

ANT
XVII
202(7)

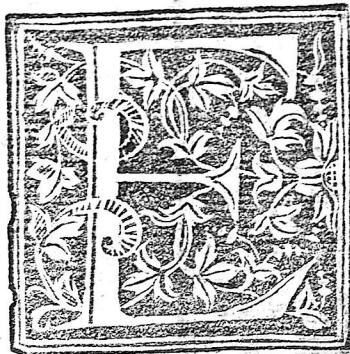
P O R
DON FRANCISCO
 de Horozco, y doña Luyfa de
 Horozco su hija, muger de don
 Iuan Berrio de Mendoza,
 Cauallero del Habito
 de Calatraua.

CONTRA

Vease el pestel siguiente

Don Alonfo de Villarroel y
 Horozco, vezinos todos de
 la ciudad de Vbeda.

En Granada lo imprimiò *Bartolome de Lorẽçana*
 en la esquina de la entrada de la calle de San,
 por la parte de la Real Chancilleria, 1627.



L Abogado de don Fráncisco, que ha criado este pleyto, lo ha defendido, y fundado su justicia doctamente, conforme al hecho q̄ el Relator dio por ajustado en el primero memorial, sobre que

cayò la sentencia de vista. Pero reparando mas en esta vltima instancia, se ha hallado, que este memorial fue muy defetuoso, y asì ha sido necesario suplirlo, o por mejor dezir, hazer de nuevo el que aora se ha dado, en el qual, con interuencion y conformidad de ambas partes se ha añadido lo que en el primero faltaua, y se ha ajustado mejor lo que no estaua dicho con la puntualidad necesaria: con que el hecho verdadero se dà a entender, y entendido como el es, es preciso que tenga muy diferente inspeccion que la que tuuo en la dicha sentencia de vista.

¶ El mayorazgo q̄ primero se fundò de los dos, sobre cuya incompatibilidad se litiga en este pleyto, es el de los Horozcos, porque su fundacion fue el año de 1503. y en este mayorazgo es cosa cierta, que para el intèto de la dicha incompatibilidad, no ay, ni se pôdera mas que sola vna clausula, la qual se refiere en el memorial, fol. 1. y dize asì.

Clausula del apellido y armas del mayorazgo de Horozco.

O Trofi, que asì el dicho Rodrigo de Horozco, como los otros herederos, que huieren de suceder en el dicho

dicbo mayorazgo, para siempre jamas sean obligados de traer, y tomen el apellido y armas de Horozco, y no otras algunas, y que en otra manera no puedan heredar el dicho mayorazgo, salvo que passe al otro, o otros que sucesivamente lo ouieren de auer, tomando las dichas armas y apellido. E si por auentura el dicho mayorazgo ouiere de heredar bya alguna, que el hyo mayor, o fija que el dicho mayorazgo ouiere de heredar, tome las dichas armas y apellido, no embargante que su padre tenga otro apellido y armas.

2 ¶ El segundo mayorazgo es el que dicen de Villarroel. Y en quanto a este ha auido hasta aqui grande equiuocacion, como se mostrará por algunas aduertencias necessarias en el hecho.

3 ¶ La primera, porque su verdadero principio y fundacion resulto de los capitulos matrimoniales que se hizieron el año de mil y quinientos y veynte y siete, para los casamientos de Alonso y de don Iuan de Villarroel, con doña Maria y doña Leonor de Salamanca, cuya escritura, y la facultad Real, en cuya virtud se otorgò, se refiere, y se ha de ver a la letra en este ultimo memor. desde el fol.

4 ¶ La segunda aduertencia es, que la escritura que llaman fundacion deste mayorazgo, hecha despues en el año de quinientos y cinquenta y quatro, la otorgò solamente la dicha doña Maria de Salamanca, muerto ya don Alófo de Villarroel su marido, y no se otorgò por ambos, como en el primero memorial se afirmava, y tambien los Abogados contrarios en su informacion.

5 ¶ La tercera, que las tres clausulas tocâtes al apellido y armas, que en la dicha informació y memorial se pusieron llanamente, como clausulas de la fundacion del mayorazgo que dizé de

de Villarroel, que la primera comienza: *Otro si con condicion*. Y la segunda: *Otro si, quiero, dispongo y ordeno*. Y la tercera: *Otro si, quiero y mado*, no son, ni se pueden dezir verdaderamente clausulas del dicho mayorazgo; assi porque este no es el mayorazgo de Villarroel (como luego se dirá) como porque no son clausulas de la escritura de capitulaciones en que el dicho mayorazgo quedò fundado, sino de la escritura que otorgò despues sola la dicha doña Maria de Salamaca, en el año de quinientos y cinquenta y quatro, que ya queda aduertida.

6 ¶ La quarta, que este mayorazgo, y los bienes del, no son de Villarroel (como dizen) sino el mayorazgo de los bienes de Christoual de Salamaca, y doña Leonor de Sanmartin su muger, que quedò fundado en las dichas capitulaciones, en cabeça de la dicha doña Maria de Salamanca, y don Alonso de Villarroel su marido, en virtud de la facultad Real que para ello hubo: y assi ha sido, y es engaño y equiuocacion muy grande llamarle mayorazgo de Villarroel; porq̃ el dicho mayorazgo de Villarroel es muy diferente y de diferentes bienes, que fuerò los de don Garcia de Villarroel, Adelantado que fue de Caçorla, en que sucedieron el dicho don Iuan de Villarroel, su hijo segundo, y doña Leonor de Sanmartin, hija segunda del dicho Christoual de Salamanca, en cuyas cabeças quedò fundado por las dichas capitulaciones el mayorazgo que verdaderamente es, y se puede llamar de Villarroel, como todo esto se ajusta por las escrituras, y hecho verdadero, que se refiere en el dicho vltimo memor. fol. desde el vers. Lo segundo se presupone, hasta el fol.

7 ¶ Conforme a este hecho y aduertencias, lo primero q̃ conuiene ajustar y fundar en este negocio

negocio es, si las dichas tres clausulas tocantes al apellido y armas del mayorazgo, que llama la parte contraria de Villarroel, se han de tener y guardar, como clausulas legitimas deste mismo mayorazgo, aunque no sea (como verdaderamente no es) de Villarroel, sino de Salamanca: o si de las dichas clausulas no se ha de hazer caso, sino solo de la capitulacion matrimonial, en que el mayorazgo quedo perfectamente fundado: porque si se ha de considerar sola, la capitulacion falta, y se conuence todo el hecho que presupone la parte cótraria, y el que hasta aqui se ha tenido por cierto, para fundar la incompatibilidad con el mayorazgo de Horozco. Y si se ha de tener atencion a las dichas clausulas, el negocio tendra diferente consideracion, y consistira la inteligencia del en muy diferentes fundamentos.

8 ¶ Lo cierto es, señor, que sola la capitulacion matrimonial es la verdadera fundación deste mayorazgo, y que las dichas clausulas de apellido y armas de Villarroel, que despues se añadieron, no se deuen considerar, ni hazerse caso dellas para la pretension deste pleyto. Y esto se prueua por muchos fundamentos, en que se yrá discuriendo con la breuedad possible.

9 ¶ El primero, porque el mayorazgo que se funda en capitulaciones, o pactos matrimoniales, quando en execucion dellos el matrimonio llega a tener efeto (como lo tuuo en este caso) no solamente es legitimo y justo, pero es de mayor firmeza y valor que otra qualquier disposicion, o contrato, *ex text. in l. Diui Cōstantini, C. de natura. liber. l. si inter, ff. de pact. dotal. l. 24. tit. 11. p. 4. c. 1. vbi DD. de filijs nat. ex matrim. ad Morganic. contract. c. 1. §. filij nati si de fœud. defunct. content. sit inter dom. & agnat.*

B

Guid.

Guid. Pap. decis. 267. & 505. Guillel. Benedict.
 in c. Rainuntius, verbo, duas habens filias, nu.
 157. Iate Menoch. conf. 15. n. 162. cum seqq. lib.
 1. Tiraquel. de iur. primogenit. q. 6. n. 11. Fonta-
 nel. de pact. nuptial. clausul. 4. glos. 6. per totum.
 p. 1. & glos. 9. p. 4. n. 1. & 4. & alijs seqq. p. 4. & de
 iure nostro Regio probatur expresse, ex l. 17. &
 l. 44. Taur. ibi: *O el dicho contrato se ouiere hecho por
 causa onerosa con otro tercero, assi como por via de casa
 miento, o por otra causa semejante, q en estos casos man-
 damos que no se pueda reuocar, vbi notant commu-
 niter nostri Regni scribes, praeipue Tell. Fer-
 nand. in d. l. 17. n. 69. & idem Tellus, & Anton.
 Gom. in l. 22. Taur. vterque n. 17. Baeza, de non
 melior. ration. dot. filiabus, c. 21. n. 36. & 37. Mo-
 lin. lib. 4. c. 2. n. 16. & 17. Gutierr. in practic. lib. 2.
 q. 50. n. 3. Azeued. in l. 1. nu. 4. tit. 6. lib. 5. recop.
 Velazq. de Auendañ. in d. l. 44. Taur. glos. 15. n.
 1. & melius glos. 6. nu. 7. & 8. P. Thom. Sanch. de
 matrim. lib. 6. disput. 32. nu. 1. Mier. de maiorat.
 2. p. q. 39. n. 11. Angul. de meliorat. l. 1. glos. 7. n. 9.
 Molino, de pact. matrimon. lib. 3. q. 6. a n. 52. &
 seqq. Petr. Barbof. in l. si cum dotem 23. in prin-
 cip. n. 51. & 52. ff. solut. matrimon.*

10 ¶ El segundo, porque la dicha capitula-
 cion se hizo por contemplacion de dos matri-
 monios, que juntamente se capitularon; el vno
 de don Alonso de Villarroel con doña Maria de
 Salamanca; y el otro de don Iuan de Villarroel
 con doña Leonor de Sanmartin; y no solamen-
 te entraron en ella los contrayentes, sino tam-
 bien entrò y la otorgò el suegro de ambos, que
 fue el dicho Christoual de Salamanca, memo.
 fol. Por manera, que en vn contrato, & sub
 eodem consensu, comprehendieron y dexaron
 asentado y otorgado todo lo tocante al efeto
 de los dos matrimonios: y si la contemplacion
 de

de vno solo, causa en los pactos con que se celebra, la irreuocabilidad y firmeza que está aduertida; portiori & validiori ratione, la causará vna capitulacion hecha para dos matrimonios juntos, en que se obligaron con respeto reciproco todos los contrayentes e interelados, y en cuya virtud ambos matrimonios tuuieron efecto, cum magis vigeāt plura vincula quam vnū, ex vulgatis doctrinis.

11 ¶ El tercero, porque no se puede dudar de que en la dicha capitulacion quedó perferitamente fundado, y con toda irreuocabilidad este mayorazgo, de los bienes de Christoual de Salamanca, y doña Leonor de Sanmartin su muger, quod ex pluribus suadetur.

12 ¶ Tūm, porque la misma capitulacion contiene para esto palabras y clausulas claras y expresas, memor. fol. ibi: *Iten, que la dicha señora doña Maria ha de auer el mayorazgo del señor Christoual de Salamanca su padre, en que han de entrar y vincularse todos sus bienes rayzes del dicho Christoual de Salamanca. Et paulò inferius, ibi: Iten, porque hasta aora solamente el dicho Christoual de Salamanca tiene licencia para hazer el mayorazgo de toda su hacienda: y cumpliendo esta capitulacion, haga el dicho mayorazgo, como arriba es dicho, de todos sus bienes rayzes; y desde aora, si necessario es, mete en el dicho mayorazgo todos sus bienes rayzes que tiene hasta oy, así censos, como cortijos y heredamientos, sin que quede fuera ninguna cosa de los dichos bienes rayzes y censos, y los hazen bienes de mayorazgo para la dicha su hya doña Maria, con aquellos vinculos e firmezas que en la escritura que dello se hiziere haran mencion: la qual se celebrará e hará antes que el dicho don Alonso se despose con la dicha doña Maria, &c. Ex quibus clausulis & verbis: (immò, aunque no huuiesse mas, que auer dicho Christoual de Salamanca*
(como

(como dixo y capituló) *que metia todos sus bienes en el dicho mayorazgo, y que los hazia bienes de mayorazgo para la dicha doña Maria de Salamanca su hija*) era y fue disposicion bastante, para que quedasse constituydo mayorazgo perpetuo, y en el tacitamente comprehendidas, sub illo vnico verbo, *mayorazgo*, todas las condiciones, clausulas y llamamientos legales y regulares, y lo demas necessario para su perpetuidad: porque todo esto lo suple el derecho, iuxta text. optim. in l. inter dum, §. denique, de haredib. instit. ibi; *Si minus distribuit potestate iuris in hoc reuoluitur, ubi aduertit Accursius, verbo, reuoluitur voluntatem testatoris, aut disponentis in potestatem iuris resolui, quam glos. dicit notabilem Ruinus, in l. 1. n. 94. ff. de legat. 1. Socin. conf. 226. n. 9. lib. 2. Peregrin. de fideicom. art. 16. a n. 103. Dom. Paz, de tenut. tom. 1. c. 34. nu. 143. & 144. subiungens, non esse nouum in iure ex vnico verbo, plures substitutiones deduci, l. cohæredi, §. qui discretas ff. de vulgar. ita vt iure optimo dici possit, ex verbo, maioratus omnes eas substitutiones ellici, quæ necessariae sint ad instituendum maiora tum regularem, vt censuit Aretin. in d. §. qui discretas, & refert & sequitur Ias. ibid. nu. 5. Molin. lib. 1. c. 3. n. 1. & c. 4. n. 13. & melius nu. 28. in princip. & nu. 32. eodem lib. 1. Peralt. in rubric. ff. de hared. institued. n. 103. Burg. de Paz in procem. ll. Taur. nu. 88. Anton. de Padill. in rubric. C. de fideicom. n. 11. Tell. Fernand. in l. 22. Taur. n. 15. Mier. de maiorat. 1. p. q. 48. n. 21. & alijs seqq. Couar. variarum, lib. 3. c. 5. nu. 2. Jate de m. Castil. controuerf. lib. 1. c. 1. n.*

