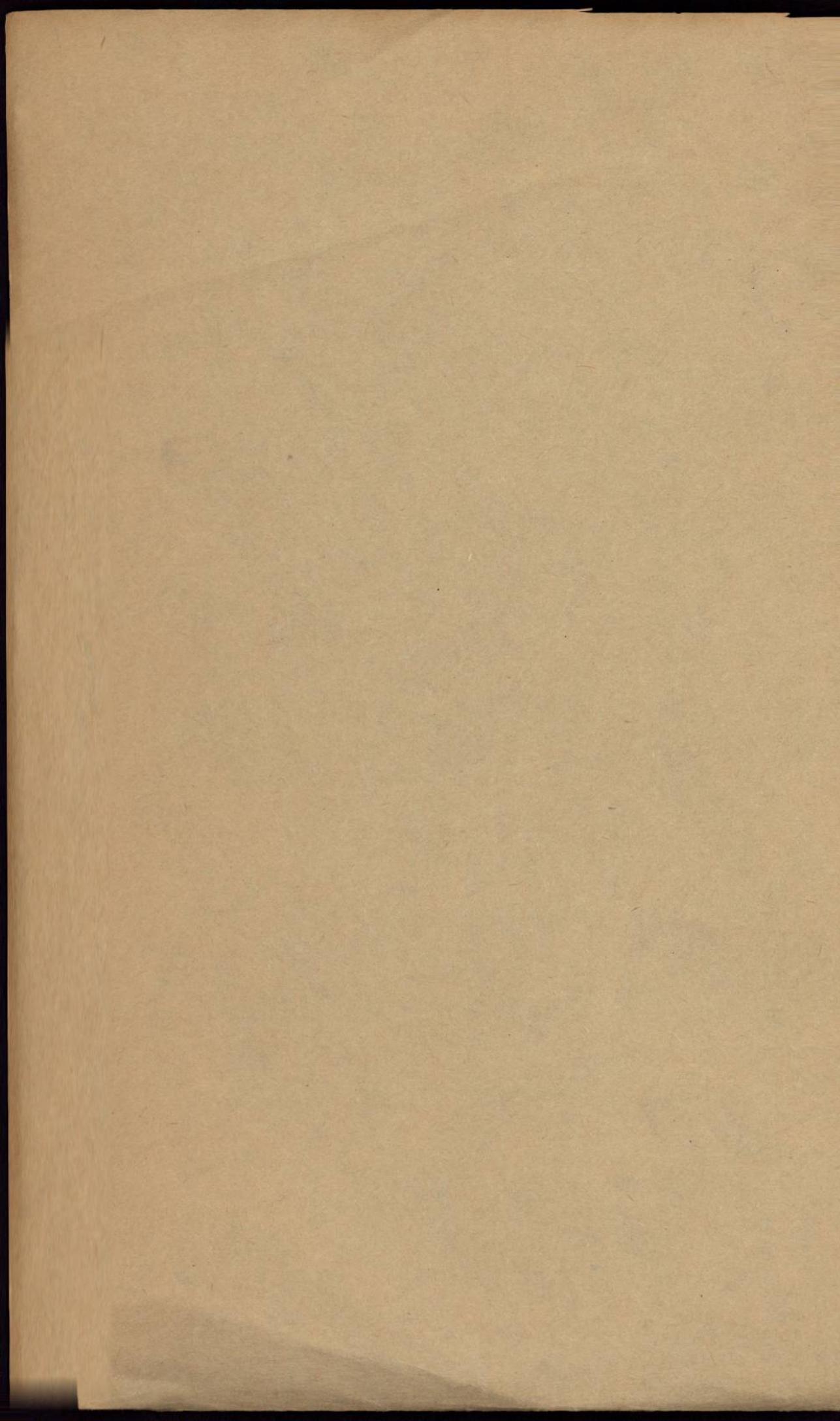
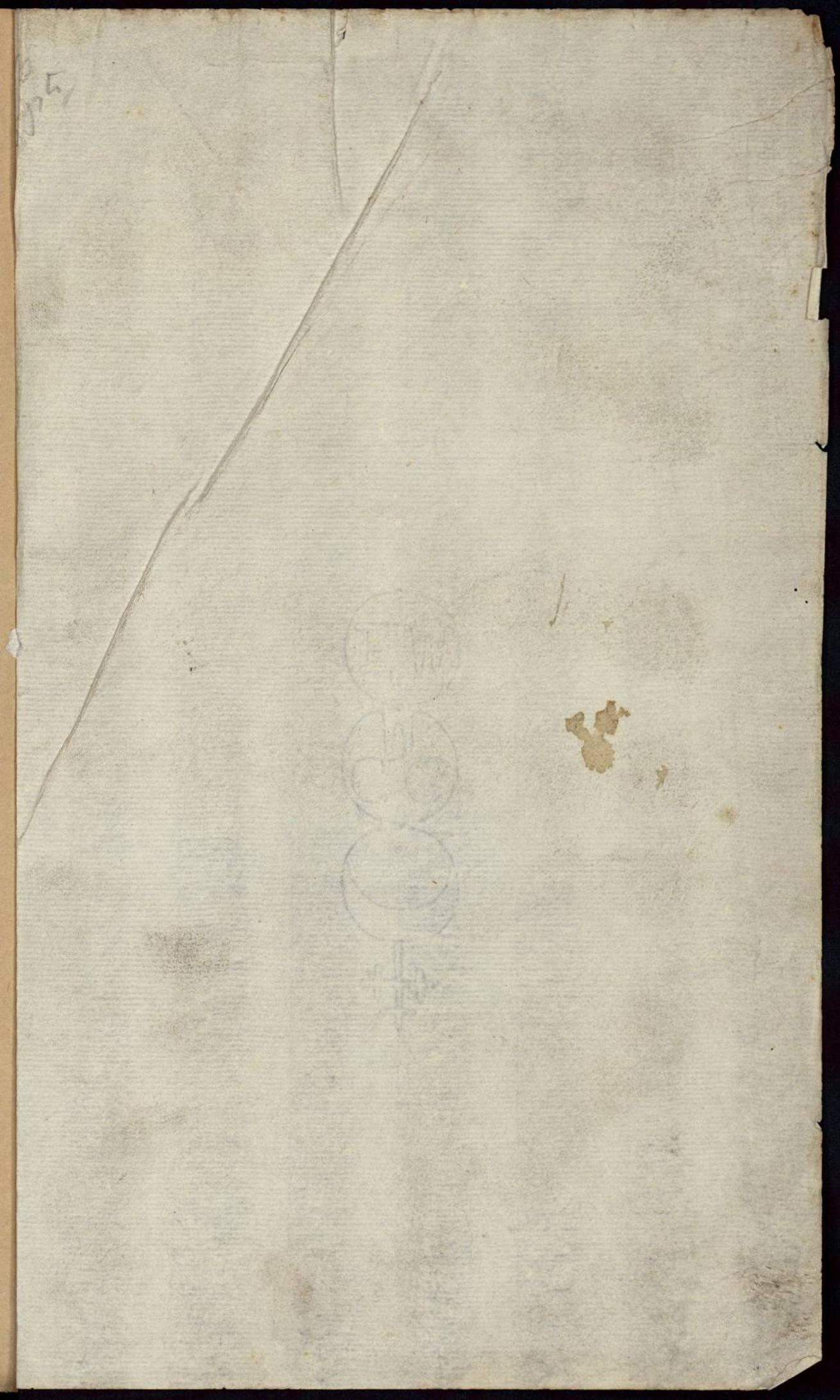


B
A
S
I
C
P
R











•

Res Cat A
876 POR

(S) * (S)

P O R EL EXC^{MO.} S^{R.} D. LVIS

FERNANDEZ DE CORDOVA PONZE
de Leon y Montemayor, Señor de Fuen-Real , de el
Consejo de su Magestad en el Real de Guerra, y
Capitan General de la Provincia de Guy-
puzcoa (43)

EN EL PLEYTO,

QUE PRINCIPIÒ CON LA EXCma. SEÑORA
Doña Ana de Toledo Portugal y Cordova , Condesa
de Oropesa , mujer legítima de el Exclentissimo
Señor Don Andrès Luis Fernandez Pacheco , Conde
de San Estevan de Gormaz , y Castañeda ; y continua
con el Curador ad litem de la Excelentissima Señora
Doña Maria Ana Fernandez Pacheco Portugal
y Cordova, Condessa de Oropesa Menor,
hija de los susodichos.

(47)

S O B R E

LA PROPIEDAD DEL ESTADO , Y MAYO-
razgo de Alcaudete y Montemayor , sus Agregados
vnidos, y incorporados, y Titulo de Conde , que va-
caron por muerte de Don Francisco Fernan-
dez de Cordova , Conde que fue de
Alcaudete. (32)

Biblioteca
Capitular
Toledo

Y DIAZ DE LA SALLE PATER

DO

ESTADO DE MEXICO.

HISTORICO.

ESTADO DE MEXICO.

(47)

PROEMIO;

Y DIVISION DE ESTE PAPEL:

N. 1.  Rduo, y de gran-
de importan-
cia es este pley-
to ; pues si se
atiende à la entidad de lo que se
litiga , excede el concepto de la
Ley , salvo si el caso fuere de tan
grande importancia , assi como so-
bre Vassallos , y Fortaleza , ò For-
talezas . Leg. 4. tit. 1. lib. 3. Recop.
Porque no solo se litigan Vassa-
llos , y Fortalezas , sino es el Titu-
lo , y Estado de Casa tan ilustre , y
esclarecida como la de Alcau-
dete .

2. Si se consideran las
qualidades de las Partes , que lo
controvieren , es entre grandes
Señores , y Magnates , y à presen-
cia de tan superiores Ministros ,
y Jueces , como los que lo han de
determinar , à cuya magnanimi-
dad solo corresponde : *Causæ mag-
nae , & arduæ inter Magnates ,*
magno animo , à magnis Iudicibus
iudicandæ sunt . Dom. Solorç. de
Iure Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 28.
num. 12. Calidades todas , y cada
vna , que le constituyen de dicha
naturaleza . Pareja de Instr. Ædit.
tit. 7. resolut. 8. ex num. 49.

3. Por lo qual no se pue-
de dudar es el mas digno de aten-
dersse , haziendole preciso dispu-
tarle con el mayor cuidado , ex-
crutando sus apices , y observan-

do sus particularidades , Escobat
de Purit. quæst. 16. §. 4. num. 38.
ibi : *Causa dum gravior est , maiori*
studio , & cura inscrutari debet .
Porque nada puede omitirse , que
no sea grave .

4. Y reduciendose la pre-
tension de esta Parte , à que se de-
clare legitimo sucessor de la di-
cha Casa , Titulo , Estado , y Ma-
yorazgo , y que se condene à la
Condesa à su restitucion , y la de
sus bienes , con sus agregados vni-
dos , y en qualesquiera modo in-
corporados , con los frutos , y ren-
tas , que han rentado , y podido
desde la contestacion de la de-
manda : Y la de dicha Condesa ,
y su Curador ad litem , à que se
le absuelva , y de por libre de la
demanda puesta por esta Parte ,
imponiendole perpetuo silencio
en ella .

5. Constando de el Me-
morial Ajustado las Clausulas de
la Fundacion , y instrumentos
presentados por las Partes con la
mas extensa comprension del
hecho ; y siendo las filiations
(sin embargo de lo que despues
de concluido el pleyto se ha idéa-
do por la parte de dicha Conde-
sa) como las manifiesta el Arbol ,
que uno , y otro acompañará este
Informe ; solo restan los funda-
mentos de derecho , por cuya
con-

contraccion, en donde sea indispensable referir algun particular, nos remitiremos à sus numeros marginales, solicitando la brevedad en lo conciso de los Discursos, à correspondencia de lo disuso del hecho de este litigio.

6. Teniendo presente el consejo de Plinio el Menor, *lib. 5. Epist. 6.* referido per D. Solorçan. *de Iure Indiar. tom. 1. cap. 1. n. 4.* ibi: *Primum scriptoris officium esse existimamus, ut titulum suum legat, & identidem interoget se quid cæpit scribere, sciatque si materia immoratur, non esse longum, longissimum si aliquid accersit, atque atrahit.*

7. Y así dividiremos este Discurso en tres Puntos principales, subdividiendo cada uno en las Conclusiones, ó Partes, que para la mas facil inteligencia de las questiones parecieren mas convenientes.

