgar.

(143)

Leg. Scævola 76. ff. Ad
Trebell.

(144)

Leg. Si Fundum , aliàs Si
Titio 92. de Legat. 1.

(145)

Diç. leg. Si Fundum , aliàs
Si Titio 92. §. 2. ff. de
Legat. 1.

(146)

Cap. Si Pater de Testa-
ment. in sexto , & ibi
Emanuel Acolta , part. 2.
in glos. sup. verb. debite.

segun la regla del J. C. Juliano, (147) que queda advertida, no se limita el Fideicommissio à los bienes del Testador; si que comprehende todos los del Pupilo; *quia non ab ipso impubere, sed à legitimo ejus herede datum videtur, & comprehendit proprias ipsius impuberis facultates*; de que resulta, que no puede deducir la Legitima que se debia al pupilo, aunque si la Trebelianica; siendo la razon de la diferencia, que en este ultimo caso, el substituto lo es Fideicommissario del pupilo; y por consiguiente le pertenecen todos los bienes de este, en que se comprehende la Legitima; y en el primero succede por Fideicommissio, no al pupilo, sino al Testador, y por lo mismo puede el heredero *ab intestato*, à quien se entiende impuesto el gravamen, deducir la Trebelianica de toda la herencia del pupilo. (148)

124 Controvierten los AA. si quando el Padre, que en su Testamento instituyò heredero à su Hijo impubero, sin darle en el substituto pupilar, se lo dà despues en el Codicilo, que es la especie, que propone el J. C. Scævola. (149) y en que resuelve, que la substitucion es inutil; pero que *ex benigna interpretatione* està obligado el heredero *ab intestato* à restituir la herencia al substituto por Fideicommissio: debe entenderse del *Vulgar*, de manera que comprehenda solo los bienes del Testador, ò del *Pupilar*, que comprehende toda la herencia del pupilo.

125 Paulo de Castro, (150) Raphaël Cumano, (151) Jason, (152) Saliceto, (153) Porcio, (154) Socino, (155) y otros muchos, entendieron, y defienden, que el Fideicommissio fuè *Vulgar*: y por lo mismo no comprendiò los del pupilo, fundados en la citada decisio de Papiniano, (156) que clara, y literalmente lo decide: *Nec Fideicommissio* (dice) *propria facultates filij tenebuntur*; y en que habiendo el Testador dado à su Hijo impubero heredero Testamentario por un medio resistido por Derecho, qual es el de executar lo en el codicilo: atendido el rigor de Derecho, era absolutamente nula la substitucion; (157) y que para evitar esta nulidad, resolviò el J. C. convertir la substitucion directa pupilar invalida, y viciosa como tal, en Fideicommissaria, limitada à los bienes del Padre, que la hizo, *ne actus in totum periret*.

126 Y aunque otros, que refiere, y sigue Acoſta (158) defienden lo contrario; solo es en los terminos que prescribiò el J. C. Juliano, à que se remiten; (159) esto es quan-

(147)
Dicit. leg. Si Fundum, aliàs Si Titio 92. §. finali, ff. de Legat. 1.

(118)
Acoſta in cap. Si Pater de Testam. in Sexto, verb. interdum ex n. 19

(149)
Leg. Scævola 76. ff. Ad Trebell.

(150)
Paulus de Castro in dict. leg. Scævola 76. ff. Ad Trebell.

(151)
Raphaël Cuman. in leg. Si Titio §. final ff. de Legat. 1.

(152)
Jason ibidem n. 25.

(153)
Et Salicetus num. 1.

(154)
Porcius in §. Penultim. Institut. de Codicil.

(155)
Socinus in leg. Centurio n. 34. ff. de Vulgar.

(156)
In dict. Leg. Coheredi 41. §. Cum Filia 2. & §. Quod si heredem 3. ff. de Vulgar.

(157)
Leg. Non omnis, §. final. ff. Si certum petat.

