1-9

20

FACULTAD de TEOLOGIA
GRANADA

FACULTAD de TEOLOGIA
GRANADA

JESUS,
MARIA, Y JOSEPH.

POR

DON JOSEPH VICENTE DE MONCADA, y de Belbis, Cordova, y Portugal, Melo de Ferreyra, Colon de Bocanegra, Suarez de Mendoza, y Bazàn, *Num.* 65. Marquès de Belgida, Villamayor, y Benavites, Conde de Villardonpardo, de Sallent, de Villamonte, y de Marradas, &c.

CON

DON LUIS DE MONCADA, Y ARAGON, *Num.* 68. Duque de San Juan de Vibona, y de Montalto, Principe de Paterno, Conde de Aderno, &c.

DON LUIS FERNANDEZ DE CORDOVA, ESPINOLA, Aragon, y la Cerda, Marquès de Cogolludo, Duque de Alcalà, y de Camiña, &c. como marido, y conjunta persona de Doña Theresa de Moncada, *Num.* 64.

Y

EL CURADOR AD LITEM DE DON PEDRO DE ALCANTARA Fernandez de Cordova, y Moncada, *Litera A*, hijo de los referidos Marqueses de Cogolludo.

SOBRE

La Thenuta, y posseſsion del Mayorazgo fundado por Don Pedro de Moncada, Num. 27. *y los à èl unidos, incorporados, y agregados, que vacaron por muerte de Don Guillèn Ramon de Moncada,* N. 59. *Marquès, que fue de Aytona, ſu ultimo poſſeedor.*

3 5 6 0 3

COPIA

DE LA CARTA QUE DON PEDRO DE MENDIETA

ESCRIBIÓ

DON LUIS DE ROJAS Y AVENDAÑO



FOLIO

Num. 1 PRETENDE el Marquès de Belgida, *Num.* 65. ſe declare, que por muerte del Marquès de Aytona, *Num.* 59. ò por la vacante legal, cauſada por la de Don Manuel de Moncada ſu hermano, *Num.* 60, Conde, que fue de Baños, ſe le transfiriò la poſſeſsion civil, y natural de el Mayorazgo fundado por Don Pedro de Moncada, *Num.* 27. Grandeza à èl unida, y de todos los demàs agregados, incorporados, y unidos al Patrimonio de la Caſa de Moncada, y eſpecialmente las Villas de Seròs, Mequinenza, Algorfa, Villa-Seca, Ballovar, Almatret, y Fayo, y las Baronìas de Chiba, Palma, y Ador, con todos ſus Derechos, Juriſdiccion, mero, y mixto imperio, regalìas, y pertenencias; y que en ſu conſequencia, ſe le mande dàr la poſſeſsion real, y actual de todos los referidos Eſtados, con recudimiento de frutos, y rentas. (1)

2 Y que en atencion à ſu claro Derecho, ſe le encargue libremente la adminiſtracion, ſin fianza alguna, ſobre que tiene formado Articulo. (2)

3 El Duque de San Juan, *Num.* 68. tiene la miſma pretenſion, fundandolo en el Teſtamento de Don Guillèn Ramon de Moncada, *Num.* 20, con la de que ſe le encargue la adminiſtracion, en la propria forma. (3)

4 El Marquès de Cogolludo, *Num.* 64, pretende ſe le abſuelva, y dè por libre de una, y otra Demanda. Y que en caſo de haver havido tranſito de poſſeſsion, por miniſterio de la Ley de Toro, en algunos de los bienes, que ſe litigan, en la vacante, que causò la muerte del Marquès de Aytona, *Num.* 59: ſe declare haverſele transferido, y ſe le mande dàr la real, y actual, con recudimiento de frutos, formando Articulo ſobre la adminiſtracion, en la propria forma, que los demàs Colitigantes. (4)

5 Y el Curador ad litem de Don Pedro de Alcantara Fernandez de Cordova, y Moncada, *Litera A*, hijo de los Marqueſes de Cogolludo, que naciò en 18. de Noviembre de 1730, mas de tres años deſpues de la vacante: pide ſe defiera à la pretenſion de ſus Padres, y ſubſidiariamente, que en lo que à ella no aya lugar, ſe declare haverſe transferido à ſu Menor la poſſeſsion civil, y natural de los Mayorazgos qualificados, mandandole dàr la real, y actual de ellos, con recudimiento de frutos. Sobre que puſo Demanda en forma, deſpues de concluſo el Pleyto, y impreſſo el Memorial Ajuſtado, con proteſta de añadir, y quitar como le convinieſſe.

6 Y por otroſi pidiò, ſe confirieſſe à dichos Marqueſes la adminiſtracion, en la forma que la tenian pedida, y ſubſidiariamente para en el caſo referido, à ſu Menor. (5)

(1) Memor. num. 2.

(2) Memor. num. 4.

(3) Memor. num. 1. y 4.

(4) Memor. num. 3. y 4.

(5) Conſta de la Adicion manueſcrita del Memorial.

IN-

INTRODUCCION.

7 HAviendoſe dado traslado de las Demandas de el Duque de San Juan, *Num.* 68, y de el Marquès de Belgida, *Num.* 65, al de Cogolludo, *Num.* 64: formò Articulo, ſobre que ſe declaraſſe no haver lugar al Juicio de Thenuta, y ſe mandaſſe, que los referidos acudieſſen à los Tribunales de Cathaluña, ò donde les convinieſſe, à deducir ſus pretenſiones; fundandolo principalmente, en que hallandoſe la mayor parte de los bienes, ſitos en aquel Principado, donde no ay Ley de Toro: no podia tener lugar, en quanto à ellos, eſte Interdicto, por tratarſe en èl de la execucion de la dicha Ley, que no puede darſe en los Eſtados no ſujetos à ella.

8 Y aunque ſe hizo por ſu parte la mas empeñada defenſa de palabra, y por eſcrito: por Executoria de 23. de Mayo de 1729. ſe dixo: Sin embargo de el Articulo introducido por el Marquès de Cogolludo, conteſte, y reſponda à las Demandas pueſtas por las otras Partes. (6)

9 No obſtante ſer eſto aſsi, y cierto en la cenſura legal, (7) que el Auto, en que el Conſejo ſe declara por Juez, ò deſeſtima la declinatoria, no es ſuplicable, ni admite el remedio de nulidad, reſtitucion, ni otro alguno: Todavia, bien hallado el Marquès de Cogolludo con la poſſeſsion de eſtos Eſtados, inſiſte en la miſma excepcion, (8) queriendo perſuadir, contra la Executoria del Conſejo, y contra el tenor de la Ley Real, que eſte no es caſo de Thenuta, y que ſe deben remitir las Partes, y Autos à la Audiencia de Cathaluña; porque ſabe, que en ella ſon eternos los Pleytos, y eſtàn à arbitrio de los Litigantes las dilaciones.

10 A que ſe llega el interès de los frutos vencidos deſde el dia de la vacante; pues ſi lograſſe ſu idèa, à lo mas podria ſer condenado à ſu reſtitucion, deſde el dia de la conteſtacion de la Demanda de propriedad, (9) lo que no ſucede en la Thenuta.

11 Eſtamos conſtantemente perſuadidos, à que ſupueſta la Executoria referida, no puede hoy tratarſe de eſta excepcion; pues ſin embargo de apoyarſe entonces en los miſmos fundamentos, que hoy ſe alegan, ſe deſeſtimò en ella; y aunque regularmente hablando, puede la excepcion declinatoria, como anomala, oponerſe antes de la conteſtacion *in vim dilatoriæ*, y repetirſe deſpues de ella, como peremptoria: (10) procede ſolo eſta regla, quando haviendoſe propueſto *tanquam dilatoria*, para embarazar el ingreſſo del Juicio, ſe reſervò para la difinitiva, ſegun entendieron el ſeñor Molina, y Acevedo; (11) pero no, quando abſolutamente ſe deſeſtimò, con pleno conocimiento, como ſucediò en eſte caſo.

Fue-

(6)
Memor. n. 5. y en los Autos Pieza corriente, fol. 64. haſta 85.

(7)
Leg. 4. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop.* & ibi Acevedo.

(8)
Memor. num. 179. y ſiguient. & iterum ex num. 262.

(9)
Leg. Certum, 22. *Cod. de Rei vindicat.*

(10)
Leg. 5. *tit.* 10. *partit.* 3. *ex leg.* 10. *tit.* 5. *eiuſd. partit.* D. Molin. *de Primog. lib.* 4. *cap.* 9. *ex n.* 40. Aceved. *in leg.* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop. n.* 6. 22. 34. *& ſeqq.* D. Salgad. *in Labyrint. part.* 3. *cap.* 1. *num.* 62. *& 63.*

(11)
D. Molin. *dict. cap.* 9. *ex num.* 40. Aceved. *in dict. leg.* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop.* D. Salgad. *de Reg. Protect. part.* 4. *cap.* 9. *à num.* 33. Barboſa *voto* 126. *n.* 131. Carleval *de Iudic. tit.* 3. *diſp.* 17. *à n.* 5. D. Solorzan. *tom.* 1. *de Iur. Indiar. lib.* 3. *cap.* 2. *à num.* 41.

12 Fuera de que es cierto, que la cosa juzgada tiene fuerza de tal, no solo en lo que formalmente decide, sino en lo que necessariamente presupone; (12) y siendolo tambien, que la expressada Executoria supone la Jurisdiccion del Consejo, y esta, como su preciso fundamento, el transito de la possession civil, y natural; por el mismo hecho que mandò contestar las Demandas de Thenuta, estimò, que le havia en el legitimo successor del Mayorazgo, no como quiera, sino tal, que por èl tenga lugar este Interdicto; pues de lo contrario, serìa preciso decir, que un Senado de tan superior Authoridad, y consumada Doctrina, havria procedido con nulidad, y defecto de Jurisdiccion, mandando contestar un Pleyto vicioso, que no pudo introducirse en èl, lo que es absurdo.

13 Porque como el transito de la possession civil, y natural de el Mayorazgo, es la qualidad atributiva de la Jurisdiccion de el Consejo, para el conocimiento de los Pleytos de Thenuta, pues sin este previo fundamento, no puede darse este Juicio: de necessidad ha de decirse, que en fuerza de la citada Executoria està decidido, como necessario presupuesto, que por muerte de el ultimo possedor passò al siguiente en grado la possession civil, y natural del Mayorazgo que se litiga, y sus Agregados; porque de otro modo, no pudiera considerarse Jurisdiccion en el Consejo, para mandar contestar las Demandas del Duque de San Juan, y Marquès de Belgida; ni fundamento para empeñarles en los inmensos gastos de un Pleyto tan costoso, que ha ocho años que dura, sin la seguridad, de que despues de substanciado, y concluso, se determinasse por el mismo Tribunal donde se contestò.

14 Pero para que à todas luzes se vea el desprecio, que merece esta excepcion, y quan justamente la desestimò el Consejo; y para manifestar el claro derecho del Marquès de Belgida, *Num.* 65. en competencia de los demàs Colitigantes, dividirèmos esta Alegacion en tres Partes; probando en la primera, que este es caso de Thenuta.

15 En la segunda, que la succesion de el Estado de Aytona, y sus Agregados, se debe governar por el Testamento de Don Pedro de Moncada, *Num.* 27. y no por el de Don Guillèn Ramon, *Num.* 12. como pretende el Marquès de Cogolludo, ni por el de Don Guillèn Ramon, *Num.* 20. como dice el Duque de San Juan.

16 Y en la tercera, que segun la fundacion de el dicho Don Pedro, *Num.* 27, por muerte de Don Manuel de Moncada, *Num.* 60. Conde que fue de Baños, y ultimo legal possedor, llegò el caso de el llamamiento del Marquès de Belgida, *Num.* 65. con exclusion de los demàs Colitigantes, no solo en quanto al Estado de Aytona, y bienes de que dispuso el dicho Don Pedro, *Num.* 27; sino

(12) D. Salgado *in Labyrinth. part.* 3. *cap.* 1. *num.* 73. & 74. & *num.* 98. *cum seqq.* & rursùs *in tract. de Reg. Protect. part.* 4. *cap.* 9. *ex n.* 21. D. Castillo, *tom.* 5. *cap.* 83. & 194. *ex num.* 34. Carleval *de Iudic. lib.* 2. *tit.* 2. *disput.* 5. *numer.* 30.

no tambien de la Grandeza, y demàs Mayorazgos unidos, y agregados à èl.

PARTE PRIMERA.

QUE AUN PRESCINDIENDO DE LA Executoria de el Consejo, en que mandò, que el Marquès de Cogolludo contestasse, y respondiesse à las Demandas de Thenuta, sin embargo de el Articulo, que tenia formado, sobre que se declarasse no haver lugar à ella: le tendria este Interdicto en el Mayorazgo fundado por Don Pedro de Moncada, Num. 27. *y los à èl unidos, y agregados.*

17 ES la Thenuta un derecho de poseer el Mayorazgo, y una accion, que se deduce en el Consejo por el legitimo successor, en quien por ministerio de Derecho se transfiriò la possession. (13)

18 No hallamos mencion de ella en las Leyes de Partida, ni en las demàs de el Reyno, hasta que el Señor Emperador Carlos V. en el año de 1543, y el Señor Don Phelipe II. en el de 1560, la establecieron, para la execucion de la Ley 45. de Toro, (14) que transfiere la possession civil, y natural de el Mayorazgo al que segun la institucion, debe succeder en èl. (15)

19 Y sin embargo de ser esto assi, y constante, que muchos siglos antes de promulgarse las Leyes de Toro, havia infinitos Mayorazgos en Castilla: se entendiò por todos los Authores, y Tribunales de ella, que el Interdicto, ò remedio de Thenuta comprehendia igualmente à todos los fundados antes, y despues, que se publicassen las citadas Pragmaticas, y Leyes. (16)

20 No solo porque las de Toro son declaratorias de el Derecho Comun; (17) sino tambien porque hallandose dispuesto en èl, que en los Fideicommissos successivos, y perpetuos passen los derechos, y acciones, con el dominio de los bienes, de uno à otro substituto, *ministerio iuris*, & *absque ulla reali*, *aut verbali restitutione*; (18) cuya verdad comprueban los Sagrados Canones, y la opinion comun de los Authores: (19) necessariamente resuelve, que passa tambien la possession.

21 Assi lo entendiò la Glossa, (20) seguida de muchos, y calificada con una expressa Ley de Partida; (21) y segun ella, es verdadero dueño, y legitimo poseedor de el Fideicommisso el substituto, en quien la Ley transfiriò *ipso iure* el dominio, derechos, y acciones, y se debe regular por su persona la proximidad para succeder, per-

te-

(13)

Paz *de Thenut. cap.* 1. *n.* 86. ibi: *In hoc ergo tractatu, utimur Thenutæ verbo, pro iure possidendi, & pro ipsa actione in Iudicium deducta apud Supremum Consilium.*

(14)

Constat ex leg. 9. & 10. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* Paz *de Thenut. cap.* 2. *ex num.* 6.

(15)

Leg. 8. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* D. Molina *de Primogen. lib.* 3. *cap.* 13. *ex num.* 9.

(16)

Paz *de Thenut. cap.* 2. & 67. ac communitèr Doctor. Regnicolæ, & *constat ex leg.* 6. *tit.* 1. *lib.* 2. *Recopilation.*

(17)

Burgos de Paz *in Præemio Legum Tauri, num.* 432. D. Molina *lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 24. Abendaño *in leg.* 45. *Tauri, gloss.* 8. *n.* 4. D. Palacios Rubios *in leg.* 27. *Tauri, n.* 17. Paz *de Thenuta, cap.* 67. *num.* 3. *ac per totum.*

(18)

Leg. Sancimus, 7. §. *Cum autem, Cod. ad Trebell.* ubi Barthol. Bald. & omnes, Peregrin. *de Fideicomm. art.* 2. *ex n.* 58. Vedoya *in Specul. Ver. Iurisprud. lib.* 2. *discurs.* 5. *num.* 11.

(19)

Cap. In præsentia, extra de Probat. & ibi Bald. *num.* 31. Gratian. *discept.* 245. *num.* 16. D. Leon, *tom.* 1. *decis.* 84. *n.* 12. & *tom.* 2. *decis.* 123. *num.* 13. & 14. & *iterùm decis.* 209. *ex num.* 2.

(20)

Glossa *in leg. Pomponius*, 36. *ff. Famil. hærciscund.* verbo *Naturalitèr.*

(21)

Leg. 7. *tit.* 4. *part.* 5. & ibi Hermosilla, qui ita testatur, *gloss.* 3. *num.* 17.

teneciendole los frutos desde el dia de la restitucion legal, y translacion de la posseision, que obra la misma Ley, (22) desde el tiempo de la vacante; de el modo mismo, que en Castilla sucede en los Mayorazgos. (23)

22 De que infiere el señor Castillo, (24) que la Ley 45. de Toro, nada añadiò à la de Partida, y Derecho Comun, que estableciò el transito *de la posseision, y el Señorìo* de uno à otro substituto, (25) calificando la opinion de la Glossa.

23 Y assi como en fuerza de la Ley de Toro passa el dominio, y posseision civilissima al siguiente successor de el Mayorazgo, sin necessitar de aprehension, por ser dativa: de el mismo modo procede en los terminos de el Derecho Comun, como en los Fideicommissos de Cathaluña entendieron Don Luis de Peguera, y Vedoya. (26)

24 En el Reyno de Valencia no era conocido el Juicio, y remedio de Thenuta, y solo se practicaba en su lugar el Interdicto possessorio sumarissimo de la immission. (27)

25 Sobrevino el Real Decreto de 29. de Junio de 1707, en que mandò su Magestad se reduxesse à las Leyes de Castilla; (28) y esto bastò, para que en fuerza de este nuevo establecimiento, tuviesse lugar el Juicio de Thenuta en todos los Fideicommissos de aquel Reyno, como lo califica la practica, y observancia inconcusa, sin que se aya ofrecido hasta aora duda alguna.

26 Porque como el Derecho Comun transferia la possession civil, y natural, con el dominio, y acciones, al siguiente en grado, en los Fideicomissos successivos, y à mayor abundamiento, se hallaba dispuesto assi por Fuero expresso de aquel Reyno: (29) nada añadiò para el transito de la posseision civil, y natural, la introduccion de las Leyes de Castilla, y fue mera declaracion de lo que el Derecho Comun, y Municipal tenia dispuesto.

27 Y es materialidad decir, que este transito de possession no se hacia por ministerio de la Ley de Toro; porque siendo innegable que le havia, y que por el Fuero se transferìa solo al inmediato successor, que conforme à la institucion de el Mayorazgo debia succeder en èl: es consequente, que la diferencia, que se quiere considerar entre una, y otra Ley, es puramente nominal; y que atendido el efecto, y substancia de las vozes, obraba en Valencia el Fuero, lo mismo que en Castilla la Ley de Toro.

28 Y siendo proposicion de regla, que *non est curandum de modo, dummodo habeamus effectum*: se dexa entender desde luego, que esta sutileza carece de la solidèz, que debiera tener para merecer el aprecio de el Consejo.

29 En quanto à los bienes sitos en Aragon, que son las Baronìas de Mequinenza, Ballobar, y Fayo, es igualmente

(22)

Leg. Restituta, & leg. Facta, ff. ad Trebel. leg. In Fideicommisso, ff. eod. Peregrin. *de Fideicom. art.* 49. *n.* 88. & 89. D. Leon, *decis.* 123. *n.* 13. & 14.

(23)

Paz *de Thenut. cap.* 35. *per tot. maximè ex num.* 19.

(24)

D. Castillo, *lib.* 5. *cap.* 91. *num.* 48. versic. *Prætereà.*

(25)

Leg. 7. 5. *tit.* 4. *partit.* 5.

(26)

Peguera, *decis.* 115. *ex num.* 2. & *per tot.* Vedoya *in Specul. Veræ Iurisprudent. lib.* 3. *discurs.* 2. *per tot.*

(27)

D. Leon, *dict. decis.* 209. *per tot.* D. Matthæu *de Regim. cap.* 11. §. 5. & 6. D. Crespì, *observat.* 29. *n.* 193. Bas *in Theatro Iurisprudent. part.* 1. *cap.* 27. *per tot.*

(28)

Consta de los Autos Acordados 156. y 157. part. 2.

(29)

Foro 6. *de Donat.* Belluga *in Specul. Principum, Rubr.* 13. *num.* 44. D. Leon, *decis.* 110. *num.* 9. D. Crespì, *observat.* 15. *numer.* 308. D. Matthæu *de Regimine, cap.* 11. §. 5. *num.* 129. Bas *in Theatro Iurisprudent. cap.* 51. *ex numer.* 53.

mente cierto el tránsito de la posseſsion de uno à otro ſubſtituto, por expreſſo Fuero de aquel Reyno, y Doctrina comun de los Authores practicos de èl, (30) los quales vàn de acuerdo, en que la miſma poſſeſsion que tenia el Fundador de el Mayorazgo, paſſa à todos los ſucceſſores por el orden de ſus llamamientos, *ipſo iure*.

30 Y aunque en Cathaluña no ay Ley Municipal que tal diſponga, baſta la civil, ſegun la qual, en los Fideicommiſſos ſucceſsivos ſe transfieren las acciones, el dominio, y poſſeſsion al ſiguiente en grado, como diximos. (31)

31 A que ſe llega, haver mandado Don Pedro de Moncada, *Num.* 27. Fundador del Mayorazgo principal, que ſe litiga, que ſu diſpoſicion fueſſe, y ſe entendieſſe arreglada en todo, y conforme à los Fueros, y Leyes de Valencia, (32) previniendo ſer ſu preciſa voluntad, que aſsi lo entendieſſen todos los que vieſſen ſu Teſtamento, y los que de èl conocieſſen.