8. En el primero se probará con evidencia, que la Fundacion, que en el dia primero de Agosto del año de 1390. por su Testamento, hizo el segundo

Adelantado Alfonso Fernandez de Montemayor, (5) es la que unicamente ha governado, y dado ley à la sucession de este Mayorazgo, y que por ella, y su disposicion se debe determinar este pleyo: despreciando como supuestas, y sin autoridad de tales, las que la Condesa, y su Curador pretenden sean Fundaciones de este Mayorazgo.

9. En el segundo se fundará, que la institucion de dicho Adelantado Alfonso Fernandez de Montemayor, (5) es de rigorosa agnacion, y como tal le toca, y pertenece la sucession de este Estado, y Mayorazgo à esta Parte, como varon de varon agnado, octavo nieto, legitimo descendiente de dicho Fundador, en quien reside dicha calidad.

10. En el tercero se satisfarán los argumentos, fundamentos, ó reparos (que restaren en los dos primeros Puntos) con que la Parte de dicha Condesa, y su Curador pretenden incluirla en la sucession, en exclusion de esta Parte.

PUNTO I.

11. **L**A sucession de los Mayorazgos la difiere la ley, obedeciendo la voluntad expressa del Fundador, ó interpretandola dudosa. A vista de lo primero cessa lo segundo, ni tiene lugar la interpretacion, hasta que falta la voluntad del Tes-

tador. *Leg. In conditionibus, ff. de condit. & demonstr. Leg. Ex facto 35. §. Rerum 3. ff. de hæred. instit. Novell. 22. cap. 2. Dom. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 2. num. 25. Mantica de Coniect. ultim. volunt. lib. 3. tit. 3. num. 1. Dom. Castill. lib. 4. Controvers. cap. 25. num. 3.*

G lib. 5. cap. 6. num. 4. Pegas de
Maiorat. tom. 2. cap. 10. num. 107.
Aquila ad Roxas de Incompatibil.
1. part. cap. 6. num. 307. Torre de
Maiorat. 1. part. cap. 10. num. 1.
et 2.

12. De este principio se produce otra regla igualmente cierta en la sucession de los Mayorazgos que à vista de la voluntad cessan todas las regulares, de prerrogativa de linea, grado, sexo, edad, proximidad, representacion, y todo lo que (se mota voluntate) se tuviera por regular naturaleza del Mayorazgo. Leg. Cum questio 23. C. de legat. Leg. Hæredes mei 57. §. ultimo, ff. ad Trebel. L. Cum ita 32. §. In fidei commissio, ff. de legat. 2. Leg. Ex facto 35. § 3. ff. de hæred. instit. Leg. 40. Taur. 5. tit. 7. lib. 5. Recop. D. Molin. lib. 3. cap. 9. n. 12. et 17. Dom. Castill. 5. controv. cap. 92. num. 33. Rosa, consult. 69. num. 28. Dom. Latrea, decis. 54. num. 20. Pegas de Maiorat. tom. 1. cap. 2. ex num. 94. et tom. 2. cap. 17. ex num. 27.

13. Esta voluntad se deduce de lo que quiso, y dixo el Fundador en las Clauſulas de su Fundacion, leg. Labeo 7. §. Servius 2. ff. de supelect. legat. L. fin. tit. 12. part. 7. ibi: Et por las palabras, que home dice dà testimonio de lo que tiene en la voluntad. Vbi Dom. Greg. Lop. Gloss. 4. Prætis de Interpret. ultim. volunt. lib. 2. interpret. 3. dub. 2. solut. 1. num. 242. Alvarado de Coniect. mente defuncti, lib. 1. cap. 2. num. 10. verl.

3:
Contra. Mendch. consil. 1. n. 262.
Peregrin. de Fideicomm. art. 11.
num. 34. Dom. Castill. lib. 4. Controvers. cap. 6. num. 2. 36. et 37.
et cap. 7. num. 21. Rox. de Incompatibil. part. 8. cap. 2. ex num. 21.
Pegas de Maiorat. tom. 2. cap. 10. num. 424. in fin.

14. Y así, su tenor es el norte fixo, que govierna la sucession, leg. Item veniant 20. §. Prætor 6. ff. de petit. hæred. L. 1. C. de imponend. lucrat. descript. Cap. 1. de natur. et success. fendor. Cap. 1. de Dueb. fratrib. Dom. Valenç. consil. 63. num. 100. et consil. 69. num. 1. et 2. Pegas de Maioratib. tom. 1. cap. 6. num. 1. et 2. et cap. 10. num. 466.

15. Y por la voluntad, que se produce de ellas como institucion, se deben dirimir las controversias sobre la sucession. Padilla in leg. 3. §. Si Fideicommissum, ff. de hæred. instit. in Maioratibus Clauſulae institutionis ante omnia sunt inspiciendæ, quia ab eis nullo modo descendere licet. D. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 13. n. 23. Contentio ex sola Maioratus institutione fere semper decidi solet. Peregrin. consil. 65. ex num. 1. L. 25. tit. 3. 1. part. 3. Pareja de Instrument. Edit. tit. 5. resol. 11. n. 15. Dom. Valenç. Velazq. consil. 63. num. 96. et consil. 69. num. 2. D. Paz de Tenut. cap. 34. num. 18. et 48. et cap. 30. num. 19. D. Castill. Controvers. lib. 4. cap. 29. num. 4. et lib. 5. cap. 91. num. 19. et cap. 92. ex num. 1. et cap. 93. num. 17. et lib. 6. cap. 178. ex

num. 15. Noguerol, allegat. 23.
num. 4.

16. Pero este imperio, esta dominacion, y excelente calidad no compete, ni le tiene qualesquiera voluntad, porque solo le posee la propria, y verdadera de el legitimo Fundador, y assi el que demanda la succession de Mayorazgo se constituye en la precisa obligacion de probar, y manifestar qual sea la cierta, verdadera, y legitima Fundacion de el Mayorazgo, que pretenda, porque debiendose determinar por ella su pretension, de otra suerte no podra obtener, ex Bart. in leg. 1. §. Siquis in duobus, ff. de honor. possess. secund. Tabull. & Rota per Farinac. in Recens. part. 1. decis. 135. num. 6. Pegas de Maiorat. tom. 1. cap. 6. num. 3. ibi: Atque ita debet Actor ante omnia ostendere Maioratus institutionem, ad hoc ut procedat petitio, inclusio, vel exclusio ex dictis, & adere tenetur PROPIAM, & originalem institutionem, sine cuius exhibitione non potest obtinere.

17. Siendo tan evidente este principio, que le pone por regla Dom. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 11. num. 11. Nisi scriptura Maioratus ostendatur, y assi se previene, y manda por la ley 1. tit. 7. lib. 5. Recopil. que est 41. Taur. Mandamos, que el Mayorazgo se pueda probar por la Escriptura de institucion de el, con la Escriptura de la licencia del Rey, que la dio, SEYENDO TALES LAS

DICHAS ESCRIPTVRAS, QVE HAGAN FEE.

18. De luerte, que no basta presentar qualesquiera Fundacion, ó instrumento, que la contenga, sino es que se necesita featal, que pruebe, y merezca fee, ex Text. in cap. 1. de fide instrum. Auth. siquis in aliquo, C. de Ædend. Escacia de Iudic. lib. 2. cap. 11. num. 653. Gratian. Discept. Forens. cap. 859. num. 3. & 10. Dom. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 13. num. 46. ibi: Cum igitur ex eius legis dispositione ostendenda sit scriptura Maioratus Authenticata, atque eius qualitatis, ut fidem faciat. Pater Molin. de Iust. & Iur. disp. 638. num. 3. D. Paz de Tenut. cap. 26. num. 16. & 64: & cap. 27. num. 17. Pateja de Instrum. Edit. tit. 1. resolut. 3. §. 3. num. 120. Dom. Castill. Controv. lib. 2. cap. 6. num. 55. Pegas dict. cap. 6. num. 3. & 6.

19. Que esta Parte ayà cumplido exactissimamente con todos los requisitos de derecho, que debe, y son de essencia para obtener en este juicio, con la reproduccion hecha de la Fundacion de el Mayorazgo, y Estado de Alcaudete, comprendido en la Escriptura de Testamento, otorgado por el Adelantado segundo de la Andaluzia Alonso Fernandez de Montemayor, (5) en el dia primero de Agosto del año passado de 1390. se persuade, y convence por los fundatos siguientes.

PR VEBASE LA CONCLVSION DE ESTE
primero Punto.

FUNDAMENTO I:

20. Porque dicha Escriptura es el unico instrumento publico, y autentico, que prueba la Fundacion de el Estado, y Mayorazgo de la Casa de Alcaudete: el unico, porque no se halla presentado otro en Autos libre de sospechas, y defectos, vt postea se hara evidente.

21. Publico, porque se otorgó ante Escrivano Publico, en quien residia la publica autoridad para autorizarle, cap. Cum P. Tabellio, de *Fide Instr. Auth. de Tabell. in princip. Leg. i. tit. 18. part. 3. Dom. Covarr. Practic. cap. 19. num. 9. Faria in dict. cap. num. 2. Pareja de Instrum. Edit. tit. i. resol. 2. num. 8. & 22. Escacia de Iudic. lib. 2. cap. 11. ex num. 1168.*

22. Observando en su otorgamiento todas las solemnidades, que por derecho estan prevenidas para constituirle en el ser de tal publico instrumento; pues como consta (Memor. num. 9) tiene dia, mes, año, lugar, tres testigos Escrivanos Publicos, lo firmò dicho segundo Adelantado, que lo otorgó (Memor. num. 24.) y la subscrivìo el dicho Alfonso Ruiz.

23. Es asì, que el instrumento en cuyo otorgamiento concurren las referidas solemnida-

dades, es publico, leg. 54. & seqq. tit. 18. part. 3. D. Covarr. Pract. cap. 20. ex num. i. usque ad 5. ubi Faria cum plurim. D. Gonçal. in cap. i. de fide instrum. num. 10 in med. Pareja de Instrum. Edit. tit. i. resol. 3. §. 2. per tot. Anton. Gom. in leg. 3. Taur. num. 30. Gutierr. lib. 1. Practic. quæst. 138. & seqq. Cyriac. controv. 406. & sequent. Dom. Salgad. de Retent. 2. part. cap. 10. num. 33. & cap. 24. n. 34. Menoch. de Præsumpt. lib. 2. præsumpt. 82. & seqq.

24. Y autentico, porque por si solo induce indubitada prueba, autorizada de su contenido, sin necesitar de otro administriculo, vt ex Dom. Gregor. Lop. in dict. leg. i. tit. 18. part. 3. Barbos. Collect. ad cap. i. de fide instr. num. 5. Parlad. & alijs, Faria ad Dom. Covarr. dict. cap. 19. num. 5. Per authenticum intelligimus instrumentum, certam fidem, & indubitatam auctoritatem obtenens absque alio administriculo. Luego dicha Escriptura es publica, autentica, y solemnne.

25. Y teniendo en concurso por lo general de la Escriptura publica dichas calidades, con corre en él la singular solemnidad de Testamento nuncupativo, que es su propria especie; por lo qual no admite duda su firme

Bibliothèque
Capucins
Toulouse

con-

consistencia, pues se otorgó ante Electrívano Público, con tres testigos, que lo eran assimilmente, y como tales Electrívanos, precisamente vecinos de la Ciudad de Córdoba donde se otorgó, leg. 2. tit. 19. part. 3. vbi D. Greg. Lop. Gloss. 8. leg. 8. & 23. tit. 2. lib. 7. Ordinam.

26. Es así, que el Testamento nuncupativo otorgado con dicha solemnidad en Castilla, es válido, firme, y auténtico, ex leg. 1. tit. 2. lib. 5. Ordin. & ex leg. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. (que está Pragmática del Rey Don Alfonso en Alcalá, Era de 1386. que corresponde a el año de 1348. ampliada por el Señor Philipo II. en Madrid año de 1566. ut ex inspectione, & lectura utriusque, y de la nota marginal de la recopilada, consta, y limitada, y entendida solo en el Testamento nuncupativo, por la ley 2. dict. tit. 4. lib. 5. Recopil. quæ est 3. Taur. ut in ea afferunt Tello Fernand. part. 2. num. 14. Cervant. num. 29. Anton. Gom. num. 47. Borg. de Paz, num. 826. Cifuent. ex n. 1. Azeved. in leg. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. & Matienç. Gloss. 3. num. 5. Menchaca de Success. creat. §. 25. num. 21. lib. 2. Flor. de Mena, lib. 1. Variar. quest. 1. Didac. Perez in dict. leg. 1. Ordin. D. Greg. Lop. in leg. 2. tit. 6. part. 1. D. Gonçal. in cap. Relatum 9. de Testam. num. 12. D. Valenç. Velazq. consil. 124. num. 12. Dom. Covarr. in cap. Cum esse 510. de Testament. num. 1. Pater Molin. de Iust. &

Iur. tract. 2. disp. 126. verl. De iure Regni Castellæ, Pater Sanchez Consil. Moral. lib. 4. cap. 1. dub. 2. ex num. 1. Luego dicho Testamento, como solemne instrumento público, y auténtico, induce plena prueba de su contenido.