(158)
Acoſta in cap. Si Pater de Testam. 3. part. verb. Interdum ex n. 19

(159)
Leg. Si fundum, aliàs Si Titio, §. final. ff. de Legat. 1.

do el Testador gravò à los herederos *ab intestato*: *Sicuti conceditur* (dice) *unicuique ab eo, ad quem legitima ejus hereditas, vel bonorum possessio perventura est, Fideicommissum dare: ita; & ab eo, ad quem impuberis filij legitima hereditas, vel bonorum possessio perventura est, Fideicommissa rectè dabuntur*: en que se vè que para que los herederos *ab intestato* à quienes se defiere la herencia legitima del pupilo, estèn obligados à la restitucion de su herencia, es necessario, que se les grave à restituirla por Fideicommissò, y de lo contrario no lo estàn, porque la Ley por sì sola no les grava: à que es consiguiente, que no hallandose impuesto en nuestro caso tal gravamen; no puede estimarse *pupilar* el Fideicommissò, sino *Vulgar*, y limitado à los bienes de la Testadora.

127 Y sì todo esto militaria quando en el Codicilo se leyese expressamente la substitucion pupilar, y huviesse precedido Facultad Real para ello; y lo que mas es, quando la huviesse hecho el mismo Marquès de Ugena: què diremos en este caso, en que falta la substitucion: falta la facultad: falta el gravamen de los herederos *ab intestato*, y falta todo?

P A R T E VI.

QUE QUANDO POR IMPOSSIBLE PUDIÉSSE valer la substitucion, que se dice hecha en el Codicilo, como Fideicommissò Pupilar, comprensivo de toda la herencia de Doña Maria Antonia: todavia competiria al Monasterio, por representacion del Padre Don Joseph, la Quarta Trebelianica de toda ella.

128 **A**SSI como en esta materia distingue el Derecho dos especies de Fideicommissò, uno *Vulgar*, y otro *Pupilar*: del mismo modo distinguen los AA. dos especies de substitucion, pupilar: una *directa*, y otra *Fideicommissaria*. (160) Ambas convienen, en que solo el Padre puede hacerlas al Hijo impubero sujeto à su Patria potestad, y en que por ellas se succede *ex Patris judicio*, no al mismo Padre, sino à su Hijo pupilo, si muere en la pupilar edad; pero con una diferencia, que en la *directa* succede el substituto en toda la herencia del pupilo, como su heredero directo: y por consiguiente, sin detraction alguna de Legitima, ni Trebelianica; (161) pero en la

(160)

Philip. Malsinius in 2. part. C. ad leg. Quamvis 4. C. de Impub. & alijs substitut. n. 2. & 3. Emanuel Acofta in cap. Si Pater de Testam. in Sexto, part. 3. verb. Obliqua n. 38. & plenius verbo Interdum ex n. 1.

(161)

Leg. Moribus 2. & leg. Sed si plures 10. §. Ad Substitutos 5. ff. de Vulgar.



la *Fideicommissaria*, aunque succede tambien al mismo pupilo; no es por successiõn directa, sino por medio de la restituciõn legal, que debe hacerle el heredero *ab intestato*, à quien defiere la Ley la herencia del pupilo; pero con el gravamen de restituirla por Fideicommissõ universal, al substituto pupilar, reteniendo à su proprio beneficio la Quarta Trebelianica de la herencia pupilar, como gravado à su restituciõn: no por el Padre, sino por el mismo pupilo.

(162)

129 Todos los AA. que tratan la materia, hablan en terminos de haver el Padre instituïdo heredero à su Hijo impubero, sin darle substituto pupilar, y haversele dado despues en el Codicilo, (163) que es la especie del cèlebre Texto, (164) que dà assumpto à esta question. La decisiõn del J. C. Scævola dice asì: *Licet substitutio inutilis sit, quia Codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest: tamen benigna interpretatione placet, ut Mater, quæ ab intestato pupillo successit, substitutis Fideicommissõ obligetur.*

130 Toda la duda està en si este Fideicommissõ, à que queda obligado el heredero *ab intestato*, es *Vulgar*, y limitado à los bienes del Padre; ò *pupilar*, y cõmprensivo de toda la herencia del pupilo, que muere en pupilar edad; pero ambas opiniones convienen en que siempre que la substituciõn es *Fideicommissaria pupilar*; aunque pertenece al substituto toda la herencia del pupilo, inclusa la Legitima, que à este competia en los bienes del Padre: pertenece al heredero *ab intestato* la Quarta Trebelianica de la herencia del pupilo, à cuya restituciõn se entiende gravado por Fideicommissõ universal, por tenerlo asì establecido el S. C. **Trebelliano**, (165) cuya disposiciõn no està alterada, ni corregida por el Derecho, y Leyes Reales de Castilla. (166)