13. ¶ Tum etiam, porque el dicho Christoual de Salamanca otorgó la dicha capitulacion en quanto a hazer mayorazgo de sus bienes, y los de su muger, en virtud de la facultad Real, que
para

5
para ello tenia, memor. fol. y assi se declarò
en la misma capitulacion, en la clausula que es-
ta referida, ibi. *Item, que porque basta aora solamente
el dicho Christoual de Salamanca tiene licencia para
hazer el mayorazgo de toda su hacienda: y cumplien-
do esta capitulacion, &c.* Y assi, aunque no huuies-
se, ni se hiziesse otra escritura alguna, sola la ca-
pitulacion hecha en virtud de la facultad que
auia precedido, y en execucion della bastò
para que el mayorazgo quedasse legitimamen-
te constituydo en la forma regular y ordinaria,
*vt in terminis notabiliter obseruat Greg. Lop.
in l. 2. tit. 15. p. 2. glos. 1. post medium, vers. Item
pone, ibi, Item pone, quod quis habēs filios fecit maio-
riam dicens, quod volebat bona sua, vt essent bona ma-
ioria, ex facultate quam habebat. Et fortè morte præ-
uentus, non aliter ordenauit circa perpetuam successio-
nem maioria, sed tantum reliquit filio maiori contin-
git, quod iste filius decessit sine filijs, an ista bona ve-
niant iure maioria ad alios filios fratres filij maioris,
& videtur quod sit, &c.* Idem refert & sequitur
*Mier. de maiorat. l. 1. p. q. 48. n. 21. secundum anti-
quam impressionem, adòde alega al señor Pre-
sidente Couar. Anton. Gom. y otros.*

14 ¶ Tercio, & tertio, porque en execucion y
cumplimiento de la misma capitulacion, diez,
o onze dias despues della, que fue en nueue de
Setiembre del dicho año de mil y quinientos y
veynte y siete, auiendo yatenido efeto los di-
chos casamientos, se hizo y otorgò otra escri-
tu ra entre los mismos contrayentes: por la qual,
auiendose hecho relacion de los dos mayoraz-
gos que se auian capitulado, renunciaron reci-
procamente el dicho don Alonso de Villarroel
en don Iuan su hermano, y en doña Leonor de
Sanmartin su cuñada; y la dicha doña Leonor
en su hermana y cuñado, los bienes que a cada

vno pertenecian de sus padres : lo qual se hizo con interuencion y licencia del dicho Christoual de Salamanca, para que la fundacion de los dichos mayorazgos quedasse cõ cumplido efecto, como consta de la escritura, memor. fol. con que renouò y reiterò, o por lo menos aprobò expressemente el dicho mayorazgo, que en la capitulacion auia fundado de todos sus bienes, quia nõ solum verbis, sed factis, immò magis factis quam verbis ratificatio inducitur tex. in l. Paulus, ff. rem ratam haber. l. si pars, §. fin. ff. de inofficios. testamen. l. si tamen, §. ei qui, ff. de ædific. ædict. ibi: *Multò enim amplius est facere quàm pronuntiare*, Tiraquel. de iur. constit. 3. p. limitat. 30. n. 11. & 12. Menoch. de recuper. posses. reme. 15. n. 119. cum seqq. Rota, decis. 811. n. 20. & 21. in 1. p.

15 ¶ Tum deniquè, porque los dichos don Alonso de Villarroel y doña Maria de Salamanca su muger, en otra escritura de capitulacion, que ambos hizieron y otorgaron, para casar a doña Mencia de Quiñones su hija, con dõ Luys Fajardo de Mendoza, que se ha traydo y presentado aora despues de visto este pleyto en reuista, su fecha en dos de Febrero de mil y quinientos y cinquenta y siete (treyn ta años despues de la capitulacion principal, y fundacion que en ella se hizo, del dicho mayorazgo de Christoual de Salamanca) pusieron otra clausula, q̃ dize asì: *E por quanto tenemos licencia y facultad de su Magestad, para hazer mayorazgo de los dichos seys mil ducados, que para parte de la dicha dote auemos de dar en bienes rayzes, o censos, al dicho señor don Luys, e se sacan del mayorazgo y bienes vinculados q̃ dexò, y heredamos del muy magnifico señor Christoual de Salamanca, nuestro padre y suegro, dezimos y declaramos, que nuestra voluntad es, de no vsar de la*
dicha

dicha licencia y facultad al presente, para hazer los dichos seys mil ducados mayorazgo, sino que usaremos della para sacar los dichos seys mil ducados del dicho mayorazgo y vinculo, e por la presente los sacamos desde luego, e los damos en dote e casamiento a la dicha doña Mencia de Quiñones nuestra hya, libres de todo vinculo, &c. No se señor, como auiedo vna escritura como esta, no reconocen la parte contraria y sus Abogados la buena fe: porque supuesto, q en ella van llanos y conformes don Alonso de Villarroel y doña Maria de Salamanca su muger, en que posecian los bienes del mayorazgo de Christoual de Salamāca, y que el dicho mayorazgo estaua instituyendo; y que usando de la facultad Real que tenian, sacauan del seys mil ducados para dotar a su hija, y que con esto se deue preiunir y tener por cierto, que estaua ya hecha por el dicho Christoual de Salamanca la escritura que se reseruò en la capitulacion, cerca de los vinculos y firmezas del mayorazgo; ex traditis per Menoch. lib. 6. præsumpt. 14. nu. 21. Como es posible, ni se compadece, q se considere y defiēda por fundacion legitima deste mismo mayorazgo, la escritura que otorgò despues la dicha doña Maria de Salamanca, auiedo muerto ya su marido, en veynte de Março de mil y quinientos y cincuenta y siete, en que puto las dichas clautulas, o condiciones de apellido y armas de Villarroel? Esto no cabe en humano sentido, ni es cosa que se puede admitir, sino muy contraria y repugnante a las disposiciones de derecho, y a la verdad que resulta de las escrituras, y de todo lo demas que el discurso y hecho verdadero deste negocio contiene, vt ex superioribus manifestè patet.

16 ¶ El quarto fundamento es consecutiuo, y resulta de los que estan referidos: porq siēdo
(como

(como es cierto) que el dicho mayorazgo de los bienes de Christoual de Salamanca y su muger, quedó legitimamente constituydo y fundado por la capitulaci6n matrimonial, en la forma regular y ordinaria; y que la escritura que en la misma capitulacion se reserv6, y qued6 de hazerse antes que se desposasse don Alonso de Villarroel, para lo tocante a los vinculos y firmezas, se deue presumir y tener por cierto q se hizo (vt nunc proximè diximus) y que quando no estuuiera hecha, no era, ni fue necesaria, por auer quedado el mayorazgo desde su principio irreuocable y perfeto, y con las firmezas, vinculos y calidades que le suplio el derecho, optimè consequitur, que no se pudo despues hazer nouedad, ni cosa en contrario; y que en quanto lo son, o lo fueren, las condiciones tocãtes al apellido y armas de Villarroel, y la forma de suceder que de nuevo dispuso y orden6 doña Maria de Salamanca, en la dicha escritura de veynte de Março de quinientos y cinquenta y siete, no pueden obrar cosa alguna, ni se deue hazer caso de todo ello (& quod magis est) tã poco se deuiera hazer, aunque esta fuera nueva disposicion del mismo Christoual de Salamanca, ex superius adductis, n. & ex regula text. in l. perfecta donatio, C. de donat. quæ sub modo, l. eo quod 10. C. si cert. petat. l. sicut, C. de obligat. & act. ibi: *Ita renuntiare semel constitutæ obligationi aduersario non consentiente, nemo potest.* Et iterum, ibi: *Quapropter intelligere debetis voluntariæ obligationi vos semel nexos ab hac non consentiente altera parte, cuius precibus fecistis mentionem, minimè posse discedere,* latissimè dom. Castill. controuer. lib. 3. c. 10. per tot.

17 ¶ Sed aduersus omnia superiora, harã los Abogados c6ntrarios, o se podrà ofrecer (quãdo ellos

ellos no las hagan) algunas objeciones, o replicas.

18. Diran lo primero (y aun lo apuntaron a dezir en los Estrados en la vista deste pleyto) que en la escritura de capitulaciones no quedò perfectamente fundado el dicho mayorazgo, y que quando lo quedasse se reservò despues hazer la escritura del, en que se auia de poner y declarar la forma de la sucession, y las clausulas y condiciones necessarias; y que todo esto lo hizo y lo pudo hazer la dicha doña Maria de Salamáca en la escritura de 20. de Março de 1557. declarando y manifestando la voluntad de su padre, ad textum in l. hæredes palam, s. si quid post de testam. & ibi Bart. Menoch. de arbitrar. lib. 1. q. 73. n. 17. cum seqq. Domin. Castill. lib. 3. controu. d. c. 10. n. 35.

19. ¶ A esto responde. Lo primero, que no ay, ni se puede poner duda, en que el dicho mayorazgo quedò legitimamente constituydo, e irreuocable por la capitulacion matrimonial, en la forma regular y ordinaria, ex adductis num.

20. ¶ Lo segundo responde, que la reserva q̄ en la dicha capitulacion se puso de hazer despues la escritura, solo fue en fauor del dicho Christoual de Salamanca, fundador del mayorazgo, para poner el los vinculos y firmezas q̄ le pareciessse, pero no reservando, ni dando facultad a otra persona para que lo hiziesse, vt manifestè patet ex verbis ipsius capitulationis, mem. fol. 84. ibi: *Y los haze bienes de mayorazgo para la dicha su hija doña Maria, con aquellos vinculos y firmezas que en la escritura que dello se hiziere hará mencion, la qual se celebrará, e hará antes que el dicho don Alonso se despose, &c.* y de derecho se due entèder y juzgar assi, porque aunque no sea

*Vid. sup. 312. l. 2.
n. 36.*

D

licito

licito al que dispone reuocar, ni alterar su disposicion, tamé es cierto que la puede declarar, vt probat Paul. conf. 344. ad fin. lib. 1. Socin. conf. 126. num. 4. lib. 3. Burg. de Paz, conf. 2. num. 61. & in procem ll. Taur. num. 309. & ita procedit textus, in d. l. hæredes palam, s. fin. de testam. cum alijs iuribus, & doctrinis pro contraria parte adductis, & quæ latius adduci poterunt: y por ser tan proprio del que dispone declarar su disposicion, quando se duda del entendimiento del preuilegio, se está a la declaracion del Principe que le concedio, vt in l. exacto, ff. de vulg. & in cap. cum venissent, de instit. y quando se duda del entendimiento de la sentencia, se está a la interpretacion del juez que la dio, vt in l. in Prætorijs, ff. de Prætor. stipulat. ibi: *Prætoris erit interpretatio eius enim mens æstimanda est*: Y quando se duda del entendimiento del testaméto, o codicilo, se está a la declaracion del testador, vt in l. Labeo, ff. de suppellectil. legat. ibi: *Seruius fatetur eius sententiam, qui legauit aspici oportere, l. si pluribus, ff. de legat. 1. ibi: Nisi ipse testator ex sua scriptura manifestissimus esset*: pero esta reserva y facultad de declarar, no toca, ni se concede a diferente persona, y si alguna vez se permite al heredero, o al poseedor del mayorazgo, es con mucha limitacion, y solamente quando tienen, o pueden tener muy prouable noticia de la voluntad del testador, o del fundador; y en los casos en que ay duda, y es necessaria la declaracion, pero no en otra manera, vt in hærede probat Bart. in l. gerit, num. 17. ff. de adquirend. hæred. Mancic. de comest. ultim. vol. lib. 3. tit. 1. num. 26. & in possessore maioratus cum Anton. Com. Pinel. Padill. & alijs probat Molin. lib. 5. cap. 8. num. fin.

21. ¶ Lo tercero se responde, que la clausula, que está referida de lo capitulacion matrimonial, en que se reservò hazer escritura para los vinculos y firmezas del mayorazgo, tiene facil inteligencia, advirtiendò, que en esta materia ay y se pueden ofrecer dos casos diuersos.

22. ¶ El primero, quando la reserva que se haze en el acto, o escritura de la institucion del mayorazgo, es absoluta para poder reuocar, o alterar despues, o disponer d los bienes en otra qualquier manera: Y en este caso puede caer alguna disputa y controuersia; porque si la donacion, o el contrato del mayorazgo está hecho en modo irreuocable (como se hizo en este caso por capitulacion matrimonial) entonces no parece que se puede admitir clausula, o reserva que mire a destruyr la sustancia de la misma disposicion, vt considerat Menoch. cōs. 84. num. 23. vol. 1. ibi: *Quia dum donatio fit, non cogitat donans velle deinde reuocare, quia alioquin faceret actum ex repugnantibus consensu, hoc est, ex consensu, ut valeret donatio, & consensu, ut vellet deinde reuocare, quæ sanè repugnantia stare eodem tempore non potest: optimè conducunt, quæ considerat etiã Calderin. cōs. 8. sub titulo de donat. vbi inquit: quod in casu quo Titius donauit omnia bona sua Ecclesiæ, citra præiudicium ultimæ voluntatis faciendæ, per hanc reservationem substantia ipsius donationis non mutatur, quia adhuc remanet inter viuos donatio, elegãter Anton. Gamm. decis. 185. & ibi: Illor eius Additionator, vbi inquit: non posse donatorem virtutē huiusmodi reservationis ad libitum subuertere totam donationem, & propterea facultatem illam fore regulandam ad arbitrium boni viri sequitur, in eadem specie facultatis reservatæ ad disponendum in testamento de bonis donatis*

8
tis eo modo, quo donator voluerit, Pontanell.
de pact. nuptial. p. 1. clausul. 4. glos. 13. n. 24. &
latius pluribus relatis eadem, clausula 4. glos. 1
16. n. 12. & alijs seqq.