27. Y tal, que es la más relevante de derecho, y así el que le tiene en su favor, y le presenta, funda su intención con tan excelente calidad, como que tiene fuerza de decisión en la causa, sin otra disceptación en juicio, y por esto dicitur probatio probata, plena, evidens, manifesta, realis, & indubitata. L. Cum præcibus, C. de probat. Clem. Sapè de V.S. cap. Cum accessissent de const. Cap. Cum contingat 24. de rescript. Cap. Cum dilecti de donat.

28. Et afferuar Pareja de Instrum. Edit. tit. 1. rcfol. 3. §. 2. ex num. 3. Dom. Covarr. Prætic. cap. 19. num. 9. vbi Faria, D. Vela dissert. 10. num. 67. & dissert. 25. num. 42. Gonçal. in Regul. Cancell. Gloss. 64. n. 1. Elcob. de Purit. 1. part. quest. 15. in princip. & §. 1. & seq. Gutierrez. 3. Præc. quest. 17. num. 15. 1. Dom. Valenç. Velazq. conf. 2. num. 4. & conf. 21. num. 78. & conf. 22. n. 43. & conf. 5. 1. num. 2. & conf. 129. num. 48. & 49. & conf. 169. num. 104. Dom. Salgad. de Recent. 2. part. cap. 30. §. 5. ex num. 10. & cap. 34. n. 169. Barbos. in cap. 8. de Const. num. 3. & in cap. 24. de Rescript. num. 2. & 3. Menoch. de Præsumpt. lib. 2. præsumpt. 48. Dom. Cal-

Castill. Controvers. lib. 2. cap. 16.
num. 5. & 6. D. Larr. allegat. 2 1.
num. 1. Noguer. alleg. 11. num. 8.
& allegat. 3 2. num. 2 3. Pegas, Res-
sol. Forens. tom. 2. cap. 19. ex n. 1.
vsque ad 10. Luego el dicho Tes-
tamento, y Fundation de dicho

Estado, como Escritura publi-
ca, y autentica (sin controversia)
haze plena fece, y con su repro-
ducción ha cumplido esta Parte
específicamente el concepto, y
précipito de la Ley, ibi: Quefa-
gan fece.

INSTANCIA, QUE LA PARTE DE LA CONDESA HAZE contra este primero fundamento.

29. **R** Econociendo la rigo-
rosa prueba, con que
justifica dicho Testamento la Fun-
dació, y Mayorazgo de la Casa de
Alcaudete, y Montemayor, y que
de su inspecció no resulta defec-
to substancial, ni solemne, que
oponerle, ocutre la otra Parte à
el vulgar asylo de redarguirle de
falso, y que no está comprobado,
y procura obumbrarle, afirman-
do es traslado de traslado, por-
que no merece fece.

30. La primero deduci-
do ex Auth. de Tabell. §.. Illud,
cap. Quoniam contra de probat.
Cap. Ut veterum, verb. Graci, dist.
9. leg. 115. tit. 18. part. 3. vbi D.
Gregor, Lop. Roder. Suar. in leg.
Post rem, ff. de re indic. in 2. part.
leg. Reg. Dom. Covarr. Practic.
cap. 19. num. 9. vbi Faria, Parlad.
lib. 2. Cotid. cap. fin. 1. part. §. 11.
num. 14. Azevedo in leg. 1. tit. 2 1.
lib. 4. Recop. num. 137. Noguer.
allegat. 2 5. num. 2 5 3. Pareja de
Instrum. Edit. tit. 1. resol. 3. §. 2.
num. 3 3. lib. 3 1. Lo segundo funda-

do in leg. Sancimus, C. de divers.
rescript. y en las comunes Doc-
trinas Dom. Paz de Tenut. cap. 26.
num. 63. in med. Dom. Covarrub.
Practic. cap. 2 1. num. 4. vers. Se-
cundo hæc explanatio, vbi Faria,
num. 16. Mascard. de Probat. con-
clus. 7 12. num. 1. & 2. Scacia de
Indic. lib. 2. cap. 11. ex num. 640.
Pareja de Instrum. Edit. tit. 1. re-
solut. 3. §. 4. ex num. 1. D. Valenç.
Velazq. cons. 100. num. 85. preci-
piè 89.

32. Por cuyos defectos
opuestos en la primera demanda
de Propriedad de el año de 1537.
que terminò el recurso de las Mil,
y quinientas, entre Don Diego
de Montemayor, (28) y D. Martín
de Cordova y Velasco, (23)
Conde de Alcaudete; (Memor.
num. 3 1.) y en el Juicio de Te-
nuta, que se principiò en el año
de 1532. por Don Alonso Fernan-
dez de Cordova, (38) con Doña
Ana Monica Pimentel y Zuñiga;
(41) (Memor. num. 126.) y en
el de Propriedad, que siguiò en
esta Corte Don Juan Fernandez

de Cordova, (39) con la dicha
Dona Ana Monica (41) en el
año de 648. (Memor. num. 717.
& 720.) y en el actual pleyto

(Memor. num. 827. y 1101.) se
pretende enervar la prueba de la
Fundacion de dicho Mayorgo,
que resulta de dicho Testamento.

RESPUESTA EN EXCLUSION DE ESTA INSTANCIA.

33. **D**os Partes tiene esta
instancia; la primera se termina à obscurecer, y
obumbrar la fee del Testamen-
to de el segundo Adelantado re-
producido por esta Parte, y que
no la merece por estar redargui-
do de fallo, y no comprobado
con su original por los Textos, y
doctriñas, que asi lo fundan, vt
Supr. num. 30.

34. Y en ella falta la Par-
te de la señora Condesa à la ver-
dad de el hecho, pues resultando
de los Autos, que dicho Testamen-
to se comprobó en el pleyto, que
principió en esta Corte en el año
de 1537. Don Diego de Monte-
mayor, (26) y siguió con Don
Martín de Cordova, primero
Coade de Alcaudete, (23) como
consta (Memor. num. 37.) ibi:
El pleyto se recibió à prueba sobre
verificación de Escrituras, por
averso redarguido de falsas las
presentadas; y parece se hicieron
Probanças, y COMPROBACIO-
NES de ellas. Y siendo las com-
probadas el Testamento otorga-
do por el Adelantado Alonso
Fernandez de Montemayor, (5)
y el de Don Alfonso Fernandez
de Montemayor su nieto, (11)

que fueron los redarguidos (vt
Memor. num. 31.)

35. Con negarle el su-
puesto se excluye este fundamen-
to, y destiuye el argumento, quia
veritate facti deficiente corruit
omne iuris fundamentum. *L. Nam*
origo, ff. quod vi, aut clam. Leg.
Egi tecum, ff. de except. rei iudic.
Leg. Mancipia, C. de servit. fugit.
L. 2. ff. de usufruct. Auth. Oferat-
tur, C. de lit. contest. Leg. Edicta,
C. de aedendi cap. Cum Paulus,
caus. 1. quest. 1. Dom. Valenç:
Velaçq. cons. 69. ex num. 139. &
cons. 93. num. 16. & cons. 105. n.
105. & cons. 123. num. 42. &
cons. 156. num. 22. & cons. 161.
num. 33. Gonçal. ad Reg. 8. Can-
cell. Gloss. 31. num. 31. & Gloss.
51. num. 37. & 38. Surd. de Ali-
ment. tit. 1. quest. 42. num. 65. &
tit. 6. quest. 23. num. 5. Cardin.
Thalc. Pract. Conclus. tom. 4. lit.
F. conclus. 533. Barbos. in tract.
Varilar. axiom. 103.

36. Se excluye lo segun-
do, porque siendo cierto, que el
primer medio mas eficaz, y so-
lemne derecho para repelet el
defecto de fee, que influye en los
instrumentos presentados en
pleyto, la redargució de fallecida

es el cotejo, y comprobacion con sus originales de mandato de el Juez, ex dict. Auth. de Tabell. §. Illud, cap. Quoniam contra, de Probat. Cap. Ut veterum 9. dist. ubi Gloss. Didac. Petez in leg. 2. tit. 6. lib. 2. Ordin. Azeved. in leg. 16. tit. 25. lib. 4. Recop. num. 4. Barbos. in Collect. ad dict. cap. Quoniam contra num. 22. & in cap. fin. de probat. num. 3. leg. 9. tit. 19. part. 3. leg. 2. tit. 8. lib. 1. For. Reg. Pareja de Instrum. Edit. tit. 1. §. 1. num. 33. Dom. Salgad. de Saplic. 2. part. §. 3. cap. 30. num. 17. D. Castill. lib. 2. Controvers. cap. 16. num. 47. & 48.

37. Se deduce de Autos, que el traslado de dicho Testamento se cotejó con su original; pues constando se hizo su comprobación, (Memor. dict. n. 37) y asimismo, que la Escritura original de dicho Testamento estaba presentada por el mismo Don Martín de Córdoba y Velasco, (23) en otro pleito, que trataba con Baltasar de Montemayor, de el qual se sacó por el dicho Don Diego la que presenta; eficazmente se convence, que dicha comprobación fue con dicho original: (Memor. num. 41.) Luego dicho instrumento quedó libre de dicho defecto, y sospecha por el medio mas poderoso del derecho, (24)

38. Y por lo referido, ni Dona Ana Mónica, ni la señora Condesa sucesora, en su derecho, han tenido facultad para repetir esta objeción contra dicho

Testamento, ni les ha sido admisible, ni les puede producir efecto; porque aviendole conocido plenamente della en aquel pleito, y determinadose por la sentencia, les obsta, y ha obstando la excepción de cosa juzgada por repetirla.

39. Lo primero, porque siendo incidente del juicio civil, sobre la successión de dicho Estado, la dicha redargucion, su determinación corresponde a la definitiva, sin suspender el progreso del juicio. Leg. Cum civili, C. de Ordin. Iudic. Tretaciñq. Variar. resol. lib. 2. tit. de Iudic. resol. 7. num. 9. Farinac. in Prax. crim. quæst. 100. n. 86 cum alijs, Carley. de Iudic. tit. 2. disp. 6. num. 45.

40. Lo segundo, porque aviendole conocido plenamente en el cuerpo de aquella instancia de la verdad de dicho instrumento, cuya fee hacia vacilar, y avia puesto en duda dicha excepción; aunque en la sentencia no se expresse, la determina precisamente; y obra cosa juzgada de ella, Gratian. Discept. Forens. tom. 3. cap. 48 §. ex num. 3. Patian. de Probat. lib. 2. cap. 58. ex num. 63. Farinac. ubi prox. num. 89. Carley. dict. tit. 2. disp. 5. num. 30. Menéch. de Arbitrar. lib. 2. cent. 2. cas. 169. num. 5.

41. Lo tercero, porque siendo, como es, excepción peremptoria, que le termina a los méritos de la causa, una vez determinada por la sentencia, ni se puede, ni debe repetir después de ella. Leg.

Pe-

Pereemptorias 2. C. sentent. rescind.
non poss. L. Postrem 56. ff. de re
iudicat. Cap. 1. delit. contest. in 6.
Marant. in Prax. tit. de except.
num. 13. Paz in Prax. 1. part.
tom. 1. temp. 7. n. 4. & 8. Carlev.
dict. tit. 2. & disp. 5. num. 5. & tit.
3. disp. 17. num. 6.

42. Que se controvirtiese plenamente la certeza, autoridad, y prueba que hacia dicho instrumento de la Fundacion de dicho Estado, resulta de la dicha Executoria; pues no solo en la primera instancia fundò la prueba de su accion en él el dicho Don Diego, sino es que lo procurò excluir el dicho D. Martin por el referido defecto de no ser publico, y autentico: (vt constat Memor. num. 31.) y en la segunda se deduxo como unico fundamento, (Memor. num. 38) y por él se determinò el pleito en la revista, mandando, que el dicho Don Diego tuviese los bienes de dicho Estado, contenidos en la Cláusula de el Testamento de Don Alonso Fernandez de Montemayor, (5) otorgado ante Alonso Ruiz, Escrivano Publico de Cordova, en primero de Agosto de el año de 1390. y los posseyesse por vinculados, y de Mayorazgo, conforme à dicha Cláusula. (Memor. n. 39.)