32 Y en eſtas circunſtancias, ſe defiriò la ſucceſsion de todos los bienes de eſte Mayorazgo, ſegun las Leyes de Valencia, aunque eſtèn ſitos fuera de aquel Reyno, como entendieron Bartulo, Jaſon, Mieres, Alexandro, y otros, que refiere, y ſigue Don Chriſtoval de Paz; (33) porque ſolo ſe conſidera el efecto de la adquiſicion, que nace dentro de el territorio, à que eſtaba ſujeto el Fundador, y en que ſucediò la vacante.

33 Y como eſta adquiſicion ſe deriva de la Eſcriptura de la Fundacion del Mayorazgo: (34) es preciſo, que ſea por una miſma Ley, la qual en las ſucceſsiones Teſtamentarias es la voluntad individua del Fundador, deſde la Ley de las Doce Tablas: *Utiquiſque rei ſuæ legaſit, ita ius eſto: Diſponat Teſtator, & erit lex.* (35)

34 Es conocida la diferencia entre la ſucceſsion *ex Teſtamento*, y la que ſe defiere *abinteſtato*. La primera es univerſal, y comprehende, como individua, todos los bienes de el Teſtador, en qualquier parte que exiſtan. (36)

35 Y como el ſucceſſor Teſtamentario no ſe funda en la Ley Municipal, eſtatuto, ò coſtumbre local, ſino en el Derecho Comun, que en todas partes favorece la voluntad de el Teſtador: de aqui es, que ſe debe deferir, ſegun ella, la ſucceſsion, por la Ley à que eſte eſtaba ſujeto, como miniſtra, y executora de ſu voluntad.

36 Pero quando ſe ſuccede *abinteſtato*, como aquel que pretende la ſucceſsion ſe funda en el eſtatuto, ò coſtumbre, que la defiere, cuya authoridad municipal ſe limita, y circunſcrive al Territorio donde eſtàn ſitos los bienes: ſi eſtos eſtàn en diverſos Reynos, es preciſo que en cada uno de ellos ſe guarden las Leyes del Territorio, y que ſi eſtas ſon varias, lo ſea tambien la ſucceſsion de los bienes. (37)

Diſ-

(30)

Foro 2. *de Apræhenſion.* Suelves, *Semicentur.* 2. *conſil.* 33. *n.* 17. & apud ipſum cæteri Regnicol. Sesè, *deciſ.* 25. *num.* 68.

(31)

Leg. Sancimus, 7. *§. Cum autem*, *Cod. ad Trebel.* Peregrin. *de Fideicom. art.* 2. *ex num.* 58. Vedoya *in Specul. Veræ Iuriſprudentiæ*, *lib.* 2. *diſcurſ.* 5. *n.* 11. Peguera, *deciſ.* 115. *ex num.* 2. *& per tot.*

(32)

Memorial, numer. 129.

(33)

Bart. *in leg. Cunctos Populos*, *Cod. de Summa Trinitat. num.* 36. *& ſeqq.* Jaſon, *ibidem num.* 44. Mieres *de Maiorat. part.* 1. *quæſt.* 58. *num.* 60. Alexander, *lib.* 5. *conſil.* 44. *ex num.* 6. Paz *de Thenut. tract.* 2. *cap.* 65. *ex num.* 30.

(34)

Mieres, Alexander, & Paz ubi proximè.

(35)

Authent. *de Nuptijs*, *collat.* 4. *cui conſonat lex* 40. *Tauri*, ibi: *Salvo ſi otra coſa eſtuviere diſpueſta por el que primeramente conſtituyò, y ordenò el Mayorazgo, que en tal caſo, mandamos, que ſe guarde la voluntad de el que lo inſtituyò.*

(36)

Tiraquel. *de Primogen. quæſt.* 45. *per tot.* Paz *de Thenuta*, *cap.* 65. *num.* 34.

(37)

Leg. Pupillo, *ff. de Tutor. & Curator. leg. Conſtitutio*, *ff. ad Municipal.* Tiraquel. *de Primogen. quæſt.* 45. & 46. Paz *de Thenuta*, *cap.* 65. *ex numer.* 34. ubi plenè D. Creſpì, *obſervat.* 15. *numer.* 282.

37 Diſputaſe en eſte Pleyto la ſucceſsion de un Mayorazgo de Valencia, fundado por Don Pedro de Moncada, *Num.*27. por el Teſtamento, que otorgò en ella en 16. de Agoſto de 1502, en que diſpuſo de caſi todos los bienes, y Eſtados que ſe litigan, (38) en virtud de la facultad, que para ello ſe havia reſervado en la donacion de 16. de Abril de 1492, como veremos.

38 Mandò, (39) que las Leyes de aquel Reyno fueſſen la regla preciſa de la ſucceſsion, y que ſegun ellas, ſe interpretaſſe, y entendieſſe ſu voluntad; de que proviene, que las dichas Leyes, y Fueros ſon parte de la diſpoſicion, del miſmo modo que lo fueran, ſi a la letra ſe hallaſſen inſertas. (40)

39 Y no pudiendoſe dudar, que eſta es la ſuprema Ley, pues todas conſpiran à la execucion de las ultimas voluntades, no como quiera, ſino por Derecho de las Gentes, (41) que introduxo la poteſtad de teſtar, à que diò la forma, y ſolemnidad el Civil: (42) es conſequente, que las Leyes de Valencia ſe deben contemplar, como privativamente tales para la deciſsion de eſte Pleyto, y todas ſus incidencias; y lo es tambien, que ſon eſtrañas del aſſumpto las conſideraciones, y argumentos, que en contrario ſe proponen para perſuadir que eſte no es caſo de Thenuta.

40 Pero ſiendo cierto, que en los Vinculos, y Fideicommiſſos de Valencia eſta recibido, ſin queſtion, el Juicio de Thenuta: de neceſsidad ſe convence, que tiene lugar en eſte caſo.

41 Pregunta D. Chriſtoval de Paz, ſi en los Mayorazgos, cuyos bienes, ò parte de ellos eſtàn ſitos fuera de los Reynos de Caſtilla, ſe transfiere la poſſeſsion civil, y natural, por miniſterio de la Ley de Toro. Y aunque ſe objeta, como razon de dudar, el defecto de poteſtad, que ſe conſidera en el Principe fuera de ſu Territorio: reſuelve afirmativamente la queſtion con ſolidiſsimos fundamentos en todo *el Capitulo LXV.* y que por lo miſmo tiene lugar el remedio de Thenuta, no ſolo por lo que mira à los bienes ſitos en eſtos Reynos, ſino tambien en los que eſtàn fuera de ellos; porque en todos ſe transfiere la poſſeſsion civil, y natural, en fuerza de la Ley Real, que liga à todos los ſubditos, y defiere la ſucceſsion, ſegun la individua voluntad del Fundador.

42 Y para que ſe vea, que el defecto de poteſtad legiſlativa, que en contrario ſe quiere perſuadir en la Señora Reyna Doña Juana, carece de fundamento: ſe debe reflexionar, que aunque aquella Princeſa era ſolo Reyna de Caſtilla en el año de 1505, en que ſe promulgaron las Leyes de Toro, y por conſiguiente, no tenia entonces la Authoridad Soberana en la Corona de Aragon: pudo ſin embargo ligar como tal à los vecinos, y naturales de ella, no menos en los bienes que poſſeìan en eſtos Reynos, que en los que gozaban fuera de ellos. (43)

(38)
Conſta de todo el Supueſto 17. num. 101. y ſiguientes de el Memorial.

(39)
Memorial, numer. 129.

(40)
Leg. Aſſe toto, 77. *ff. de Hæred. inſtit.* Peregr. *de Fideicom. art.* 16. *n.* 101. D. Larrea, *deciſ.* 62. *n.* 11. Caſanate, *conſil.* 47. *num.* 68. D. Caſtillo, *lib.* 4. *cap.* 43. *num.* 9.

(41)
Leg. 1. *ff. de Teſtament.* & ibi Barthol. Baldus, *in leg.* 1. *Cod. de Sacroſanct. Eccleſ.* Gomez *in leg.* 3. *Tauri*, *in principio*, & paſsim Doct.

(42)
Tot. tit. ff. & Cod. de Teſtament. Antonius Gomez, & cæteri Tauriſtæ, *in leg.* 3. *Tauri.*

(43)
Surdus, *conſil.* 535. *num.* 18. Calderin. *de Teſtament. conſil.* 34. Tiraquell. *tractat. de Morte*, *part.* 6. *declarat.* 9. Alexander, *lib.* 1. *conſil.* 128. *num.* 6. Peregrin. *deciſ.* 127. *num.* 13. Paz, *dict. cap.* 65. *ex num.* 16.

43 De que tenemos un iluſtre exemplo en las Reales Leyes de Partida, y otro no menos authorizado en los Fueros de Aragon, Valencia, y Cathaluña.

44 Es peculiar de Caſtilla la coſtumbre de partirſe los gananciales entre marido, y muger; y ſin embargo, como no aya pacto en contrario, tiene lugar en los bienes adquiridos fuera de ella, durante el matrimonio, aunque ſujetos à otro Principe, y ſitos en ageno Territorio, por expreſſa Ley de Partida. (44)

45 Conceden los Fueros de Aragon à las viudas el uſufructo legal de todos los bienes del marido, aunque ſean vinculados; (45) y los de Valencia, y Cathaluña la Thenuta, que llaman Foral de los miſmos bienes, y conſiſte en el uſufructo legal, con la poſſeſsion civil, y natural de ellos, que ſe les transfiere *ipſo iure* por miniſterio de Derecho. (46)

46 Y ſin embargo de que eſtos Eſtatutos, como locales, no pueden comprehender directamente los bienes ſitos en otros Reynos, ni eſtenderſe à ellos la poteſtad del Principe, que les hizo: (47) es conſtante, que indirectamente ſe comprehenden, y que por el ſolo hecho de tener el marido ſu domicilio en Aragon, goza la muger la viudedad, y uſufructo legal en los bienes que poſſeìa ſu marido, ò fueſſen libres, ò vinculados, *etiam extra Regnum*; (48) y lo es tambien, que la muger que ſe casò en Cathaluña, ò Valencia goza (diſſuelto el matrimonio) de la Thenuta Foral en todos los bienes, que ſu marido poſſeìa dentro, y fuera de aquellos Reynos; porque haviendoſe caſado en ellos, ſe ha de atender à ſus Leyes Municipales en todo lo que mira à la Dote, Arrhas, y Gananciales. (49)

47 De manera, que no pudiendo los Señores Reyes de Caſtilla eſtender ſu poteſtad à otros Dominios, ni ſujetar à ſus Leyes directamente los bienes ſitos en ageno Territorio: pudieron ſin embargo eſtablecer la ſociedad legal entre ſus ſubditos, para la comunicacion de los bienes gananciales, que adquirieſſen durante el matrimonio, dentro, y fuera de eſtos Reynos.

48 Y no pudiendo los Señores Reyes de Aragon uſar de la poteſtad legislativa fuera de ſus Dominios, pudieron ſin embargo conceder à las Viudas de ſus Vaſſallos la Thenuta Foral, y la viudedad, eſtendiendola, aunque indirectamente, à los bienes que gozaſſen ſus maridos en ageno Territorio.

49 En el miſmo ſentido, y con igual propriedad, pudo la Señora Reyna Doña Juana eſtablecer en la Ley 45. de Toro el tranſito de la poſſeſsion civil, y natural de los bienes de Mayorazgo que fundaſſen ſus Vaſſallos, ſitos dentro, y fuera de Caſtilla; porque como ſolo pueden diſponer de ellos, con la inmediata ſujecion à las Leyes de ſu Soberano: (50) una vez que por eſtas debe paſſar la poſſeſsion civil, y na-

(44)

Leg. 11. *tit.* 24. *part.* 4. Palacios Rubios *in Rubric. de Donat.* §. 55. *num.* 12. Anton. Gomez *in leg.* 53. *Tauri, num.* 75. D. Larrea, *deciſ.* 62. *per tot. maximè num.* 9. *& iterùm ex num.* 31.

(45)

Foro 8. *Rubrica de Aprehenſion.* Sesè, *tom.* 1. *deciſ.* 58. *&* 68 Molino *de Ritu Nuptiar. lib.* 3. *quæſt.* 28. *num.* 10. Ramon. *conſil.* 50. *num.* 23.

(46)

Foro 9. 10 *&* 11. *tit. Soluto Matrim. Conſtitut. Hac noſtra, & fin. eiuſd. tit.* D. Leon *tom.* 1. *deciſ.* 62. *& tom.* 2. *deciſ.* 122. *&* 123. Triſtan. *deciſ.* 41. §. 12. *per tot.* Bas *in Theatro Iuriſpr. cap.* 60. *ex n.* 106. Fontanell. *de Pactis, clauſ.* 7 *gloſſ.* 3. *part.* 4. Cancer. *Variar. part.* 1. *cap.* 9. *num.* 104. Queſada *Controverſ. Iuris, cap.* 34. *per tot.*

(47)

Ex leg. final, ff. de Iuriſdiction. leg. 1. *in fine, ff. de Tutor. cum ſimilibus.*

(48)

D. Covarrub. *de Sponſal. part.* 2. *cap.* 7. *num.* 19. Bardaxi *in Coment. For. Aragon. numer.* 6. *fol. mihi* 43. Bas, *dict. cap.* 60. *num.* 108.

(49)

Leg. Exigere, 65. *ff. de Iudic.* & ibi Barboſa, Fontanell. *de Pactis, clauſ.* 7. *part.* 4. *num.* 32. *&* 33.

(50)

Baldus, *in leg.* 2. *Cod. ut in poſſeſſ. Legator. num.* 7. Surdus, *conſil.* 553. *num.* 20. Mieres *de Maiorat, part.* 1. *quæſt.* 58. *num.* 60. Paz *de Thenuta, cap.* 65. *ex n.* 27. Suarez *de Legib. lib.* 3. *cap.* 30. Barboſ. *in leg. Exigere*, 65. *de Iudic. num.* 36.

natural de todos los bienes del Mayorazgo al ſiguiente en grado, que ſegun la inſtitucion ha de ſucceder en èl: quedaron todos ſujetos à la voluntad del Fundador, y por lo miſmo à la del Legislador, y de la Ley, que determinò el modo de ſucceder.

50 Quiſieramos entender, què razon de diferencia podrà darſe, para que los Fueros de Aragon, Cathaluña, y Valencia, tengan lugar en los bienes ſitos fuera de aquellos Reynos, à favor de las viudas para la Thenuta Foral, y Viudedad; y no le tenga la Ley de Toro para la Thenuta legal.

51 Transfieren los Fueros *ipſo iure* la poſſeſsion civil, y natural de los bienes del marido, con el uſufructo legal de ellos, en la propria forma, que por la Ley de Toro paſſa al ſiguiente ſucceſſor del Mayorazgo. (51)

52 Es aſsi, que eſta translacion tiene lugar, no menos en los bienes ſitos en aquellos Reynos, que en otro qualquiera, ſin embargo de no eſtenderſe fuera de ellos la poteſtad legislativa de los Señores Reyes de Aragon: (52)

53 Luego aunque la Señora Reyna Doña Juana, al tiempo que promulgò la Ley de Toro, lo fueſſe ſolo de Caſtilla: debe paſſar, en virtud de ella, la poſſeſsion civil, y natural del Mayorazgo, y de qualeſquier bienes ſujetos à èl, al ſiguiente en grado, aunque algunos de ellos eſtèn fuera de eſtos Reynos. Y ſi no, *cur tam variè?*

54 No ſolo carecian los Señores Reyes de Aragon de la poteſtad de hacer Leyes en ageno territorio, como todos; sì que dentro de ſus proprios Reynos eſtaba en cada uno de ellos limitado, y preſcripto el modo de hacerlas; ſin que las de Aragon lo fueſſen para Valencia, ni las de uno, y otro Reyno para Cathaluña. (53)

55 Sin embargo de eſto, y de que en Aragon ſe concedia à las mugeres la viudedad, y uſufructo legal, no conocida en los Fueros de Cathaluña, y Valencia, tenia lugar en ambos Reynos; y al contrario la Thenuta Foral de ellos, eſtablecida por ſus proprias Leyes Municipales, ſe eſtendia à los bienes ſitos en Aragon. (54)

56 Luego el defecto de poteſtad legislativa, ò la limitacion de ella à cierto, y determinado territorio, no puede embarazar el tranſito de la poſſeſsion civil, y natural en los bienes vinculados, como en contrario ſe pretende. Y à menos, que el Marquès de Cogolludo haga vèr una juſta diſparidad, entre uno, y otro caſo, deberà reconocer, que en ambos paſſa *miniſterio iuris* la poſſeſsion de los bienes, ſitos dentro, y fuera de eſtos Reynos.

57 Y nada importa, que el Fundador Don Pedro de Moncada, *Num.* 27. fueſſe ſubdito de la Corona de Aragon, y no de la de Caſtilla; porque eſte reparo mereceria algun aprecio, ſi las coſas ſe huvieſſen mantenido como eſtaban; pero haviendoſe incorporado à eſta Corona el Reyno de Valen-

(51)
Conſtat ex Conſtitut. final. tit. Soluto Matrim. & ex Foro 9. 10. & 11. *eiuſd. tit.* D. Leon *tom.* 1. *deciſ.* 62. *& tom.* 2. *deciſ.* 122. & 123. Vedoya *in Specul. verę Iuriſprud. part.* 1. *d ſcurſ.* 1. *per tot.* Bas *in Theatro Iuriſprud. cap.* 60. *ex num.* 102. Sesè *tom.* 1. *deciſ.* 58. Fontanell. *tom.* 2. *de Pact. clauſ.* 7. *gloſſ.* 3. *part.* 1. *ex n.* 47. & *clauſ.* 14. *gloſſ. unica, part.* 2. Cancer. *Var. part.* 1. *cap.* 9. *ex n.* 53.

(52)
D. Covarrub. *de Sponſal. part.* 2. *cap.* 7. *n.* 19. Fontanell. *de Pactis, clauſ.* 7. *gloſſ.* 3. *part.* 4. *n.* 32. & 33. Bas omninò videnda. *dict. cap.* 60. *num.* 108.

(53)
D. Creſp. *videnda obſerv.* 1. *ex num.* 71. *ad* 112.

(54)
Optimè Bas *in Theatro Iuriſprud. cap.* 60. *num.* 108.

lencia, con abſoluta ſujecion à ſus Leyes, ſe contempla hoy una de tantas Provincias de Caſtilla, y procede en eſte Vinculo lo miſmo, que en todos los demàs.

58 Muchos Mayorazgos havrà en Caſtilla, cuyos bienes eſtèn ſitos, parte en ella, y parte en los Reynos de Aragon; y no por eſſo ſe dirà, que no tiene lugar en ellos el Juicio de Thenuta; porque como la ſucceſsion es individua, y ſe defiere por la ſola voluntad del Fundador, que naciò ſujeto à la Ley del Reyno: fuera abſurdo negar el tranſito de la poſſeſsion, y el remedio de Thenuta, en los bienes ſitos en Caſtilla; y lo ſerìa mayor confeſſar, que tiene lugar en ellos, y negar, que le tenga en los demàs, que penden de una voluntad individua.

59 Diceſe, que los bienes de eſte Vinculo eſtàn por la mayor parte en Cathaluña, y eſpecialmente la Villa de Aytona, que es la Cabeza del Eſtado; y que aſsi por eſto, como porque en materia de Juriſdiccion deben los demàs bienes ſeguir por acceſsion la Cabeza del Mayorazgo: toca el conocimiento de eſta Cauſa à la Audiencia de Barcelona; (55) pero eſte argumento carece de fundamento, por no tenerle en el Hecho ſus preſupueſtos.

60 Porque ſolo ſe hallan ſitas en Cathaluña las Baronìas de Aytona, Seròs, Almatret, y Villa-Seca, entre las que vinculò Don Pedro de Moncada, *Num.* 27. las quales no ſon la mayor parte de los bienes de eſte Mayorazgo, por comprehenderſe en èl las de Mequinenza, Fayo, y Ballovar en Aragon, y la de Chiba en Valencia, que excede por sì ſola à todas las de Cathaluña, à mas de los Condados de Marmilla, Mon-Real, y otros Eſtados, ſitos en los Reynos de Sicilia, y Cerdeña; (56) con que falta el primer ſupueſto de eſtàr la mayor parte de los bienes en Cathaluña.