23 ¶ Pero quando se cõceda sin perjuyzio de
la verdad, que esta reserua absoluta de reuocar,
sea bastante para poder reuocar, y alterar toda
la disposicion, quantumuis este hecha en mo-
do irreuocable, vt per Mantici. de tacit. & am-
big. conuent. lib. 13. de donat. tit. 47. n. 4. Caua-
can. decis. 42. n. 34. in 1. p. Hieronym. Gabriel,
conf. 3. n. 2. vol. 1. Nattam, cõf. 118. ex n. 1. & alijs
seqq. vol. 1. & conf. 270. n. 4. vol. 2. Nauarr. conf.
17. n. 7. lib. 3. qui omnes expresse, & notãter lo-
quuntur in reteruacione, vel pacto reuocãdi in
donatione inter viuos appolito: quod etiam
comprobari videtur iure nostro Regio, ex legi-
bus 17. & 44. Taur. ibi: O que al tiempo que lo fizo
el que lo instituyò, reseruasse en la misma escritura que
fizo del dicho mayorazgo, el poderlo reuocar, q̃ en estos
casos mandamos que despues de fecho lo pueda reuocar.
Tamen esto procede y se ha de entender en el
caso expresse y absoluto, en que se reserua en la
donacion, o en el contrato del mayorazgo, la fa-
cultad del poderlo reuocar despues, alterar, o
mudar, o añadir cõdicioness contrarias, o dispo-
ner de los bienes como al mismo donante o
fundador del mayorazgo le pareciere, prout ita
aperte loquuntur prædictæ leges Regiæ, & de
iure communi præcitati DD.

24 ¶ Secus autem, es en el segundo caso, vide-
licet, quando la reserua no es de reuocar, o alte-
rar la disposicion absolutamente, sino solo para
poder poner o añadir grauamenes, llamamien-
tos, o condiciones, o otras qualesquier declara-
ciones: porque en este caso de derecho comun,
ni del Reyno, no ay disposicion ni autor que di-

ga que la donacion, vinculo, o cōtrato q̄ cōste,
y eité prouado auer se hecho en modo irreuoca-
ble se puede reuocar, ex prædicta clausula re-
seruatina respectu grauaminum, aut conditio-
num, ea enim facultas, aut reseruatio non ita
intelligenda est, vt ipsius dispositionis substan-
tia semel perfecta destrui, & reuocari valeat,
sed potiùs, vt circa aliquas condiciones graua-
mina, aut declarationes adiiciendas voluntati
donatis, aut disponentis pro boni viri arbitrio
loc⁹ aliquis relinquatur, vt in simili reseruatione
in cōstitutione maioratus facta, optimè ad-
notauit Gregor. Lopez, in l. 7. gloss. verbo, *alba-
zeas*, vers. *et potest induci ad questionem*, tit. 10. p. 6.
faciunt adducta per Menoch. conf. 334. nu. 24.
& alijs seqq. vol. 4. & Rin. conf. 109. n. 11. & cōf.
112. n. 9. vol. 2. & comprobatur expresse ex Do-
ctoribus superius allegatis, & præcitatis legibus
17. & 44. Taur. porque si es necessario que la re-
serua se ha de poder reuocar, para que se pueda
hazer la reuocaciō del vinculo, o alterar, o dis-
poner otra cosa contra la primera disposicion,
y constitucion del, que estuuiere hecha en mo-
do irreuocable: optimè consequitur, que no fiē-
do la dicha reserua absoluta, videlicet, para po-
der reuocar, sino solo para poder poner o aña-
dir vinculos, y cōdicionen, declaraciones, o gra-
uamenes, no aurà ni quedará facultad para po-
der hazer la dicha reuocacion en lo substancial
del vinculo, y del contrato que vna vez se hizo
irreuocablemente.

¶ Y que este segūdo caso sea el de este pley-
to, patet euidenter. Tūm, porque el dicho ma-
yorazgo de Salamanca quedò hecho y perfec-
to por la capitulacion modo irreuocabili, ex
considerationibus, & fundamentis superius ad-
ductis, de quibus dubitandum non est.

E

¶ Tūm

25 ¶ Tūm etiam, porque en la facultad Real que al dicho Christoual de Salamanca se le cōcedio para hazer el dicho mayorazgo de sus bienes, y de los de su muger, memor. folio en cuya virtud lo hizo, en la dicha capitulaciō ay vna clausula especial muy notable, y digna de ponderarle para este intēto, ibi: *Y que despues de fecho el mayorazgo, vos el dicho Christoual de Salamanca no lo podais corregir, enmendar, ni reuocar, ni sacar del ningunos bienes, ni fazer otra cosa en perjuizio del dicho mayorazgo, ni de doña Maria vuestra hya, ni de los llamados despues della al dicho mayorazgo, sino que quede firme, estable y valedero para siempre jamas: pero permito y doy licencia a vos el dicho Christoual de Salamanca, para que assi despues de fecho el mayorazgo podais añadir y acrecentar en el todo lo que quisieredes, assi en bienes, como en condiciones, e modos, y otras cosas q̄ sean en fauor de doña Maria vuestra hya, y con su expresso conocimiento della, y del marido que a la jazō tuuiesse, y no de otra manera, &c.* Por manera que esta clausula y condicion contiene, y pone expressamente la diferēcia de los dos casos que quedan aduertidos. Y en el primero no solo excluye la facultad de poder reuocar, pero la quita tambien de poder reseruar semejante reuocacion: fundandose por vētura en que la facultad se daua solamēte al dicho Christoual de Salamanca para hazer mayorazgo de sus bienes, y tambien de los de su muger difunta, que no eran suyos, sino de sus hijas, y como el mayorazgo los auia de cōprehender todos, y en esto se implicaua el derecho y hazienda de las mismas hijas, y su consentimiento y renunciaciones que en razon dello huuo, vt diximus, num. constituyēdose entre todos vn modo de contrato correspondētiuo, ad textum optimum, in l. Sulpitius 49. ff. de donat.

donat. inter vir. & vxor. l. pater 22. in fin. ff. de manumiss. vindict. l. profectitia. §. si quis certa, vers. si fortè. ff. de donat. inter. & per Salicet. in l. si liqueat. n. 1. Fulgos. n. 3. & Baldus, num. 2. C. de inoffic. donat. Petrus Barbof. in l. quæ dotis, n. 18. ad fin. ff. solut. matrim. & alios plures quos refert Tiraquel. post leges connub. glos. 5. num. 149. & plenius in l. si vnquam, verbo, *donatione largitus*, n. 349. ideò cōsequitur, que en la dicha facultad Real se puso justamente esta clausula, para que el mayorazgo desde su primera fundacion quedasse de todo punto irrevocable, reseruandose solamente el segundo caso de poder añadir y acrecentar Christoual de Salamácalo que le pareciesse, assi en bienes, como en condiciones y modos, como esto fuesse con consentimiento de la dicha doña Maria su hija, y no en otra manera.

26 Tūm denique, porque la dicha reserua q̄ se hizo en la capitulacion, aunque se cōcediesse que se pudo hazer para poder añadir, o alterar, o poner cosas y condiciones contrarias a ella (quod tamen concedendū non est ex proximè dictis) no se hizo en esta forma, porque fue vna reserua muy limitada, solo para poner los vinculos y firmezas del mayorazgo, que es cosa q̄ mira a lo executiuo, y no a lo iustancial del, vt ex clausula ipsius capitulationis patet (quam iterum superius retullimus) ibi: *Y los haze bienes de mayorazgo para la dicha su hija doña Maria, con aquellos vinculos, e firmezas que en la escritura que dello se hiziere hará mencion, &c.* y assi es reserua del segundo caso, y genero, que solo mirò a los vinculos y firmezas que en executiō y conseruacion del mismo mayorazgo se pudieffen poner, y que fuesffen compatibles con el, pero no a poder poner condiciones, ni cosas contrarias, prout

prout ex superioribus manifestum videtur.

28 ¶ Lo quarto responde (para confirmaciō y aplicacion de todo lo que está dicho) que la disposiciō de la dicha escritura q̄ hizo y otorgó doña Maria de Salamanca en 20. de Março de 557. totalmente fue repugnante y contraria a la fundacion que estaua hecha deste mayorazgo en la dicha capitulacion matrimonial; y lo q̄ mas contrariedad y repugnancia tiene son las dichas tres condiciones que en la dicha vltima escritura se pusieron del apellido y armas de Villarroel, en que se haze todo el apoyo y fundamento de la incompatibilidad sobre que litiga en este pleyto la parte de don Alonso, y esto se muestra literalmente por la inspeccion de las mismas clausulas. Porque la de capitulaciō dize desta manera, memor. fol.

¶ Y ten, que en caso que los dichos mayorazgos vengā a la vna casa por defeto de no tener herederos, segū dicho es la otra, que si fuere la casa en quien quedare la del dicho Regidor Salamanca, que sea obligado el hijo segundo del dicho don Alonso y su muger a tomar el apellido, y nombre, y armas de Villarroel que ouiere de su mayorazgo, segun que arriba es dicho, por manera que quede en el hijo mayor el mayorazgo del dicho Salamanca, e su apellido, e armas; esto se entienda auiendo varones, o que sean mayores en la orden de nacer, ora menores: y en defeto de varones, que suceda en los dichos mayorazgos, y en cada vno dellos la hembra mayor, y despues la segunda, como se especificarā en la escritura de los mayorazgos: pero si por caso ambos mayorazgos viniessen a vn varon, o a vna hembra por defeto de no auer otro heredero, que este tal tome el apellido de ambas casas, e despues del teniendo dos herederos se tornen a diuidir los dichos dos mayorazgos, e segun la orden susodicha en el suceder, como en los apellidos, y todo lo demas, y que esta misma orden se tenga de



oy en adelante de todas las generaciones que sucedieren en los dichos mayorazgos, &c.

¶ Y las cláusulas, o condiciones que contiene la escritura del año de 557. otorgada por doña Maria de Salamanca, que se ponderan para la dicha incompatibilidad, dicen así, memor. fol.

¶ Otro si, con condicion que vos el dicho don Christoval de Villarroel, e los que de vos sucedieren, e oviere los dichos bienes, tengan por apellido y armas principal de Villarroel, sin otro cognombre, ni renombre antes, ni despues, y traygan las armas de los Villarroeles solas, e firmen de Villarroel, e se bagan llamar así en las escrituras que hizieren y en su casa, y fuera della, y el que lo contrario hiziere pierda los dichos bienes, y sucedan en el siguiente en grado.

¶ Otro si quiero, dispongo, y ordeno, que quando este dicho vinculo sucediere en persona que no pueda tener los dichos apellidos como dicho es, solos por principales, sin otro renombre, ni cognombre antes, ni despues, por tener otro vinculo y mayorazgo, y bienes vinculados, con condicion que se llame de otro apellido, que en tal caso quiero que venga al siguiente en grado, llamado por la disposicion susodicha, y con las dichas condiciones, salvo si el tal no eligiere de dexar el dicho vinculo y bienes del que tuviere a su hermano segundo, al qual le aua de venir, e suceder, e quisiere tomar y recibir este dicho vinculo, que en tal caso quiero que lo pueda hazer, e baga guardando, e cumpliendo todo lo contenido en esta escritura, y despues suceda en ellos su hijo mayor legitimo y sus descendientes, guardando la orde de suso declarada.