43. Y en la tercera instancia, que causò la segunda supplicacion, y recurso de las Mil, y quinientas, fue el potissimo asumpto la certeza de dicho instrumento, como fundacion de

dicho Mayorazgo, y si por él se excluia, ó no la representacion, como consta, (Memor. ex n. 40. vsque ad 46.) y aviendose pronunciado la sentencia de revista segun dicho instrumento, y por él, cuya singularidad manifiesta su aprobacion; mandandole insertar en la Executoria como verdadera Fundacion de dicho Estado, cuya calidad especial se confirmò por la sentencia de Mil, y quinientas; ex eo, que no se revocò en esta parte, dexa sin duda confirmada, y autorizada la indefectible fee, y certeza de dicho Testamento. Pareja de Instrum. Edit. tit. 7. resol. 12. ex num. 19. & 20. Dom. Paz de Tenuit. cap. 32. num. 28. D. Valenc. Velazq. conf. 92. ex n. 8. Noguer. allegat. 27. num. 23. Escobar de Puritat. 1. part. quest. 13. §. 2. ex num. 17. y que ha carecido de facultad la otra Parte para insistir, y deducir, ni poner en duda la certeza, autoridad, y prueba de dicho Testamento.

44. La segunda parte de dicha instancia consiste en afirmar, que dicho Testamento no merece fee, por ser traslado de traslado, fundandose en la regla, y autoridades, que asi lo sienten, y quedan expressadas sup. n. 31.

45. En esta incide en el mismo error, ó defecto la Parte de dicha señora Condesa, que en la primera: pues siendo cierto, que en el año de 592. aviendose despachado la Carta Executoria en virtud de decreto de el Real Con-

Consejo à Don Alonso Montemayor, (30) hijo de dicho Don Diego, que litigò el pleyo de las Mil, y quinientas (observando este el estilo práctico de la Ciudad de Sevilla) la manifestò original ante un Teniente de Alisstante, y pidiò, que precediendo reconocimiento de su solemnidad, y estat libre de toda sospecha, mandasse sacar un traslado, y que se protocolasse en Oficio publico, para que de él se diessen los traslados, que se necesitaran, y pidieran.

46. Y aviendo ejecutado el reconocimiento, y halladola libre de sospecha, mandò se sacasse el traslado, y protocolasse como lo avia pedido el D. Alonso, y todo se ejecutò assi, quedando protocolado dicho traslado en la forma mas solemne, y en el mismo año, el Escrivano en cuyo Oficio se protocolò diò traslado de dicha Executoria, que fue el que el Alcalde Mayor de Cordova hallò en el Archivo de Montemayor, quando de pedimento de Don Alonso Fernandez de Cordova, (38) de orden del Real Consejo, passò à reconocerlo, y de él, con citation de Doña Ana Monica, se sacò el traslado, que en el año de 634. se presentò en el Juicio de Tenuta, que principiò el dicho Don Alonso.

47. Y aviendose redactado de falso por la dicha Condesa, (41) se despachò Provision de el Real Consejo à pedimento de dicho Don Alonso, para que

de la Executoria original, que existia en poder de Don Fadrique Portocarrero, (36) vezino de Ezija, actual Posseedor de el Mayorazgo de los 4g. ducados de renta, fundado por la sentencia de Mil, y quinientas, sobre el Estado de Alcaudete, se sacasse otro traslado, y con efecto se facò con citation de dicha Condesa, y presentò en dicho pleyo (ut omne constat Memor. num. 49.)

48. Resulta de la verdad de este hecho, que los dos traslados de el dicho Testamento insertos en los dos de dicha Executoria presentada en el Juicio de Tenuta con Doña Ana Monica, y reproducidos en este de Propriedad, no son traslado de traslado, sino es traslados del original, sacados con la mas plena solemnidad, que previene el derecho, y assi prueban solememente.

49. Lo primero: por ser cierto, que, ó por ser el instrumento antiguo, ó por temer se pierda, ó por otra justa causa, es licito à el que le tiene, ocurrir ante el Juez, y pedir, que reconociendo es publico, y autentico, que está integro, y libre de sospecha, le haga trasumptar por Escrivano publico; y este trasumpto tiene virtud, y fee de original, cap. Si instrumenta 16. de Fide instrum. ibi: *Qui si ea diligenter inspecta, in nulla suam parte viciata repererit, per publicam personalem, illa præcipiat exemplari, eandem autoritatem, per hoc,*

cum originalibus habitura. Leg. Quirographis in princip. ff. de ad- minist. tutor. Authent. ut fratrum filij, §. Illud. L. 12. tit. 19. part. 3. L. 3. tit. 9. lib. 1. For. Dom. Gonç. in dict. cap. 26. num. 2. & 3. Dom. Covarr. Practic. cap. 21. num. 4. vbi Faria, Pareja de Instrum. Ædit. tit. 1. resol. 3. §. 3. num. 123. Dom. Salgad. de Retent. part. 2. cap. 26. ex num. 60.

50. Es assi, que el trasla-
do, que se hallò en el Archivo de
Montemayor fue dado por el
mismo Escrivano, y del protocolo
lado en virtud del Decreto, y con
intervencion, y reconocimiento
de el Teniente de Sevilla. Luego
tiene efectos de original, como
sacado de el autenticamente pro-
tocolado; y asi es indefectible
su fee, y se manifiesta no es tras-
lado de traslado, el que sacò el
Alcalde Mayor de Cordova en
virtud de orden de el Real Con-
sejo.

51. Lo segundo: que quando lo referido pueda admitir alguna duda (que no haze) no la tiene, que el segundo traslado de dicha Executoria, en que està inserto dicho Testamento, se sa-
cò en virtud de Provision de el
Real Consejo, con citacion de
dicha Doña Ana Monica, de el
original, que existia en poder de
Don Fradrique Portocarrero, (26)
el qual, ni tiene, ni puede tener
dicho defecto, como sacado im-
mediatamente de su original con
plena solemnidad: y asi, es indis-
putable prueba evidentemente,

y haze fee, cap. 1. de Fide instrum.
Leg. 4. L. Pomponius 8. ff. famil.
hærciscund. L. 2. ff. de fide instrum.
L. 3. C. de divers. rescripti. Leg. 5.
tit. 9. lib. 2. For. Leg. 44. & 114.
tit. 18. part. 3. Pareja de Instrum.
Ædit. tit. 1. resol. 3. §. 3. ex n. 13.
Dom. Gonçal. in dict. cap. 1. n. 3.
& 12. Pegas de Maiorat. tom. 1.
cap. 6. num. 6. Dom. Covarrub.
Practic. cap. 21. ex n. 4. vbi Faria,
Dom. Castill. Controvers. cap. 16.
ex num. 55. Dom. Molin. de Pri-
mogen. lib. 3. cap. 13. ex num. 47.
Gratian. Discept. Forens. cap. 859.
num. 3. & 10. Elcacia de Indic. lib.
2. cap. 11. num. 653.

52. Y teniendo dicho
traslado otra qualidad tan exce-
lente de derecho, como lo es,
estar inserto en la Executoria, que
se diò de dicho pleyto de Mil, y
quinientas, en el qual està el tras-
lado, que se sacò de el original
presentado en otro pleyto; por
estar en Autos con la aprobacion,
y intervencion de los Señores
Juezes, que conocian de ellos, se
tiene por original, o registro, à
quien no se puede arguir la fee,
ni à sus trasladados insertos en los
despachos, que de ellos se dieren:
Dom. Paz de Tenut. cap. 26. num.
60. & seqq. Pareja de Instr. Ædit.
tit. 3. §. 3. num. 135. & §. 4. ex
num. 18. Dom. Covarr. Practic.
cap. 21. n. 6. Dom. Gregor. Lop.
in leg. 114. tit. 18. part. 3. Gloss.
vlt. Malcard. conclus. 711. n. 66.
& conclus. 712. num. 6. Faria cum
alijs ad D. Covarr. dict. cap. 21.
& n. 6. Scacia de Indic. dict. lib. 2.
cap. 11. n. 649.

53. Y sobre tan evidentes manifestaciones de la autoridad, y fee de dicho Testamento, tiene la imponderable de hallarse confessada su certeza por Don Martin de Cordova y Velasco, primero Conde de Alcaudete, (23) el qual aviendo mostradose parte en el pleyto, que sobre la Propriedad de dicho Estado le avia puesto en esta Chancilleria D. Diego de Montemayor, (25) despues de hechas las Probanças, y presentado dicho Testamento, lo redarguyó, affirmando, que el Testamento original de dicho segundo Adelantado lo avia presentado su Padre en el pleyto de donde sacó el traslado dicho Don Diego, (vt constat Memos. n. 31) ibi: Y aunque el Testamento de el Adelantado se avia presentado por el Padre de Don Martin en otro pleyto:... pues aunque le huviesse presentado el original, no podía tener derecho alguno, por no ser de los llamados à el dicho Mayorazgo. Y continua fundandose en él por la qualidad de excluir la presentacion.

54. Y no aviendolo en el

Derecho prueba mas evidente, que la confession de la parte, en el libelo, judicialmente hecha, porque supera à todos los demás. Leg. fin. C. de non numer. pecun. L. Cum te, C. de transact. L. Debitorres, ff. de iudic. Cap. Per tuas, de probat. Pareja de Instrum. Edit. tit. 9. resol. 2. num. 14. 15. & 17. Dom. Paz de Tenut. cap. 32. n. 31. Tibet. Decian. respons. 40. num. 44. Gratian. Discept. Forens. cap. 870. num. 2. Dom. Covarr. in Epit. de Spons. part. i. cap. 4. §. 1. num. 1. Pegas de Maior. posser. inter dict. cap. 10. num. 546.

55. De que resulta por tan multiplicados medios la infalible certeza, y solemne autoridad de dicho Testamento, con que se prueba la induxitada Fundacion deste Mayorazgo, Dom. Paz de Tenut. cap. 26. ex num. 60. Dom. Molin. de Primogen. lib. 3. cap. 13. num. 44. ubi Add. Pegas de Maiorat. tom. 1. cap. 6. num. 27. & tom. 2. cap. 9. num. 673. vers. Veram quid quid, & cap. 10. num. 198. y queda plenamente excluida dicha infancia.

FUNDAMENTO II:

56. Porque por ser el Testamento de dicho segundo Adelantado (5) cierto, è induxitado titulo, que prueba la Fundacion de este Mayorazgo, siempre se ha observado, governado, y dando ley à la succession, y Estado de la Casa de Alcaudete,

y Montemayor: cuya observancia le infiere calidad tan excelente, que excluye todo motivo de duda en esta especie. Leg. Si de interpretatione. L. Nam imperator. L. Minime, ff. de legib. cap. Cum dilectus 8. de consuet. Cap. Certificari, de Sepult. Dom. Salg. de

de Retent. 1. part. cap. 9. ex n. 9.
Dom. Castill. lib. 5. Controvers.
cap. 93. §. 7. ex num. 2. & per tot.
Dom. Paz de Tenut. cap. 37. ex
num. 199. Add. ad Dom. Molin.
lib. 2. cap. 6. num. 57. Dom. Vela,
dissert. 47. num. 21. Pareja de Instrum.
Ædit. tit. 2. resol. 6. n. 301.
Dom. Larrea, allegat. 92. per tot.
præcipue ex num. 2. Dom. Solorç.
de Iur. Indiar. tom. 1. lib. 2. cap. 24.
num. 79. & lib. 3. cap. 1. num. 21.
& cap. 2. num. 42. & tom. 2. lib. 2.
cap. 10. num. 79. & cap. 17. ex
num. 55. & cap. 21. num. 24. &
lib. 3. cap. 3. num. 9. & lib. 4. cap. 5.
num. 21. & in Polyt. Indiar. lib. 4.
cap. 3. fol. 511. vers. Y assi.

57. Supliendo qualquiera defecto, que pudiera tener de solemnidad; porque la observancia autoriza el instrumento menos solemne, de suerte, que no se puede dudar en su fee. D. Valenç. Velazq. conf. 88. num. 52. Gratian. Discept. Forens. tom. 5. cap. 951. num. 8. & 9. D. Castill. dict. cap. 93. & §. 7. num. 3.