61 A que ſe llega, que Don Juan de Moncada, *Num.* 39. haviendo comprado las Baronìas de Palma, y Ador, ſitas en el Reyno de Valencia, (57) las agregò al Mayorazgo fundado por ſu Abuelo Don Pedro, *N.* 27. con las miſmas ſubſtituciones, y condiciones contenidas en el, que quiſo tener por inſertas. (58)

62 Y aſsi no puede dudarſe, que en lo reſpectivo à eſtas Baronìas, y à la de Chiba, que comprehende la Villa, y Caſtillo de eſte nombre, y los Lugares de Miral-Campo, Godella, y Perentija, ceſſa la dificultad por el ſolo hecho, por eſtàr eſtos Lugares en Valencia, y haverles comprado Don Pedro, *N.* 27. (59) que les incluyò *nominatim* en la Fundacion de ſu Mayorazgo. (60)

63 Y ſiendo cierto, que al tiempo que la hizo en el año de 1502, no era Marqueſado, Aytona, ni tenia qualidad alguna, que la diſtinguieſſe de las demàs Villas, y Baronìas, que vinculò el Teſtador; pues conſta, que en el año de 1536. concediò el Señor Emperador Carlos V. à D. Juan de Moncada,

(55)
Ex traditis à D. Molin. *de Primogen. lib. 3. cap. 13. n. 74.* D. Salgad. *de Retent. Bullar. part. 2. cap. 5. §. 3. ex n. 29.* Ripoll. *Var. cap. 1. num. 467.*

(56)
Memor. num. 101. y 103.

(57)
Memor. n. 135. 136. 137. y 138.

(58)
Conſta del Memorial en todo el Supueſto 23, y eſpecialmente de la Clauſula X. num. 151.

(59)
Memorial, Supueſto X. y XI.

(60)
Memor. num. 101. y ſiguientes.

cada,*N.*39. el Titulo de Conde, y el Señor Don Phelipe II. el de Marquès à Don Franciſco de Moncada,*N.*43, en el año de 1588, como Dignidades Reales anexas, y coherentes à aquella Villa : (61) no ay razon para conſiderarla Cabeza del Mayorazgo , ni para decir, que los demàs bienes, Eſtados, y Baronìas, que vinculò Don Pedro de Moncada,*N.*27. deben ſeguir por acceſsion la Juriſdiccion à que eſtà afecta la Villa de Aytona, como Cabeza.

(61)
Memor. num. 169.

64 Porque ſiendo muchos los Eſtados comprehendidos en èl, cada uno de los quales es un cuerpo ſeparado , y ſubſiſtente por sì miſmo:

65 Y ſiendo cierto, que las Dignidades, que ſobrevinieron al de Aytona, no pudieron derogar al ſeguro,inalterable Texto de la Fundacion, ni à la Regla,que en ella eſtableciò el Fundador , mandando , ſe governaſſe ſu diſpoſicion por los Fueros,y Leyes de Valencia: (62) de neceſsidad ſe convence, que ſolo eſtas ſe deben atender, para la Juriſdiccion,y para la deciſsion de la Cauſa ; y no el accidente caſual , que ſobrevino, de eregir ſu Mageſtad la Villa de Aytona en Condado , y deſpues en Marqueſado.

(62)
Memor. num. 129.

66 Fuera de que la opinion de los Señores Molina , y Salgado , (63) en que ſe funda la objeccion propueſta, procede ſolo , y ſe entiende , quando los bienes del Mayorazgo eſtàn dentro del miſmo Reyno , ſujetos à una identica Juriſdiccion , y entre sì conexos ; (64) pero no quando ſe hallan en diverſas Provincias , ſin mas union , ni conexion , que la que les dà la voluntad individua del Fundador.

(63)
D. Molin. *lib.*3. *cap.* 13. *num.* 74. D. Salgad. *de Retent. Bullar. part.* 2. *cap.* 5. §. 3. *ex n.* 29.

(64)
*Leg.*1. *Cod. Ubi in rem actio exerceri debeat.* D. Creſpì *obſerv.* 15. *num.* 305.

67 Y como eſta en el caſo de eſte Pleyto , es, que ſe govierne la ſucceſsion por las Leyes de Valencia , y que ſolo los Fueros de aquel Reyno , ſirvan de Regla para todo : parece incapàz de duda , que ſin embargo de quanto ha querido decirſe por los Marqueſes de Cogolludo , fundado en la ſituacion de los bienes , y en ſer la Villa de Aytona Cabeza del Mayorazgo , contra el tenor literal de la fundacion, en que ſe vèn *æquè principalitèr* unidos , y vinculados todos los Eſtados , que poſſeìa el Fundador : ſon inaplicables las Doctrinas de que ſe valen , y ſolo cierto , que por tratarſe de un Mayorazgo de Valencia, tiene lugar el Juicio de Thenuta.

(65)
D.Creſpì *obſerv.*15. *ex num.* 256. *uſque in finem.*

68 El ſeñor Don Chriſtoval Creſpì (65) impugna acerrimamente la opinion de los que dicen , que en las Cauſas de ſucceſsion, peticion de herencia,ò Fideicommiſſo, toca la Juriſdiccion al Tribunal , en cuyo territorio ſe halla la mayor parte de los bienes , ò donde eſtà la Cabeza del Mayorazgo; y defiende , que toca el conocimiento à tantos Juzgados, quantos ſon los territorios , en que eſtàn ſitos los bienes , ſin que ninguno pueda por sì ſolo tomar conocimiento ſobre la ſucceſsion de todos ellos, ni de los que eſtàn en diſtinto territorio.

69 Los principales fundamentos de que ſe vale, ſon tres.

El primero, que hallandoſe, en ſu tiempo, unidas *æquè principalitèr* las dos Coronas de Caſtilla, y Aragon, cada una con ſus proprias Leyes, y con abſoluta independencia entre sì: debian conſiderarſe de el miſmo modo, que ſi en ambas permaneciesſen ſus Reyes particulares.

70 Y aſsi como en tal caſo, ningun Tribunal de Caſtilla tendria Juriſdiccion para conocer de la ſucceſsion de Eſtados ſitos en la Corona de Aragon, ò al contrario: aſsi tampoco podia entonces el Conſejo Real conocer de las Cauſas de Aragon, ni el de aquella Corona de las de Caſtilla, por el defecto de Juriſdiccion *in radice*.

71 Y que hallandoſe igualmente unidos los Reynos de Aragon entre sì miſmos, con abſoluta igualdad, y independencia, cada uno con ſus proprios Fueros, Juriſdiccion, y Territorio: ni la Audiencia de Aragon podia conocer de la ſucceſsion de los Eſtados, y bienes ſitos en Valencia, y Cathaluña, ni las de eſtos Reynos fuera de ſu proprio diſtrito, por ſer la Juriſdiccion en cada uno de ellos, real, y coherente al Territorio.

72 El ſegundo, que no pudiendoſe poner en execucion lo juzgado, ſino en virtud de Letras Requiſitorias; y no debiendoſe eſtas cumplir, quando el Juez requerido reconoce un total defecto de Juriſdiccion en el requirente: vendriamos à parar en un Juicio iluſorio, ſi los Tribunales de Caſtilla conocieſſen de las Cauſas de Aragon; porque los de aquellos Reynos no darian cumplimiento à las Requiſitorias, por el concepto en que eſtaban, de que ni el Conſejo Real, ni las Chancillerìas de Caſtilla, tenian Juriſdiccion para conocer de las Cauſas de ſucceſsion en los bienes, y Eſtados ſitos en la Corona de Aragon.

73 Y el tercero, hallarſe decidido aſsi, por Executoria formal de la Junta de Competencias, de primero de Abril de 1632, que refiere muy por menor, en que haviendoſe pueſto Demanda de Thenuta por la Princeſa de Melito, como Tutora del Duque de Paſtrana, y del Conde de Galvez, ſus hijos, contra el Marquès de Orani, ſobre el Mayorazgo fundado por Don Fadrique de Portugal: ſin embargo de haver deſeſtimado el Conſejo la Declinatoria opueſta por el Marquès, con motivo de eſtàr los bienes en Valencia, Cathaluña, y Cerdeña: haviendoſe formado competencia por el Fiſcal del Conſejo de Aragon, y por el Marquès de Orani, ſe declarò tocar el conocimiento de la Cauſa à los Tribunales de la Corona de Aragon.

74 Eſta inſigne Deciſsion, y la Authoridad de tan gran Maeſtro, pudieran acobardarnos juſtamente, ſi las coſas ſe mantuvieſſen en el eſtado, que entonces tenian; pero haviendo ſobrevenido la novedad de la incorporacion de aquellos Reynos à la Corona de Caſtilla, por los Reales Decretos de 29. de Junio de 1707. y otros, (66) reſervando ſu Mageſtad

la

(66) Conſta, por lo que toca à Aragon, y Valencia, de los Autos Acordados 104. 105. y 106; y por lo que mira à Cathaluña, del Auto 176. todos de la Parte 2.

la ſuprema Juriſdiccion, y todas las Regalìas mayores, y menores: ceſla la dificultad por el ſolo hecho, por faltar ſu fundamento.

75 Porque reduciendoſe el diſcurſo del ſeñor Creſpì al defecto de Juriſdiccion *in radice*, que ſe contemplaba en el Conſejo, y en ſu Mageſtad, como Rey de Caſtilla, para conocer de las Cauſas de Aragon, por la union *æquè principal* de las dos Coronas, y de aquellos Reynos entre sì miſmos: Supueſta la incorporacion de todos ellos à la Corona de Caſtilla, y la ſubrogacion del Conſejo Real en la Juriſdiccion que tenia el de Aragon: (67) ſerìa hoy temeridad dudar, que la tiene el Conſejo en aquellos Reynos tan plena, y univerſal como en los de Caſtilla.

76 Y confeſſando el ſeñor Creſpì, (68) que dentro de un miſmo Reyno, aunque divididos en Provincias, en diverſas Juriſdicciones, y Territorios, es juſtiſsimo, y conveniente, que ſe decidan eſtas Cauſas en un ſolo Tribunal: *Ne partes varijs expenſis graventur, & diverſis litibus aſsiſtere cogantur*, como dixo el Juriſconſulto Paulo: (69) no puede dudarſe hoy, que en ſu ſentir puede el Conſejo conocer, en el eſtado preſente, de la ſucceſsion de eſte Mayorazgo.

77 Porque aunque los bienes que le componen ſe hallan en diſtintas Provincias, materialmente diverſas: todas ellas ſon partes integrales de un miſmo Reyno, incorporadas, y unidas al de Caſtilla, con union plenaria, y ſujetiva.

78 Y en eſtos terminos, ſe hacen recomendables dos textos, que conceden la eleccion al Actor, quando ſe trata de la reſtitucion de un Fideicommiſſo, ò Herencia entre el Fuero del Domicilio del Reo, y el de la ſituacion de los bienes. (70)

79 Si la opinion del ſeñor Creſpì fueſſe practicable en eſte caſo, reſultaria el abſurdo de poderſe dàr Executorias contrarias, ſobre la voluntad individua del Fundador; porque no pudiendoſe negar, que en quanto à las Baronìas de Chiba, Palma, y Ador, ſitas en el Reyno de Valencia, tiene lugar el Juicio de Thenuta, ſe deberìa remitir el conocimiento de la Cauſa ſobre los demàs Eſtados à las Audiencias de Aragon, y Cathaluña, en continencia, de que ſiendo tres los Litigantes, con pretenſiones directamente contrarias, ſe declaraſſe à cada uno de ellos por ſucceſſor del Mayorazgo.

80 Y aunque eſte inconveniente, como neceſſario, pudiera ſer tolerable durante la union *æquè principal* de las dos Coronas: no lo es en el eſtado preſente, aſsi por ſer inqueſtionable la Juriſdiccion del Conſejo, como porque el Fundador mandò, que preciſamente debieſſen mantenerſe unidos perpetuamente eſtos Eſtados, (71) y para conſeguirlo, les ſujetò à las Leyes de Valencia, que oy ſon las de Caſtilla. (72)

81 De que reſulta, que aun preſcindiendo de la Executoria,

(67)
Conſta de el Auto Acordado 156. part. 2.

(68)
D. Creſpì *dict. obſervat.* 15. *ex n.* 268.

(69)
In leg. Qui ita, 66. *§. final. ff. ad Trebellian.*

(70)
Leg. Qui ita, 66. *§. final. ff. ad Trebell.* ibi: *Oportet itaque, ibi Fideicommiſſarium conveniri, ubi vel domicilium habet, vel maior pars reſtitutæ hæreditatis habetur. Leg. unica, Cod. Ubi de hæredit. agat.* ibi: *Ubi autem domicilium habet, qui convenitur: vel ſi ibi, ubi res hæreditariæ ſitę ſunt degit: hæreditatis erit controverſia terminanda.*

(71)
Memorial numer. 102.

(72)
Memor. num. 129.

(73)

Leg. Ubi cæptum, 30. *ff. de Iudic. leg. Nulli*, 10. *Cod. eod.* ibi: *Nulli prosus audientia præbeatur : qui causę continentiam dividet : & ex beneficij prærogativa id, quod in uno eodemque Iudicio poterat terminari, apud diversos Iudices voluerit ventilare : pœna ex officio Iudicis imminente ei : qui contra hanc supplicaverit sanctionem : atque alium super possessione, alium super principali quæstione Iudicem postulaverit.*

(74)

Memor. desde el num. 7. hasta el 18.

(75)

Memor. num. 16.

(76)

Memorial, desde el num. 19.

(77)

Oldrad. *consil.* 21. Casanate *cons.* 4. *cum multis seqq.* Tondut. *Resol. Civil. lib.* 2. *q.* 98. Cyriacus *controv.* 96. & 301. D. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 1. Torre *de Maiorat. part* 2. *cap.* 23. Altograd. *lib.* 1. *cons.* 60. *num.* 117.

toria, en que se desestimaron estos identicos fundamentos: tiene lugar en esta vacante el Juicio de Thenuta, no solo en quanto à las Baronìas de Chiba, Palma, y Ador, sino tambien en quanto à las demàs; y que en ningun caso se puede, ni debe dàr lugar, à que conociendose de la succession de este Mayorazgo en possesion, ni en propriedad en diversos Tribunales, se dividan los Estados por medio de Executorias contrarias, à pesar del Fundador, que les quiso conservar unidos, y contra la continencia de la causa, y principios elementales de el Derecho. (73)

PARTE SEGUNDA.

QUE LA SUCCESSION DEL ESTADO DE Aytona, y sus Agregados se debe governar por la disposicion de D. Pedro de Moncada, N. 27. y no por el Testamento de D. Guillèn Ramon, N. 12. como pretende el Marquès de Cogolludo, ni por el de D. Guillèn Ramon, N. 20. como dice el Duque de San Juan.

82 CONSTA del Hecho, (74) y vàn de acuerdo las Partes, (75) que haviendose constituìdo en Dote à la Señora Infanta Doña Constanza, muger de Don Guillèn Ramon de Moncada, *N.* 1. las Villas de Aytona, Seròs, y Soses, se mantuvieron libres en sus descendientes, como tambien las Baronìas de Mequinenza, y otras.

83 Y que haviendo recaìdo en Don Guillèn Ramon, *N.* 12. este, en su Testamento de 24. de Octubre de 1370. instituyò heredero universal à Don Othòn de Moncada su hijo, *Num.* 16. substituyendole, si muriesse en pupilar edad, ò en qualquier tiempo sin hijos, à Doña Isabèl su hija, que no està en el Arbol, y haciendo otras substituciones dependientes de la condicion *si sine liberis*, (76) que caducò por haver tenido el dicho Don Othòn, *N.* 16. tres hijos, que le sobrevivieron, y fueron Don Guillèn, Don Pedro, y D. Juan, *N.* 20. 21. y 22. por la regla vulgar del consejo 21. de Oldrado, que ha hecho Ley en todos los Tribunales. (77)

84 El Duque de San Juan, y el Marquès de Belgida estàn en esto conformes; pero no el de Cogolludo, que haciendo presupuesto de haver fundado Don Guillèn Ramon, *N.* 12. Mayorazgo regular en su citado Testamento, pretende la succesion con este titulo, y excluìr à los demàs Colitigantes.

85 No podemos dissimular la estrañeza que nos causa tan extraordinario medio de defensa; porque en toda la serie del referido Testamento no ay palabra que denote perpetuidad, y aun arrastrando las clausulas con maromas, no se

ſe hallarà en ellas capacidad para fundar en ſu contexto el orden lineal de ſucceder.

86 Pues aunque es cierto, que en los Mayorazgos lo miſmo es poner en condicion, que llamar; (78) y lo es tambien, que en ellos, por la perpetuidad de la diſpoſicion, ſe entienden baxo el nombre de hijos los ulteriores deſcendientes: (79) uno, y otro procede, quando conſta que el Teſtador quiſo vincular ſus bienes; porque como en eſta voluntad, quando es expreſſa, và embebido el orden lineal, y la perpetuidad: neceſſariamente eſtàn llamados todos los que comprehende la condicion pueſta para el tranſito à la ſubſtitucion de otra linea; porque eſta no puede entrar haſta evacuarſe la primera. (80)

87 Pero querer probar, que el Teſtador fundò Mayorazgo, con el ſolo motivo de haver hecho una, ò muchas ſubſtituciones, para el caſo, que no ſucediò, de morir ſin hijos Don Othon, *N.* 16. ſu heredero, es el mas arduo empeño, que haſta oy ſe havrà viſto en Tribunales, ſobrando para convencerle de temerario, la diferencia entre los Mayorazgos de Caſtilla, que no conociò el Derecho Civil, y los Fideicommiſſos Familiares, que ſe deben regular ſegun èl. (81)

88 Cierto es, que los Fideicommiſſos ſon de eſtrecha naturaleza, y no admiten extenſion de un caſo à otro, baſtando qualquiera duda para excluìr el gravamen, por hallarſe la libertad de bienes aſsiſtida de la preſumpcion de Derecho; (82) y por eſſo dice el Juriſconſulto Modeſtino: (83) *In Fideicommiſſo, quod Familiæ relinquitur, ij ad petitionem eius admitti poſſunt, qui nominati ſunt: niſi ſpecialitèr defunctus ad ulteriores voluntatem ſuam extenderit.*

89 De manera, que aun quando eſtà llamada la Familia, ſe termina la diſpoſicion à los nombrados, ſin que los demàs que en ella ſe comprehenden puedan pretender derecho alguno, como llamados *per Fideicommiſſum*; porque ſolo ſe entiende eſtarlo *per vulgarem*, y baſta que ſe verifique en qualquiera de la Familia el llamamiento, para que por el miſmo hecho queden en ſu perſona libres los bienes. (84)

90 Inſtituyò Don Guillèn Ramon, *N.* 12. à Don Othon ſu hijo, *N.* 16; y ſi eſte murieſſe en pupilar edad, ò deſpues en qualquier tiempo ſin hijos, ſubſtituyò à Doña Iſabèl de Moncada ſu hija (que no eſtà en el Arbol) ſin llamar à los deſcendientes del dicho Don Othòn, *N.* 16. aunque puſo en condicion à ſus hijos. (85)

91 No mandò, que ſe conſervaſſen los bienes en ſu Familia, ni hizo la menor mencion de lineas, perpetuidad, ni Mayorazgo; y en eſtos terminos, decidiò la queſtion el Juriſconſulto Marciano, (86) con eſtas palabras: *Cum erit rogatus, ſi ſine liberis deceſſerit per Fideicommiſſum reſtituere: conditio defeciſſe videbitur: ſi patri ſuper vixerint liberi.*

92 Y aſsi, bien lexos de tener llamamiento los deſcendien-

(78)
D. Molin. *dict. lib.* 1. *cap.* 6.

(79)
Leg. Liberorum, 220. *ff. de Verbor. ſignificat.* D. Molina *ubi proximè num.* 28. & 29. & ibi Add.

(80)
Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *ex n.* 10. D. Caſtillo *lib.* 5. *cap.* 91. *n.* 62. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 14. Cardin. de Luca *de Fideicomm. diſc.* 7. 9. & 15.

(81)
Videndus D. Molin. *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 4. 5. & 6.

(82)
Leg. Unum ex Famil. 67. §. *Si rem*, 8. *ff. de Legat.* 2. *leg.* 2. *ff. Si à parente, quis fuerit manumiſſus, leg. Altius*, 8. *Cod. de Servitut.* Cardin. de Luca *de Fideicom. diſcurſ.* 71. D. Molin. *dict. lib.* 1. *cap.* 5. *ex num.* 23.

(83)
In leg. Cum ita, 32. §. *In Fideicommiſſo*, *ff. de Legat.* 2.

(84)
Dict. leg. Cum ita, 32. §. *In Fideicommiſſo*, *ff. de Legat.* 2. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *ex num.* 23. *ad* 31. D. Creſpi *obſervat.* 20. *n.* 12. & 13. Cardin. de Luca *de Fideicom. diſc.* 91. Torre *de Maiorat. part.* 2. *cap.* 36.

(85)
Memor. num. 20. y 21.

(86)
In leg. Filius Familias, 114. §. *Cum erit*, 13. *ff. de Legat.* 1.

dientes de Don Othon, *N.* 16, es evidente, haver quedado libres en ſu perſona los bienes, por el miſmo hecho de haver tenido por hijos à Don Guillèn, Don Pedro, y Don Juan, *N.* 20. 21. *y* 22, que le ſobrevivieron.

93 Porque aunque algunos Authores quiſieron decir, que en los Fideicommiſſos, los hijos de el heredero inſtituìdo pueſtos en condicion, lo eſtàn en la diſpoſicion, quando concurren conjeturas, que lo perſuadan: preſcindiendo de que no las ay en eſte caſo, y de que la opinion contraria, que fue original de la Gloſſa, eſtà comunmente recibida: (87) ay un texto clariſsimo de Papiniano (88) à favor de la libertad de bienes, ſin embargo de qualeſquier conjeturas, que ſe aleguen por los hijos de el heredero pueſtos en condicion.