29 ¶ Bié manifesto es la contrariedad y repugnancia destas cláusulas y condiciones, pues en la de la capitulacion se dispuso y quedo asentado, que en la junta y concurso de los dos mayorazgos, el de Villarroel, y el de Salamanca,

17
auia de tenerse este de Salamanca por el mas principal, quedando en el hijo mayor, cō el gra uamen y obseruancia de su apellido y armas, y passando el de Villarroel al hijo segundo. Y por el contrario, en clausulas, o condiciones que estan referidas, de la escritura otorgada por la dicha doña Maria de Salamanca, siendo los bienes sobre que la hizo y otorgò, del mayorazgo de Salamanca, y no de Villarroel, quiso suprimir, y suprimio, y borrò de todo punto el apellido y armas de Salamanca, y lo transformò y mudo por solà su autoridad en mayorazgo de Villarroel sin serlo. Y que esto sea alterar, o (por mejor dezir) reuocar totalmente la capitulacion matrimonial, por el mismo hecho se ve, y es llano por muchas causas. La primera, porq̃ en la dicha capitulacion se concertò, que quedassen y quedaron fundados dos mayorazgos, vno de los bienes de Christoual de Salamanca y su muger, en la dicha doña Maria de Salamãca y don Alonso de Villarroel su marido, y en sus descendientes: y otro, de los bienes de don Garcia de Villarroel, en don Iuan de Villarroel y doña Leonor de Sanmartin su muger, y los suyos. Y supuesto que el mayorazgo que poseia la dicha doña Maria, sobre que hizo la dicha escritura, era y es el de Salamanca, totalmente dexaria de serlo, y no quedaria nombre, ni memoria del, si se huiesse de guardar las dichas condiciones, y vendrian a ser ambos mayorazgos de Villarroel, auiendo de ser vno solo conforme a la capitulacion. La segunda causa es, porque estando capitulado, q̃ el dicho mayorazgo de Salamanca auia de preceder siempre al de Villarroel, y tener el primero lugar, no solo vendria a quedar esto contranenido por la escritura de la dicha doña Maria de Salamãca:

mas

pero

pero quedaria sin lugar, ni nombre alguno el dicho mayorazgo de Salamanca. La tercera, porque seria muy grande contrariedad y repugnancia, y muy fuera de toda razon, que la hazienda de Salamanca huuiesse de quedar grauada con el apellido y armas de agena familia y linage, como lo es el de Villarroel: y no se puede presumir, que los dueños de ambas haziendas, y las partes que hizieron la dicha capitulacion, y la fundacion de los dos mayorazgos, quisieron ni pensaron cosa semejante, sino antes lo contrario, como la misma capitulacion lo muestra. La quarta, porque siendo regular el dicho mayorazgo de Salamanca que por ella quedò fundado, y el de Villarroel de la misma manera: y quedando (como quedò) adquirido derecho perpetuamente a todos los sucessores, con la prelación ordinaria de la linea primogenita, y de los hijos mayores, quiso tambien la dicha doña Maria alterar y quitar este derecho, por lo menos en el caso de concurrir en el hijo mayor otro mayorazgo, siendo assi, que en el mismo caso de concurso con el mayorazgo de Villarroel, auia de quedar siépre en el hijo mayor este mayorazgo de Salamanca.

30 ¶ Y assi totalmente hizo la dicha doña Maria de Salamanca vn acto inutil y prohibido por derecho: y no se deue hazer caso de las dichas condiciones, ni de quanto la dicha escritura contiene, assi por las consideraciones que estan referidas, que resultan de lo literal de las clausulas, como porque es cosa cierta, y sin duda, ni controuersia, que el primero llamado en el mayorazgo (como lo era la dicha doña Maria) no puede alterar la forma, ni la sustancia de la primera fundacion, ni añadir, ni poner clausulas, ni condiciones contrarias a ella, en perjuy-

Vid. supra f. 312. n. 33.

zio de los demas sucessores, que tienen desde el principio adquirido su derecho, text. in l. cum filius familias, ff. de militar. testam. ibi: *Quia hereditatis quidem suae milles qualem velit substitutionem facere potest, verum tamen alienum ius mutare non potest*, text. etiam in c. 1. de succes. faud. ibi: *Nulla ordinatione defuncti in faudo manente, nec valente*. Et in l. pero, §. fratre, ff. de legat. 2. ibi: *Nec tamē ideo per superiores sequentium causa in posterum laedi debet*, tradit Molin. lib. 1. c. 8. nu. 20. & seqq. Paz, de tenut. tom. 1. c. 34. nu. 155. fol. mihi 435. vers. *Satis ergo ex his probatur*; & hoc planum indubitatum est. Y en terminos de derecho adquirido por capitulacion matrimonial, que no se pueda alterar, ni quitar en perjuizio de los interesados, optimē perpendit P. Thom. Säch. de matrim. lib. 6. disput. 32. nu. 2. vers. *Filioque matrimonium ineuenti*, & n. 5. & ibi: *Quia quantumcumque donatarius id polliciatur infringi, non poterit melioratio in uxoris & filiorum prauidicium*, Ioan. Gu-tierr. de iuram. confirmat. 1. p. c. 59. n. 13. vers. *Et hoc respectu contrahitur matrimonium*, Molin. Theolog. de iust. & iur. 3. p. disput. 579. nu. 8. Y desta manera procede, y se ha de entender la conclusion, de que en semejantes donaciones y pactos hechos por via de mayorazgo, con la aceptacion del primero llamado, se adquiere derecho irrevocable a todos los siguientes, para que todos se juzguen y tengan por interesados, y no se admita contrauencion alguna en su perjuizio, vt aperte ostendit Molin. lib. 4. c. 2. n. 75. vers. *In secundo casu*, ibi: *Quando scilicet agimus de donatione iure maioratus, vel aliter perpetuo familiae relicta*. Et paulo inferius, ibi: *Cum enim ea donatio perpetua futura sit, atque in totius familiae fauorem facta sit consequens, vt nomine familiae a primo acceptatam fuisse censeatur*. Y el interes y derecho que

q̄ resulta de los pactos matrimoniales, en cuya virtud el matrimonio tiene efeto, es mucho mas considerable y especial en favor de los contrayentes, y del mismo matrimonio y sucesores del: porque se juzga por causa final de la capitulacion, vt per Rolād. conf. 44. n. 22. & seqq. vol. 4. & alios quos refert & sequitur Molino, de pactis matrimon. lib. 3. q. 6. n. 72. & latius exornans, Martin Monter. decis. Aragon. 10. n. 11. & seqq. maximè n. 15. quem commendat & sequitur Fontanel. in eodem tractat. de pact. nuptia. lib. clausul. 4. glos. 1. n. 14. & seqq. vique ad n. 19. & propterea todos los pactos, o condiciones de la dicha capitulacion, siguiendo su naturaleza, y el respeto del matrimonio, obran mas eficazmente en favor de los contrayentes, y de los sucesores de aquel matrimonio, por cuya contemplacion se pusieron, quia censentur pars, & portio ipsius contractus matrimonialis, & cum ipso confunduntur, vt obseruat Fontanel. d. clausul. 4. glos. 1. n. 19. & glos. 19. p. 1. nu. 31. & 32. Vincent. de Franch. (qui pulchrè loquitur) decis. 205. n. 1. Monter. a Cuen. d. decis. Regm. Arago. n. 7. Bereng. Fernand. in c. vnic. de filijs natis, ex matrim. ad Morganic. contract. in prelud. c. 6. n. 10. subiiciens: *Quod talia pacta fiant, in utilitatem & fauorem liberorum descendentiũ ex matrimonio, cuius contractum coherent.* Surd. decis. 322. nu. 30. ibi: *Donatio autem, de qua verba facimus facta fuit, vt matrimonium inter domin. Constant. & domin. Clement. facilius sortiretur effectum proinde videntur donatores & donatorios respectum habuisse ad filios suscipiendos ex eo matrimonio, non autem ad heredes quoscunque.* Si igitur don Francisco de Villarroel, como nieto y descendiente que es del matrimonio, que se celebrò entre don Alonso de Villarroel, y doña Maria de Salamanca, en virtud de

la dicha capitulacion adquirio derecho irrenuocable, y tambien lo adquirieron perpetuamente los demas sucessores, en conformidad de los pactos y condiciones della. Plané consequitur, que la dicha doña Maria no la pudo alterar, ni renuocar, y que no se puede admitir, ni considerar para este pleyto las dichas condiciones de apellido y armas de Villarroel, que totalmente son repugnantes y contrarias, vt ex superioribus manifestè pater.

31 Sed aduersus hæc omnia, opondran lo segundo la parte contraria y sus Abogados, que aunque por sola su autoridad no pudiesse la dicha doña Maria hazer la dicha escritura de veinte de Março de quinientos y cinquenta y siete, ni poner las dichas condiciones que puso en ella: pero que todo lo pudo hazer, y fue legitimo y valido, vsando como vsò de la facultad Real, que para el dicho efeto auian ganado ella y el dicho don Alonso de Villarroel su marido, de q se haze relacion en el memor. fol. quia interueniente Regia facultate, ius, aut successio antiqui maioratus alterari, & mutari potest etiam in præiudicium successorum, ex doctrina Bart. in l. Gallus, §. & quid firantur, n. 14. ff. de lib. & posth. & ibidem latissimè probat Socin. & in numeris relatis Petra, de potestat. Princip. c. 30. per totum, Cabed. decis. 77. n. 5. Peralt. in l. 3. ff. de hæred. instit. n. 146. refert plures Burg. de Paz in proæm. Legum Taur. n. 323. Francisc. Beccius conf. 56. per totum. Y en terminos de facultad Real, concédida para que en capitulaciones matrimoniales se pueda disponer, que se diuidan los mayoralzgos que alias auian de concurrir en vn sucessor, ex antiqua eorum fundatione, probat Molin. lib. 1. c. 8. n. 34. & ante eum Padill. quem Molin. non retulit in l. vnum ex familia,

lia, §. si de falcidia, numero 20. ff. de legat. 2.
 32 ¶ Esta oposició tiene muchas respuestas.
 La primera es, que la dicha facultad Real, de
 ninguna suerte se concedio para poder alterar,
 ni mudar la capitulació matrimonial, ni hazer,
 ni disponer cosa alguna contra ella, sino antes
 en execucion de la dicha capitulacion, y para q̃
 tuuiesse cumplido efeto, vt patet ex diuersis
 clausulis, & verbis eiusdem Regiæ facultatis,
 memor. fol. 6. ibi: *Por quanto auemos sido informa-*
dos, que Christoual de Salamanca concerto el casamien-
to entre vos doña Maria de Salamanca su hya, con vos
don Alonso de Villarroel, y quando se bizieron los di-
chos casamientos, se tratò que aquellos tuuiesse efeto,
con que de todos los bienes que el dicho Christoual de
Salamanca tenia, se biziesse y constituyesse mayorazgo
en vos doña Maria, por virtud de la facultad Real que
para ello tenia de mi la Reyna, &c. Et inferiùs (des-
 pues de auerse insertado a la letra las escrituras
 de la dicha capitulacion y facultad) ibi: *Y que ao-*
ra, porque lo contenido en las dichas escrituras matri-
moniales ouiesse por vuestra parte cumplido efeto, que-
riades hazer e instituyr el dicho mayorazgo, de los bie-
nes que huuistes de Christoual de Salamanca, &c. Et
 rursus ibi: *Suplicaron, que confirmando y aprouando*
las dichas escrituras, que de suso vñ incorporadas, &c.
 Et proseguitur memor. fol. 7. ibi: *Las confirma-*
mos, loamos e aprouamos en todo y por todo, como en es-
llas y en cada vna dellas se contiene y declara, e interpo-
nemos a ellas y a cada parte dellas nuestra autoridad
Real; y damos facultad a vos don Alonso de Villar-
roel, y doña Maria de Salamãca, &c. Et postea ibi:
Con los vinculos, firmezas, reglas, modos, vedamien-
tos, en la escritura de capitulacion cõtenidas, &c. Por
 manera, que no solo no fue, ni se concedio està
 facultad contra la capitulacion, sino antes fue
 vna confirmacion ex certa scientia, de la mis-
 ma

ma capitulaciõ, y de las demas escrituras a ella
tocantes: porque esto obrò la insercion que se
hizo de todas ellas, aunque las palabras de la
facultad no fueran tan claras, c. venerabilis, vbi
glos. & interpretes, de confirmat. vtili, vel inu-
til. Felin. in c. cum inter, n. 2. & 3. de except. Ro-
man. conf. 327. n. 7. Nat. conf. 636. nu. 172. vol. 3.
Molin. lib. 2. c. 7. n. 9. Y siendo el intento y efeto
de la dicha facultad, confirmar la capitulacion
matrimonial, no se ha de retorcer para efeto tã
contrario como el que resulta de la escritura q̃
hizo la dicha doña Maria, y condiciones della,
antes todo se ha de reducir a los limites y for-
ma de la dicha capitulacion, sin hazer caso de
otra cosa, quia quando actus fit ad alterius exe-
cutionem, iuxta id quod in primo actu contine-
batur, & non aliter est intelligendus, text. in l. si
tibi liberum, ff. de act. empt. l. si vinariam, ff. de
seruit. vrb. præd. Bart. in l. Titia, §. idem respo-
dit, ff. de verb. oblig. Alex. in l. quæ dotis, n. 61. ff.
solut. matrimon. mayormente, que esto es con-
forme a la naturaleza de la confirmacion, quæ
est robur addere confirmato, & non illud exte-
dere, & multo minus destruere effec enim ac-
tus, aut effectus incompatibilis, l. Aurelius, §.
testamento, ff. de liberat. legat. Bald. in l. nomi-
nationis in finalibus verbis, C. de appellat. Do-
minic. in c. 1. §. confirmationem ad finem, de
Relig. domib. lib. 6. Calderin. conf. 16. sub tit. de
præbend. Deci. conf. 195. col. 2. verf. Secundum
diligenter, Surd. conf. 330. n. 18. vol. 3. Y assi, las
dichas condiciones de apellido y armas de Vi-
llarroel, y todo lo demas que contiene la dicha
escritura, maximè todo lo contrario a la capitu-
lacion no fue, ni es valido, porque se hizo exce-
diendo notoriamente de la facultad, y no guar-
dando la forma della, l. diligenter, ff. de mādāt.

15

c. cum dilecta de rescript. Pet. Surd. conf. 371. n. 68. & seqq. vol. 3. Osalc. decis. Pedemont. 165. per tot. maximè n. 4. & seqq. & decis. 166. a n. 6. Molin. lib. 2. c. 7. n. 4. Peregrin. decis. 97. n. 3. Francisc. Viuius, decis. 208. nu. 6. Pontan. de inuestit. feudali, c. 21. n. 33. vers. *Excedens limites impetrati priuilegy repellitur ab omnibus, idest, tam ab inclusio- ne, quam ab excessu propter inobedientiam, & malam fidem*, Hyppolit. Riminal. conf. 427. n. II. vol. 4. Y en terminos de facultad, o comission semeja te, para hazer mayorazgo, que no se entienda para hazerlo irregular, ni para poner condicio- nes, ni clausulas eitraordinarias, optimè discu- tit, & omnino videndus est Paz de tenuta, tom. 1. c. 34. a n. 130. cum pluribus seqq.