58. Y en terminos de Fundacion de Mayorazgo, la observancia produce el mismo efecto, y declara el legitimo titulo. Dom. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 13. num. 49. in fin. Dom. Paz de Tenut. cap. 26. n. 17. Menoch. conf. 924. n. 31. Genoa de Script. Privat. lib. 1. quest. 16. num. 37. 42. 43. & 72. Pareja de Instrum. Ædit. tit. 1. resol. 3. §. 3. num. 49. & 56. Dom. Castill. lib. 2. Controvers. cap. 16. num. 56. Dom. Larr. dict. allegat. 92. per tot. Noguer.

alleg. 20. n. 97. Pegas de Maiorat.
tom. 1. cap. 6. num. 23. & tom. 2.
cap. 10. num. 199. Torte de Maiorat. 1. part. cap. 39. §. 4. n. 39.
59. Pero tiene la singularidad, de que el que se funda en ella, la debe probar específicamente, y por casos, que la induzcan. L. 1. C. quæ sit long. consuet.
L. 1. ff. de mund. L. 3. tit. 7. part.
2. Garcia de Nobilit. Gloss. 6. n. 38.
Gratian. Discept. Forens. tom. 1.
cap. 79. num. 10. Surd. conf. 313.
num. 32. & conf. 354. num. 26.
Marescot. lib. 2. Variar. cap. 102.
num. 2. D. Larrea, dict. alleg. 92.
num. 3. & 4. Dom. Vela dissert. 3.
num. 43. & 44. D. Matthæu de
Regim. cap. 10. §. 4. num. 82. D.
Crespi. observ. 27. ex num. 7. Joan.
Bapt. Trobat. de Effect. immem.
quest. 3. num. 142.

60. Debiendo ser dichos actos uniformes, y conspirados à un fin, no varios, ni diferentes. Leg. Nemo 123. §. Temporaria, ff. de reg. iur. Surd. conf. 43. n. 6. & conf. 114. num. 6. & conf. 393. num. 2. Decis. Rotæ apud Farinac. 1. part. in novis. decis. 45. Marescot. ubi proxim. num. 6. & lib. 1. cap. 13. num. 15. & 55. & seqq. Add. ad Dom. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 6. num. 57. vers. Qua retentia. Dom. Castill. de Tert. cap. 30. ex num. 2. Dom. Larrea ubi proxim. num. 5. Mascard. de Prebat. conclus. 424. num. 32. Cancer. 1. Var. cap. 4. num. 122. Trobat. ubi proxim. num. 134. D. Gonçal. in cap. 1. de Consuet. num. 11. in fin. Card. de Luca de

Alic:

*Alienat. part. 3. discurs. 1. n. 88.
Torre de Maiorat. tom. 2. de suc-
ces. feud. fecl. 5. respons. 3. ex
num. 219.*

61. Militando, y produciendo dichos efectos la observancia de hecho, sin el administrículo de prescripción legítima, sino es solo causada de aquellos actos, que aunque en breve tiempo la induzcan, y convençan el animo à creer, que así se observó, quæ dicitur consuetudo facti; D. Paz de Tenut. cap. 57. num. 163. & seqq. Burg. de Paz in leg. 1. Taur. num. 215. Lata de Capellan. lib. 1. cap. 5. num. 39. cum Menoch. & Gratian. Add. ad Dom. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 5. num. 39. verl. Nona coniectura, in med. D. Valenc. Velazq. conf. 97. n. 204. Dom. Solorz. de Iur. Indian. tom. 2. lib. 2. cap. 21. num. 24.

62. Es así, que en la sucesión de el Mayorazgo, y Casa de Alcaudete, y Montemayor, se ha observado siempre con su indubitable Fundación, la disposición del dicho legundo Adelantado Alonso Fernández de Montemayor, (5) manifestada en el Testamento, que en primero de Agosto de el año de 390. otorgó, en quantos actos judiciales, y extrajudiciales han acaecido terminados à dicha sucesión: Luego no escaparé de admitir novedad oy.

63. Que se aya observado dicha Fundación, resulta lo primero, de el pleito, que en el año de 1494. se principió en la

Chancillería de Valladolid entre Don Alonso de Montemayor, (18) y Don Martín Alonso de Montemayor, (14) con el motivo de aver Alonso de Montemayor, (11) por su Testamento, excluido de la sucesión de dicho Mayorazgo, y Estado à el dicho Don Alonso (18) su nieto, por aver premuerto Alonso de Montemayor, (13) Padre de el dicho Don Alonso, que era su hijo mayor, y llamó, y declaró tocar dicho Mayorazgo à el dicho D. Martín Alonso, (14) que aunque su hijo segundo era el mayor à el tiempo de su muerte, pretendiendo dicho Don Alonso, que sin embargo de la disposición de dicho su Abuelo, se declarase le tocaba la sucesión de dicho Mayorazgo, Casa, y Estado como à hijo de el hijo mayor, y que no le pudo excluir su Abuelo, ni privarle del derecho adquirido por la Fundación de dicho segundo Adelantado (5) Memoria num. 27.

64. Cuyo pleito se trascrigió entre el dicho Don Alonso, (18) y Don Alonso Fernández de Córdoba (19) su primo, hijo del dicho Don Martín Alonso, y haciendo relación de dicho pleito la Escritura, en ella afirma el dicho Don Alonso, (18) que los dichos Don Martín, y Don Alonso su Tío, y primo, (14. & 19.) eran dueños de la dicha Casa, y Mayorazgo, y les pertenecía, y avia pertenecido por muerte del dicho Don Alonso de Monte-

mayor, (11) Abuelo de los otorgantes, como à SV HIJO MAYOR LEGITIMO HEREDERO, y que informado de personas doctas avia deliberado no proseguir dicho pleyto (vt constat Memor. num. 25. in med.)

65. Es así, que el motivo que expresó dicho Don Alonso para otorgar la dicha concordia, y transacción, fue literalmente deducido del Testamento de dicho segundo Adelantado, como consta de la Claus. 1. de dicha Fundación, (Memor. num. 10.) ibi: *Salvo, que siempre sea todo uno enteramente para él, è para su hijo mayor varón legitimo heredero.* Luego en este acto primero judicial, y autentico se observó, y gobernó la sucesión de este Mayorazgo, Casa, y Estado por la Fundación hecha en dicho Testamento por el dicho segundo Adelantado.

66. Lo segundo resulta de la Cedula de aprobación, y confirmación, que de dicha concordia hicieron los Señores Reyes Católicos, despachada en Madrid en el dia 21. de Mayo de 1495. à pedimento de todas las Partes, en cumplimiento de lo pactado en la dicha transacción, y para obtenerla, refirieron en la imprenta lo mismo, que contiene la relación de dicha Escritura, y por sus Magestades se aprobó, sin embargo de que lo pactado fuese en perjuicio de alguna de las Partes, de sus hijos, herederos, y sucesores; de que se sigue precisamente,

que à los Reyes Católicos se les hizo relación de la Fundación de dicho segundo Adelantado, y que con especial conocimiento de su calidad exclusiva de la representación hicieron la dicha confirmación, sin embargo de que pudiera seguirse perjuicio à alguna de las Partes, (vt constat Memor. num. 28.)

67. Lo tercero resulta de aver sido la disposición de dicho Testamento, como única Fundación de dicho Mayorazgo, el fundamento, que tuvo Alonso Fernández de Montemayor (11) para excluir à Alfonso de Montemayor su nieto, (18) y declarar tocaba la sucesión à Martín de Montemayor su hijo segundo, (14) y que no le sucedía en su Casa por representación, (vt constat Memor. num. 241.) ibi: *E de los Testamentos de el dicho Don Alfonso Fernandez de Montemayor, Adelantado Mayor de la Frontera, mi Abuelo :: derechamente, y por justas causas, y razones perteneció, y pertenece despues de los dias de mi vida à el dicho Martin Alfonso de Montemayor mi hijo mayor legitimo, como à mi hijo mayor legitimo. Y assi observandolo excluyó con efecto.*

68. Lo quarto resulta, de que aviando muerto Martín Alfonso de Montemayor, (7) Alfonso de Montemayor su hijo (11) en 10. de Diciembre de el año de 1426. tomó la posesión de la Villa de Montemayor por ante Escrivano Público, cuyo acto

acto afirmò executaba ; así por el Testamento de Alonso Fernández de Montemayor su Abuelo , como por el Privilegio de la dicha Villa , (Memor. num. 213. & 214.) ibi : *E por ende dixo, que assi por el Testamento de Alonso Fernandez de Montemayor su Abuelo , como por el Privilegio de la dicha Villa , tomaba , y tomò la possession , y Señorio vel quasi de la dicha Villa , y Castillo : segun mas largamente dixo , que la avia , y tenia Martin Alonso de Montemayor su Padre , que es finado . Manifestando en lo referido , que por el mismo Titulo , Testamento , y Fundacion de dicho segundo Adelantado , la avia tomado , y poseido su Padre .*

69. Lo quinto resulta de la possession , que en el dia 13. de el mismo mes , y año el mismo Alonso de Montemayor , (11) por ante el referido Escrivano , tomò de la Villa de Alcaudete , (Memor. numer. 217. & 218.) ibi : *E por ende dixo , que agora , assi por el Testamento de Alonso Fernandez de Montemayor su Abuelo , como por el Privilegio de la Villa , y por el Testamento de Martin Alonso de Montemayor su Padre , tomaba , y tomò la tenencia , y possession , y Señorio , vel quasi de la dicha Villa , y Castillo .*

70. Lo sexto resulta del pleito , que en esta Corte principiò en el año passado de 537. D. Diego de Montemayor , (26) por demanda , que sobre el Mayorazgo , y Casa de Alcaudete , y

Montemayor , puso à D. Martin de Cordova y Velasco , primero Conde de Alcaudete , y su Posseedor , (23) affirmando , que su successión le pertenecía como descendiente de Alonso Fernández de Montemayor , (11) y de su hijo mayor Alonso de Montemayor (13) à quien representaba , y que siendo llamado Alonso de Montemayor su Abuelo , (18) no pudo excluirle el dicho Alonso de Montemayor ; (11) y en prueba de la Fundación , y llamamiento , que afirmaba , presentó el Testamento del dicho Alonso de Montemayor , segundo Adelantado (vt constat Memor. num. 30. & 31.)

71. Y aviendole mostrado parte el dicho Don Martin , Conde de Alcaudete , contestando la demanda afirmò , no tener derecho alguno el dicho Don Diego à el dicho Mayorazgo ; porque aunque su Visabuelo hubiese sido hijo primogenito del Posseedor , avia muerto en vida de su Padre , y segun las palabras de la Fundacion , para suceder en el dicho Mayorazgo avia de ser HIJO MAYOR , Y HEREDERO , y el hijo muerto no era hijo , ni heredero , y así venia la Casa à el hijo segundo su hermano ; con que el mismo Testamento , que dicho Don Diego avia presentado excluia su acción , aviendole siempre OBSERVADO ESTA ORDEN DE SUCEDER EN DICHA CASA , Y MAYORAZGO ; y opuso la

transaccion , y aprobacion de los Señores Reyes Catholicos , otorgada por Don Alonso de Montemayor. (18) De que resulta , no solo la certeza de dicha Fundacion confessada por el dicho Conde , sino es tambien su observancia , y solo quedò en el pleito la duda , y controversia de si dicha Fundacion excluia , ó admitia la representacion , que el uno afirmaba , y el otro negaba.

73. Esta la resolvieron , y terminaron las sentencias pronunciadas , la primera en el año de 541. por la qual se absolvio à el dicho D. Martin de la demanda , imponiendo perpetuo silencio à dicho Don Diego (esto , porque dicha Fundacion se entendio excluia la representacion) la segunda de revista pronunciada en el dia 20. de Noviembre de 543. reformando la de vista , condeno à el dicho Conde Don Martin à la restitucion de las Villas , y bienes pertenecientes à dicho Mayorazgo , Casa , y Estado de Alcaudete , y Montemayor , declarados en la demanda , y en la Clausula del Testamento del dicho Alfonso Fernandez de Montemayor presentado en el Proceso , y otorgado ante Alonso Ruiz , Escrivano Publico de Cordova , en primero de Agosto de 1390. para que dicho Don Diego de Montemayor , y sus sucesores tuviessen , y posseyesen los dichos bienes POR VINCULADOS , Y DE MAYO-

RAZGO , CONFORME A LA CLAUSULA DE DICHO TESTAMENTO (Mem. num. 37. & 39.) (esto , porque se conceptuarian los Señores que le votaron , que no excluia la representacion .)