94 Tenia (dice) un padre dos hijos, à quienes inſtituyò herederos, gravandoles à que qualquiera de ellos que premurieſſe ſin hijos, reſtituyeſſe ſu parte al que ſobrevivieſſe, y ſi ambos fallecieſſen ſin deſcendientes, ſubſtituyò en toda la herencia à Claudia.

95 Y ſin embargo de ſer la ſubſtitucion *inter liberos*, ibi: *Fidei filiorum meorum committo*: hallarſe inſtituìdos los varones, y excluìda la nieta: pueſtos los hijos *in duplici conditione*, ibi: *Si quis eorum ſine liberis, &c.* Et ibi: *Quod ſi uterque ſine liberis, &c.* con ſubſtitucion reciproca, ibi: *Si quis eorum ſine liberis prior diem ſuum obierit*; y progreſſo à muchos grados de ſubſtitucion, con llamamiento ſubſidiario de Claudia en ultimo lugar: eſtimò Papiniano, que ſolo huvo en eſta eſpecie dos Fideicommiſſos; uno à favor de el hermano que ſobreviviеſſe, en virtud de la reciproca; y otro à favor de Claudia, ſi ambos coherederos fallecieſſen ſin hijos.

96 Y ſiendo cierto, que ſi los hijos pueſtos en condicion ſe entendieſſen llamados, en fuerza de tan urgentes conjeturas, havian de ſer tres los Fideicommiſſos; porque qualquiera de los coherederos ſe hallaria gravado, no ſolo à favor de ſu hermano, por la ſubſtitucion reciproca, y ambos à favor de ſu ſobrina Claudia; ſino tambien al de ſus propios hijos, los quales, y qualquiera de ellos excluiria à Claudia ſubſtituta: Eſtuvo tan lexos el Juriſconſulto de entenderlo aſsi, que ni aun le pareciò poſsible la duda.

97 De que inferimos con Antonio Fabro, el ſeñor Creſpì, Gribèl, y otros, (89) que en ſentir de Papiniano, y ſegun eſta terminantiſsima deciſsion, de nada ſirven las conjeturas, para que los hijos pueſtos en condicion puedan entenderſe llamados, aunque parezcan tantas, y tan urgentes, como las que concurrian en eſte texto.

98 Pues aunque puede decirſe, que ſiendo predilectos los hijos de el heredero, no han de ſer de peor condicion, que los de el ſubſtituto, y que hallandoſe eſtos llamados, ſe preſume eſtarlo tacitamente los del inſtituìdo: (90) ſe reſponde, que el llamamiento de los hijos de el ſubſtituto, es por la vulgar,

(87)

Gloſſ. in leg. Lucius, 85. *ff. de Hæred. inſtit.* Oldrad. *conſ.* 21. Caſanat. *conſil.* 4. *cum ſeqq.* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 1. & 2. ubi pleniſsimè Add. Peregrin. *de Fideicom. artic.* 28. *num.* 5. Gribel. *deciſ.* 125. *ex num.* 50. *& per tot.* Anton. Faber *de Error. Decad.* 26. *per tot. & in Cod. lib.* 6. *tit.* 20. *de Fideicommiſsis, definit.* 1. D. Creſpì *obſerv.* 19. & 20. *per tot.*

(88)

In leg. Hæredes mei, 57. §. *Cum ita*, *ff. ad Trebell.* ibi: *Cum ita fuerat ſcriptum: fidei filiorum meorum committo, ut, ſi quis eorum ſine liberis prior diem ſuum obierit, partem ſuam ſuperſtiti fratri reſtituat, quod ſi uterque ſine liberis diem ſuum obierit, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam pervenire volo. Defuncto altero; ſuperſtite filio, noviſsimo autem ſine liberis: neptis prima quidem facie propter conditionis verba non admitti videbatur: ſed cum in Fideicommiſsis voluntatem ſpectari conveniat, abſurdum eſſe reſpondi, ceſſante prima ſubſtitutione, partis nepti petitionem denegari, quam totum habere voluit avus, ſi noviſsimus fratris quoque portionem ſuſcepiſſet.*

(89)

Anton. Faber *de Error. Decad.* 26. *& in Cod. lib.* 6. *tit.* 20. *definit.* 1. Gribèl *deciſ.* 125. *ex num.* 50. Bellon. *conſ.* 26. *num.* 61. Scaynus *deciſ.* 2. *ex n.* 90. D. Creſpì *obſervat.* 19. & 20.

(90)

Argumento text. in leg. Publius, 36. §. 1. *ff. de Condit. & demonſtrat.*

gar, y no por la Fideicommiſſaria ; de manera, que ſolo pueden entrar , quando al tiempo de purificarſe la condicion, huvieſſe premuerto ſu padre. (91)

99 Y por lo miſmo ſolo puede influirle à favor de los nietos pueſtos en condicion , en el preciſo caſo de la premoriencia de ſu padre, y por la miſma eſpecie de ſubſtitucion.

100 Para que tuvieſſe fuerza el argumento, deberia formarſe aſsi: Los hijos de el ſubſtituto menos amado, eſtàn llamados *por Fideicommiſſo* : Luego tambien los de el heredero inſtituìdo, y predilecto ; pero ſiendo falſo el antecedente , ſe cae à plomo la conſequencia , como prueban Cancerio , Lanario, Peregrino, Scayno, y Juan Gribèl. (92)

101 Y para que ſe vea, que la predileccion de los nietos no es argumento de ſu vocacion,ſino falacia conocida, ſe debe obſervar con el ſeñor Creſpì , (93) que el mas amado es el heredero : deſpues de èl, ſus hijos pueſtos en condicion; en tercer lugar, el ſubſtituto ; y ultimamente los hijos de eſte.

102 Que la predileccion de los hijos de el inſtituìdo no ſe termina à ſus perſonas , ſino principalmente à la de ſu padre ; *quia magis amatur , qui prius vocatur , & hæres inſtituitur* : (94) *& poſteà liberi , qui in conditione ponuntur.* (95)

103 Que el Teſtador prefiere al ſubſtituto , no ſolo el hijo que inſtituyò heredero ; ſino tambien los hijos de eſte: no para que ſuccedan por ſu proprio derecho , como llamados por Fideicommiſſo en el Teſtamento de ſu Abuelo ; ſino para que puedan ſucceder por la libre voluntad de ſu padre, à quien quiſo gravar el Teſtador , no con un Fideicommiſſo puro , y abſoluto à favor de ſus hijos ; ſino con un gravamen condicional, para que verificada la condicion de morir ſin ellos, ſucceda el ſubſtituto , ſi fueſſe vivo , y ſus hijos , ſi huvieſſe premuerto.

104 Pues de lo contrario reſultaria el evidente abſurdo, de que la condicion pueſta à favor de el heredero para condicionar el llamamiento de el ſubſtituto, produciria el efecto contrario ; y en lugar de un Fideicommiſſo condicional , ſe hallaria gravado con dos ; uno puro , y abſoluto à favor de ſus proprios hijos , que le privaria de la libertad de diſponer de ſus bienes ; y otro dependiente de la condicion de morir ſin poſteridad: lo que tiene conocida dureza, y repugnancia, contra toda razon natural , y legal , y contra la mente clariſſima de el Teſtador. (96)

105 De que reſulta,que bien entendida la predileccion, no puede obrar à favor de los nietos pueſtos en condicion, para gravar al hijo primer llamado , y predilecto ; ſino para relevarle de el gravamen, que ſolo en caſo de morir ſin hijos, quiſo imponerle el Teſtador. Y que bien lexos de influir llamamiento por Fideicommiſſo , à favor de los nietos pueſtos en condicion , prueba , que aſsi como los hijos del ſubſtituto ſolo pueden ſucceder *in caſu vulgaris , ſi eorum pater præmortuus*

(91)
Marta *de Succeſſ. Legal. part.* 4. *quæſt.*24. *art.*2. Fuſar. *de Subſtit. quæſt.* 479. Gribèl *deciſ.*125. *ex num.*73. Bellon. *conſil.*26. *per tot.*

(92)
Cancer. *Var. part.*3. *cap.*21. *n.*92. Lanar. *conſil.*60. *num.* 53. Peregr. *lib.*1. *conſil.* 52. *ex n.*10. Scaynus *deciſ.*2. *per tot.* Gribèl *deciſ.* 125. *ex num.*73.

(93)
D. Creſpì *obſerv.* 20. *ex num.* 45. *& obſervat.* 41. *ex num.*79.

(94)
Leg. Quoties, 34. *ff. de Uſufructu, leg. Qui ſolvendo* , 60. *de hæredib. inſtituend.* D. Creſpì *dict. obſerv.* 41. *ex num.* 79.

(95)
Leg. Lucius, 85. *ff. de Hæredib. inſtituend.* & ibi Gloſſ.

(96)
Ioannes Gribèl *deciſ.*125. *ex num.* 47. *& iterùm num.*89. Anton. Faber *de Error. Decad.* 26. *error.* 4. vidend. Fontanell. *de Pactis, clauſ.* 5. *gloſſ.*10. *part.*2. *n.*46. & 47.

tuus fuerit : asi tambien deberà entenderse el llamamiento tacito de los nietos puestos en condicion en el mismo caso, que es el de la premoriencia de su padre ; pues de lo contrario, no se guardaria igualdad entre uno, y otro llamamiento.

106 Y siendo cierto , que la vulgar espira por la adicion del heredero escrito: (97) es consequente, que por ella se desvanece el tacito llamamiento de los nietos puestos en condicion, aunque le aya expresso de los del substituto,como prueban magistralmente Cancerio , y Ferrer. (98)

107 Y si se dixesse , que de un siglo à esta parte se halla recibida la opinion contraria en Cathaluña , cuya Audiencia tiene calificado con repetidas Decisiones,que el llamamiento de los hijos del substituto estraño le influye por Fideicommisso à favor de los nietos , hijos del heredero , y puestos en condicion : (99) se responde lo primero , que esta practica no es tan cierta , y universal , como se propone; pues vemos,que un tan insigne Maestro como Cancerio, yà citado, y despues de èl Francisco Ferrer , no menos theorico , que practico de aquellos Tribunales , defienden sin reparo , y prueban solidamente , que este llamamiento es *per vulgarem* , y no *per fideicommissum.*

108 Y vemos tambien , que el Consejo Supremo de Aragon lo estimò assi , con una formal Executoria de 15. de Julio de 1648 , cuya justicia funda el señor Don Christoval Crespì en dos enteras observaciones , que se hacen recomendables al intento. (100)

109 Lo segundo , que tratandose de un Testamento del año de 1370. otorgado en tiempo que el *consejo XXI.* de Oldrado , y la opinion de la Glossa (101) à favor de la libertad de bienes , y contra el llamamiento de los nietos puestos en condicion , se miraba como Ley en los Tribunales : no puede merecer aprecio la que tantos siglos despues se ha introducido en Cathaluña , y con la variedad , que se ha dicho; porque como enseña el señor Olea : (102) *Quando diversis temporibus , diversę observantiæ , & communes opiniones prævaluerunt , illa debet attendi , quæ vigebat tempore actus gesti , & iudicandum est secundum illius temporis receptiorem opinionem.*

110 Lo tercero ; porque hasta aora nadie ha dicho,que baste qualquier llamamiento de los hijos del substituto para influirle à favor de los puestos en condicion; antes bien Fontanela, Cancerio, Menochio, y todos quantos han tratado la materia , defienden, (103) que no tiene lugar quando los hijos del substituto estàn llamados con alguna qualidad especial, y tambien quando las substituciones son inconexas , diversas , y separadas ; porque si lo son , no pueden servir de norte para el llamamiento de los hijos del heredero , puestos en condicion.

111 Y aplicando al caso esta limitacion , se hallarà concertada con la mayor propriedad ; pues consta, (104) que el Tes-

(97)

Leg. Post aditam , 5. Cod. de Impuber.

(98)

Cancer. *Variar. part. 3. cap. 21. ex n. 92.* Ferrer *in Commentar. ad Constitut. los Impubers , gloss. 5. ex n. 14.*

(99)

Fontan. *de Pactis , claus. 4. gloss. 24. & decis. 146. cum multis seqq.*

(100)

D. Crespì *observat. 19. & 20. per tot. maximè ex num. 43.*

(101)

Gloss. *in leg. Lucius, 85. ff. de Hæred. instituend.*

(102)

D. Olea *post titulum 4. q. 1. resolution. 15.*

(103)

Fontan. *de Pactis, claus. 5. gloss. 10. part. 2. ex n. 11.* Cancer. *Var. part. 3. cap. 21. n. 93.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 76. n. 42.* D. Crespì *observat. 19. per tot. & observat. 20. ex num. 43.*

(104)

Memorial , numer. 21.

Teſtador, ſi Don Othon, *N.*16. ſu hijo, murieſſe en pupilar edad, ò deſpues en qualquier tiempo ſin hijos, ſubſtituyò à Doña Iſabèl, que tambien lo era, y no eſtà en el Arbol, ſi entonces vivieſſe, ò à ſu hijo mayor varon, ſi huvieſſe muerto.

112 Aqui tenemos tres ſubſtituciones diverſas, que ſon la pupilar, la compendioſa (que las comprehende todas) y la fideicommiſſaria. Y tenemos tambien, que hallandoſe pueſto en condicion los hijos *con nombre colectivo*, y ſin qualidad alguna, ſubſtituyò el Teſtador à Doña Iſabèl, y por la *vulgar anomala*, (105) à ſu hijo mayor varon, que ſobrevivieſſe, en que obſervamos, no ſolo *una nueva eſpecie de ſubſtitucion*; ſino tambien el modo diverſiſsimo, con que puſo en condicion à los hijos, del que obſervò en las ſubſtituciones; pues no comprehendiò en ellas à los hijos de Doña Iſabèl *con nombre colectivo*, sì que añadiò las tres eſpecialidades *de hijo mayor*, *varon*, y que *ſobrevivieſſe*.

113 En cuyos preciſos terminos, prueba Fontanela, (106) que no puede ſervir de conjetura el llamamiento de los hijos del ſubſtituto.

114 Y como ſi eſta diverſidad no baſtaſſe para deſvanecer el influxo, que en otros terminos podria tener el llamamiento de los hijos de Doña Iſabèl à favor de los de Don Othon, *Num.*16. añadiò en la miſma clauſula, (107) que ſi al tiempo de verificarſe eſta ſubſtitucion huvieſſe fallecido el Vizconde de Canet, y no vivieſſe *algun hijo poſthumo* del Teſtador, pertenecieſſe el Lugar de Caſtellnovo, y la mitad de la Villa de Villa-Marchant à Doña Margarita ſu hija, ſin llamar à los hijos de eſta, ni gravarla en coſa alguna; ſiendo aſsi, que inmediatamente buelve à llamar *al hijo mayor* de Doña Iſabèl (ſin expreſſar la qualidad maſculina) mandando, que ſi eſte murieſſe *ſin hijos varones*, ſuccedieſſe el ſiguiente, con el *nuevo gravamen*, que haſta aqui havia omitido, de Nombre, y Armas de Moncada.

115 En la Clauſula III. (108) ſubſtituyò à Don Gaſtòn, que no eſtà en el Arbol, ſi vivieſſe; pero no en la forma que à los demàs, ſino *por la vulgar directa, y anomala, la pupilar, la compendioſa, y la fideicommiſſaria*; y à mas de tan palmaria diferencia entre eſta ſubſtitucion, y las antecedentes, proſigue mandando, que en caſo que Don Gaſtòn no vivieſſe entonces, ò vivieſſe, y murieſſe *ſin hijos varones*, ſuccedieſſe Don Rogerio de Moncada, (que tampoco eſtà en el Arbol) ò *ſus hijos maſculos*. En cuyo contexto ſe vè, que *los de Don Gaſtòn* no eſtàn llamados; pero sì *los de Don Rogerio*: no con *orden de mayorìa*, como los de Doña Iſabèl, ſino *con el nombre colectivo de hijos varones*.

116 Y ſi D. Rogerio falleciеſſe ſin hijos maſculos, ſubſtituyò ultimamente al Vizconde de Rocaberti ſu primo, en la Clauſula IV. (109) ſin acordarſe de ſus hijos.

117 En eſta variedad, y contrapoſicion entre unas, y

(105)
De qua Peregrin. *de Fideicommiſ. art.*15.

(106)
Fontan. *de Pactis, clauſ.*5. *gloſſ.*10. *part.*2. *num.*15.

(107)
Memor. num. 21.

(108)
Memor. num. 22.

(109)
Memor. num. 23.

otras ſubtituciones, es impoſsible, y contra Derecho, inferir el tacito llamamiento de los hijos de Don Othon, *N.*16; porque ſi por hallarſe ſubſtituìdos los de Doña Iſabèl, ſe ha de preſumir, que lo eſtàn los de Don Othòn: por no eſtarlo en modo alguno los de Doña Margarita, y Don Gaſtòn, ni los del Vizconde de Rocaberti, ultimo ſubſtituto, ſe prueba con evidencia, que no pueden eſtarlo los de Don Othon, *N.* 16. como en iguales terminos decidiò el Conſejo de Aragon, y entendieron el ſeñor Creſpì, y otros. (110)

118 Y para que ſe vea quan deſpreciable *es para eſte caſo* ſemejante conjetura, ſe deben obſervar dos coſas; una, que el Teſtador no llamò à los hijos del ultimo ſubſtituto, que era el Vizconde de Rocaberti, (111) antes le dexò libres los bienes. Y ſiendo menos amado, que Don Othon, *Num.* 16. ſu hijo, primer llamado, y predilecto: es evidente, que le inſtituyò con la miſma libertad. (112)

119 Y otra, que en la Clauſula II. (113) puſo el Teſtador en condicion *al hijo poſthumo*, que tuvieſſe al tiempo de morir ſin hijos Don Othon; pero ni le inſtituyò, ni ſubſtituyò. (114) Y quando vemos que el Teſtador omitiò el llamamiento de ſus proprios hijos, à excepcion de Don Othon, de neceſsidad debe reconocerſe, que no ay fundamento para pretender que le diò à los hijos de eſte.

120 Pero ſobre todo, convencen de temerario el principal intento de los Marqueſes de Cogolludo dos particulares reflexiones.

121 La primera, que aun quando pudieſſen eſtimarſe llamados los hijos de Don Othon, *N.*16, que fueron D. Guillèn, *N.* 20, Don Pedro, *N.*21. y D. Juan, *N.* 22. por Fideicommiſſo de influxo, lo eſtarian por iguales partes, como prueban Fontanela, Pedro Gregorio, y Joſeph de Ruſticis; (115) porque hallandoſe gravado D. Othon en eſta hypoteſi à reſtituirles los bienes *como hijos*, en fuerza del tacito Fideicommiſſo, que ſe pretende inducir, no havria tenido facultad para diſponer de ellos, sì que havrian pertenecido *à ſus tres hijos, como tales, igualmente*; (116) y no haviendo coſa mas contraria à la naturaleza, y perpetuidad del Mayorazgo, que la ſucceſsion dividua de los bienes, y la efectiva diviſion de ellos, que ſupueſto el Fideicommiſſo de influxo, ſerìa inevitable: es conſequente el deſprecio, que merece ſemejante medio de defenſa.

122 Y la ſegunda, ſer propoſicion certiſsima, que los hijos pueſtos en condicion, aun quando eſtàn llamados por conjeturas, no ſe entienden gravados paſsivamente, antes bien verificado el llamamiento activo, y conjetural, pueden diſponer libremente de los bienes. (117) Y eſta libertad es incompatible con el orden lineal de ſucceder, y con la perpetuidad del Mayorazgo.

123 Sentado, pues, como incapàz de duda, que del Teſta-

ta-

(110)

D. Creſpì, *obſerv.*19. *n.*15. *& per tot. & obſerv.* 20. *ex n.* 16. Peregrin. *de Fideicom. art.* 22. *n.* 29. Fontan. *de Pactis, clauſ.* 5. *gloſſ.* 10. *part.* 2. *n.* 17. Caſanate *conſ.* 47. *ex num.*77.

(111)

Memor. num. 23.

(112)

D. Creſpì, *obſervat.* 20. *num.*25.

(113)

Memorial, numer. 21.

(114)

Nec dici poteſt vocatus à iure, iuxta leg. Gallus, 29. *§. In omnibus*, 10. *ff. de Liber. & Poſthumis, leg. Filius Familias*, 114. *§. Cum erit rogatus*, 13. *ff. de Legat.* 1. D. Creſpì *obſervat.* 19. *num.* 8.

(115)

Fontan. *de Pactis, clauſ.* 4. *gloſſ.* 24. *n.* 20. Petrus Gregor. *Syntagmat. Iuris, part.* 3. *lib.*42. *cap.*28. *n.* 36. Ruſtic. *in tractatu An, & quando filij poſiti in conditione cenſeantur vocati, lib.*6. *cap.* 7.

(116)

Leg. Heredes mei, 57. *§. Peto, & leg. fin. ff. ad Trebel. leg. Unum ex familia*, 67. *in princip. & §.* 1. *ff. de Legat.* 2. Fontan. *clauſ.* 4. *gloſſ.* 9. *part.* 1. *ex num.* 7. *& gloſſ.* 24. *num.* 20. D. Olea *tit.* 2. *quæſt.* 7. *num.* 43.