33 ¶ La segunda respuesta es, que la dicha fa- cultad Real se concedio juntamente a don Aló- so de Villarroel, y doña Maria de Salamanca su muger, como por ella parece: y assi, auiendo muerto el dicho don Alonso sin vsar della, no pudo hazerlo (como lo hizo) despues sola la di- cha su muger, como sucede quando el Principe comete vna causa a dos o tres delegados, que muriendo el vno, espira la jurisdiccion de todos, l. duo iudices, ff. de re iudic. c. prudentiam, cap. quamuis, c. vno delegatorū, & ibi gloss. & DD. de officio delegat. y lo mismo en los juezes ar- bitros, que nombran las partes, l. si inter, & l. ite si vnus, §. item si plures, & l. diem pro ferre, §. si plures, ff. de arbitr. l. 28. & 32. tit. 4. p. 3. Y aunque el c. fin. de arbitr. in 6. dispone lo contrario, quã do vno de los arbitros no quiere concurrir con los demas, o està ausente, estos son diferentes casos que el de la muerte, en el qual no deter- mina el dicho c. fin. cosa contraria a lo que por derecho ciuil estaua dispuesto, como lo notan alli Dominic. y Ancharran. Ni tampoco es con-

trario lo que se dispone en el c. fin. §. sanè de testam. in 6. y en la l. 38. de Toro, quæ hodie est l. 12. tit. 4. lib. 5. recop. adonde se dize; que aunque muera alguno, o algunos de los albaceas, o executores de testamentos, pueda el que quedare vsar del poder: porque aquello tiene razon peculiar, videlicet, que el caso de vsar los albaceas sucede, quando ya està muerto el testador, y quando no puede dar nueva comissiõ, ni nombrar otros executores: y como su voluntad sea de ayudar, l. 1. C. de sacros. Eccles. ibi: Quod iterum non reddit arbitrium; por esso en este caso tan necessario, ocurre la ley al daño que sucediera, si se quedara por executar el testamento, auiedo muerto alguno de los albaceas, y permite y dispone, que quede en el otro el mismo poder, para que lo pueda hazer: pero esta razon cessa en los demas casos que estan referidos, en los quales, la falta del que muere se puede suplir con nombrar otro: y assi, no tiene la ley necesidad de hazer disposicion esttraordinaria, ni la haze jamas, quando ay ordinario remedio; y esto es mas llano en el caso en que vamos hablando, porque le auia muy facil, impetrando la dicha doña Maria de Salamanca otra facultad para ella sola, con relacion de que auia muerto su marido.

34 ¶ Y aunque en estos mismos terminos, de facultad concedida a marido y muger para hazer mayorazgo, parece que se inclinò Greg. Lop. in l. 2. tit. 15. p. 2. glos. 10. q. 8. a que muerto qualquiera dellos, puede el que quedare vsar de la facultad; y dize, que assi lo vio determinar: no alega, ni dà para ello razon, ni fundamento de derecho, sino solo lo dixo quasi obiter, y dando a entender, que mas fue para referir lo que auia visto juzgar, que para aprouarlo, ni seguirlo

seguirlo por opinion suya (vt apud ipsum vide-
ri poterit) al qual refiere y sigue con el mismo
conceto, y sin otro autor, ni fundamento algu-
no, Aluar. de coniecturat. ment. defunct. lib. 2.
c. 3. §. 2. n. 8. & §. 3. n. 35. Y assi, teniendo por fal-
sa y agena de fundamento juridico esta opinió,
la reprueua, y reprueua tambien a Greg. Lop.
Cald. Pereir. de vniuers. iur. emphyt. c. 13. a n. 35
cum seqq. Y tambien se conuence con las do-
trinas que quedan referidas, num. præcedenti.
35 ¶ Pero demas dellas, ay razones particula-
res en este caso, que hazen nuestro intento mas
indubitable.

¶ La primera, porque el señor Emperador
que concedio la dicha facultad, se mouio para
concederla por los seruicios particulares del di-
cho don Alonso de Villarroel, de los quales se
refieren muchos en la misma facultad, dando-
los en ella por causa; y como esta causa y conté-
plació solo tocava al marido, ideo ipsi soli prin-
cipaliter facultatem fuisse concessam dicendum
est, non veró vxori, licet in ipsa facultate vxor
etiam nominata fuisset, *non enim quæri oportet cū
quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis
intentio dirigatur: vt eleganter inquit text. in l. cū
pater, §. donationis, ff. de legat. 2. melior text. in
l. fideicommissa, §. interdum, ff. de legat. 3. ibi:
Multum autem interesse arbitror cui voluit prospectū,
cuiusque contemplatione testator fecerit, &c.* Et prop-
terea, quando concessio fit marito & vxori con-
templatione mariti, solo marito facta censetur,
Menoch. conf. 40. n. 20. & alij quos refert Casa-
nat. conf. 10. n. 41. Et idem contingit in donatio-
ne quæ fit consanguineis viri, sponsæ, vel vxori,
& contra in quibus casibus communis, & vera
Doctorum resolutio es, que el derecho de la do-
nacion no se adquiere a la persona en cuyo nó-
bre

bre y cabeça se haze, sed alteri coniugi consanguineo, cuius contemplatione præsumitur facta, vt post longam disputationem plenissimè resoluit Ioann. Gutierrez. in pract. lib. 1. q. 120. per totam, & per plura fundamenta prosequitur, & comprobat Ioann. Garc. in tracta. de coniugal aquæst. ex n. 101. cum pluribus seqq. Y en terminos de facultad Real, concedida para hazer mayorazgo, propter seruitia illius, cui licentia conceditur, que se deua restringir y limitar segun la causa y contemplacion de los seruiçios, optime perpendit Mier. de maiorat. 1. p. q. 15. nu. 28. & 29. & nil mirum, que esta contemplacion limite la facultad, y la reduzga a solo el fauor de la persona que hizo los seruiçios: porque de derecho se deue hazer a la misma persona, la retribucion dellos, sin que esto tenga, ni admita extension a personas estrañas, vt probatur in l. ite si verberatum, §. 1. ibi: *Militibus assignatus*, ff. de rei vindicat. l. Lulius, ff. de euiet. ibi. *Partim Veteranis in præmia assignatus*. Y assi lo sienten los autores, que para las facultades y concessiones Reales, ponderan y tienen por justa esta causa de seruiçios, præcipue Cephal. conf. 285. vol. 2. nu. 29. Petra de fideicom. q. 11. conclus. 75. in vers. *Limitatur primo*, col. 3. & eadem q. 11. concl. 85. col. 2. melius Peregrin. & alij ab eo relati in eodem tract. de fideicom. art. 52. n. 128. late Deci. conf. 271. n. 6. & 7.

36 ¶ La segunda razon es, porque como cõsta de las capitulaciones matrimoniales, insertas en la dicha facultad, y de lo aduertido supran. el dicho don Alonso de Villarroel renunciò toda su hazienda (que era muy grueffa) en don Iuan de Villarroel su hermano, para que casase con vna doña Leonor de Sanmartin, hermana de la dicha doña Maria, y la dicha doña Leonor

17

Leonor renunció así mismo toda su hacienda, para que la dicha doña Maria casase con el dicho don Alonso: por manera que se trocaron las haciendas, y don Alonso tenía recompensada la suya en los mismos bienes del mayorazgo de Salamanca: de donde resulta, que la dicha su muger tuvo menos derecho y poder para usar sola de la facultad: porque no era ella sola el dueño del mayorazgo, sino también el dicho su marido, por cuyo respeto y contemplación se concedió la facultad, y a cuya hacienda en el caso de usar della, auia de tocar precisamente la disposición.

37 ¶ La tercera respuesta es, que aunque faltasse todo lo que está dicho, y se concediese sin perjuizio de la verdad, que la facultad fue expresa para reuocar la capitulación, y que doña Maria de Salamanca pudo usar y usó legítimamente della, sin embargo de auer muerto su marido: tamen todo esto no es bastante para hazer valida la dicha escritura, y condiciones extraordinarias que contiene, del apellido y armas de Villarroel: porque supuesto que todo es contrario a la dicha capitulación (vt superius n. animaduertimus) no pudo obrar cosa alguna en esta parte la facultad Real, y fue lo mismo que no tenerla, y que auerse hecho sin ella la disposición y escritura que la parte contraria defiende.

38 ¶ Es verdad, que esta question: si el Rey de poder absoluto puede mudar los llamamientos contra la disposición de los fundadores, es muy controuertida, y por vna y otra parte ay autores, y está en muchas partes disputada, así por los estrangeros, como por los de nuestro Reyno, que no es necesario referir, y muchos refiere Molina por la vna opinion, lib. 1. c. 8. nu.

*Vid. sup. f. 31.
n. 40.*

28. y para la contraria, n. 31. y la disputò Peregr.
de fideicom. art. 52. a n. 317. sed verius est Princi-
pem id minimè posse sine iusta & legitima cau-
sa, y esta es la mas comun, Gabri. comm. lib. 3.
tit. de iur. quæsit. non toll. conclus. 1. in fin. 1. nu.
vers. *Tenendo istam partem quæ videtur magis com-
munis*: y la contraria comunmente es reprobua-
da, Peregr. d. art. 52. n. 127. Porque aûque la for-
ma de hazer testamento, o algun contrato, es
de derecho positivo, en que el Principe tiene
poder para reuocarla, corregirla o enmendar-
la: pero el mismo acto de testar, o contraer, y
disponer cada vno de sus cosas a su voluntad, es
de derecho natural, text. in l. ex hoc iure, ff. de
iust. & iur. & in l. qua ratione, §. hæc quoq; res,
ff. de acquir. rer. domin. Y el poder disponer ca-
da vno a su voluntad, tambien es de derecho
natural, quia illo iure dominia distincta sunt, vt
in d. l. ex hoc iure: y la definicion del señorio es,
poder disponer cada vno de lo que tiene, en lo
que quisiere, y como quisiere, l. 1. in princip. tit.
28. p. 3. tenet Bart. in l. interdum, n. 7. de condit.
indebit. Ita in d. l. ex hoc iure, num. 54. Roman.
Corn. & Fulgos. in l. si testamentum, C. de testa-
ment. Couar. lib. 3. variar. c. 6. n. 7. Pinel. in rubr.
C. de rescind. vendit. 1. p. c. 1. nu. 23. Menchac. de
succes. creat. lib. 1. c. 1. n. 117. immò a iure diuino
originem sumpsisse dicit Guillerm. Benedict. in
c. Rainuntius, 1. p. verbo, testamentum, num. 2.
Alexand. conf. 1. n. 7. vol. 1. Cum ergo libera dis-
ponendi facultas, sit de iure naturali minimè
Princeps eam mutare potest, quia naturalia iu-
ra immutabilia sunt, tex. in §. sed naturalia inst.
de iur. natur. gent. & ciuil. & traditur per omnes
in c. quæ in Ecclesiarum, vbi late Felin. a nu. 26.
de constit. & probat. expressa l. 31. tit. 18. p. 3. in
princip. *Contra derecho natural* (dize la ley) no de-

ue dar priuilegio, ni carta Emperador, ni Rey, ni otro
señor; y si la diere non deue valer.

39 ¶ Y aunque poner duda en el poder del
Rey parece cosa aspera, immo sacrilegium re-
putatur, l. 2. C. de crimin. sacrileg. especialmen-
te en España, donde está tan recebido, que los
señores Reyes dā facultades para enagenar bie-
nes de mayorazgo, y fundar censos sobre ellos,
y para otros efetos; en realidad de verdad las q̄
se dan, son con causas muy justas, y de vtilidad
muy grande y publica, y con diferentes circuns-
tancias y requisitos que los deste caso: y así en
el y en otros semejantes, en que no ay tales re-
quisitos, ni causas, ninguna cosa se deroga a la
autoridad Real, con negarle el poder alterar y
mudar la forma de las suesiones y llamamien-
tos, en perjuizio de los interesados. Tum quia
d. l. 2. C. de crim. sacrileg. non probat contrariū,
sed solum dicit; quod disputare de Principis iu-
dicio, est sacrilegium, vt ex ipsius verbis appa-
ret & tradit Andr. Sch. de controu. iur. lib. 8. c.
63. Tum etiam, quia vt dicit Aym. Craue. conf.
592. nu. 65. vol. 3. grauiter molestēvē Principes
ferre non debent, quod illud nequeant, quod
ipsi Deo omnipotenti, non licet malum, scili-
cet cui piā facere quippe non est defectus, non
posse id quod iniustum est, text. in c. Principum
§. charitas de pœnit. distinct. 2. & cum Principis
intentio non sit cum alterius iniuria rescribere,
non tam agitur de potestate, quam de volunta-
te, nec ex hoc Regia potestas minuitur, sed au-
getur cum id Principi Christiano deceat, vt in-
quit Molin. d. lib. 1. c. 8. n. 31.