74. De esta sentencia se interpuso segunda suplicacion con la pena , y fiança de las Mil , y quinientas doblas por el dicho Conde Don Martin ; y substancialmente la instancia con los mismos fundamentos , visto en el Real Consejo , se pronuncio sentencia en el dia 17. de Enero de el año de 585. por la qual se revoco la dada en esta Chancilleria en grado de revista , y se confirmo la de vista , condenando à el Conde D Francisco Cas. 32. (que ya avia sucedido en la Casa de Alcaudete , y Montemayor) y à los demás , que despues sucediesen en dicha Casa , y Estado , à que impusiesse sobre ella , y sus bienes 4y. duendes de renta en cada vn año de censo à favor de Don Alonso Fernandez de Montemayor , (30) hijo del dicho Don Diego , (26) y de sus hijos , y descendientes , para que los tuvieran , y posseyeran para siempre por titulo de Mayorazgo , segun , y por la forma , y orden , Clausulas , vinculos , y prohibiciones contenidas en el dicho Mayorazgo , y Casa susodicha .

75. De que se infiere por necesidad de razon , que el Mayorazgo , y Casa de Alcaudete , y Montemayor ha observado por tan

por tan multiplicados, y reyterados actos específicos, ya judiciales, ya extrajudiciales la disposicion de el Testamento del dicho legundo Adelantado para el governo de su succession; de suerte, que no dexa motivo para du-

dar, que siempre como legitima Fundacion le ha dado la ley, que han observado sus successores, como costumbre facti à que no puede oponerle oy la parte de la señora Condesa, por obstatle plenamente.

FUNDAMENTO III.

76. Porque por ser dicha observancia tan inveterada, y uniformemente guardada en esta Casa de Alcaudete, y Montemayor, gobernando la succession de su Mayorazgo por la Fundacion hecha en dicho Testamento por el dicho segundo Adelantado, (5) así en los actos judiciales, como en los extrajudiciales, se ha radicado en ella costumbre tan legitimamente prescripta, que como ley se de-

be observar, no solo en esta vacante, determinando por ella el presente litigio, sino es quantos acaecieren sobre la succession de dicho Mayorazgo.

77. La prueba de este fundamento, como tan poderoso, y productivo de los efectos mas favorables à esta Parte, se haze preciso manifestarla por los medios mas efficaces de derecho, en que existe su indefectible seguridad.

M E D I O I.

78. Ninguno duda, que la costumbre legitimamente radicada tiene fuerza de ley, y como tal se debe observar, siendo rational, y no opuesta à el Derecho Divino, ni à el Natural, ex leg. De quibus, ff. de legat. Leg. 1. ff. de aqua plub. arcen. L. 3. C. de pasq. publ. L. Usus aquæ, C. de aquæduct. L. 2. C. quæst long. consuetudo 1. dist. §. Sine scripto. Inst. de Iur. natur. L. 6. tit. 2. part. 1. Dom. Gonçal. in cap. 1. de consuetud. num. 9. & in cap. fin. n. 6. Barbos. in Rubric. de consuet. n. 3. Dom. Crespi, observ. 1. num. 162.

& observ. 63. num. 21. Trobat. de Effect. immemor. quæst. 14. art. 6. ex num. 10 1. Bobadill. lib. 2. Polit. cap. 10. ex num. 37. Dom. Valent. Velazq. conf. 8. num. 8. & conf. 114. num. 18. Dom. Vela, dissert. 44. num. 66.

79. Ni que deroga à la ley, no porque sea mas poderosa, sino es porque siendo igual en la virtud, y importancia, es la posterior, ex dict. leg. De quibus. Leg. Venditor 13. §. Si constat, ff. com. prædior. Cap. Relatum el 2. de Testam. Cap. In his 3. §. Leges, 4. dist. L. 6. tit. 2. part. 1. Dom. Gonçal.

in cap. fin. de consuet. num. 9. D. Covarr. 3. Variar. cap. 13. ex num. 3. vbi Faria ex num. 19. Dom. Gregor. Lop. in dict. leg. 6. Gloss. 1. Barbos. in cap. ult. de consuet. num. 10. Bobadill. in dict. cap. 10. num. 34.

80 Tambien es constante, que la costumbre, ó es general, ó especial. General es aquella, que por assenso comun del Pueblo, ó la mayor parte se vsò por largo tiempo. Especial es la que particularmente se induce, y constituye dentro de vna familia, progenie, ó casa. De ambas, con esta distinta inteligencia, tratan las Leyes de Partida 4. & 6. tit. 2. part. 1. vbi Dom. Gregor. Lop. in dict. leg. 4. Gloss. 1. & 2. Martinez Institut. Hispanic. lib. 1. tit. 2. §. 24. Proposit. & Gloss. 2. especial la fundan ex cap. Cum. de Beneficio 5. de Præbend. in 6. & ex dict. legib. 4. & 6. tit. 2. part. 1. Roderic. Suarez in leg. Quoniam in prioribus ampliat. 10. ex n. 10. & 14. vbi Valdès, Barbos. in cap. ultim. de consuet. num. 20. Trobat. de Effect. immemor. quest. 3. num. 115. Valasco. consult. 132. ex n. 16. Menoch. de Retin. possess. remed. 4. num. 64. & consil. 2. num. 282. & consil. 104. num. 22. Salazar de Vsu, & consuet. cap. 7. num. 4. Garcia de Nobilit. in Divis Oper. num. 55. Philip. de Fideicom. fam. nobilit. cap. 5. ex num. 79. Tiraquell. de Iur. Primogen. quest. 16. per tot. præcipue n. 10. Peregrin. de Fideicom. art. 50. ex num. 36. 100. mod. y r. 11. d. 1.

81 Y aunque entre los DD. del Reyno ha sido muy questio-nable, si vna familia, casa, ó pro-genie podrá constituir costum-bre especial terminada à el ordé de suceder en sus bienes, como de Mayorazgo, contra el Derecho Comun, y se han dividido en diversas contrarias opiniones, vt tradit Dom. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 6. ex num. 1. usque ad 9. Dom. Paz de Tenut. tom. 2. cap. 58. ex num. 12. usque ad 14. Dom. Castill. lib. 5. Controvers. cap. 93. §. 10. per tot. despues que se estableciò la ley 41. Taur. quæ est 1. tit. 7. lib. 5. Recop. por la qual se declara, se puede probar el Mayorazgo por costumbre im-memorial, ibi: *Y assimismo por costambre immemorial.* Todos con-vienen, como caso de ley, en la costumbre especial, y que puede radicarla, y constituir la quales-quier casa, familia, ó progenie.

82 Y solo se diversifican en el modo de privarla; porque vnos afirman, que para introducir semejante costumbre son pre-cisos dos actos judiciales, ó dos sentencias dadas en contradictio-natio Juizio, siguiendo la letra de la ley 5. tit. 2. part. 1. ibi: *Si en este mismo tiempo fueren dados conceje-ramete dos Juizios por ella de homes sabidores, è entendidos de juzgar.* Siguieron este dictamen Dom. Gregor. Lop. in dict. leg. Gloss. 7. Burgos de Paz in leg. 1. Taur. n. 248. Avendaño in diction. verb. Costumbre. Salazar de Vsu, & con-suet. cap. 8. num. 10. in med. Garc. de

de Expens. cap. 9. num. 44. con
muchos, que citan.

83. Ottos fueron de
contrario sentir fundando, bas-
tan dos, ó tres actos extrajudicia-
les, ó uno que contenga tracto
succelsivo; siguen esta opinion
Dom. Gregor. Lop. in dict. Gloss.
7. Garcia de Expens. ubi proxim.
num. 47. Barbos. in Rubric. de
consuet. num. 5. Peralta in cap.
Per vestras, de donat. inter vir. &
vxor. notab. 3. num. 37. Gutierrez
de Tutel. 2. part. cap. 1. num. 32.
& 33. Flores de Mená, Variar.
lib. 1. quest. 1. num. 64. Noguerol
allegat. 6. num. 32. Dom. Salgad.
Labyr. 1. part. cap. 11 ex num. 57.
Dom. Molin. de Primogen. lib. 2.
cap. 6. ex num. 24. Bobadilla in
Polyt. lib. 2. cap. 10. n. 40. & 41.
Pegas de Maiorat. tom. 1. cap. 5.
num. 520.

84. Tambien se diversifi-
can en el tiempo, porque unos
afirman, basta 10. 20. 30. ó 40.
años, ut videre est supra relatis.
Pero los DD. del Reyno, siguien-
do la ley 41. Taur. constantemen-
te defienden ler preciso la im-
memorial, sin otra alguna sole-
nidad. Dom. Molin. dict. lib. 2.
cap. 6. num. 7. ibi: In quo tamen
observandum erit ex decis. huius
leg. 41. Taur. cessare hodie primos
duos casus de quibus superius men-
tionem fecimus, & omnia ea, que
scribentes antiqui, & moderni cir-
ca ea scripsierunt. Nam, aut in hac
consuetudine tempus immemoriale
intervenit; & tunc non est necessa-
rium, quod familia, seu progenies

constituat maiorem, vel tertiam,
vel etiam quartam Civitatis par-
tem, nec quod habeat iurisdictionem,
nec quod ad eam confirmam-
dam tacitus populi consensus inter-
venerit. Con lo qual dexò ceñida
la prueba de la costumbre espe-
cial en los Mayorazgos de España
à la immemorial.

85. Este dictamen siguié-
ron, y fundaron Dom. Castillo,
dict. lib. 5. & cap. 93. §. 10. per tot.
principiū num. 5. Add. ad Dom.
Molin. ad dict. cap. num. 9. Mier.
de Maiorat. 4. part. quest. 20. num.
363. Velazquez de Avendaño in
leg. 41. Taur. Gloss. 1. num. 7. D.
Paz de Tenut. dict. cap. 58. ibi: Ad
prædictam consuetudinem inducen-
dam tempus immemoriale deside-
rant, quibus, & ego assentior.

86. Pero esta doctrina,
y prueba de immemorial no mi-
lita, ni se requiere quando, cons-
tando de la Fundacion, se trata
solo de interpretar la voluntad
dudosa de el Fundador; porque
para esta costumbre interpreta-
tiva, basta la observancia suble-
cta posterior por 10. hasta 40.
años, con actos uniformes, ut
tenent DD. Add. ad D. Molin.
dict. lib. 2. cap. 6. ex num. 57. ad
60. vers. Aut agitur. D. Castillo,
dict. cap. 93. §. 7. & §. 9. num. 8. &
est communis.

87. Y solo se contrae, y
necessita para inducir por sola la
immemorial, la Fundacion de el
Mayorazgo, ex dict. leg. 41. Taur.
ó para prescribir el derecho de la
succeſsion de una à otra linea.

DD. Add. ad Dom. Molin. lib. 1.
cap. 3. num. 22. Dom. Castill. in
dict. §. 9. per tot. Mieros de Maior-
rat. 4. part. quæst. 21. num. 43.
in nova edicione. Avendaño in
leg. 41. Taur. Gloss. 1. ex num. 3.
Flores Diaz de Mena in Addit.
ad Gam. decis. 93. Dom. Perez de
Lara de Anivers. & Cappell. lib. 1.
cap. 5. n. 37. Fontanella de Pact.
nupt. tom. 2. claus. 6. Gloss. 3. part.
2. num. 41. Tondut. Resol. Benef.
part. 3. cap. 158. num. 5. Torre
de Maiorat. cap. 39. §. 13. ex n. 8.
Pegas de Maiorat. tom. 2. cap. 9.
num. 185. & 420. in fin.

88. O para prescribir el
orden de suceder etiam contra
disposition del Fundador, Dom.
Castill. dict. lib. 5. cap. 93. §. 9.
num. 6. Add. ad Dom. Molin.
lib. 2. cap. 6. num. 57. vers. Aut
constat. Velazq. de Avend. in
dict. leg. 41. Taur. Gloss. 1. ex
num. 3. Flores Diaz de Mena in
Add. ad Gam. dict. decis. 93. in
fin. Lara, & Fontan. *vbi proxime*,
Pegas de Maiorat. tom. 1. cap. 3.
num. 110. & 119. & tom. 2. cap.
10. ex num. 225. Todo en per-
juicio de los descendientes, y no
nacidos, cum plurim. D. Castill.
tom. 5. cap. 93. §. 8. num. 27. D.
Valenç. Velazq. cons. 97. n. 204.
Trebant. de Effect. immemor. quæst.
3. num. 115.