(117)

Oldrad. *conſ.* 21. Caſanate *conſil.* 55. *num.* 34. Peregrin. *art.* 28. *n.* 27. *& art.* 29. *n.* 26. Fontan. *deciſ.* 151. *per tot.* Gratian. *Diſcept. Forenſ.* 774. *num.* 8.

tamento de D. Guillèn Ramon, *N.*12. no reſulta Fideicommiſſo real, perpetuo, y deſcenſivo, con orden lineal de Mayorazgo; ni tampoco temporal à favor de ſus nietos, ſino una mera ſubſtitucion perſonal al de Doña Iſabèl de Moncada ſu hija, y otros, *que caducò por la muerte con hijos de Don Othon*, *N.*16: es innegable, que en ſu perſona quedaron libres los bienes, con abſoluta facultad de diſponer de ellos à ſu arbitrio, por ſer eſtos los terminos preciſos del *conſejo XXI.* de Oldrado, que ſe mira como Ley en los Tribunales. (118)

124 Uſando Don Othon, *N.* 16. de eſta facultad, donò, en 15. de Mayo de 1383, à Don Guillèn Ramon de Moncada, *N.* 20. ſu hijo, yà emancipado, preſente, y aceptante, las Villas, y Baronìas de Aytona, Seròs, Mequinenza, Algorfa, Villaſeca, Almatret, y Fayo, con todos ſus derechos, juriſdiccion, y pertenencias, haciendole donacion irrevocable, y entre vivos de todas ellas, con pacto, vinculo, y condicion, *que ſi el dicho D. Guillèn*, N. 20. *Donatario*, *murieſſe ſin hijos varones*, paſſaſſen los bienes donados à Don Pedro, *N.*21. hijo ſegundo del Donador, y deſpues de ſu muerte *à ſus hijos varones*, (119) ſin hacer otro llamamiento alguno.

125 Y ſiendo cierto, que en virtud de eſta donacion, y de la aceptacion del Donatario, ſe adquiriò un derecho irrevocable à todos los llamados, cada uno de los quales lo eſtaba por ſu propria perſona, con orden lineal: (120) es conſiguiente, que Don Guillèn Ramon, *N.*20. no pudo diſponer de los bienes donados, por hallarſe gravado à ſu reſtitucion, à favor de D. Matheo Florimòn ſu ſobrino, *N.* 26. en el preciſo caſo, que ſucediò, de morir *ſin hijos varones* de legitimo matrimonio, y con ſola una hija, que fue Doña Orfreſina, *Numer.*25.

126 De que reſulta, que aunque el dicho Don Guillèn, *N.* 20. en ſu Teſtamento de 16. de Junio de 1442. intitulandoſe Señor de eſtos Eſtados, fundò Mayorazgo con varios llamamientos, (121) que pretende el Duque de San Juan ſirvan de regla para la ſucceſsion de los bienes que ſe litigan: no pueden ſerlo en modo alguno.

127 Lo primero; porque como enſeña el Juriſconſulto Paulo, (122) los bienes ſujetos à reſtitucion no ſe reputan patrimonio del difunto, ni por lo miſmo ſe comprehenden en el Fideicommiſſo: *Sequens quæſtio eſt* (dice) *an etiam quæ vivus per donationem in uxorem contulit, in Fideicommiſſi petitionem veniant. Reſpondi, ea extra cauſam bonorum defuncti computari debere: Et propterea Fideicommiſſo non contineri, quia ea habitura eſſet, etiam alio hærede exiſtente.* Y con igual elegancia Papiniano: (123) *Quid eſt enim, quod de ſuo videatur reliquiſſe, qui quod relinquit omnimodo reddere debuit?*

128 Por eſtas terminantes Deciſsiones, y otras igualmente claras, vàn de acuerdo los AA. (124) en que los bienes vinculados no eſtàn ſujetos al Fideicommiſſo univerſal, or-

(118)
Caſanate *conſ.*4.*&* *ſeqq.* D.Caſtill. *lib.*5. *cap.*65. D. Molin. *lib.*1. *cap.* 6. *num.*1. *&* 2. & paſsim DD.

(119)
Conſta de el Memorial, deſde el numero 24.

(120)
Leg.Quoties, & leg.Si rerum, Cod. de Donat. quæ ſub modo, leg. Qui Rome, §. Flavius, ff. de Verbor. obligat. cap. 1. *de Natur. ſucceſ. Fœudi*, D. Covarrub. *lib.* 1. *Var. cap.* 14. *num.* 7. D. Molin *lib.* 1. *cap.*1. *num.* 17. 18. *&* 19. Anton. Gomez *in leg.*40. *Tauri*, *num.*28. *in fine*, D. Caſtill. *lib.* 5. *cap.* 89. *num.*152. Paz *de Thenuta*, *cap.*33. *ex num.* 44. Antunez *de Donat. lib.* 2. *cap.* 29. *n.* 138. *&* 139. D. Olea *tit.* 2. *quæſt.* 7. *ex num.* 22. & in Addit. *reſol.*6. *num.*3. *ac rurſus tit.* 3. *quæſt.* 4. *ex num.* 36.

(121)
Memorial, num.32.y ſiguientes,en todo el Supueſto VIII.

(122)
In leg. Sequens quæſtio, 68. *ff. de Legat.* 2.

(123)
In leg. Unum ex familia, 67. *§.* 1. *ff. de Legat.* 2.

(124)
Peregrin. *de Fideicomm. art.* 6. *per tot.* ubi pleniſ. Fontanell. *de Pactis*, *clauſ.* 4. *gloſſ.* 5. *num.* 36. Amato, *Var. part.* 1. *cap.* 30. *ferè per tot.* Vela *diſſert.*47. *num.*24. D. Molina *lib.* 1. *cap.* 1. *n.* 17. D. Valenzuela *conſ.* 119. *num.*93. *&* 94. Hermoſilla *in leg.* 7. *gloſſ.* 4. *tit.* 4. *partit.* 5.

ordenado por ſu poſſeedor ; porque como el heredero no ſuccede en ellos por derecho hereditario , ſino por ſu propria perſona , *& citra ius , & nomen hæredis* : ni ſon parte de la herencia , ni pueden reſtituirſe al Fideicommiſſario , como tales , por la Authoridad del Senatuſconſulto Trebeliano, que ſolo transfiere al ſubſtituto los derechos , acciones , y dominio de los bienes *proprios del difunto* , y no el de los que pertenecian al heredero , por otro titulo , *& quæ ipſe habiturus eſſet , etiam alio hærede exiſtente.* (125)

129 Porque como la ſubſtitucion no es otra coſa , que una ſegunda inſtitucion: (126)no puede comprehender otros bienes , que aquellos que pertenecieron al heredero *iure inſtitutionis*; (127) y no ſiendo de eſta eſpecie aquellos en que el heredero ſuccediò *non ex iudicio Teſtatoris* , ſino por titulo diſtinto , ò por ſu propria perſona : de neceſsidad ſe convence , que no puede pretenderles el ſubſtituto , como comprehendidos en el Fideicommiſſo univerſal.

130 De que proviene, que aun quando el Duque de San Juan huvieſſe probado ſu filiacion, en la forma que la propone , y con la diſtincion de grados que ſe requiere , y por lo miſmo ſe eſtimaſſe llamado en las Clauſulas XVI. y XVII. de el Teſtamento (128) de Don Guillèn Ramon , *N.* 20. como varon agnado de la Caſa de Moncada : no por eſſo podria pretender el menor derecho à las Baronìas,que Don Othon, *N.* 16. donò à ſu hijo D. Guillèn , *N.* 20 ; porque eſte no pudo diſponer de ellas , en perjuicio de D. Matheo Florimon ſu ſobrino, *N.*26 , à quien pertenecian por ſu proprio derecho , en fuerza de la donacion ; y no haviendoſe comprehendido en la inſtitucion , no pudieron eſtarlo en la ſubſtitucion , ni quedar ſujetas al Fideicommiſſo univerſal , que *de ſu herencia* fundò el dicho Don Guillèn en ſu citado Teſtamento.

131 No pudiendo negar el Duque una verdad tan palmaria , procura deſvanecerla por varios medios , queriendo perſuadir , que en virtud de la miſma donacion pudo diſponer el Donatario de las referidas Baronìas ; y que quando en eſto huvieſſe duda , quedò ſubſanado el defecto de poteſtad, que en èl ſe conſidera, con el conſentimiento poſterior de D. Matheo Florimon ſu ſobrino , *N.* 26.

132 Funda lo primero , en que Don Othon , *N.* 16, donò eſtas Baronìas à Don Guillèn Ramon ſu hijo , *N.* 20. *& veſtris , & quibus velitis , ad faciendum inde veſtrę libitum voluntatis* ; ſin reparar , que eſtas ſon clauſulas famulativas , y acceſſorias , que no miran à la principal diſpoſicion , ni ſon capaces de alterarla , como lo decide una inſigne Clementina , y enſeñan con ſolidèz , y erudicion los ſeñores Olea, Caſtillo , y otros. (129)

133 Lo que es tan cierto, que ſi el feudo ſe concede con la clauſula *ad habendum , tenendum , poſsidendum , & quidquid*

per-

(125)
Leg. 1. *& tot. tit. ff. ad Trebell. leg. Sancimus* , 7. *§. Cum autem, Cod. eodem* , Peregrin. *de Fideicommiſsis, art.* 2. *& plenius art.* 6. *per tot.*

(126)
Leg. 1. *cum ſimilibus , ff. de Vulgar.*

(127)
Leg. Cohæredi , 41. *§. Cum filiæ, & §. Qui diſcretas, ff. de Vulgar.* & ibi omnes.Cancer. *Variar. part.* 3. *cap.*7. *num.* 322. Fontan. *clauſ.* 4. *gloſſ.* 5. *num.*60. *&* 61.

(128)
Memor. num. 50. y 51.

(129)
Clementina 1. *in fin. de Præbend.* D. Olea , *tit.* 1. *quæſt.* 3. *ex n.*10. D. Caſtill. *tom.* 4. *cap.* 48. *per tot.* Gutierrez *de Iurament. part.* 1. *cap.* 12. *ex num.* 3. Fontan. *clauſ.* 4. *gloſſ.* 21. *part.* 6. *à n.* 69. *& gloſſ.* 25. *ex num.* 20. *ad* 40. Gratian. *diſceptat.* 609. *ex num.* 5. *ad* 21. Barboſa *de Clauſulis* , *clauſ.* 4. *num.* 4. Cardin. Tuſch. *Litt. C. clauſ.* 227.

perpetuo sibi, & suis placuerit faciendum. No por esso se entiende dada al feudatario la facultad de enagenar, ò disponer de los bienes feudales; porque estas clausulas, y otras semejantes no alteran la naturaleza de el contrato feudal, en que và siempre preservada la superioridad de el Señor directo, y la necesidad de su licencia, para la enagenacion de los bienes, sin embargo de decirse en la infeudacion, que se concede al feudatario, *ad faciendum quidquid perpetuo sibi, & suis placuerit.* (130)

134 Mandò expressamente el Donador, que si D. Guillèn Ramon, *N.*20. primer llamado, muriesse *sin hijos varones*, ni otros descendientes *masculos*, *por linea recta*, succediesse en los bienes donados Don Pedro de Moncada, *N.* 21. su hermano, y despues de su muerte llamò *à sus hijos varones*, (131) corroborando esta disposicion con las clausulas de *constituto*, *y precario*, en cuya virtud se transfiriò el dominio, y possession de los bienes à Don Matheo Florimon, (132) luego que por muerte de Don Guillèn su Tio, llegò el caso de su llamamiento, por haver muerto D. Pedro su padre, *N.*21. muchos años antes, (133) en el de 1437.

335 Quiso el Donador constituir à D. Guillèn su hijo, y Donatario, dueño legitimo de los bienes, no como libres, sino *sub vinculo, & conditione prædictis*; (134) esto es, que muriendo *sin hijos varones*, succediesse Don Pedro su hermano, *N.*21. *y los hijos masculos de este.*

136 Pero como podia acaecer, que ni Don Guillèn, ni Don Pedro les tuviessen: añadiò la facultad de disponer, que necessariamente debe entenderse limitada à este preciso caso.

137 Porque dexando establecido en la clausula antecedente (135) un llamamiento absoluto, y lineal *de los hijos, y descendientes masculos* de Don Guillèn Ramon, *N.*20, y substituìdos en su defecto, à Don Pedro su hermano, *N.*21. y los suyos: hemos de entender con precisision, que la facultad de disponer, fue solo para el caso de no existir al tiempo de la muerte de Don Guillèn, *N.*20. hijos, y descendientes suyos, ò de su hermano; pero no para el caso contrario, ni para gravar à Don Matheo Florimon, *N.* 26. con nuevo Fideicommisso, en perjuicio de el derecho, que por su propria persona le competia, como llamado en cabeza de Don Pedro su padre, *N.*21. siempre que el primer Donatario muriesse sin hijo varon: *Non enim facultas necessariæ electionis, propriæ liberalitatis beneficium est*, como dixo Papiniano. (136)

138 Y aun por esso sientan los AA. como regla, que semejantes clausulas no son incompatibles con el gravamen; y que sin embargo de instituir el Testador à su heredero, con la expresion de dexarle los bienes *à su libre voluntad*: si le dà substituto en caso de morir sin hijos, y se verifica esta condicion, tiene lugar el Fideicommisso, y en su virtud puede el substituto pedir la herencia; (137) porque aquella clausula se debe entender, restringir, y limitar por las siguientes.

(130) Vincent. de Franchis *decis.*7. *ex n.* 6. Chacheran. *decis.*164. D. Castillo *lib.*4. *cap.*48. *n.*8.

(131) Memor. num. 24. y 25.

(132) D.Olea *tit.* 6. *q.* 5. *ex n.* 6. Fontanell. *claus.* 4. *gloss.* 3. *per tot.*

(133) Memor. num. 28. y 32.

(134) Memor. num. 26.

(135) Memor. num. 24.

(136) *In leg. Unum ex familia*, §.1. *ff. de legat.* 2.

(137) Cancer. *Variar. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 224. Decian. *lib.* 1. *consil.* 3. *num.* 157. *& consil.*253. Bertazol. *consil.* 10. *n.* 26. Rota *part.* 5. *Recentior. decis.*346. *n.*25. Burat. *decis.* 168. *n.* 23. Castrens. *consil.*263. *num.*3. Decius *consil.*386. *n.*4. Socin. Iun. *consil.*130. *n.*12. *lib.* 1. Tristan. *decis.* 20. *n.* 8. *&* 9. Balduc. ad Ramon. *tom.*4. *decis.*30. *quasi per tot.* Roca *tom.*1. *Disput. cap.*66. *n.*23. *&* 24.

(138)
Memor. num. 52. y ſiguientes.

(539)
Memor. deſde el num. 58.

(140)
Memor. num. 24. y ſiguient. y mas latamente en los Autos, Piez. 1. deſde el fol. 48. B.

(141)
Memor. num. 32. y ſiguient.

(142)
Memor. num. 28. y 29.

(143)
Memor. num. 31.

(144)
Memor. dict. num. 31. *contra text. in leg. Utilitatem*, 10. *ff. de Confirmat. Tutor.* ibi: *Quid denique, ſi poſteà de eo quem pater Teſtamento, Codicilliſve, non iure dedit, ſcripſit Tutorem eſſe nolle? Nempè, non ſequitur primam voluntatem Prætor, à qua pater diſceſsit.*

139 Pero todavia es mas inſubſtancial el efugio, de el conſentimiento que ſe quiere ſuponer en Don Matheo Florimon, *N.* 26; porque aunque es verdad, que eſte hallandoſe en edad de 18. años, y ſujeto à la voluntad, y arbitrio de Don Guillèn Ramon, *N.* 20. ſu tio, conſintiò, en que Doña Margarita de Moncada, y de Ribelles, muger de eſte, quedaſſe uſufructuaria de todos los Eſtados de ſu marido, ſin embargo de qualeſquier contratos, donaciones, vinculos, y diſpoſiciones, (138) que en contrario huvieſſe:

140 Que deſpues de los dias de ſus Suegros, ſuccedieſſen en dichos Eſtados los hijos varones de el miſmo Don Matheo Florimon, y Doña Orfreſina de Moncada, *N.* 25. *y* 26, y en ſu defecto, los que tuvieſſe Don Matheo de otro matrimonio:

141 Y que en falta de unos, y otros, ſuccedieſſe el heredero, que ſe hallaſſe inſtituìdo por el dicho D. Guillèn Ramon, *N.* 20, en ſu ultimo Teſtamento, ò el ſubſtituto, ò ſubſtitutos, que en èl huvieſſe diſpueſto, con juramento de obſervar, y cumplir todo lo eſtipulado en eſta capitulacion: (139) Tambien es cierto, que eſte fue un acto nulo, y doloſo, por duplicados motivos, conſtantiſsimos en el Hecho, y ſolidiſsimos en Derecho.

142 Sabìa Don Guillèn, que D. Othon ſu padre, *N.* 16. le havia hecho donacion de eſtos Eſtados, con el gravamen de reſtituirles à Don Matheo Florimon ſu ſobrino, como hijo unico varon de Don Pedro ſu hermano, *N.* 21, en el preciſo caſo, que ſucediò, de morir el miſmo Don Guillèn ſin hijos, ni deſcendientes maſculos; y no podia ignorarlo, por conſtar de la donacion, (140) que eſtuvo preſente à ella, y que la aceptò con eſta obligacion.

143 Hallabaſe caſado, con ſolo una hija legitima, que era Doña Orfreſina, *N.* 25. y con un hijo natural llamado D. Lorenzo, à los quales, y ſus deſcendientes tenia llamados en ſu Teſtamento (141) de 16. de Junio de 1442.

144 Y para que eſta diſpoſicion, y el uſufructo de los Eſtados para ſu muger, durante ſu vida, tuvieſſe efecto, en perjuicio del derecho induvitable, y evidente de Don Matheo Florimon, *N.* 26. ſu ſobrino, y ſucceſſor, ſe valiò de varios artificios.

145 Haviale prohibido Don Pedro ſu hermano, *N.* 21. en ſu Codicilo de 10. de Julio de 1425. la Tutela, y Curaduria de Don Matheo Florimon ſu hijo. (142)

146 Sabialo D. Guillèn, por haverſe publicado el Codicilo en ſu preſencia; (143) y para fruſtrar la voluntad de ſu hermano, ſolicitò, y conſiguiò, que el Señor Rey de Navarra, como Lugar-Theniente General del de Aragon, le nombraſſe por Tutor, y Curador en 4. de Marzo de 1437, (144) logrando por eſte medio apoderarſe de la perſona de ſu ſobrino.

147 Y hallandoſe eſte en edad de 18. años, y ſujeto en todo al dicho ſu Tio, y Curador; para que con mas decencia pudieſſe contraer matrimonio con Doña Orfreſina ſu hija,

Num.

N.25. ganò Facultad de la Señora Reyna Doña Maria, Governadora General de la Corona de Aragon, en 7. de Enero de 1443, para que sin Tutor, y Curador pudiesse governar sus bienes, y administrarles libremente. (145)

148 Pero como esta no era bastante para los fines, que deseaba, ganò otra en 14. del mismo mes, y año, para que el dicho D. Matheo Florimon pudiesse *vender, enagenar, y renunciar* qualesquier bienes, y derechos, que le perteneciessen, *como si fuesse mayor de* 20. *años*, (146) aprobando su Magestad las ventas, obligaciones, alienaciones, y renuncias, que hiciesse.

149 Y con insercion de uno, y otro Real Despacho, se capitulò el matrimonio de Doña Orfresina, y Don Matheo Florimon, *N.*25. *y* 26, en la forma, que se ha referido, y consta de el Memorial, (147) privando à Don Matheo Florimon de el derecho evidentissimo, que tenia à estos Estados: de la facultad de disponer de ellos, que le competia como ultimo llamado: (148) y de su goze, y usufructo, durante la viudedad de Doña Margarita de Ribelles su tia: y sobre todo, obligandole à passar por lo que un año antes tenia dispuesto en su Testamento, como si los pactos sobre la futura succesion fuessen licitos, y no contra las buenas costumbres, ò no estuviessen reprobados por Derecho Canonico, y Civil. (149)

150 Y como si el juramento pudiesse dàr validacion à semejante iniquidad, ò prevalecer contra la prohibicion legal, establecida principalmente à favor de la Republica, por el Derecho Civil, y de las Gentes: (150) obligò à su Menor Don Matheo Florimon, à que jurasse la observancia de tan monstruoso contrato, (151) con dos notables circunstancias.

151 La primera, haverle ocultado el derecho que tenia de succeder en estos Estados por su persona, suponiendole, que eran proprios de Don Guillèn Ramon, *N.*20, y de su libre disposicion; y este malicioso presupuesto, que diò motivo al error de Don Matheo, ignorante por entonces del derecho que le competia por la donacion de Don Othon su Abuelo, destruye de raìz su consentimiento, y prueba aun por sì solo la nulidad de el acto: (152) *Quia nec ignorans, nec invitus, quisquam donat.*

152 Y la segunda, la lesion enormissima, y total, que padeciò Don Matheo, privandose enteramente de su derecho, y de unos Estados de esta calidad, con el solo motivo de el dolo *ex proposito*, & *re ipsa* de Don Guillèn su Tio, y Curador, preparado muy de antemano con tantos actos preventivos para sorprenderle; en cuyas circunstancias es sin question su nulidad. (153)

153 Sin que pueda subsanarse con la vènia de edad, que obtuvo; porque aunque la facultad de concederla es regalìa indisputable à la Corona, (154) y en su virtud puede el Menor celebrar qualquier contrato, (155) sin esperanza de restitucion: (156) como su Magestad la concede para favorecer al Menor, y no para proteger el dolo de quien solicita engañar-

(145)
Memor. num. 52.