40 ¶ Ex quo sequitur aperte, que el Rey no
puede mudar, ni alterar la forma de suceder, en
perjuizio de los sucesores que tienē cierto llama-
mamiento, quia contractus naturale est, quem
piam

Vid. sup. x. 7107
n. 93. et 7314x41

piam sine causa suo iure priuari, vt dicit d.l.31.
tit.18.p.3.& procedit etiam, si dominium qua-
sitū sit ex causis a iure ciuili introductis, Bald.
in l.2. prope finem, C.de iur. & fact.ignor. & in
l.1.C.de iur.aureur.anul.& pluribus relatis Ma-
tienz.in l.6.tit.10.lib.5.recop.glos.1.n.8. & hoc
siue factus sit per viam donationis, vt in l. si do-
nationem, C.de reuocand.donat.ibi: Si donatio-
nem rectè fecisti hanc autoritate rescripti nostri rescin-
di non oportet, siue factus fuerit in testamento, ex d.l.
si testamentum, C.de testam.ibi: Voluntates ho-
minum audire volumus non iuuere, & ex text. in au-
then.de nupt.§.disponat,col.3.

41 ¶ Y porque si huuiessemos de referir au-
tores, seria causar confusion, y alargar mas este
papel, solamente referiremos los autores del
Reyno que hazen esta opinion inconcusa, ver-
dadera y comun, intrepide & constanter faten-
tes, non posse Principem absque causa iusta, &
legitima formam successionis per fundatores
præfinitam reuocare, aut mutare in præiudiciū
successorum: ita concludit Couarr.lib.3. variar.
c.6.n.6.vers.Sexto, hanc sententiam: & iterum
n.8.vers.Quarto hinc quæritur, Pinel.in rubric.
C.de rescin.vendit.1.p.c.2.nu.18.& 19.vers.Sed
in ea sententia; Sarmient.lib.1.select.c.8.nu.13.
& n.17.vers.Ex his apparet:& iterum n.21. & in
tract.de redditib.Eccles.4.p.c.3.in princi.Men-
chac.lib.1.controu.illust.c.5.n.22. Anto. Gom.
in l.40.Taur.n.89.vers.Sed his non obstatibus,
Burg.de Paz, in proæm.leg.Taur.n.327.& cōf.
9.n.29.Molin.lib.1.c.8.n.31.& lib.3.c.3.n.27.&
lib.4.c.3.n.10.Mier.de maior.4.p.c.1.nu.15.&
initio 2.p.n.46.Matienz.in l.7.tit.7.lib.5.recop.
glos.5.n.4.& glos.7.n.8.vers.Cæterum si fæmi-
næ prohibentur, Padill.in authen.res quæ, nu.
116.C.comm.delegat.& Gregor.Lop.in l.3.tit.

35
 13.p.3.glos.magna,in q.fin. Ioann.Garc. de nobilit.glos.12.n.80.Mexia,in l.Tolet. 2.p.fundamento 17.Aluar.de coniect.mente,lib.2.c.4.n.66.Ceuall. 1.p. comm.opin. q.2.nu.85. Molin. Theolog.de iust.& iur.tom.3.c.11.nu.36. & 46. copiosissime Paz,de tenut.tom.1.c.34. nu.155. pag.435.vers.*Ordini enim successiuo,ibi: Ordini enim successiuo maioratus regularis præiudicari, nequit ex assensu primo vocatorum, etiam si simul cum eo Regius assensus interueniret, vt censet Couarr. &c. & statim prosequitur: reprobando con la mas comun y verdadera opinion, la de algunos que han hecho distincion entre el mayorazgo fundado con facultad Real, y el fundado sin ella, afirmando, que en el primero caso se puede alterar, y en el segundo no; porque esta distincion es falsa, y en qualquiera de ambos casos procede, y se deue seguir la resolucion y conclusion primera, vt ipse D.Christoual de Paz validissimè comprobata. Y no se refieren los autores de fuera del Reyno, porque en estos lugares estan referidos, y porque la materia de mayorazgos es peculiar en el.*

42 ¶ Y con lo que està dicho se responde a lo que dixeron Molin. y Padill. alegados pro contraria parte sup.n. illæ lib.1.c.8.n.34.istæ in l.vnum ex familia, §. si de falcidia, n.20. ff.de legat.2.videlicet, que los que se casan no pueden por su propia autoridad capitular, que los mayorazgos que poseen, se diuidan entre sus hijos, nisi facultas Regia ad id interuenierit quasi vellit, que con facultad Real lo pueden hazer. Porque se entiende, que lo podran hazer con facultad Real seruatis seruâdis, hoc est, quod versetur publica vtilitas principaliter, y concurren los demas requisitos necesarios. Y que hablen los dichos autores en este sentido, es llano: por-

que lo mismo auian dicho antes en la enagenacion de bienes, que no la pueden hazer los poseedores sin facultad; & tamen requieren, que para ella interuenga causa publica.

43 ¶ Iterum etiam se responde, que el caso de Molin y Padilla es muy diferente del nuestro, immo lo que ellos dicen confirma mas nuestro intento: porque en aquel caso se trata de ayudar la capitulacion matrimonial, para que los matrimonios tengan efeto (in quo publicis fauor versatur) l. i. ff. solut. matrim. ibi: *Ad sobolē procreandam replendamque liberis ciuitatem, maxime sit necessarium*: & in princip. tit. i. p. 2. & l. 9. eod. tit. & ideo nil mirum, que la facultad Real se admita y obre juntamente con la capitulacion, por la causa y fauor del matrimonio. Pero en nuestro caso se pretende lo contrario, videlicet que la facultad Real de que uso doña Maria de Salamanca, se admita y obre contra la capitulacion matrimonial, alterando y destruyendo el intento y efetos della, quod est impossibile, & ab omni iure & ratione alienum. Tum, por defeto de causa, porque no la huuo, ni la ay, a lo menos publica, ni injusta. Tum etiam, porque antes ay contraria causa, justa y publica, para q sea firme y perpetua la fe y obseruancia de la capitulacion. Tum denique, porque de derecho, semejantes pactos matrimoniales han de ser y son inuiolables, y de ninguna manera admiten reuocacion, ni mudanca, ex superius num. adductis.

44 ¶ De todo lo que hasta aqui està dicho resulta, que este negocio, y la pretension de incompatibilidad, que en el tiene don Alonso de Villarroel, no se ha de gouernar, ni considerar por las clausulas que puso doña Maria de Salamanca, que hasta aora se han tenido por legitimas,

mas, sino solo por la escritura de la dicha capitulacion, en quanto al mayorazgo de Salamāca, que es su fundacion verdadera; y en quanto al de Horozco, por la clausula del, que se refirio en el principio desta informacion.

45 ¶ Y consideradas las dichas clausulas, no ay, ni se hallará en ellas fundamento alguno para la pretension de la dicha incompatibilidad.

¶ Porque en quanto al mayorazgo de Salamanca (que llaman de Villarroel) no ay clausula alguna que se pueda ponderar para este intéro, sino solo la que está en la escritura de la capitulacion matrimonial, que comienza: *Item, que en caso que los dichos mayorazgos, &c.* memor. fol.

In compatibilidad

y esta clausula solamente contiene y determina el caso de venir a juntarse los dos mayorazgos de Salamanca y Villarroel, en algun decendiente de qualquiera de ambas casas, por no quedar decendencia de la otra: y lo que se dispone en este caso es, que si se juntaffen en decendiente de la casa de Salamanca, entonces el hijo segundo tomasse el apellido y armas de Villarroel, quedando en el mayor el mayorazgo de Salamanca, y su apellido y armas; por manera que lo que asi se capituló, y todo lo que la clausula contiene, no es mas que la diuision de los dos mayorazgos, en los casos en que se viniessen a jutar: pero respecto de otros mayorazgos diferentes, no ay, ni se capituló prohibición de junta, ni precepto de diuision, ni de apellido, ni armas que la induzga: y supuesto, que el caso que oy ha sucedido no es el desta clausula, bien se sigue que no ay razon de incompatibilidad, porque no ay precepto de apellido, ni armas, ni otro alguno que impida la junta deste mayorazgo de Salamanca, con otro que tenga qualesquier calidades, como no sea el de Villarroel,

rruel, en el caso en que la dicha clausula habla,
vt ex ipsa videri potest. Et hoc clarius patet, tñ,
quia quando casus contingit præter ordinata in
dispositione, non comprehenditur in ea, aun-
que la razon de disponer en aquel caso, fuese
la mesma, o mayor, vt probat Cinus, in l. quod
fauore, C. de legibus, & cum eo Molin. lib. 1. c. 4.
n. 2. & 3. & ex Bart. tradit Mandel. Albenf. conf.
596. n. 4. & 5. ibi: *Quia qualibet dispositio testatoris
debet intelligi, vt procedat si verificatur casus quem
presupponit testator debere verificari, & debet disposi-
tio secundum euentum talis casus limitari, & modera-
ri, l. quo loco, §. 1. & ibi Bart. ff. de regul. iur. & la-
tius Bart. in l. quoties, §. si duo, nu. 4. & 5. de hæ-
red. instit. & c.*

46 ¶ Cum etiam, quia licet in conditionibus
necessarijs ex ratione dispositionis, & mente
disponentis admittatur extensio de casu ad ca-
sum, vt per Bartol. in l. Gallus, §. & quid si tan-
tum, num. 3. & Alciatum, num. 38. ff. de liber. &
posthu. Menoch. præsumptione 185. num. 6.
lib. 4. Simon de Prætis, de interpretat. vltim. vo-
lunt. lib. 1. interpretatione 2. dub. 2. solution. 14.
num. 37. Tamen en las voluntarias (como lo es
el precepto de apellido y armas, & similia) en
ninguna manera se admite, ni se puede hazer
extension de vna persona, ni de vn caso a otro,
etiam ob parem, vel maiorem rationem, sino
que se restringen al caso dispuesto, & specificè
sunt adimplenda, l. Mauius, l. qui hæredi, ff. de
condit. & demonstrat. Bart. vbi proximè, &
ibi Ias. num. 27. Deci. conf. 89. num. 2. & conf.
218. num. 11. Menoch. conf. 244. num. 24. Cra-
uet. conf. 344. num. 14. Casanat. (qui plures re-
fert) conf. 4. numero 46. cum alijs sequenti-
bus.

47 ¶ Y en terminos, q̃ el grauamé y precep-
to

to voluntario de nombre y armas pueſto a vna
 perſona, o en vn caſo, no ſe eſtienda a otras per
 ſonas, ni caſos, probant optimé Socinus ſenior,
 conf. 259. n. 3. lib. 2. ibi: *Sed in caſu noſtro conditio ſi
 voluerit aſſumere cognomen, & arma, eſt omnino vo
 luntaria ad ſubſtitutionem igitur facta in vno caſu, nō
 debet extendi ad alium caſum, &c.* Roland. à Vall.
 conf. 59. n. 59. lib. 3. Nata conf. 678. nu. 38. lib. 4.
 Tiber. Decia. conf. 4. per totum, lib. 2. Franciſc.
 de Ponte, conf. 4. n. 50. cū ſeqq. Theſaur. deciſ.
 270. n. 3. verſ. & talis conditio, quī ſubdit ratio
 nem, quod licet conditio aſſumendi nomen, &
 arma ſit fauorabiliter accipienda, cum ſit vtilis
 reipublicæ ad conſeruandas familias, tamē hoc
 non procedit vbi tractaretur de pœna priua
 tionis inducenda, Molin. lib. 2. cap. 14. n. 46. ibi:
*quod pœnam priuationis aduerſus ſucceſſores, huiusmo
 di præceptum non implentes maximo adhibito tempera
 mento procedunt eſſe, cum nonniſi in caſibus à iure ex
 preſſis inducenda ſit,* Peregrin. conf. 70. n. 20. & 21.
 lib. 3. el qual reprueua a Mier. que tuuo lo con
 trario, 2. p. q. 4. illat. 8. n. 10. & iterū le reprueua,
 conf. 57. n. 18. lib. 4.

48 ¶ Tūm & tertio, porque en los contratos
 (como lo es la dicha capitulaciō matrimonial)
 procede lo que eſtá dicho mas ſin duda, porq̃
 ſon de eſtrecha naturaleza, y no ſe puede exce
 der de lo que preciſamente importan ſus pala
 bras, vt in l. quidquid aſtringendæ, ff. de verbor.
 oblig. vbi laſ. notabili. 1. ſignat illum textum ad
 hoc, quod in contractibus quidquid eſt ommiſ
 ſum verbis habetur pro ommiſſo, Bald. in l. eū
 qui, C. ſi certum petatur, dicens, quod verba
 contractus ſunt forma ipſius, cui nihil addi po
 teſt, late Mantie. lib. 2. de tacit. & ambig. conuē.
 tit. 5. n. 4. cum ſeqq. Nata, conf. 678. num. 26. &
 28. lib. 4.

49 ¶ Tùm el quarto, porque la dicha clausu-
la entra disponiendo condicionalmente, ibi: q̄
si fuere la casa en quien quedare la del dicho Regidor
Salamanca, &c donde la dición, si, junta con el
verbo, fuere, que es futuri temporis, importa
condicion precisa, l. 1. vbi DD. ff. de condit. &
demonstrat. l. quibus diebus, §. quidam Titio,
ibi: si mater mea moritur, l. demonstratio falsa, ibi:
si negotia mea curauerit, ff. eod. tit. latē Augustinus
Barbos. in tractatu de dictionibus, dict. 313. y
assi es mas forçosa la restriccion a solo el caso
expressado: porque las disposiciones condicio-
nales siempre se han de entender y cumplir in
especifica forma, d. l. Mæuius, & d. l. qui hæredi,
tit. de condit. & demonstrat.