89. Estas reglas, y doc-
trinas, con sus singulares circuns-
tancias, convienen tan propria-
mente à el caso de este pleyto,
que no se darà alguna, que con
exceso favorable no se halle veri-

ficadas; pues si se necesita para
probar dicha costumbre en la
Casa de Alcaudete dos actos ju-
diciales, ó sentencias, en que
conforme á la Fundació de dicho
segundo Adelantado se aya de-
terminado, siguiendo la opinion,
que las requiere, se hallan quatro,
como son: la transaccion apro-
bada por los Señores Reyes Ca-
tholicos del año de 1494. porque
se fecerò el pleyto principiado
entre Don Alonso de Montema-
yor, (18) y Don Martin Alfonso
de Montemayor (14) Memor.
num. 27. & 28.

90. Las dos sentencias
de vista, y revista pronunciadas
en el pleyto, que siguiò D. Diego
Montemayor, (26) con Don
Martin de Cordova, primero
Conde de Alcaudete (23) Mem.
ex num. 30. precipue 37. & 39:
y la pronunciada en el grado de
segunda suplicacion en el dia 17.
de Enero del año de 585. (Mem.
num. 48.) por las quales, no solo
consta, que por dicho Testamen-
to, y Fundacion se determinò la
succession de esta Casa, y Estado,
sino es que expressamente en la
sentencia de revista se declarò ser
la Fundacion de dicha Casa, y en
su successión se mandò observar
lo dispuesto en dicho Testamen-
to por dicho segundo Adelanta-
do. (5)

91. De que resulta con
superabundancia probado este
primer medio con actos judi-
ciales.

92. Si se necesitan dos,

ò tres actos extrajudiciales, ò vno que contenga trato sucesivo, conforme à la otra opinion; se halla, que desde el año de 426. se está tomando la possession de esta Casa, y Estado en virtud de dicho Testamento, y Fundacion, por Alfonso de Montemayor, (11) Memor. ex num. 213. vsque ad 218. cuya possession continuaron tomando su hijo, y nieto, como resulta de averles demandado como à Posseedores de dicho Estado Don Diego de Montemayor su sobrino, y primo, hasta que se transigieron; (Memor. num. 27.) y en fuerça de el mismo titulo la tomaron Don Martin, (23) y Don Alonso, (27) y Don Francilco, tercero Conde de Alcaudete, (32) pues consta, que como Posseedores se continuò con ellos el pleyto de la Propriedad, intentado por Don Diego de Montemayor, (26) y la Executoria de Mil, y quinientas, condonò à el dicho Don Francisco à la imposicion de el censo de 48. ducados, como Posseedor de dicha Casa (Mem. ex num. 30. vsque ad 48.)

93. Y no teniendo, como no tuvieron, otro titulo, ni motivo para tomar las possessions de dicha Casa, y Estado (como no lo avia, pues si aparecieran las Fundaciones despues ex cogitadas, los excluia como titulo contrario admisible de la representacion) que la Fundacion hecha en dicho Testamento por dicho segundo Adelantado, (5)

es visto, que por él las tomaron, como lo ejecutaron sus ascendientes, ex leg. 2. C. de adq. possess. L. t. §. 1. de except. rei indic. L. Si à te, ff. si servit. vindic. Menoch. de Præsumpt. præsumpt. 49. n. 2. lib. 3. Surd. conf. 19. num. 18. Casanate conf. 40. num. 17. Petr. Barbos. in Rubric. C. de præscript. 30. vel 40. annor. ex 259. Trobat. de Effect. immemor. quest. 15. art. 4. num. 17.

94. De que se convençe probada dicha costumbre, no solo por mas de seis actos repetidos, sino es por vno sucesivamente continuado.

95. Por lo que mira à tiempo, si se considera dicha costumbre, y observancia, con que unicamente se ha guardado en la Casa de Alcaudete, y Montemayor, y entre todos los descendientes de dicho segundo Adelantado (5. su Testamento, y disposicion por Fundacion de su Mayorazgo, conforme à los que defienden se prescribe la costumbre desde 10. hasta 40. años dentro de una Casa, y progenie; no solo se verifica por dicho tiempo, sino es con excessos incomparables.

96. Pues si se cuenta desde el otorgamiento de dicho Testamento, hasta que se tuvo noticia de los instrumentos, que manifestò Doña Ana Monica, (41) que fue en el año de 1634. (Mem. num. 54.) passaron 244. años, sin que en todo este dilatado transcurso de tiempo se tuviera noticia en dicha Casa de otra

Fundacion, que la de dicho segundo Adelantado, (5) Memori. num. 52.

97. Si se cuenta desde los primeros actos de possession, que en fuerça de dicho Testamento, y como de Mayorazgo de toda la dicha Casa, resulta tomò Alfonso de Montemayor, (11) nieto de dicho segûdo Adelantado, q're fueron en el año de 426. hasta el año de 634. en que se tuvo noticia de dichos papeles, pasaron 208. años.

98. Si se considera hasta de presente, por ser el titulo, que radicò la successión en la Casa, y linea de Martin Alfonso, (14) ascendiente de la señora Condesa, el Testamento de dicho segundo Adelantado, por la Executoria de Mil, y quinientas, es tiempo innumerable, el que à todos computos sobra à la dicha costumbre para estar legitimamente prescripta, y radicada conforme à dicha opinion.

99. Si se considera dicha costumbre, y observancia como interpretativa de la duda, que podia resultar de dicha Fundació, en orden à la comprehensión de todos los bienes de la Casa, y Estado; si esta se prescribe conforme à los Doctores de nuestro Reyno *supr. relat.* por el tiempo de 10. à 40. años, ya se vé los ex-

cessos, con que su universal comprehension por siglos se ha manifestado en los hechos, con que los successores de dicha Casa, y todos los descendientes de ella, la han recibido, y practicado.

100. De que resulta hallarse dicha observancia, costumbre tan legitimamente radicada, y prescripta (conforme à la mas rigorosa opinion, y à todas las expressadas) à favor de dicha Fundacion, que no dexa razon de duda, que como ley debe observarse.

101. Y quando todo lo referido en este Medio fuera capáz de admitir alguna instancia, que no alcançamos, deducida de los instrumétos presentados por parte de la dicha señora Condesa: y quando estos en algun concepto pudieran ser estimables; (que negamos) todavia tiene dicha costumbre à favor del dicho Testamento del dicho segûdo Adelantado, calidad tan apreciable, que sin embargo de ellos, y contra su tenor, y para ser la Fundacion de la dicha Casa, Mayorazgo, y Estado el dicho Testamento, la constituye vnica, como radicada por la immemorial, conforme à la doctrina de los Doctores de nuestro Reyno, y se manifiesta en el Medio siguiente.

M E D I O II.

102. **Q**ue dicha costumbre tenga la vigorosa calidad de immemorial legitimamente probada en esta Casa, y Estado de Alcaudete, y Montemayor, sin que aya conocido para el gobierno de su sucesion, otra Fundacion, que la contenida en dicho Testamento del segundo Adelantado, (5) resulta con evidencia de Autos.

103. Para manifestar la prueba de esta conclusion es preciso suponer, que aunque aya sido questionable entre los DD. si la immemorial se pueda probar por instrumentos, dividiendo en opiniones afirmativa, y negativa, quas refest Lagunet de Fruct. 1. part. cap. 15. num. 126. & seqq. la comun, y leguida defiendo, q la costumbre immemorial, con todos sus requisitos, se prueba por instrumentos antiguos de el mismo modo, que por testigos, ex leg. Census, C. de probat. ibi: Census, & monumenta publica posteriora testibus esse Senatus censuit. Y la Glossa in verb. Monumenta, afirma recibirse por qualesquiera Escritura, ó libro antiguo, leg. In finalibus, ff. fin. regund. ibi: In finalibus questionibus vetera monumenta, & census authoritas ante litem incoatam ordinatim sequenda est. L. Hanc legem 14. §. 1. vef. Requiruntur, C. de testib. Auth. ad hæc, §. 1. C. de fide instrum. Leg. 1. §. Deinde, ff. fin. regund. L. 2. C.

de veter. iur. enuclean. §. Tanta nobis, & leg. 18. C. de testam. Text. in cap. Cum causam 13. de probat. Concil. Trident. sess. 25. de Refor. mat. cap. 9.

104. Son de este dictamen Baldò in dict. leg. Census, Mascard. de Probat. conclus. 429: ex num. 1. Roderic. Suarez alleg. 6. ex num. 11. vbi Valdès in dict. num. lit. E. D. Menchac. Controv. Illustr. lib. 1. cap. 39. Mieres de Maiorat. tom. 2. part. 4. quest. 202 n. 239. Gratian. Discept. Forens. cap. 54. num. 50. Anton. Faber in C. lib. 4. tit. 14. de Probat. deffit. 27. Fontan. decif. 217. n. 19. Tondut. post quest. benefic. decisa 12. num. 9. Petrus Pechio de Servit. lib. 1. cap. 2. quest. 3. num. 78. D. Francisc. de Leon tom. 3. decisa 24. ex num. 52. Pareja de Instrum. Edict. tit. 2. resol. 2. ex num. 58. & tit. 7. resol. 10. num. 48. Lagun: vbi proxim. num. 127. cum alijs: Trabat. de Effect. immemor. quest. 12. per totam.

105. Yes la razon, por ser cierto, que por los instrumentos se justifican los hechos antiguos taliter, que la prueba, que se puede hacer por ellos, si se hace por testigos es sospechosa, ex dict. leg. Census. L. Hac. L. 14. §. 1. C. de testib. Cartev. de Judica tom. 2. tit. 3. disp. 13. num. 5. Escobi de Parit. 1. part. quest. 15. §. 3. ex num. 11. D. Vela differt. 4. n. 14. D. Salgad. de Reg. 3. part. cap. 10. num.

num. 278. Marescot. *Variar.* cap. 100. n. 16. D. Matthæu de Regin. cap. 4. §. 4. ex num. 36. cum alijs. Trobat. dict. quest. 12. ex num. 63.

106. Siendo el fundamento de esta comun sentencia, el que la essencia de la immemorial consiste en el defecto de memoria del origen del hecho, que diò principio à la possession; y resultando esta calidad de los instrumentos, es mas relevante pruebla la que nace de ellos, ex cap. Super quibusdam, §. Præterea, de verb. signif. leg. 8. tit. 15. lib. 4. Recop. Dom. Valenç. cons. 100. num. 24. Dom. Crespi observ. 93. num. 27. Julio Capon. tom. 3. disp. 154. num. 7. Dom. Castill. lib. 5. Controvers. cap. 93. §. 8. num. 48. Trobat. quest. 2. num. 20. Card. de Luca de Iudic. discurs. 21. num. 46. & 47. & in annot. ad Concil. Trident. disc. 11. num. 17. & in Miscel. disc. 1. num. 95. & de Iur. Patronat. disc. 57. num. 27. & disc. § 8. num. 4.

107. Por lo qual afirman los DD. que si de los instrumentos consta el principio de la possession, titulo, ó memoria, no solo no prueban la immemorial, sino es que la destruyen, Dom. Molin. de Primogen. lib. 2. cap. 6. num. 64. vers. Sed verius, vbi DD. Add. Dom. Castill. dict. cap. 93. §. 8. num. 48. & 53. & de Tertijs hb. 6. cap. 26. num. 38. D. Matthæu de Regin. cap. 6. §. 1. num. 41. & 42. Roxas de Incompat. in Apend. ad part. 7. cap. 2. ex num. 110. vbi

Aquil. num. 111. & 112. cum alijs. Trobat. quest. 15. artic. 4. ex num. 5.

108. Y así que de los instrumentos, y sus enunciativas no ha de constar el titulo, ni principio, sino es que contengan, ó se refieran á los actos possessorios, en que estrive la prueba de dicha immemorial. Mascard. conclus. 429. ex num. 1. lex Vbi proxima num. 26. Trobat. dict. quest. 12. num. 22. Dom. Covarr. Prácticas cap. 20. num. 9. vers. His verò, vbi Faria, D. Vela, dissert. 10. n. 65. & dissert. 25. num. 42. & dissert. 38. num. 16. Escob. de Purit. dict. 1. part. & quest. 15. num. 4. & §. 32. num. 12. Pareja tit. 2. resol. 2. num. 58. & 61. & tit. 6. resol. 3. ex num. 25.