(146)
Memor. num. 53.

(147)
Memor. num. 54. y siguient.

(148)
Peregrin. *de Fideicom. art.* 14. *n.* 49. & *art.* 52. *n.* 2. Fontanell. *de Pactis, clauf.* 4. *gloss.* 9. *part.* 3. *num.* 38.

(149)
*Cap.*2.*de Concess. Præbend. & cap. Quamvis pactum, de pact. in* 6. *leg. Stipulatio*, 61. *ff. de Verb. oblig. leg. Pactum*, Cod.*de Collat. leg. Exeo*, Cod. *de Innutil. stipulat. leg. Pactum quod Dotali*, Cod.*de Pact. leg. Si quando*, §.1. Cod. *de Inofficios. Testam. leg. final.* Cod. *de Pactis*, Merenda *Controverf. lib.* 1. *cap.* 17. 18. & 19. Hodierna *controverf.*28 Cyriac. *controv.*88.*per tot.* Cancer. *Variar. lib.* 3. *cap.* 7. *n.*132. D.Castill. *lib.*1. *cap.* 9. Torre *de Pactis futur. succeff. lib.* 1. *cap.*1. *per tot.*

(150)
Leg.Final.ff.de Suis,& legitim.leg. Ius publicum, ff. de Pactis; Torre *dict. lib.*1.*de Pactis, cap.*5. *per tot. fignantèr ex num.* 49.

(151)
Memor. num.59.

(152)
Leg. Error, 7. Cod. *de Iuris*, & *facti ignorant. leg. Nec ignorans*, 10. Cod. *de Donat.* D. Olea *tit.* 8. *quæft.*1. *n.* 5.

(153)
Leg. Elegantèr, 7. *ff. de Dolo*, *leg. Si quis cum aliter*, 36. *ff. de Verb. obligat.* D. Olea *in Addit.ad tit.*4. *q.* 3. *refol.*17. *n.* 12. Hermosilla *in leg.*56. *gloff.* 7. *n.*19. *tit.* 5. *partid.* 5. Noguerol *alleg.* 18. *n.*109. Fontanel. *decif.* 64. Cardinal. de Luca *de Empt. difcurf.*54. *ex num.* 5.

(154)
*Leg.*1. 2. & 3. Cod. *de His, qui veniam ætatis*; D. Crespì *obferv.* 17. D.Leon *decif.*144. D. Solorzan. *de Iur. Indiar. lib.*4. *cap.*10.*num.*81.

(155)
Dict. leg. 1. & 2. Cod. *de His, qui veniam ætatis*; Antunez *de Donat. lib.*2. *cap.* 19. *ex num.* 31.

(156) *Dict. leg.* 1. & 2. Cod. *de His, qui veniam ætatis*; Antunez *ubi proximè, n.* 32. D. Crespì *obfervat.*17. *n.* 13.

ñarle, ni para dàr validacion à un acto iniquo: no puede pretenderse, que en fuerza de la vènia de edad, huviesse de subsistir un contrato Leonino, dirigido unicamente à la usurpacion de los bienes, y derechos de el Menor, por su mismo Curador.

154 Ni tampoco es aplicable la tacita ratificacion que se intenta inferir (157) de no haver reclamado Don Matheo, *N.*26. dentro de el quinquenio, ò como quieren otros, quadrienio, desde el dia que cumpliò la mayor edad; porque prescindiendo de que la tacita ratificacion *ex lapsu temporis*, solo suple el defecto de solemnidad; pero no la nulidad, que resulta de el dolo, y lesion enormissima, que intervino en este caso: (158) lo que no tiene duda es, que aun quando Don Matheo Florimon, N.26. huviesse ratificado expressamente este contrato, no se havria perjudicado.

155 Porque la ratificacion de nada sirve, si el que la hizo no tuvo noticia cierta, y positiva de la nulidad de el acto: no como quiera, sino clara, distinta, y concluyentemente probada, assi de el Hecho, como del Derecho; porque sin este pleno conocimiento, ni ay ratificacion, ni puede haver consentimiento, en comun sentir de los Authores. (159)

156 Y constando de el Hecho, que Don Matheo, N.26. no tuvo la menor noticia de su derecho, ni de la donacion de Don Othon su Abuelo, N.16. hasta el año de 1479, como lo jurò, y protestò ante la Justicia de Lerida, y la de Valencia, en cuyos Juzgados reclamò, pidiendo se declarasse, que en su virtud le pertenecian estas Baronìas, y Estados por su propria persona: (160) es evidente, que ni en la Capitulacion Matrimonial consintiò el gravamen, ni renunciò el derecho, que ignoraba; y lo es tambien, que aunque no reclamò dentro de el quadrienio despues de hecho mayor, le quedò salva la accion de hacerlo, quando tuvo noticia de la donacion, que fue en el año de 1479; por ser principio vulgar, que este quadrienio en su principio es util, y solo corre *à die notitiæ*. (161)

156 Supuesto, pues, que D. Matheo Florimon, N.26. succediò por su proprio derecho en los Estados, y Baronìas de Aytona, Seròs, Mequinenza, Algorfa, Villaseca, Almatret, y Fayo, en virtud de la donacion de D.Othon, N.16. su Abuelo; (162) y que no le perjudicò el Testamento de D. Guillèn Ramon, N.20, ni la Capitulacion Matrimonial, como se ha fundado: y supuesto tambien, que como ultimo llamado pudo disponer libremente de estos bienes: (163) es innegable, que en virtud de su Testamento, pertenecieron à Don Pedro, N.27. no como quiera, sino como libres.

157 Porque segun su literal contexto, (164) aun entre los hijos posthumos, (que no tuvo) no hizo llamamiento alguno lineal, y solo se advierte en èl, una simple institucion del mayor, que le naciesse, substituyendole por la vulgar directa, y la compendiosa, à los demàs que tuviesse, y en su defecto

(157)
Ex leg. 1. *&* 2. *& tot. tit. Cod. Si maior factus.*

(158)
D. Castill. *de Aliment. cap.* 63. *n.* 34. ubi plenissimè.

(159)
D.Leon *decis.*169. *ex n.*12.D.Castillo *de Alimentis*, *cap.* 63. *n.* 34. Cardin.de Luca *de Donat. discurs.* 33. *n.* 18. *& de Alienat. disc.* 28. *num.*18. Valeron *de Transact. tit.* 3. *q.* 4. *n.*7. *&* 8. *ex leg. Si Servus Testamento, ff.de Stipulat. Servor. & leg. Quæsitum, ff. de Acquir.rer. domin.* Cancer. *Variar. part.* 3. *cap.* 2. *ex n.* 26. Surd. *consil.* 267. *num.* 10. *& consil.* 320. *n.* 27. *&* 28. Fusar. *de Substit. q.* 594. *per tot.* Menoch. omninò videnda. *consil.* 707. *per tot.*

(160)
Memor. desde el num. 74. hasta el num. 82.

(161)
Leg. final. Cod. de Tempor. in integrum restitut. D. Covarr. *lib.* 1. *Var. cap.*3. D. Crespì *observat.*33. *num.*1. & passim DD.

(162)
Memor. num.24. y siguient.

(163)
Peregrin. *de Fideicom. art.* 14. *n.* 49. *& art.* 52. *n.* 2. Fontanel. *de Pactis, claus.*4. *gloss.* 9. *part.* 3. *n.* 38. Fusar. *de Substit. q.* 551. *n.* 2. *& consil.* 135. *per tot.* D. Castill. *lib.*2. *cap.*22. *ex num.*44.

(164)
Memor. num.83. 84. y 85.

to à las hijas. De manera, que en qualquiera de ellos, varon, ò hembra, que huvieſſe muerto con hijos, quedaban libres los bienes. (165)

158 Y ſiendo la primera ſubſtitucion la que ſirve de regla à las ſiguientes: (166) no puede dudarſe, que el llamamiento, que en falta de ſus hijos de ambos ſexos, diò al pariente mas cercano de Nombre, y Armas de Moncada, fue perſonal, y no lineal.

159 Lo que ſe califica, à viſta de que en toda la sèrie de el Teſtamento, (167) no ay palabra que aluda à perpetuidad, ni que directa, ò indirectamente pueda influir para el concepto, de que D. Matheo, *N.* 26. penſaſſe en fundar Mayorazgo, ò Fideicommiſſo ſucceſsivo.

160 Y bien entendida ſu diſpoſicion, ſe hallarà, que por haver caducado la inſtitucion, y ſubſtituciones de los poſthumos, ſe defiriò la ſucceſsion à D. Pedro, N. 27, como pariente varon mas cercano de la Caſa de Moncada, por la vulgar directa, y no por Fideicommiſſo; por ſer regla, y principio elemental, que caducada la inſtitucion, empieza el Teſtamento por el ſegundo grado; y ſi eſte caduca, por el tercero. Con que no haviendoſele dado ulterior ſubſtituto, ſe hallò D. Pedro, N. 27. con el titulo de heredero, y con abſoluta facultad de diſponer de los bienes hereditarios.

161 Acudiò el dicho D. Pedro al Juzgado de el Juſticia Civil de Valencia, y expreſſando la diſpoſicion teſtamentaria de D. Matheo, N. 26. ſu primo, y que por no haver dexado eſte hijos, ni deſcendientes legitimos, havia llegado el caſo de ſu llamamiento, como pariente varon mas cercano del Nombre, y Armas de Moncada, de que ofreciò informacion incontinenti: pidiò, que ſin perjuicio de los derechos, que por otros Teſtamentos de ſus mayores le competieſſen, ſe declaraſſe haver llegado el caſo de ſu llamamiento, y que en ſu conſequencia le pertenecian todos los bienes, y Eſtados de Don Matheo.

162 Y recibida la informacion, con citacion de el Curador de la Herencia Jacente, (168) ſe declarò aſsi por Sentencia de 13. de Octubre de 1485; y aſsi no puede dudarſe, que las referidas Baronìas pertenecieron à D. Pedro, N. 27. por derecho hereditario, y como libres.

163 Pero todavia quiere el Duque de San Juan perſuadir la validacion, y ſubſiſtencia del Mayorazgo, que fundò D. Guillèn Ramon, N. 20, y que en èl ſe comprehenden eſtos Eſtados, por dos medios entre sì repugnantes, y opueſtos à los demàs, de que ſe vale.

164 Ha preſentado deſpues de concluſo el Pleyto, y hecho Memorial Ajuſtado, una Eſcriptura de 11. de Septiembre de 1438, por la que parece, que D. Othon, N. 16, *confirmando, loando, y aprobando* todas, y qualeſquier donaciones yà hechas à D. Guillèn Ramon ſu hijo, N. 20. *y ſin derogarlas, ni innovarlas directa, ni indirectamente*, ſe la hizo de nuevo pu-

(165)
Oldrad. *conſil.* 21. Caſanate *conſil.* 4. *& ſeqq.*

(166)
Leg. Cohæredi, 41. §. *Qui diſcretas, ff. de Vulgar.* Fontanel. *clauſ.* 4. *gloſſ.* 5. *n.* 60. *&* 61. Cancer. *Variar. part.* 3. *cap.* 7. *num.* 322. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 65. *&* 66. Roſa *conſult.* 69. *n.* 86. Altograd. *lib.* 2. *conſil.* 66. *num.* 75. Manſius *tom.* 9. *conſultat.* 104. *num.* 11. *&* 12.

(167)
Memorial, num. 83. 84. y 85.

(168)
Memor. num. 86. y ſiguient.

ra, irrevocable, y entre vivos, de las miſmas Baronìas.

165 Quiſieramos entender, què efecto legal podrà conſiderarſe en eſta donacion (aun ſupueſta, ſin perjuicio, ſu certeza, y legalidad) para que Don Guillèn Ramon, N. 20. pudieſſe diſponer de los bienes donados?

166 Pudo hacerlo en virtud de la primera donacion del año de 1383, en perjuicio de los llamados en ella? No por cierto; porque ſupueſta la aceptacion del primer Donatario, ſe les adquiriò un derecho irrevocable. (169) Es aſsi, que en eſta *aprobò, y confirmò* el Donador la primera, y todas las demàs que tenia hechas: luego nada obrò, ni pudo obrar en perjuicio de Don Matheo, N.26. llamado por ſu proprio derecho en la del año de 1383.

(169)
Leg. Perfecta donatio, Cod. de Donation. quæ ſub modo, D. Olea *tit.2. q.7.ex n.* 22.

167 No pudiendolo dudar el Duque de San Juan, muda de medio, y ſe vale de una Executoria de la Audiencia de Barcelona, dada en 28. de Septiembre del año de 1500. à favor de Don Pedro de Moncada, *N.* 27, contra D. Galceràn de Requeſens, en la qual ſe declarò: Que ſin embargo de que en virtud de la donacion hecha por D. Othon, *N.* 16, à D. Guillèn Ramon, *N.* 20. havian pertenecido eſtas Baronìas, y Eſtados à Don Matheo Florimon, *N.* 26, ſin gravamen; pero por quanto *en diez y ocho de Diciembre de mil quatrocientos y treinta y tres* ſe havia capitulado entre los dos hermanos D.Guillèn, y D. Pedro, *N.*20, y 21, el matrimonio de ſus hijos D.Matheo, y Doña Orfreſina (entonces pupilos) y pactado, que muriendo eſtos ſin hijos maſculos, pertenecieſſen dichos Eſtados al pariente varon mas cercano de la Caſa de Moncada, lo que fue conſentido, y aprobado por los referidos D. Matheo, y Doña Orfreſina *en quince de Enero de mil quatrocientos cinquenta y tres*, en otra Eſcriptura que ſe enuncia, y no eſtà en Autos: havia ſuccedido D. Pedro, N. 27.en eſtas Baronìas, no como heredero de D.Matheo, *N.*26. ſino por ſu proprio derecho, como pariente mas cercano de la Caſa de Moncada; y con eſte fundamento (170) ſe le abſolviò, y diò por libre de la Demanda que ſe le havia pueſto, como heredero de dicho Don Matheo.

(170)
Memor. num. 130. y 131.

168 Confunde el Duque de S. Juan la Capitulacion, que en el año de mil quatrocientos y *treinta y tres* ſe hizo entre D. Guillèn Ramon, y D.Pedro ſu hermano, *N.* 20, y 21, con la que diez años deſpues, y en el de mil quatrocientos *quarenta y tres*, muerto yà D.Pedro, *N.*21, ſe celebrò entre D. Guillèn Ramon, *N.*20, y D.Matheo Florimon, N. 26, de edad entonces de *diez y ocho años*, en que ſe obligò à paſſar por lo que ſu tio D. Guillèn, N.20, tenia diſpueſto en ſu Teſtamento; (171) y de eſta confuſion infiere, que el miſmo D.Pedro, N.27. tiene reconocido por legitimo el conſentimiento de D. Matheo Florimon à lo diſpueſto por D. Guillèn Ramon, N. 20, en ſu Teſtamento del año de 1442. ſin reparar en las fechas, en la diverſidad de las perſonas, que intervinieron en uno, y otro contrato, ni en los efectos diverſiſsimos, que producen.

(171)
Veaſe el Memorial deſde el n. 52.

La

169 La Capitulacion del año de 1433. ſe hizo entre los dos hermanos, ſin mas llamamiento, que el del pariente mas cercano varon de la Caſa de Moncada, ſi D. Matheo Florimon, y Doña Orfreſina murieſſen ſin hijos maſculos, ni tranſcender à otra ſubſtitucion; y en eſta conformidad la ratificaron, y aprobaron los ſuſodichos en el año de 1453, ſegun ſe enuncia en la Sentencia referida, aunque no conſta de los Autos. Y aſsi, venimos à parar en lo miſmo que reſulta del Teſtamento de D. Matheo Florimon, N. 26, porque en ambas diſpoſiciones ſe termina el llamamiento al pariente mas cercano de la Caſa de Moncada.

170 Pero en la Capitulacion del año de 1443. ſe eſtipulò, (172) que para la ſucceſsion de eſtos Eſtados debieſſe ſervir de regla el Teſtamento de D. Guillèn Ramon, N. 20.

171 Y aſsi no ay fundamento para aplicar à eſte caſo el conſentimiento dado por D. Matheo, N. 26. con la limitacion del gravamen à favor de ſu pariente varon mas cercano de la Caſa de Moncada, ſin tranſcender à otro alguno.

172 De que reſulta, que ſolo puede haver duda en ſi D. Pedro, N. 27. heredò eſtos bienes como libres por el Teſtamento de D. Matheo, ò ſi por el conſentimiento de eſte le pertenecieron *proprio iure*, como pariente varon mas cercano de la Caſa de Moncada; pero no la ay, en que de qualquier modo quedaron libres en ſu perſona; porque ni en uno, ni en otro caſo ſe le diò ulterior ſubſtituto, *& ij ſolum ad Fideicommiſsi petitionem admitti poſſunt, qui nominati ſunt.* (173) *Ne hæredi naturalis de rebus ſuis diſponendi libertas infringatur.* (174)

173 Tampoco es queſtionable, que la Baronìa de Chiba le perteneciò con juſtos, y legitimos titulos; porque haviendo pretendido D. Juan de Moncada, N. 22. y D. Othon ſu hermano, Obiſpo de Tortoſa, que no eſtà en el Arbol, ſe les pagaſſe la legitima correſpondiente en los bienes de D. Othon ſu padre, N. 16, y comprometidoſe con D. Matheo, y Doña Orfreſina de Moncada, N. 25, y 26. y con Doña Margarita de Ribelles, viuda de D. Guillèn Ramon, N. 20. cada uno por ſu interès: por Sentencia de los Arbitros fueron condenados los ſuſodichos à pagar à D. Juan, y D. Othon 21ɰ. florines por ſus legitimas.

174 Y por nueva Sentencia Arbitral, aprobada, y ratificada en todo por los referidos D. Matheo, y Doña Orfreſina, y por Doña Margarita de Ribelles: ſe adjudicò, y diò *inſolutum* al expreſſado D. Juan, N. 22. de conſentimiento de Don Othon ſu hermano, la referida Baronìa de Chiba, (175) de que ſe le otorgò Venta Real, y en ſu virtud ſe le puſo en poſſeſsion de ella, ſin contradiccion de perſona alguna. (176)

175 Deſpues de lo qual ſe vendiò judicialmente, con todas las ſolemnidades de Derecho, la miſma Baronìa por D. Galceràn de Borja, como Curador de la Herencia Jacente del referido D. Juan de Moncada, N. 22. y la comprò D. Pedro ſu hijo, N. 27, en precio de 18ɰ. florines, y con el cargo de

(172) Memor. num. 58.

(173) *Leg. Cum ita, 32. §. In Fideicommiſſo, ff. de Legat. 2.* D. Creſpì *obſervat. 22. num. 1.*

(174) *Leg. 2. ff. Si à parente quis fuerit manumiſſus.*

(175) Memorial, deſde el num 60.

(176) Memor. num. 68. 69. y 70.

de varios cenſos; en cuya conſequencia ſe le diò la poſſeſsion de ella, y ſus Lugares, (177) y fue admitido, y reconocido por legitimo Señor por el Concejo, y Vecinos.

(177)
Memor. num. 72. y 73.

176 Y aſsi nada importa, que D.Guillèn Ramon, N.20. la incluyeſſe, ò no en ſu Fideicommiſſo univerſal; porque preſcindiendo de que para afirmarlo no ay mas fundamento que haverſe intitulado Señor de Chiba en ſu Teſtamento: (178) lo qual no prueba ſu pertenencia: quando, ſin perjuicio de la verdad, huvieſſe tenido el dominio de ella, ſiempre era reſponſable à las legitimas de D. Juan, y D. Othon ſus hermanos, las quales no admiten gravamen; (179) y para ſatisfacerlas, ſe pudo enagenar la dicha Baronìa.

(178)
Memorial, num. 32.

(179)
Leg. Omnimodo, 30. *& leg. Quoniam in prior.* 32. *Cod. de Inofficioſ. Teſtament.*

177 Porque aunque en Cathaluña, donde viviò, teſtò, y muriò D.Guillèn Ramon, N.20, ſon feudales los Eſtados que poſſeen los Barones, eſtàn reducidos en todo *ad inſtar* de los bienes patrimoniales, (180) y de ellos ſe debe la legitima à los hijos en dinero.

(180)
Cancer. *Variar. part.* 1. *cap.* 12. *de Feudis, ex n.* 65. Fontan. *de Pactis, clauſ.* 4. *gloſſ.* 12. *num.* 8.

178 Y poſſeyendo D. Guillèn Ramon, N. 20. todos los Eſtados Paternos, con la obligacion de pagar à ſus hermanos las legitimas: es evidente, que no pudo eximirſe de ella con el hecho de fundar el Mayorazgo.

179 De que ſe infiere, que la adjudicacion que ſe hizo à D. Juan, *N.*22, y à ſu hermano D. Othon, de la Baronìa de Chiba, *in ſolutum* de los 21ɣ. florines, fue juſtiſsima; ſin que hoy ſe pueda dudar de eſta verdad, à viſta de haverſe radicado ſu dominio en la Caſa de Moncada, en fuerza de la compra, que hizo D. Pedro, *N.*27. del Curador de la Herencia Jacente de dicho Don Juan, *N.* 22. (181)

(181)
Memor. numer. 72. y 73.