50 ¶ Tùm & quinto, porq̄ de auerse expref-
sado, y determinado solamente el caso de jun-
tarse los dos mayorazgos en la casa de Salama-
ca, y no en la casa de Villarroel, ni en otra algu-
na, resulta, que la junta que se prohibio en el di-
cho caso expressado quedò permitida en todos
los demas: nā quod in vno negatur, in alio per-
mittitur, vt in l. maritus, C. de procurat. per que
iura dixit Alexan. conf. 158. num. 9. vers. quinto
quia, libro 6. quod prouisio facta in vno casu,
in cæteris videtur admittere contrariam dispo-
sitionem, sequitur Surdus, conf. 294. numer. 8.
lib. 2. Bon. les. Boim. 113. n. 2.

51 ¶ Tùm, & sexto, porque la razon verda-
dera porque en el caso referido se hizo la diui-
sion de los dos mayorazgos, dando el de Villa-
arroel al hijo segundo, no fue para conseruar el
apellido, ni armas del mayorazgo de Salaman-
ca, sino para conseruar el de Villarroel: porque
bien se dexaua y dexa entender, que el descen-
diente de la casa de Salamanca en quien se con-
siderò la junta en el caso voluntario de apelli-
do

do y armas, auia de vsar de las de aquella familia cuyo era el mayorazgo; y assi fue necessario preuenir en este caso la diuision del mayorazgo de Villarroel en el hijo segundo, considerando mas desembaraçado y capaz para el apellido y armas de Villarroel. Por manera, que en esto solo se considera la conseruació del dicho mayorazgo de Villarroel, y no se tuuo atenció alguna al mayorazgo de Salamanca (que es el deste pleyto) porque en semejantes disposiciones siempre se juzga por causa final la conseruacion del mayorazgo que se dá al hijo segundo, que fue el concepto que hizo Ripa, in rub. C. de secund. nupt. n. 8. & in eodem casu Alciat. respons. 10 i. lib. 9. & in casu simili Nat. cõf. 676. n. 4. Roland. á Vall. conf. 58. nu. 8. lib. 3. Mier. 2. p. q. 4. illat. 8. n. 25.

52 ¶ Tum denique, porque no solo fue limitado y especial el caso que se expressò, sino también lo fue la causa de la disposicion, videlicet, la conseruacion del apellido y mayorazgo de Villarroel (vt proximè dictum est) y auiendo-se considerado este intento limitadamente, no se puede sacar del argumento de precepto, que cause incompatibilidad en el mayorazgo de Salamanca, respeto de otros mayorazgos; porque la razon de la dicha incompatibilidad solo nace del de Villarroel, & propterea limitata causa, limitatum producit effectum, vt in l. in agris. ff. de acquir. rer. dom. l. age, cum Geminiano, vbi Bald. Salice. alij DD. C. de transact. Alex. conf. 128. n. 4. lib. 1. latè Tiraq. de cessante caul. i. p. num. 147.

53 ¶ Ex superioribus consequitur, que en la fundacion del mayorazgo de Salamanca no ay clausula, ni precepto, que en el caso de que oy se trata cause, ni puede causar incompatibilidad,

dad, ni impida la junta con otro qualquier mayorazgo, que tenga qualesquier clausulas, o preceptos; porque en el dicho caso, y en todos los demas, fuera de ser la junta con el mayorazgo de Villarroel, no obliga el de Salamanca a apellido, ni armas, ni tiene condicion, ni clausula por donde no se pueda poseer juntamente con otro mayorazgo, aunque tenga condicion, o precepto de apellido y armas, solas y sin otra mezcla alguna: y esto se echa de ver claramente, en que hasta aora el poseedor del dicho mayorazgo de Salamanca nunca ha usado, ni usa, ni tiene necesidad alguna de usar del dicho apellido y armas de Salamanca, ni se le puede quitar por no usar del; y menos tiene obligacion, ni necesidad de usar del apellido y armas de Villarroel, por no ser este el mayorazgo de Villarroel, como falsamente se ha presupuesto y pretendido hasta aqui por la parte contraria y sus Abogados, y porque no se deuen guardar las condiciones de la escritura de doña Maria de Salamanca, en que han fundado todo su intento, vt superius laté, & euidenter probauimus.

54 ¶ Y en quanto al mayorazgo de Horozco, tampoco ay, ni resulta para el caso de que oy se trata, fundamento alguno de incompatibilidad, de la clausula que está referida en el principio desta informacion.

¶ Porque la dicha clausula contiene dos partes y casos diferentes. El primero, ordenar que Rodrigo de Horozco, hijo varón del fundador, primero llamado, y los demas descendientes y sucesores por linea de varon, tuuiesse obligacion de tomar y traer el apellido y armas de Horozco, y no otras algunas, vt patet ex ipsa clausula, ibi: *Otro si, que assi el dicho Rodrigo de Horozco, como los otros herederos que buuiesse de suceder en*
el

el dicho mayorazgo, para siempre jamás sean obligados de traer y tomar el apellido y armas de Horozco, y no otras algunas, y que en otra manera no puedan heredar el dicho mayorazgo, salvo que passe al otro, o otros que sucesiuamente lo ouieren de auer, tomando las dichas armas y apellido, &c.

¶ El segundo caso entra luego consecutivamente, ibi: *E si por ventura el dicho mayorazgo ouiere de heredar hya alguna, que el hijo mayor, o sija q el dicho mayorazgo ouiere de heredar, tome las dichas armas y apellido, no embargante que su padre tēga otro apellido y armas.*

¶ La razon de diferencia entre estos dos casos, es evidente por muchas consideraciones.

55 ¶ La primera, porque el fundador mismo hizo la distincion, y dispuso discretiuamente, vt ex contextu clausulæ patet in verbis proxime relatis; y assi se ha de juzgar que los casos son distintos, y que la prouision de cada vno es especial, y que no se ha de juntar lo dispuesto en el vno, con lo q está dispuesto en el otro, l. cohæredi, §. qui discretas, ff. de vulg. cum similibus, melior textus, in l. facto, §. item quæro, eodem titu. ibi: *Et magis est in vtroque tempus suum separatim seruari, & in l. æquissimum, §. si prius, ff. de bonorum posses secūd. tab. ibi: Nec sibi iunguntur, cum ad suam quisque causam substitutus sit, & in auth. hoc amplius, C. de fideicom. ibi: Prout quisque prior nominatus est, & est celebris doctrina Bald. in l. in multis, ff. de stat. homin. & quod nunquam vnum includatur sub alio, vbi de vtroque separatim disponitur, probatur optimè in l. cum ex filio, §. 1. ff. de vulgar. vbi Bart. Paulus, & alij DD. Hieron. Gabr. conf. 95. n. 7. lib. 1.*

56 La segunda, porque en el primer caso de continuarse la sucesion por linea de varon, antes

tes de llegar a hembra, huuo causa justa y precisa para disponer, que el suceso tomasse y traxesse el apellido y armas de Horozco, sin otra mezcla alguna, por ser el legitimo y natural apellido de su misma familia, y el que principalmente se devia conseruar, aunque fuesse sin la obligacion del mayorazgo: *secus autem*, es en el segundo caso, porque auiendo llegado el mayorazgo a hembra, de alli adelante la agnacion verdadera se pierde, y los hijos prosiguen y continuan precisamente la de su padre, y ascendientes varones; y como en este caso no era decente obligar a que negassen su propria agnacion, y dexassen su nombre y armas, indecens enim est dimittere nomen, & arma propriae familiae, secundum Alberic. in proœm. ff. ver. §. discipuli, Nat. conf. 676. n. 41. lib. 4. ibi: *Et conueniens non erat, quod ratione varoniae despes, & aliorum Castriorum de Alfabarim, deberet referre cognomen, & arma in totum ipsius domus*, Roland. (qui eadẽ verba transcribit) conf. 58. n. 8. lib. 3. Ideo en este segundo caso no hizo el fundador disposicion tan precisa como en el primero, sino que se contentò con disponer simpliciter, que se traxesse su apellido y armas, permitiendo las ð ambas familias (vt statim dicem⁹) y esta prudente consideracion se ha de entender que fue la que le mouio, vt in l. Lutius, la segunda, ff. de hered. instit. ibi: *Nam prudens consilium testantis animaduertitur, & cum alijs tradit Mantic. de coniect. lib. 3. tit. 2. n. 5.*

57 ¶ La tercera, porque esto se haze mas claro con yna razon viua, ea scilicet: porque assi como la nobleza que les viene a los hijos de parte de su padre, se acrecienta y califica con la nobleza de parte de madre, vt in l. 3. titulo 21. pat. 2. à qua hoc deducit Padilla, in l. naturalis,

turalis, in prin. n. 7. vers. unde in Castellano hoc principatu. ff. de praescript. verb. assi tambien el juntar con el nombre y armas de padre noble, o otro nombre y armas de madre tambien noble, no solo no detrae a la familia del padre, ni la de la madre se escurece, antes ambas se engraden, y hazen mas ilustres, vt pulchré probat Ioseph. de Rustic. in comment. ad l. cum auus, ff. de condit. & demonstrat. lib. 3. c. 1. nu. 101. his verbis: *Tamen paterne nobilitati si materna etiam aduceatur, ipsa paterna nobilitas splendor, illustrior, clariorque redditur ignobilitas autem minus obscura minusque abiecta propter matris nobilitatem. Et propterea hoc ita prudenter animaduersum fuisse, huius maioratus fundatorem credendum est.*

58. ¶ La quarta, porque las mismas palabras de que el dicho fundador uso en el vn caso y en el otro, muestran y persuaden literalmente esta diferencia: porque en el dicho primero caso dixo, que fuesen obligados a tomar y traer el apellido y armas de Horozco, y no otras algunas, y q̄ de otra manera no pudiesen heredar el mayorazgo. Y en segundo caso solo dixo simpliciter, que el hijo mayor, o fija que el dicho mayorazgo ouiere de heredar, tome las dichas armas y apellido, no embargante que su padre tenga otro apellido y armas. Por manera que aqui no repitio la calidad de que fuesen solas las armas y apellido de Horozco, y sin mezcla de otras: ni tampoco aquellas palabras: y que de otra manera no puedan heredar, &c. Y de la misma manera que es cierto y llano de derecho, que el precepto y grauamen en que el testador o fundador manda que los sucesores tomen solo su nombre y armas, es justo y se ha de cumplir, vt in l. facta. §. in dada. ff. ad Trebel. in l. hoc iure, §. fin. ff. de donat. & vtrobique DD. Socin. in l. quibus diebus, §. termilius, col. 3. ff. de cond. & de-

Car. ill. lib. 5. c. 178. n. 5.

demonstrat. Molin. l. 2. c. 14. nu. 10. Mier. 4. part. q. 4. illat. 8. n. 1. Thesaur. decis. 270. n. 1. Peregri. de fideicommiss. art. 11. nu. 121. Afsi tambien lo es, que quando no se dispone, y manda que el nombre y armas se traygan solos sin otra mezcla, pueden los sucesores, trayendo el nombre y armas del fundador, juntar y traer afsi mismo otro nombre y armas, y tener y posseder dos o mas mayorazgos que tengan este precepto, y traer juntas las armas de los fundadores, vt reiecta opinione Anan. conf. 86. num. 2. probat in terminis Molin. d. lib. 2. c. 14. nu. 30. & 31. dicens generali Hispaniæ consuetudine hucusque sic obseruantur fuisse, Mier. d. 2. p. q. 4. illat. 8. nu. 6. Thesaur. d. decis. 270. n. 9. & 13. Francisc. de Ponte, conf. 4. n. 1. & n. 6. dicens iustam esse decisionem, & practicam á Molina relatam, quod & probat alter Molin. de iust. & iur. tom. 3. disput. 615. n. 6. vers. vtrum autem.

59 ¶ De donde resulta, que en este segundo caso (que es el de nuestro pleito) no puede auer incompatibilidad, porque el mayorazgo llegò a hembra, que fue doña Maria de Horozco madre de ambas partes, y por su muerte sucedio en el don Francisco de Horozo como su hijo mayor: y afsi en quanto a la dicha obligacion, y precepto de apellido y armas, no esta en la primera parte, o caso de la dicha clausula, sino en el segundo, ibi: *Que el hijo mayor, o fija que el dicho mayorazgo ouiere de heredar*: y en este segundo caso se ha de considerar la calidad que tiene el precepto, y no la que tiene en el primero.

60 ¶ Et his non obstat dicere, que el fundador en este mismo caso usó de la palabra, *dicha*, ibi: *las dichas armas*, que es relativa, y se ha de referir a lo precedente con las mismas calidades, vt in l. affe toto. ff. de hered. inst. cum mille alijs

alijs vulgatis, y assi se ha de tener por repetida²⁵
por la prohibicion de la junta, y la calidad de q
el apellido y armas sean solos, y sin mezcla al-
guna.

61. ¶ Porque se responde. Lo primero, q quan-
do la palabra, o dicio relatiua, cae sobre lo mis-
mo que se pretende repetir, entonces podra o-
brar repeticion en los casos en que el derecho
la admitiere, verbi gratia, si en este caso en que
se quieren repetir de vn caso a otro las condicio-
nes, o calidades del preceto de apellido y ar-
mas, dixesse la clausula, con las dichas calida-
des, o condiciones, o otras palabras semejates.
Tunc enim obraria la palabra, *dichas*, relacion y
repeticion de las mismas condiciones. Pero qua-
do no se haze la relacion en esta forma, ni cae
sobre la calidad que se pretende repetir, sino so-
lamente sobre la disposicion que se puede con-
siderar, separada de aquella calidad, tunc rela-
tio circa qualitatem non operatur, nec eius re-
petitionem potest inducere, y esto vltimo es lo
literal deste caso: porque no dize la clausula, *cō*
las dichas calidades, o condiciones, sino, *tome las di-*
chas armas y apellido, cayendo la relacion sobre
el apellido y armas solamente, que se puede y
deue considerar separatim & simpliciter.