131 Pero ninguno de ellos ha pensado que la substituciõn pupilar *directa*, ni *Fideicommissaria*, pueda hacerse por la Madre en su Testamento, ni en su Codicilo; antes bien, como doctamente prueba Francisco Ferrer, que tratò *pro dignitate* esta materia, es imposible, y contra Derecho, extender à la Madre la decisiõn especialissima del J. C. Scævola, que solo hablò de la substituciõn hecha por el Padre en su Codicilo, à su Hijo constituïdo baxo de la Patria potestad. (167)

(162)

Leg. Scævola 76. ff. Ad Trebell. leg. Si fundum, aliàs Si Titio 92. § final. ff. de Legat. 1. Malsinius ubi prox. Acoita in dict. cap. Si Pater 3. part. verb. Obliqua n. 38. Ferrer in tract. de Impuberum, & alijs substit. gloss. 1. ex n. 185.

(163)

Emanuel Acoita in dict. cap. Si Pater, verb. Interdum ex n. 1. & per tot. Philip. Malsin. in leg. Quamvis 4. Cod. de Impuberum. Ferrer in Eod. tract. gloss. 1. ex n. 185. (164)

Leg. Scævola 76. ff. Ad Trebellian. (165)

Tot. tic. ff. & C. Ad Trebell. (166)

D Molin. de Primog. lib. 1. cap. 17. D. Castill. de Usufruct. cap. 60. per tot. D. Olea de Cession. jur. tit. 4. q. 5. n. 25. Ayllon ad Gom. lib. 1. cap. 12. n. 13. (167)

Ferrer de Impuber. & alijs substit. gloss. 1. ex n. 148. maxime ex n. 185. ibi: Unde concludamus (dice) quod quemadmodum potuisset Pater, si filium impuberem instituisset à legitimis Pupilli successoribus, Fideicommissum de tota sua hereditate relinquere: sic etiam & ab intestato idem videbatur dicendum cum ex quo ab ipsis legitimis successoribus nihil petijt, nec gravavit, videatur quodammodo ex tacita defuncti voluntate, eis deferre hereditatem. Voluntas vero Patris aperta fuit, qua demonstratur, voluisse hereditatem pervenire ab substitutos. Unde in hoc constat versari benignam interpretationem ad inducendam decisionem specialissimam in dicta lege Scævola ad Trebelianum. QUÆ CUM LOQUATUR IN ILLO CASU PARTICULARI CODICILORUM, NON EST TRAHENDA AD NOSTRUM CASUM, QUANDO PER MATREM FUIT PUPILLARIS EXPRESSA FACTA FILIO SUO, UT CUM NON VALEAT JURE DIRECTO, VALEAT JURE FIDEICOMMISSI. Nec me movet si dicas idem dicendum esse, & eandem benignitatem versari in casu, quo per matrem fuit data, cum de illius voluntate constet. NAM DICO QUOD NON SUFFICIT VOLUNTAS SOLA, SED QUOD LEX HOC INDUCAT IN ISTO CASU SICUT ET IN ILLO LEGIS SCÆVOLA INDUXIT; NE VIDEATUR UNO VERBO UNIVERSAM JURIS MACHINAM RESECARE.

Y

132 Y si se refelexiona lo que en este Discurso, y el antecedente dexamos dicho, se hallarà lo primero: no haver hecho la Marquesa substitution alguna pupilar à su Hija Infante, en el Codicilo: Lo segundo: que aùn quando de hecho la huviesse executado, ni pudiera valer, como *directa*, ni como *Fideicommissaria*: Y lo tercero, que aùn quando contra el tenor literal del Codicilo supusiessemos, que los Mayorazgos se hallan substituidos en èl, para el caso de morir Doña Maria Antonia en pupilar edad, y que la Facultad Real pudiesse extenderse à este caso, de manera que estuviesse suplido el defecto de la Patria potestad, dando al Codicilo el mismo efecto, que podria tener, si le huviesse otorgado el Marquès de Ugena: aùn en esta hypothesis imposible, serìa incapaz de duda el derecho del Padre Don Joseph, y del Monasterio que le representa à la Quarta parte de toda la herencia de Doña Maria Antonia, por razon de la Trebelianica, que le dà la Ley, y le conceden indistintamente los AA. de una, y otra Sentencia.

Por cuyos motivos espera el Monasterio se declararà esta Causa à su favor. S. S. J. O. T. S. D. C.

Lic. D. Andrès Rodriguez.

Doct. D. Juan de Rimbau.