180 De todo lo qual reſulta, que las Baronìas, y Eſtados de que diſpuſo D.Pedro de Moncada, *N.*27, en ſu Teſtamento de 16.de Agoſto de 1502, fundando de ellas Mayorazgo, (182) le pertenecieron como libres en toda propriedad, y dominio; y haviendo concurrido en ſu perſona la poteſtad, y la voluntad, ſobre cuyos polos eſtrivan todos los actos humanos, (183) queda incapàz de duda, que ſu fundacion es la que debe governar la ſucceſsion, y no otra alguna.

(182)
Memor. num. 101. y ſiguientes, en todo el Supueſto XVII.

(183)
Cap. Cum ſuper, de Offic. de Legat. cap. Ex parte, de Conceſ. Prębend. leg. Cum te, Cod. de Donat. ante nupt. leg. Multum, Cod. Si quis alteri, vel ſibi, D.Covarrub. *lib.* 3. *Variar. cap.* 6. *num.* 9. Sesè *tom.* 2. *deciſ.* 113. Fontan. *tom.* 2. *deciſ.* 455. *num.* 13.

181 Aſsi lo tiene calificado la obſervancia; pues conſta, que D. Juan de Moncada, *N.* 39, ſin embargo de eſtàr igualmente llamado en el Teſtamento de D.Guillèn Ramon, *N.*20. y en el de D.Pedro, *N.*27, como varon agnado riguroſo, no pretendiò la ſucceſsion en virtud de la diſpoſicion del primero, ſino en fuerza de la del ſegundo; y que con efecto ſe declarò, que por muerte de D. Juan, N.31. ſin hijos maſculos, havia ſuccedido en los Bienes, Eſtados, y Baronìas, que vinculò D. Pedro, N. 27, ſu Abuelo, (184) en ſu citado Teſtamento.

(184)
Memorial, num. 134.

182 Y aunque deſpues pretendiò ſe declaraſſe haver ſuccedido *proprio iure*, como heredero de dicho D. Pedro, en virtud de la donacion, que eſte hizo en 16. de Abril de 1492. à ſu hijo D. Juan, N. 31, por hallarſe eſtipulado en ella la re-

ver-

verſion, (185) en el caſo, que ſucediò, de morir ſin hijos varones el dicho D. Juan Donatario, à favor de D. Pedro ſu padre, ò al de ſu heredero: ſin embargo de que el Juſticia Civil de Valencia lo eſtimò aſsi, lo revocò el Conſejo de Aragon, à inſtancia de D. Miguèl de Moncada, N. 40. declarando por una formal Executoria lo contrario, y calificando por regla de la ſucceſsion el Teſtamento de D. Pedro, N. 27.

183 Convencido, por eſta Magiſtral Deciſsion, D. Juan, N. 39. declarò en ſu Teſtamento de 29. de Marzo de 1535. (186) que tenia, y poſſeìa todo el patrimonio de la Caſa de Moncada, en virtud del Vinculo fundado por D. Pedro ſu Abuelo en ſu citado Teſtamento.

184 Y lo miſmo ſe decidiò à inſtancia de Doña Ana de Cardona ſu viuda, como Madre, Tutora, y Curadora del Marquès D. Franciſco ſu hijo, N. 43, en 29. de Febrero de 1547. (187)

185 De manera, que todos los ſucceſſores de eſtos Eſtados han reconocido la abſoluta facultad de vincularles en D. Pedro de Moncada, N. 27, y por unica induvitable fundacion, la que hizo en ſu citado Teſtamento de 16. de Agoſto de 1502; ſin que ninguno de ellos ſe acordaſſe del Teſtamento de D. Guillèn Ramon, N. 20. aunque en èl tenian el miſmo, probandoſe con la obſervancia de mas de dos ſiglos, lo miſmo que tiene diſpueſto el Derecho; eſto es, (188) que *in Fideicommiſſo univerſali, non continentur bona, quæ Teſtator habebat reſtitutione ſubiecta.*

186 Y el decir los Marqueſes de Cogolludo, que eſtas queſtiones no tocan al Juicio de Thenuta, ſino al de Propriedad, es un voluntario efugio, dirigido al fin de mantenerſe en el goze, y poſſeſsion de los bienes.

187 No ſolo porque ſiendo mixto eſte Interdicto, ſe conoce en èl *ex integro* de la juſticia original, ſegun la Ley Real recopilada; (189) ſino tambien por no ſer de *apicibus* los puntos que aqui ocurren, pues no tiene dificultad, que el Teſtamento de D. Guillen Ramon, N. 12. contiene una ſimple ſubſtitucion perſonal, dependiente de una condicion que faltò: ni que D. Guillèn Ramon, N. 20. no pudo vincular los Eſtados, que poſſeìa ſujetos à reſtitucion: ni finalmente, que haviendo llegado libres à D. Pedro de Moncada, N. 27. pudo fundar Mayorazgo de ellos, y de la Baronìa de Chiba, que adquiriò por Titulo de Compra.

(185) Memor. num. 24. y ſiguientes, en todo el Supueſto XVI.

(186) Memor. num. 139. y 151.

(187) Memor. fol. 54. Supueſto XXIV. por todo èl.

(188) *Leg. Unum ex familia, 67. §. 1, ff. de Legat. 2.* Peregrin. *de Fideicom. art. 6. per tot.*

(189) *Leg. 10. tit. 7. lib. 5. Recopilat.* Paz *de Thenut. cap. 6. per tot.* & communitèr DD. Regnicolæ.

PARTE TERCERA.

QUE SEGUN LA FUNDACION DE D. PEDRO de Moncada, N. 27. por muerte del Conde de Baños, N. 60. ultimo poſſeedor, llegò el caſo del llamamiento de el Marquès de Belgida, N. 65, con excluſion de los demàs Colitigantes; no ſolo en quanto al Eſtado de Aytona, y bienes de que diſpuſo el referido D. Pedro, N. 27; ſino tambien de la Grandeza, y demàs Mayorazgos unidos, y agregados à èl, y eſpecialmente las Baronìas de Palma, y Ador.

188 FUndò el Teſtador un Mayorazgo perpetuo, y agnaticio en cabeza de D. Juan de Moncada ſu hijo, *N.* 31. llamando en las catorce Clauſulas primeras (190) à los hijos, y deſcendientes varones, por recta linea maſculina de D. Juan, D. Gaſtòn, y D. Guillèn, *N.* 31, 32, y 33. ſus hijos.

189 En defecto de eſtos, ſuſcitò la agnacion artificioſa, no indefinida, y generalmente, ſino deſignando por Cabezas de ella à los hijos varones de las hijas de dichos ſus hijos, y à los deſcendientes maſculos de ellos, por recta linea maſculina, (191) en las Clauſulas XV. y XVI.

190 Y en la XVII. ſubſtituyò, à falta de los varones agnados, y artificioſos de ſus tres hijos, al mayor de Doña Blanca de Moncada, *N.* 34. muger de D. Antonio de Belvis, ſu hija, y à ſus deſcendientes varones, por recta linea maſculina, con el gravamen de Nombre, y Armas de Moncada, ſin mixtura, ſuſcitando de nuevo la agnacion artificioſa, en la propria forma que lo dexaba diſpueſto en las dos Clauſulas antecedentes, à favor de los hijos, y deſcendientes maſculos de las hijas de D. Juan, D. Gaſtòn, y D. Guillèn, *N.* 31, 32, y 33. ſus hijos.

191 Por eſta fundacion no tiene el Duque de San Juan ſombra de derecho; porque aunque el Teſtador llamò en la Clauſula XIX. (192) al que fueſſe Conde de Aderno, y de la Caſa de Moncada en Sicilia: fue ſolo *in ſubſidium*, y à falta de toda la deſcendencia de ſus tres hijos, de los de Doña Blanca, *N.* 34. y los de Doña Marqueſa ſu hermana, que no eſtà en el Arbol; y teniendo qualquier deſcendiente del Fundador prelativo llamamiento *à iure*, (193) & *ab homine*, (194) en competencia del Conde de Aderno, y demàs Moncadas de Sicilia, como ſubſtitutos eſtraños: es conſequente la preferencia, que por la ley, y por la voluntad del Teſtador tiene el Marquès de Belgida, en el caſo, que ha ſucedido, de faltar, por muerte del Conde de Baños, *N.* 60. los varones agnados riguroſos, deſcendientes de D. Gaſtòn, *N.* 32. à tiempo que no les havia naturales, ni artificioſos deſcendientes de los tres hijos del Fundador.

Por-

(190) Memorial, numer. 101. y ſiguientes.

(191) Iuxta formulam traditam à Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. §. 23. *per tot.* Roſa *conſultat.* 69. *ex n.* 55. Vela *pleniſsimè diſſert.* 49. *ex num.* 45.

(192) Memor. num. 127.

(193) *Leg. Cum avus*, 102. *ff. de Contion. & Demonſtrat. leg. Cum acutiſsimi*, 30. *Cod. de Fideicomm.*

(194) Memor. num. 123. y 125.

192 Porque ſiendo eſte el preciſo caſo del llamamiento del hijo mayor de Doña Blanca, *N.* 34, que fue D. Guillèn Ramon, *N.* 41, de quien es ſexto nieto legitimo varon, por recta linea maſculina el Marquès de Belgida; y teniendo probada ſu filiacion con la diſtincion de grados, que ſe requiere, no como quiera, ſino con una prueba concluyentiſsima, y tal, que no dexa arbitrio para la duda, ſin oponer manchas al Sol: (195) Es evidente, que ſegun el literal contexto de la Clauſula XVII, (196) ha llegado el caſo de ſu llamamiento, y por lo miſmo ſe le ha transferido la poſſeſsion civil, y natural del Mayorazgo. (197)

193 Tampoco puede competirle D. Pedro de Alcantara Fernandez de Cordova, y Moncada, *Litera A*; porque aunque es varon agnado artificioſo, como hijo primogenito de los Marqueſes de Cogolludo, *N.* 64: conſtando por ſu Fè de Bautiſmo, que naciò en 18. de Noviembre de 1730, mas de tres años deſpues de la vacante de hecho, cauſada por la muerte de D. Guillèn Ramon de Moncada ſu Abuelo, ultimo Marquès de Aytona, que falleciò en 7. de Febrero de 1727, y de la legal, que ſe causò por muerte del Conde de Baños, *N.* 60, en 27. de Agoſto del miſmo año: (198) es temerario intento, el que por ſu Curador ad litem ſe ha propueſto.

194 Porque haviendoſe deferido la ſucceſsion con derecho firme, y transferido el dominio, y poſſeſsion de los bienes al Marquès de Belgida, por la authoridad de el Senatuſconſulto Trebeliano, Leyes Reales, y Fueros de Valencia, y Aragon, deſde el miſmo inſtante, en que ſucediò la vacante legal, por muerte del Conde de Baños, N. 60: (199) no puede avocar la ſucceſsion, ni pretenderla el dicho D. Pedro de Alcantara, que no havia nacido entonces, (200) ni ſe hallaba concebido.

195 Y ſolo pudiera haver alguna duda (quando tuvieſſe llamamiento, que tal no ay) ſi ſe trataſſe de una vacante, cauſada por contravencion de el poſſeedor; en cuyos terminos quiſieron algunos DD. que el varon que ſobreviene antes de la Sentencia, puede avocar la ſucceſsion; (201) pero no en los de eſte caſo, en que por un acto veloz de la Ley, ſe defiriò al Marquès de Belgida, que ſegun la inſtitucion de el Mayorazgo, debia ſucceder en èl, (202) por haverſe cauſado la vacante legal, no por contravencion, ſino por muerte de el legitimo ſucceſſor.

196 Fuera de que, aunque huvieſſe exiſtido entonces dicho Menor, no por eſſo pudiera competir al Marquès de Belgida; porque, aunque es agnado artificioſo, no tiene llamamiento como tal, pues ſolo le diò el Fundador en las Clauſulas XV. XVI. XVII. y XVIII. *à los que fueſſen deſcendientes de las hijas immediatas de ſus tres hijos, y de Doña Blanca, y Doña Marqueſa de Moncada ſus hijas.* Y no pudiendoſe incluir por otro medio, que el del llamamiento ſupletorio de la Ley: como eſte ſolo tiene lugar en el preciſo caſo ſubſidiario de no ha-

(195)
Conſta del Memor. fol. 84. deſde el num. 316.

(196)
Memor. num. 123.

(197)
Leg. 8. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recopil. leg.* 1. *Cod. Quorum bonor.* Paz *de Thenut. cap.* 35. cum vulgat.

(198)
Conſta de la Addicion manuſcrita à continuacion del Memor.

(199)
Quo ad Ius Commune, conſtat ex leg. Sancimus, 7. §. *Cum autem, Cod. ad Trebell.* Peregrin. *de Fideicommiſ. art.* 2. *ex num.* 58. Vedoya *in Specul. veræ Iuriſprudent. lib.* 2. *diſc.* 5. *n.* 11. D. Caſtill. *lib.* 5. *cap.* 91. *n.* 48. Peguera *deciſ.* 115. *per tot. Quo ad Ius Regium, ex leg.* 2. *tit.* 5. *partit.* 2. *& leg.* 7. *tit.* 4. *partit.* 5. ubi Hermoſill. *gloſſ.* 3. *n.* 7. *leg.* 8. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop. Quoad Ius Municipale Valentiæ, conſtat ex Foro* 6. *de Donat.* D. Leon *deciſ.* 110. *num.* 9. D. Creſpì *obſerv.* 15. *num.* 308. D. Matthæu *de Regimin. cap.* 11. §. 5. *n.* 129. Bas *in Theatr. Iuriſprudent. cap.* 51. *ex n.* 52. *& tandem quo ad ius Aragoniæ, conſtat ex Foro* 2. *de Apræhenſion.* cuius materiam exornat latiſsimè Suelves *conſil.* 33. *num.* 17.

(200)
D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 10. *per tot.* D. Olea *tit.* 3. *q.* 4. *n.* 1. *&* 2. *ac ferè per tot. & in Addit. reſolut.* 11. D. Solorzan. *de Iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 90. D. Caſtill. *lib.* 5. *cap.* 91. *per tot.*

(201)
D. Creſpì *obſerv.* 22. *ex num.* 111. videndus D. Olea *dict. reſol.* 11. *per tot.*

(202)
Iuxta leg. 45. *Tauri*, & ibi omnes, *leg. Sancimus*, 7. §. *Cum autem, Cod. ad Trebell.* & tradunt omnes DD. proximè citati.

haverle dado el Fundador, (203) constando de la Clausula XVII. tenerle literal, y especifico el Marquès, no puede entrar la providencia subsidiaria de la Ley.

197 La Marquesa de Cogolludo intenta persuadir, que teniendo à su favor la prerrogativa de la linea, y todas las reglas de la succesion de sangre, (204) como hija del ultimo posseedor, ni antes se le pudo disputar la mision en possession, (205) ni oy la Thenuta; porque en qualquier duda que se atraviesse, se debe proceder por la regla, à favor de la hembra, que se halla en la linea actual de possession.

198 Y que teniendo (segun dice) los Instrumentos, de que se vale el Marquès de Belgida, una repugnancia inconcordable entre sì mismos: no se pueden tratar en Thenuta los puntos, que se controvierten, sì que se deben remitir al alto Juicio de Propriedad.

199 No es negable la regla, que sirve de fundamento à la primera objecion; pero tampoco lo es la limitacion, que la dà la Ley del Reyno: (206) *Salvo* (dice) *si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyò, y ordenò el Mayorazgo: que en tal caso, mandamos, que se guarde la voluntad de el que le instituyò.*

200 No contento nuestro Fundador con llamar en las catorce Clausulas primeras solo à los varones agnados, suscitando en su defecto la agnacion artificiosa, por medio de sus nietas, hijas immediatas de sus hijos D. Juan, D. Gaston, y D. Guillèn, *N.* 31. 32. *y* 33, en las Clausulas XV, y XVI: substituyò en la XVII, y XVIII. à los descendientes masculos de sus hijas, Doña Blanca, *N.* 34, y Doña Marquesa, que no està en el Arbol.

201 Y siendo assi, que podia suscitar la agnacion ficta, llamando à sus hijas, y nietas agnadas, y substituyendo despues de ellas à sus descendientes: (207) no lo hizo; antes bien omitiò de intento el llamamiento de sus proprias hijas conocidas, y el de las nietas, hijas immediatas de sus hijos.

202 Y para cortar de raìz qualquier duda, que pudiesse haver, diò en la Clausula XIX. el ultimo subsidiario llamamiento al que fuesse Conde de Aderno, y de la Casa de Moncada en Sicilia, en el preciso caso de faltar los varones descendientes por linea masculina de Doña Blanca, y Doña Marquesa (208) sus hijas.

203 Y quando vemos, que aun en competencia de los transversales en grado remotissimo, ni llamò, ni puso en condicion à sus proprias hijas de primer grado, y à las nietas, por la predileccion, que tuvo al sexo masculino: no es de creer, que quisiesse incluir en el llamamiento à la Marquesa de Cogolludo su octava nieta, para excluir, no à otra hembra agnada, si no à un varon agnado artificioso, descendiente de Doña Blanca, *N.* 34, llamado como tal literalmente en la Clausula XVII.

204 Y assi està bien, que en caso de duda, y regularmente hablando, funde de derecho para succeder la hija del ultimo

(193)

Vela *dissert.* 49. *per tot. maximè ex num.* 33. Roxas *de Incompatib. part.* 3. *cap.* 4. *num.* 19. 48. *& seqq.* ubi Aguila.

(204)

Cap. 1. *de Natura succes. fœudi, leg.* 2. *tit.* 15. *partit.* 2.

(205)

Ex leg. final. Cod. de Edict. D. Adrian. Tollend. leg. 3. *tit.* 13. *lib.* 4. *Recop.* D. Leon *tom.* 2. *decis.* 209. *per tot.*

(206)

Leg. 40. *Tauri*, cui consonat *Lex XII. Tabularum*, ibi: *Utiquisque rei suæ legasit, ita ius esto. Disponat Testator, & erit lex.*

(207)

Rosa *consultat.* 69. *num.* 55. Vela *dissert.* 49. *ex num.* 45. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 69. vers. *Ex quibus.*

(208)

Veasse el Memor. Clauf. 18. n. 125. in fine.

mo poſſeedor; pero no en eſte caſo, por no ſer el de la regla, ſino el de la limitacion, por la contraria expreſiſsima voluntad del Fundador.

205 Y para que ſe vea quan inſubſtancial es eſte argumento, baſta advertir el curſo, que ha tenido la ſucceſsion; pues ſin embargo de que D. Juan de Moncada, *N.*31. fue hijo mayor de el Fundador, primer llamado, y poſſeedor de el Mayorazgo: aunque dexò dos hijas legitimas, que fueron Doña Maria, y Doña Beatriz, *N.*37. *y* 38, (209) la mayor de las quales fundaba de derecho para ſucceder, y en ſu defecto la ſegunda: ſuccediò D. Juan ſu primo, *N.*39, no como quiera, ſino en virtud de una declaracion hecha en el Tribunal del Juſticia Civil de Valencia, (210) en 26. de Noviembre de 1523.

206 No havia entonces en aquel Reyno Juicio de Thenuta; pero sì, de miſsion en poſſeſsion, en el qual con qualquier duda, que ſe atraveſſaſſe, ſe procedia por la regla, à favor de la hija del ultimo poſſeedor del Mayorazgo, (211) como lo decidiò el Conſejo de Aragon, en el año de 1608, ſobre el Ducado de Villa Hermoſa, (212) de el miſmo modo, que ſe practicaba en la Thenuta: Luego Doña Maria de Moncada, *N.*37, y en ſu defecto Doña Beatriz ſu hermana, *N.*38. tenian entonces el miſmo derecho, en competencia de D. Juan ſu primo, N.39, que hoy la Marqueſa de Cogolludo, reſpecto del Marquès de Belgida.

207 Es aſsi, que ni Doña Maria, ni Doña Beatriz, N.37. *y* 38, pudieron ſucceder, ni de hecho ſuccedieron, ſino D. Juan ſu primo, N.39. à quien ſe concediò la miſsion en poſſeſsion; ſin que ni entonces ſe dudaſſe, ni haſta hoy ſe aya dudado, que fue verdadero, y legal poſſeedor, y legitimo ſucceſſor del Mayorazgo: Luego por la miſma razon ha de decirſe, que lo es el Marquès de Belgida, en competencia de la Marqueſa de Cogolludo. Y ſi no, *cur tam variè?*

208 Todas las queſtiones que hoy ſe excitan, tenian lugar en aquel caſo, con la diferencia, que en el interdicto poſſeſſorio ſumariſsimo de la immiſsion, no ſe admitian, las que requieren mas alto conocimiento; pero sì en el Juicio de Thenuta, deſpues que la Ley Real le hizo mixto; (213) y por lo miſmo procedia con mas rigor la regla à favor de Doña Maria, N.37, que hoy al de la Marqueſa de Cogolludo: *At ſic eſt*, que ni Doña Maria, ni Doña Beatriz ſu hermana, *N.*37. *y* 38, penſaron en diſputar la ſucceſsion, por conocer improbable ſemejante pretenſion; y que à ſu viſta fue declarado, y reconocido por ſucceſſor D. Juan ſu primo, *N.*39, Cabeza de la linea de la Marqueſa, que hoy viene repreſentando ſu derecho, y no le puede tener, ſi el dicho D. Juan no le tuvo: Luego debe confeſſar con preciſsion, que en fuerza de la Clauſula XVII. la excluye el Marquès de Belgida en eſta vacante, por la miſma razon, que D. Juan, N.39. excluyò, en virtud de la octava, à Doña Maria, y Doña Beatriz, N.37, *y* 38.