62. ¶ Secundo respondetur, que regularmen-
te, & ex veriori sententia, no se admite repeti-
cion de calidades de vn caso a otro, y mucho
menos se admite en el preceto de nombre y ar-
mas, vt in terminis ex sententia multorum pro-
babimus, num. 47.

63. ¶ Tertio respondetur, que quando ay di-
uersidad de casos (como la que esta considera-
da en la dicha clausula) no se repite la calidad,
quia mutatio casus facit diuersam dispositio-
nem, Abb. conf. 78. vers. Si enim volumus, lib. 2.

N

Parisi.

Parisi. conf. 38. n. 26. lib. 2. Alex. conf. 66. num. 6. lib. 3.

64 ¶ Quarto se responde, que el llamamiento de los hijos mayores es fauorable, y su exclusion odiosa, & in materia fauorabili relatio non fit ad illud, per quod restringeretur fauor. Ruinus, conf. 42. n. 5. & 15. lib. 1. Menoch. conf. 81. n. 82. & conf. 130. n. 13. Y si la relacion en este caso huiera de obrar repeticion de las calidades odiosas y rigurosas del preceto, primogenitorũ fauor, & ius penitus subuerteretur.

65 ¶ Quinto & vltimo responderetur, que conforme a derecho, y a la naturaleza regular de los mayorazgos, debet præualere relatio quæ reducitur ad ius commune, & ad regulam quæ adest pro primogenito, l. fi. §. Titius, ff. de vulg. Bart. in l. i. col. penult. ff. de condit. inst. Decius, conf. 3. n. 5. Albenf. conf. 24. n. 9. Menoch. conf. 191. n. 21. & 23.

66 ¶ Pero quando, sin perjuyzio de la verdad se conceda, que la dicha clausula del mayorazgo de Horozco, asì en el vn caso como en el otro, tenga el preceto de armas y apellido, con la calidad de que sea solo y sin mezcla de otro, es aduertencia muy sustancial, que este grauamen y preceto no obra en fuerça de condiciõ, sino en fuerça de modo, como es regular, y recibido en los mayorazgos de España, teste Molin. lib. 2. c. 14. n. 12. sequitur alter Molin. tom. 3. de iust. & iur. disput. 615. n. 3. vers. Vt tamen; & est optima decisio Rotæ 39. in 1. p. la qual hablando en estos mismos terminos, resuelue, que el grauamen de nombre y armas, importa modo y no condicion, ex eo quod impleri debet post emolumentum quæsitum: y en el n. 2. dize con Bart. in l. quibus diebus, §. termilius, y otros muchos, que procede aunque el testador le lla-

labell. §. grauamen. n. 18 me
vendic. Quia grauamen. Forne
de Mayorazgos. p. 2. q. 33. n. 49 et q. 52. an. 3.

Vid. sup. + 214 n. 28.
et + 324. 3^a n. 97.



me condicion y en el n. 5. dize, quod vbi verba essent dubia potius sunt interpretanda, vt importent modum, quam cōditionem, cum Bart. & communi, in l. cum mota, C. de transact. y en el n. 9. dize elegantemente; quod subiecta materia oneris impositi, idem suadet: porque el traer el nombre y armas, tiene tracto sucesiuo, y no es verisimil, que el testador quiso que su herencia estuiesse in suspenso, como lo estuiera, si el grauamen importara condicion, vsq; ad extremum vitæ spiritum; y esta decision de Rota refiere y sigue Leand. Galganet. de cōdi. & demonstr. 2. p. c. 6. q. 3. n. 4. & 5.

67 ¶ Y de ser este preceto modo y no condicion se sigue, que el no cumplirlo no suspende, ni impide la adquisicion, y que por esto el sucesor no puede ser priuado, sin ser primero requerido y vencido, vt in terminis huius grauaminis nomini, & armorum, probant Paul. conf. 397. n. 2. in fin. vers. De illo verò, lib. 1. Burg. de Paz, in proem. leg. Taur. n. 25. Molin. lib. 2. c. 14. n. 3. & 23. vers. Sed quamuis, Aluarad. de coniect. ment. defunct. lib. 1. c. 2. §. 1. nu. 23. Pater Molin. tom. 3. disput. 615. n. 4.

68 ¶ Rursus, de no impedirse la adquisicion resulta, que don Alonso de Villarroel in omne euentum està excludo, y no se puede introducir en ninguno de stos dos mayorazgos, porque si don Francisco de Horozco pudo cumplir el preceto del mayorazgo de Horozco, por no auerle causado, ni causarle impedimento alguno el de Salamanca (vt superius probauimus) llano està que no tiene don Alonso derecho. Y si no pudo cumplir don Francisco, y por no cumplir perdiola sucesion despues de adquirida: tampoco puede suceder el dicho don Alonso, porq no es siguiente en grado sino doña Luyfa de

*Vid. supra 220
n. 44.*

de Horozco, hija del dicho don Frãisco, quod
pulchrè probat Molin. d. lib. 2. c. 14. nu. 12. his
verbis: *Ideoque nulli dubium est, quod ante huius gra-*
uaminis implementum maioratus successor dominium,
& possessionē rerum maioratus adquirat, quamuis ex
post facto possit ad huiusmodi observationē adstringi,
alias autem maioratus successione, ex non ad implemē-
to priuari.

69 Sed adhuc, para conuencer mas a don Aló
só de Villarroel, demos que estos dos mayoraz-
gos de Horozco y Salamanca son incompati-
bles (lo qual no es así.) Demos tambien, que
el precepto de nombre y armas del mayoraz-
go de Horozco, importa condicion suspensiva
que impide la adquisiciō (quod satis est absur-
dum.) Demos tambien, que don Francisco de
Horozco fuesse apremiado a elegir y aceptar
vno de los dos, y dexar el otro, que es lo que
contienen los pedimientos de don Alonso en
este pleyto, reconociendo, que en el caso de
incompatibilidad tiene el poseedor por todo
derecho, facultad de optar y escoger, & probat
Oldradus, conf. 165. Ancharranus, conf. 59.
Oged. de incompatibilitat. benef. r. p. c. 17. n.
40. vers. His tamen non obstantibus, Rota, de-
cis. 484. n. 1. in 1. p. & in proprio casu Molin. d.
lib. 2. c. 14. n. 26. & 27. & probatur, in l. 7. tit. 5.
lib. 5. recop. Quando todos estos imposibles
se verificaran, no tiene justicia el dicho dō Aló-
so, porque eligiendo don Francisco el vno de
los dichos dos mayorazgos, el otro passará y á
passado en la dicha doña Luyfa su hija, como si-
guiente en grado, y no en el hermano segun-
do, que no tiene en este caso derecho, ni llama-
miento, vt in terminis probant Francisc. de Pó-
re, conf. 4. n. 66. 67. & 68. Tiber. Decianus, res-
pons. 7. n. 71 lib. 1. nam vbi primo vocatus cō-
ditio-

Vid. sup. f. 212 n.
22.

ditionibus nō parer, vel aliās excluditur propter contrauentionem succedit filius contrauentientis, vt probant Tell. Fernād. in l. 27. Taur. n. 10. Mier. 2 p. q. 4. illat. 8. n. 22. Matienç. in l. 11. tit. 6. lib. 5. recop. glos. 4. n. 9. & ibi Angul. glos. 6. n. 6. cum seqq. Dom. Castill. lib. 3. controuerf. q. 15. n. fin. col. penult. in fine, & idem antea censuit. eleganter Parisius, conf. 20. n. 7. & 13. lib. 3.

70 ¶ Y esto es en tanto grado cierto, que aū en los terminos de la dicha l. 7. titu. 5. lib. 5. recop. sin embargo de que en ella está dispuesto, que en la junta de mayorazgos que allí se prohíbe, suceda el hijo mayor tan solamente en el vno, y en el otro el hijo, o hija segundo: tamē esto se ha de entender no auiendo hijo, o hija descendiente del hijo mayor, en quien se pueda hazer la diuision, & id constar ex seqq.

71 ¶ Lo primero, porque lo cierto y regular en la sucefsion de los mayorazgos, es, que auiedo persona de la linea del hijo mayor que sea incapaz de suceder, no puede passar la sucefsiō al hijo segundo, vt docet Paulus, conf. 164. n. 5. lib. 2. Præposit. in c. 1. n. 10. ad finē, de fœud. March. Covarr. pract. c. 38. n. 6. ante contextū l. Taur. Molin. lib. 3. c. 6. n. 21. Ioann. Gut. lib. 3. pract. q. 67. n. 19.

72 ¶ Lo segundo, porque la ley correctoria se ha de entender, vt minus lædat ius commune, quo ad fieri possit, vt in l. 2. C. de noxal. c. cum dilectus, vbi Anton. de Butr. de consuetud. Roman. conf. 197. n. 2. Surd. decis. 43. n. 6. & decis. 167. n. 17. dicens statutum debere limitari existentibus, ne potibus, vt minus lædat, Ioseph. Cuma. in c. si aliquem, de succes. fœud. verbo, antiquis, nu. 312. y desta suerte corrige menos la dicha ley 7. y es menor el perjuizio de la linea del hijo mayor.

73 ¶ Lo tercero, porque la ley nueva recibe interpretacion del derecho comun aunque sea correctoria, vt probant Paulus, Alex. Iass & alij DD. in l. fin. §. in cōputatione, C. de iur. delib. dicit communem Curt. iun. conf. 7 nu. 8. Surd. (qui plures refert) conf. 4. n. 49. & decis. 282. n. 24. Y siendo de derecho, que los hijos y descendientes del hijo mayor precedan al hijo segundo, conforme a esto se ha de entender la disposicion de la dicha ley 7.

74 ¶ Lo quarto, porque el intento della fue hazer diuision, y euitar la confusion de las casas y mayorazgos, el qual intento se sigue, haziendose, como se puede hazer la diuision en los hijos y descendientes del hijo mayor, y basta seguirse el intento de la ley nam lex, & legis mens, idem sunt Dynus, in c. fin. n. fin. de reg. iur. lib. 6. Surd. decis. 43. n. 8.

75 ¶ Lo quinto, porque el llamamiento del hijo segundo se ha de entender no teniendo hijos el hijo mayor, sub intellecta conditione si sine liberis, iuxta textum in l. cum auus, ff. de cōdit. & demonstr. l. cum acutissimi, C. de fideicom.

76 ¶ Lo sexto y vltimo, porque este caso y competencia entre el hijo o hija del hijo mayor que se halla nacido, o concebido, quando la sucesion del vltimo mayorazgo se defiere, y el hermano segundo del hijo mayor no está expressamente decidido por la dicha l. 7. y estado omitido queda en la disposicion de derecho, vt in l. commodissimé, ff. de lib. & posth. & in l. si extraneus, ff. de cōdict. ob caus. Tiraq. de iur. primog. q. 40. n. 190. Surd. conf. 313. n. 15.

77 ¶ Pero quando en los terminos de la dicha l. 7. tuuielle lo que está dicho alguna duda, en nuestro caso no la ay, porque son terminos
muy

muy diuersos, aduirtiendole que en la l. 7. ay llamamiento expreso de hijo segundo, y en el caso deste pleyto no ay tal llamamiento, quitadas las clausulas de la escritura de doña Maria de Salamanca adonde le auia, solo ay el precepto de apellido y armas en el mayorazgo de Horozco, q̄ (como arriba està aduertido) no obra ni causa incompatibilidad.

78 ¶ A lo qual se añade, que hasta oy no ha llegado el caso della, ni de la contrauencion; porque en el mayorazgo de Salamanca no la puede causar el apellido y armas de Villarroel, pues no ay obligacion de traerlo, y es engaño auerlo pensado así: y tampoco ha auido ni ay contrauencion por el apellido y armas de Salamanca: porq̄ cōforme a su fundaciō verdadera, no ay precepto que en este caso obligue a tomarlas, ni traerlas, y así ni se han tomado, ni se han traído, y esto es llano y sin duda por el pleito. Consequitur ergo euidenter, que quando llegó el caso de deterirse el dicho mayorazgo de Horozco no pudo hazer ni hizo embaraço, ni impedimento a la adquisicion del mayorazgo de Salamanca que antes estaua adquirido, ni aora tampoco lo haze, para que don Francisco no los pueda (si quiere) poseer ambos juntos, y mucho menos lo hara poseyendo el vno de ellos su hija.

79 ¶ Y porque el abogado que ha criado y defendido este pleyto por parte de don Francisco ha escrito, fundando su justicia doctamente, y cō singular ingenio, y prudencia, detengo el discurso a estas consideraciones, que aunque en cada vna dellas se pudieran dezir mas dilatados fundamentos los que estan dichos, parece que bastan, para que dado a entender el hecho verdadero deste negocio (como oy lo està)

no

no se duda de la clara y llana justicia que en el
tiene don Francisco de Horozco: y tampoco se
duda de que el derecho y pretension de don A-
lonso carece de todo fundamento, tanto mas
para juyzio y remedio de possession (como es-
te lo es) el qual no compete ni a lugar en casos
semejantes, sino que se han de discutir y deter-
minar en juyzio ordinario de propiedad, sin
inquietar ni despojar al poseedor hasta tener-
le legitimamente conuencido, vt in terminis
post disputationē resoluit Dom. Paz, de tenut.
tom. 1. c. 36. per totum, præcipue ex n. 11. verſ.
Sed quamuis.

Ex quibus esperamos que se ha de reuocar
la sentencia de vista, y determinar este pleyto
conforme a la pretension de don Francisco.
Salua in omnibus, &c.

El Licenciado Bermudez
de Castro.