209 La repugnancia inconcordable, que figura entre los Inſtrumentos de que ſe vale el Marquès, carece de razon, y fun-

(209) Piez. 3. fol. 36. 43. y B.

(210) Memor. num. 134.

(211) D. Leon *tom.*2. *deciſ.* 209. omninò vidend.

(212) D. Leon *ibid. num.* 63. *ubi ad literam refert Regiam Deciſ. Supremi Aragoniæ Senatus.*

(213) *Leg.* 10. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recopil.* Paz *de Thenut. cap.* 6. *per tot.*

fundamento; porque no la ay, ni puede haver, en que D. Pedro de Moncada, *N.* 27. fundaſſe Mayorazgo en ſu Teſtamento de 16. de Agoſto de 1502. de los miſmos Eſtados, y bienes, que en 16. de Abril de 1492. havia donado à D. Juan ſu hijo, N. 31. por haverſe reſervado facultad para ello.

210 Hizole Donacion de las Baronìas de Aytona, Seròs, Almatret, Villaſeca, Mequinenza, Fayo, Ballovar, Chiba, y Caſtelnovo, en contemplacion de ſu matrimonio con Doña Juana de Belvis, llamando à los hijos, y demàs deſcendientes maſculos del Donatario con orden lineal; (214) y en falta de ellos, eſtipulò el Donador la reverſion de los bienes donados à ſu favor, ſi entonces vivieſſe, ò al del heredero, que ſe hallaſſe eſcrito en ſu ultimo Teſtamento, (215) dando facultad al dicho D. Juan, *N.* 31. para que en caſo de morir con hija, ò hijas, una, ò muchas, pudieſſe dexar à la una de ellas, (216) la que quiſieſſe, y eligieſſe, 6ɣ. florines.

211 Y ſiendo textual diſpoſicion de Derecho, que en fuerza del pacto reverſivo, puede el Donador diſponer de los bienes donados para el caſo de la reverſion, y gravar al Donatario con las ſubſtituciones que le pareciere, por via de Fideicommiſſo, ò Mayorazgo: (217) es evidente, que pudo hacerlo D. Pedro en ſu Teſtamento; porque no le impuſo en èl otro gravamen, que el miſmo con que le hizo la donacion.

212 No puede la Marqueſa de Cogolludo diſputar una verdad tan conſtante; pero acaſo querrà negar la aplicacion de eſta regla al caſo preſente, con dos motivos igualmente inſubſtanciales.

213 El primero, que no ſe verificò la reverſion, por no haverſe eſtipulado para el caſo de morir el Donatario ſin hijos varones, como ſucediò; ſino para el contrario, de tenerles, y morir eſtos ſin hijos maſculos, fundandolo en la letra, (218) y en un cèlebre conſejo de Oldrado. (219) Y el ſegundo, que aun ſupueſta la reverſion, no ſuccediò D. Juan, *N.* 39. en virtud del Teſtamento, ſino en fuerza de la donacion, en que no ſe halla llamado el Marquès.

214 Pero preſcindiendo de que la primera objeccion, ſi mereciеſſe algun aprecio, deſtruirìa *in radice* el derecho de la Marqueſa de Cogolludo, por preſuponer, que no le tuvo D. Juan, *N.* 39. cabeza de ſu linea, y que los bienes pertenecieron, como libres, à Doña Maria, y Doña Beatriz de Moncada, *N.* 37, y 38. hijas del Donatario:

215 Y preſcindiendo tambien, de que eſta aparente dificultad ceſſa, por el hecho, obſervancia, y coſtumbre de ſucceder, en virtud de la fundacion, que ordenò el Donador en ſu Teſtamento, calificada con las repetidas declaraciones judiciales, que obtuvieron D. Juan, *N.* 39. (220) y D. Franciſco, *N.* 43. (221) y con la Executoria del Conſejo de Aragon (222) de primero de Octubre de 1540: lo que no tiene duda es, que la opinion de Oldrado eſtà comunmente reprobada, como falſa, erronea, irracional, y contraria à la voluntad del Diſponente, y à los principios elementales del Derecho,

(214)
Memor. numer. 94. y ſiguientes.

(215)
Memorial, num. 99.

(216)
Memor. num. 100.

(217)
Iuxta expreſſum text. in leg. final. §. Filię, ff. de Legat. 2. Fontan. *tom.* 1. *clauſ.* 4. *gloſſ.* 5. *ex n.* 28. *& n.* 57. *cum ſeqq.* D. Larrea *deciſ.* 40. *per tot. maximè ex n.* 39. D. Olea *tit.* 1. *quæſt.* 6. *num.* 15. Hodierna *Controverſ. Forenſ. cap.* 15. *n.* 11. Cancer. *part.* 3. *cap.* 7. *ex n.* 310.

(218)
Memorial, num. 99.

(219)
Oldrad. *conſil.* 177.

(220)
Memor. num. 134.

(221)
Memor. fol. 54. num. 155.

(222)
Memorial, num 137. y 138.

cho, como lo prueban Peregrino, Surdo, los Cardenales Mantica, y de Luca, Graciano, Decio, Menochio, Actolino, Balducio, y otros infinitos, (223) los quales vàn de acuerdo, en que la reversion estipulada, y substitucion hecha para el caso de morir los hijos de alguno sin hijos, tiene lugar en el caso contrario de no tenerles, aora sea la substitucion *vulgar*, ò *fideicommissaria*, por convencerlo assi la clara voluntad del Donador, que por el mismo hecho de haverse substituìdo à sì mismo, en el caso de tener hijos el Donatario, y morir estos sin ellos, manifestò con evidencia haverse substituìdo tambien por la *vulgar anomala*, en el caso contrario de no tenerles.

216 Pero todo sobra, si se atiende al literal contexto de la donacion, en cuya tercera clausula, (224) si el primer hijo varon de D. Juan, *N.* 31. *no quisiesse, ò no pudiesse* aceptar las Baronìas, y demàs bienes donados, ò muriesse en qualquier tiempo èl, ò sus descendientes sin hijos varones, llamò à su hijo segundo, y con este orden à los demàs en la IV.

217 Y si todos los hijos, y descendientes masculos de D. Juan, *N.* 31. muriessen sin hijos varones: *En tal caso, ò qualquiera de ellos*, se substituyò en la V. à sì mismo, si fuesse vivo, ò al heredero, que se hallasse escrito en su Testamento; en que se vè, que la reversion se estipulò *en todos los casos, que dexaba prevenidos en las Clausulas III. y IV.*

218 Uno de ellos es, *si el hijo mayor del Donatario no pudiesse succeder*; y como este no es verificable, sino por su *inexistencia*, ò *premoriencia*, pues de otro modo es imposible, mediante el transito del dominio, y possession de los bienes donados à qualquiera Donatario *ipso iure* por Derecho, y Fuero especial de Valencia, (225) prescindiendo de que acepte, ò no: de necessidad se convence, que el Donador se quiso substituir, no solo si D. Juan *tuviesse hijos varones, que muriessen despues sin hijos*; sino tambien en el caso contrario de *que no les tuviesse, ò le premuriessen.*

219 Pero todavia manifestò mas su voluntad en la Clausula VI. (226) pues en ella, y en el precisso caso, que sucediò, de morir el Donatario con una, ò mas hijas: le diò facultad para dexar à una de ellas, la que quisiesse, y eligiesse, 6ɰ. florines, excluyendolas por consiguiente de los demàs bienes donados.

220 Y si aun haviendo hijas del Donatario, como lo fueron Doña Maria, y Doña Beatriz, *N.* 37, y 38, no quiso que pudiessen succeder: como es dable, que en el caso de morir sin hijos varones, como sucediò, huviesse de quedar con absoluta facultad de disponer, y desvanecida la reversion?

221 Puede darse mayor absurdo, que el de pensar, que le permitiesse disipar los bienes donados, ò enagenarles en qualquiera estraño, *prohibiendole disponer de ellos solo à favor de sus hijas*? No por cierto. Luego para evitarle, es precisso confessar, que en aquel caso tuvo lugar la reversion, y de lo contrario, dariamos en otro absurdo inevitable, que es haver sido intrusos todos los possedores de estos Estados, desde D. Juan,

N.

(223)
Peregrin. *de Fideicomm. art.* 15. *n.* 15. 16. & 17. Surdus *decis.* 37. *per tot.* Mantica *de Conject. lib.* 11. *tit.* 6. *per tot.* Card. de Luca *de Fideicomm. discurs.* 90. Gratian. *discept.* 979. *num.* 27. 28. & 29. Decius *consil.* 227. *per tot.* Menoch. *lib.* 2. *præsumpt.* 49. *ex n.* 59. & *consil.* 326. 532. & 1088. Actolin. *resolut.* 112. *per tot.* Balduc. *in Observat. ad Ramon. cons.* 28. *n.* 27. 28. 35. & *passim.*

(224)
Memorial, numer. 97.

(225)
Leg. Quoties, Cod. de Donat. quæ sub modo, leg. 7. *tit.* 7. *partit.* 5. *Foro* 6. *de Donat.* D. Crespì *observat.* 15. *n.* 308. D. Leon *decis.* 110. *num.* 9. D. Matthæu *de Regim. cap.* 11. §. 5. *num.* 129.

(226)
Memorial, numer. 100.

N. 39 ; porque en tal caſo , no ſeria queſtionable la libertad de los bienes en Doña Maria, y Doña Beatriz de Moncada.

222 Pero para que ſe vea haver ſido eſta ſu intencion, y voluntad , repareſe el tenor de ſu Teſtamento, en que fundò Mayorazgo agnaticio de los bienes donados , y otros , en cabeza del miſmo Donatario; *y en el caſo expreſſo de morir eſtos ſin hijos varones*; llamò deſde la Clauſula VIII. à D. Gaſtòn, *N.* 32. y los ſuyos. De que reſulta , que quando en el tenor del pacto reverſivo pudieſſe caber alguna duda (que no alcanzamos) la quitaria enteramente el de ſu Teſtamento por leerſe en èl la abierta voluntad,de que en caſo de morir ſin hijos varones D. Juan, *N.*31. ſuccedieſſe D.Gaſtòn ſu hermano, y los demàs llamados por ſu orden, no haviendo mejor interpretacion , que la del miſmo Donador , aun explicada en acto diſtinto , y practicada con intervalo. (227)

223 La ſegunda objecion propueſta es igualmente deſpreciable ; porque aunque ſe controvierte , ſi el heredero eſcrito, à cuyo favor tuvo lugar la reverſion, ſuccede en fuerza del Teſtamento,como quiſo Cancerio, (228) ò ſolo en virtud de la Donacion , como defiende Fontanela : (229) ni eſtos Authores, ni otro alguno que ayamos viſto, han dudado haſta aqui, de que el Donador , en fuerza del pacto reverſivo, pudo fundar Fideicommiſſo, ò Mayorazgo de los bienes donados, gravando en ellos al Donatario, ò Heredero en quien ſe verifica la reverſion ; antes bien el miſmo Fontanela , cuya Doctrina havrà acaſo dado ocaſion à eſta objeccion , confieſſa , y prueba , que el Donador puede imponer al Donatario , y en ſu caſo al Heredero , las ſubſtituciones , y vinculos que quiſiere. (230)

224 No ſolo porque no les impone mas gravamen , que el miſmo con que havia hecho la donacion;ſino tambien porque dependiendo de ſu mero arbitrio inſtituir , y nombrar por heredero à quien quiſiere, puede gravarle à la reſtitucion de los bienes que le dà : lo que procede igualmente en el heredero inſtituìdo, que en el ulterior ſubſtituto. (231) De manera , que ſegun la opinion de Fontanela , obra el Teſtamento dos coſas. Una , la diſpoſicion de los bienes donados en virtud de la facultad reſervada; y otra la nominacion , ò eleccion de perſona, que ha de ſucceder en ellos ; y aunque quiere , que eſta ſucceſsion es en fuerza de la donacion , y no en virtud del Teſtamento: añade , que por la eleccion , inſtitucion , ò ſubſtitucion hecha en èl , adquiere el heredero , ò ſubſtituto los bienes ſujetos à los vinculos , ſubſtituciones , y gravamenes , que en el Teſtamento huviere impueſto el Donador.

225 Y viſtos eſtos Authores , ſe hallarà , que la queſtion que excitan , no es ſobre ſi vale , ò no el gravamen ; porque en ſu validacion , y firmeza nadie duda , como hemos dicho; ſino para otros efectos , y eſpecialmente para el de ſi puede el heredero, à cuyo favor tiene lugar la reverſion, deducir, ò no la Trebelianica,en que lleva Cancerio la afirmativa, (232)

y

(227)

Pleniſ. Roſa *conſultat. 69. ex n.* 98. D. Valenz. *conſ.*23. *num.*134. Fontanel. *deciſ.* 173. D. Olea *in Addit. poſt tit.* 1. *quæſt.*6. *reſolut.* 2. Cardin. de Luca *de Donat. diſcurſ.* 25. *num.* 12.

(228)

Cancer. *Var. part.* 3. *cap.* 7. *ex n.* 310. *ubi pleniſsimè.*

(229)

Fontan. *de Pact. clauſ.* 4. *gloſſ.* 5. *ex num.* 28. *& rursùs , num.*57.*& ſeqq. ac tom.* 2. *clauſ.* 7. *gloſſ.* 3. *part.* 3. *ex num.* 36.

(230)

Fontan. *de Pact. clauſ.* 4. *gloſſ.* 5. *ex n.* 57. *maximè n.* 62. *& ſeqq.*

(231)

Idem Fontan. *citatus n.* 65. Segura *in leg.Unum ex familia, §. Sed, & ſi fundum, n.* 208. *ff. de Legat.* 2.

(232)

Cancer. *part.* 3. *Var. cap.* 7. *ex n.* 310.

y Fontanela la negativa. (233) Y aſsi, nada importa, què el Marquès de Belgida no tenga llamamiento en la Donacion, pues baſta que le tenga en el Teſtamento.

226 De que reſulta, que bien lexos de encontrarſe entre ellos una repugnancia inconcordable, como alega la Marqueſa de Cogolludo, ay entre ambos Inſtrumentos la mas legal, y armonica conſonancia.

227 Y aſsi, ſentada como infalible, la ſubſiſtencia de eſta fundacion, y demonſtrado el derecho, que en ſu virtud tiene el Marquès de Belgida en eſta vacante, paſſarèmos à probar brevemente, el que le aſsiſte para la ſucceſsion de las Baronìas de Palma, y Ador, que agregò D. Juan de Moncada, *N.* 39. al Mayorazgo principal.

228 Compròlas (234) en el año de 1536; y hallandoſe dueño legitimo, y poſſeedor de ellas, las agregò al Mayorazgo fundado por D. Pedro de Moncada ſu Abuelo, *N.* 27. en ſu ultimo Teſtamento, declarando ſer ſu voluntad, (235) *que todos los pactos, vinculos, condiciones, y ſubſtituciones diſpueſtas en èl, ſe huvieſſen por repetidos, inſertos, y expreſſados, como ſi palabra por palabra lo eſtuvieſſe en ſu Teſtamento.*

229 Y ſiendo eſto aſsi, yà ſe reconoce, que eſta no fue nueva fundacion, ſino abſoluta agregacion al Mayorazgo de ſu Abuelo D. Pedro, *N.* 27, y como tal ſujeta à todos ſus llamamientos. (236) Es aſsi, que en el Teſtamento de eſte le tiene el Marquès de Belgida expreſsiſsimo, y literal en eſta vacante, como ſe ha fundado: luego el miſmo derecho ſe le debe conſiderar en las Baronìas de Palma, y Ador, que en los Eſtados de Aytona, y demàs vinculados por ſu Abuelo.

230 Sin que le obſte ſer *tranſverſal*, reſpecto del Fundador, y *deſcendiente*, la Marqueſa de Cogolludo; porque aunque regularmente hablando, eſtà la preſumpcion de Derecho à favor de los deſcendientes, (237) debe ceder à la verdad, quando conſta de la contraria voluntad expreſſa, ò tacita del Fundador, y eſpecialmente en Valencia, cuyos Fueros mandò fueſſen la regla para todo; (238) pues ſegun ellos, no ſon herederos forzoſos los hijos, ni tiene el padre obligacion de inſtituirles en la legitima, ni de llamarles à la ſucceſsion del Fideicommiſſo, ò Mayorazgo, (239) à diferencia de las Leyes de Caſtilla, ſegun las quales, (240) tiene llamiento *à iure*.

231 De que inferimos, que aunque en eſtos Reynos ſe entendiera llamada, *quaſi ex neceſsitate*, la Marqueſa de Cogolludo, no lo eſtà al Mayorazgo de D. Juan de Moncada, *N.* 39. expreſſa, ni tacitamente.

232 Falta la voluntad expreſſa, como lo convence todo el contexto de la diſpoſicion; y falta tambien la tacita; porque bien lexos de haver manifeſtado el Teſtador predilecccion à ſus deſcendientes hembras: teniendo dos hijas conocidas, de quienes hizo eſpecial mencion, que fueron Doña Iſabèl, y Doña Ana, no las llamò, por lo menos como tales, y con el reſpecto de hijas.

233 Antes bien declarò, ſer ſu intencion, y voluntad,

(233)
Fontan. *dict. clauſ.* 4. *gloſſ.* 5. *ex num.* 28. *maximè num.* 57. *& ſeqq. & tom.* 2. *clauſ.* 7. *gloſſ.* 3. *part.* 3. *ex num.* 36.

(234)
Memor. num. 135. y 136.

(235)
Memor. Supueſto XXIII. Clauſula X. num. 151.

(236)
D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 35. & 36. & ibi Addent.

(237)
Leg. Cum avus, 102. *ff. de Condition. & Demonſtrat. leg. Cum accutiſsimi*, 30. *Cod. de Fideicom.*

(238)
Memorial, fol. 54. numero 153.

(239)
Foro 51. 52. 53. & 54. *de Teſtament. Foro* 9. *de Hæred. inſtituend.* D. Creſpì *obſervat.* 24. *num.* 5. 6. & 7.

(240)
Ex leg. 27. *Tauri*, ubi omnes Tauriſtæ.

que la dicha Doña Isabèl su hija, (241) ni sus descendientes, tuviessen, ni pudiessen haver de sus bienes, mas que un Legado que les hizo, aunque sobreviviessen à los demàs hijos, llamando en defecto de ellos (242) à Doña Ana de Cardona su muger, durante su vida; por su muerte à Doña Angela de Tolza su madre; y en falta de ambas, à D.Guillèn de Moncada su hermano, que no està en el Arbol, y à sus descendientes varones por linea masculina; y ultimamente à D.Guillèn su Tio, *N.*33, y los suyos.

(241) Memor. num. 149.

(242) Memor. num. 150.

234 En cuyo hecho se vè, que no solo prefiriò los transversales à sus descendientes, sì que excluyò à su misma hija, y los suyos; siendo digno de especial nota, que el caso preciso, en que quiso tener por insertos en su Testamento los llamamientos que D.Pedro, *N.*27. hizo en el suyo, es el en que debiessen succeder los transversales, con exclusion de sus descendientes; (243) y no debe reputarse absurdo lo que el Fundador no tuvo por tal, *quoniam non quæritur cur, sed quid Testator voluerit*; y solo lo fuera (244) contravenir à su voluntad.

(243) Memorial, num. 150. y 151.

(244) Cardin. de Luca *de Fideicom. disc.* 71. *num.* 9. & 10.

235 Y aunque en la Clausula V, y siguientes llamò à Doña Angela de Moncada su hija, fue con el gravamen de casar con Cavallero de la Casa de Moncada, privandola en el caso contrario, de la succesion, y mandando se contentasse con un Legado, que la hizo.

236 De manera, que ambas hijas estàn excluìdas, *como tales*, y solo se vè dispensada la exclusion en Doña Angela, *no por respecto de sangre*, sino de la agnacion, (245) que quiso conservar, por medio de su casamiento con varon de la Casa de Moncada.

(245) Veasse el Memor. desde el n. 144.

237 Y quando el Fundador excluyò à sus hijas *como tales*, dispensando à favor de Doña Angela, que era la mas amada, solo con la calidad de contraer matrimonio con varon de la Casa de Moncada: de necessidad debe decirse, que quiso excluir à la Marquesa de Cogolludo; pues no pudiendo pretender mas derecho, que el que tenian las proprias hijas immediatas del Fundador: ò se la ha de contemplar con exclusion absoluta, como à Doña Isabèl: ò respectiva, como à Doña Angela, que para el efecto es lo mismo, por no haverse casado con varon de la Casa de Moncada.

238 Y assi es llano, que sin embargo de ser el Marquès de Belgida transversal, ha succedido en esta vacante en las Baronìas de Palma, y Ador, como agregadas al Mayorazgo principal, en virtud de la Clausula XVII. de su fundacion, con exclusion de los demàs Colitigantes.

239 Por todo lo qual, y demàs, que tendrà presente la superior censura de el Consejo, espera, que en atencion à su claro derecho, se le encargarà previamente la administracion, y que à su tiempo se declararà à su favor la Thenuta. S.S.I.O.T.S.D.C.

Doct. D. Juan de Riambau. *Lic. D. Juan Antonio Herrero.*

FACULTAD de TEOLOGIA
GRANADA

FACULTAD de TEOLOGIA
IHS
GRANADA