109. De que resulta parecer difícil assumpto la prueba de este medio; porque se dirá consta el principio de dicha costumbre por el dicho Testamento de el segundo Adelantado, (5) título en que esta parte funda su derecho; y así, que no solo no podrá probar possession immemorial de governarle por él, y averse governado la successión de dicho Mayorazgo, Casa, y Estado, sino es que la enerva, y destruye.

110. Pero no obstante dicho fundamento, y consistiendo la dificultad en lo absoluto, è indistinto, con que le traen los Doctores, es facil dicha prueba, y se haze clara evidente por diversas causas. La primera distingüiéndo

do de tiempos, porque ó el instrumento titulo de donde nace la possession immemorial, se otorgó citra, y antes de los 100. años, à el en que se pretende estar perfecta, ó se otorgó despues, y ultra de ellos. Si se otorgó antes, no hay duda interrumpe, y excluye la immemorial por no estar perfecta; pero si se otorgó despues de los 100. años queda rigorosa, y existente con todos sus efectos.

111. Esta legal distincion admitida por la comun de los DD. y deducida de la essencia de la immemorial, la fundan, y siguen Innocent. in cap. *Veniens*, & in cap. *Quid per noxale, de verbis sign.* Bald. in leg. *Cives*, C. de *emancip. liber. num. 8.* Avendani. in leg. 41. Taur. *Gloss. t. num. 16.* Menochi. *consil. 50.* ex num. 60. *præcipue num. 64.* cum plurimis. Antunez de Donat. lib. 3. cap. 8. ex num. 62. cum antiq. Garcia de *Expens. cap. 9. num. 31. & 32.* & de Nobilit. *Gloss. 12. num. 68.* *præcipue num. 70.* ibi: *Quaratio-*
ne communi resolutione obtentum
est, ut initium, aut memoria ultra
centum annos non elidant imme-
morialem, alias legitimè proba-
tam.

112. Dom. Molin. lib. 2. de *Primogen.* cap. 6. num. 64. verl. Si vero titulus, ibi: Si vero titulus à centum annis ultra probetur, descendit est, ex hoc titulo non minui *præscriptionis immemorialis autho-*
ritatem. Dom. Castill. de *Tertij,* diel. cap. 26. num. 36. verl. Et pro hac resolutione, ibi: *Etiam si per*

15:

testes, vel scripturas contrarium appareat. Et verl. *Vrget sequent.* ibi: *Vrget etiam, quod si contra-*
rium observaretur facile destrue-
retur omnis bonorum Maioratus
præscriptio per scripturam scilicet
ipsius institutionis Maioratus; cum
tamen bona Maioratus tempore
immemoriali præscribantur. Et in
verl. sequent. ibi: *Nam si imme-*
morialis præscriptio legitime pro-
bata est cum requisitis iuris com-
munis, & Regij, licet per testes, vel
scripturam appareat contrarium
non excluditur, si ultra centum
annos probata fuerit, ut dictum est.

113. Joan. Bap. Trobat. de *Effect. immemor.* quæst. 2. n. 192 ibi: *Et sic venit intelligentia ad-*
missæ, & observata sententia, quod
dam non proventur actus citra ce-
tum annos, quamvis proventur ul-
tra centum non destruitur imme-
morialis. Quæ sententia est Domo

Francisc. Hieronymi Leon, tom.

2. decif. 24. num. 54. & 55. *præci-*
pue 56. & iterum Trobat. quæst:

12. num. 72. ibi: *Circa antiquita-*
tem immemorialis nullam fuisse du-
bitatione esse plusquam centum an-
norum excedentium memoriam ho-
minum. Et quæst. 13. num. 46. verl.

Immemorialis in med. ibi: *Et sic*
poteſt dici quod si immemorialis ci-
tra centum annos non comprehen-
datur; bene vero ultra centum;
cum verum sit, & propriè verifica-
tur memoriam hominum excedere;
sive eorum memoriam non esse;
quod est immemorialis essentia.

114. Lagunez de Fruct. 1. part. cap. 15. §. 4. num. 133. ibi:

Quid autem dicendam sit, quando per scripturas de actibus contrariis immemoriali, vel initio vitiosum appareat; sed hoc tam antiquum sit, ut huicmodi actus ultra centum annos gesti dicantur, an tunc immemorialis corruat, vel adhuc probari possit? Valde dubitant Doctores, sed breviter resolve POSSE, si titulus post actus contrarios citra centum annos sequi potuit; quia is immemoriali postea probata presumitur, nec eius probationi actus contrarij ultra centum annos adversari possunt.

115. Y es la razon, porque la essencia de la immemorial consiste, en que no aya memoria de hombres en contrario. L. Si arbiter, ff. de probat. ibi: Cum memoria operis facti non extaret. Leg. 2. §. Idem labeo, ff. de aqua plub. arcend. ibi: Aut cuius memoria non extat. L. Hoc iuri, §. Ductus aquæ, ff. de aqua quot. & astiv. ibi: Cuius memoriam origo excescit iure constituti loco habetur. L. 9. tit. 16. part. 3. ibi: Porque acaece muchas veces, que tales labores como estas son antiguas, que non à ome niuguno vivo, que nos las viesse facer. Leg. 15. tit. 31. part. 3. ibi: Tanto tiempo, que no se puedan acordar los omes quanto ha que lo comenzaron à vsar. Leg. 16. ead. part. ibi: Que los omes no se puedan ende acordar. Concordantes todas de la ley Si arbiter, y demás citadas, vt assent Dom. Gregor. Lop. in dict. leg. 9. Gloss. 1.

116. Y es tan evidente, como que no dexo razon para

dudarlo la ley 41. Taur. qnæ est 1. tit. 7. lib. 5. Recop. ibi: Que nunca vieron, ni oyeron dezir lo contrario. Y así lo afirman, y fundan ex platim. D. Castill. 5. controv. cap. 93. §. 8. num. 48. & de Tert. cap. 26. num. 36. vers. Vrget denique. Dom. Molin. de Primogen. lib. 2. cap. 6. num. 61. & 65. Pateja de Instrum. Edit. tit. 2. resol. 2. ex num. 71. & tit. 7. resol. 9. num. 57. cum alijs. Trobat. de Effect. immemor. quæst. 2. num. 7.

117. Porque como la memoria nace, y muere con los hombres, y estos se presume vivien solo 100. años, ex leg. Cum usufructus, ff. de usufruct. L. fin. C. de Sacrosanct. Eccles. D. Molin. vbi proxim. dict. num. 61. vbi DD. Add. Garcia de Nobilit. Gloss. 12. n. 70. Joan. Bapt. Trobat. quæst. 15. art. 1. num. 15. Dom. Covarr. lib. 2. Variar. cap. 7. num. 6. vers. 3. Sanchez de Matrimon. disp. 46. num. 1. Dom. Larrea, allegat. 94. num. 5. Cancer. 3. Variar. cap. 1. ex num. 22 1. Antun. de Donations. lib. 3. cap. 8. num. 63. Se sigue, y infieren los Doctores, que de los hechos, que acaecieron de mas antiguo tiempo, que dichos 100. años, no puede aver memoria de hombres, ni estos excluyen la immemorial perfecta, y causada por possession, que exceda dichos 100. años.

118. O de lo contrario; la immemorial no fuerá de hombres, sino es de instrumentos, contra su essencia, y propria naturaleza, Dom. Lara de Vit. hom. cap.

cap. 3. num. 86. Antun. de Portugal, dict. cap. 8. num. 62. ibi: Tamen ea resolutio procedit non, ut initium possessionis ab hominibus ignoretur, sed ut initium illius in hominum memoria non sit; hoc enim importat proprietas verborum, quibus Doctores videntur ad explicandam immemorialem præscriptionem: nempe, ut sit præscriptio cuius initij memoria non extet. Quod intelligendum est de memoria hominum viventium, quamvis initium aliande constet ex antiquis scripturis, vel chronicis.

119. Petrus Barbosa in Rubric. C. de præscript. 30. vel 40. annor. nam. 173. ibi: Quia debet intelligi, ut oporteat non extare memoriam viventium, quia qui tunc vivunt non viderunt initium tituli. Et nutui. 377. ibi: Quinimo propriè dicetur immemorialis, ut nulli ad sint homines viventes, qui de inicio præscriptionis fin certi, neque per se neque per auditum antecessorum.

120. Pat. Molin. de Iust. & Jur. tom. 1. tract. 2. disput. 76. lit. C. §. Illud vero, ibi: Illud vero animadvertendum est, ex eo, quod constet possessionem aliquam cepisse post longissima quedam tempora, ut ducentorum, sexcentorum, aut mille annorum, non tollit, quod sit immemorabilis, modo initium illius memoriam senum, qui modo sunt, etiam ex auditu, & traditione suorum antecessorum excedat.

121. Dom. Molin. de Primog. lib. 2. dict. cap. 6. ex num. 60. Usque ad 64. siguiendo esta opinion dà la razon num. 61. His

tamen non obstantibus, ver. Ideo, ibi: Ideoque ne impossibilis efficatur immemorialis præscriptionis probatio, necessarium fuit, hoc ad aliquod tempus restringere, quod abscribentibus ad 100. annos coartatum fuit; sicut enim homo post 100. annos motuus presumitur, ita etiam memoria, quæ est in homine, quæ sicut homo oritur, & moritur, ut eleganter inquit Baldus in leg. 1. C. de emancip. liber. num. 9. neesse est nanque, ut omnia suo periodo terminentur, ut inquit Philosophus relatus ab eodem Bald. in dict. leg. 1. num. 8.

122. Dom. Castill. de Tert. lib. 6. dict. cap. 26. ex n. 36. refiere, y sigue la opinion Dom. Molinæ, autorizandola con muchas decisiones de la Sagrada Rota, & num. 43. in med. ibi: Adhuc tamen à communī sententia recedendum non puto, & Innocentij, & aliorum (quam Ludov. de Molin. probavit) opinionem omnino amplectendam, verè nanque Ludov. eiusdem Molinæ rationes ita astringunt & urgente, ut velut concludenter probent id, quod defendit :: & ita in Granatensis Prætorio iterum, atque iterum in causis gravissimis Maioratum, & nobilitatis, iuxta opinionem Innocentij iudicatum, & definitum vidimus.

123. Es así, que notoriamente resulta de los Autos de este pleito, que el dicho Testamento, Fundacion del segundo Adelantado, (5) se otorgó en el dia primero de Agosto del año de 390. (Memor. num. 9.) desde

el qual à el de 634. (en que se contestò el pleito de Tenuta por Doña Ana Monica,(41) y le quiso persuadir con los papeles , que presentò aver otras Fundaciones de dicho Estado) passaron 244. años, en los cuales, sin noticia de otra Fundacion , se observò en la Cala, y Estado de Montemayor, y Alcaudete, la de dicho segundo Adelantado en quantos actos judiciales , y extrajudiciales acaecieron en ella , y sobre su successión, como se ha manifestado *súprà ex ii.*

124 Este dilatado transcurso de tiempo , no solo excede à la memoria de los hombres para la prueba de dicha immemorial , sino es que conforme à la sentencia, que llevamos fundada supera en mas de 100. años: Luego , quando se considere origen de dicha immemorial el dicho Testamento , à el tiempo que se contestò dicha demanda, principio dicho pleito , y se tuvo noticia de las Fundaciones presentadas por dicha Doña Ana Monica, ya estaba perfectamente causada, y radicada dicha costumbre immemorial , sin que pueda obstarle dicho origen , como tan antiquado , no solo de mas de 100. años ultra, sino es de 244.

125. La segunda causa resulta de ser cierto, que tambien se debe hazer distincion de titulos, porque quando el titulo presentado de donde resulta el origen , no es incompatible con la immemorial , antes si se compa-

decen , lo dispuesto en el titulo, con lo mismo, que se halla observado de tiempo immemorial, en este caso pueden concurrir , y estar simul el titulo, y la prescripcion ; immo , esta confirma , y declara lo contenido en el titulo, cap. Auditis 15. de *præscript. Gloss.* in cap. Nullus, de *Regul. Iur. in 6.* cum alijs. Trobat. de *Effect. immemor. quest. 15. num. 14.* Card. de Luca de *Regal. disc. 47. num. 8.* & 9. ibi:

126. *Immemorialis enim; etiam si posterior sit privilegio* (ut in *præsenti erat* , cum *privilegium natum sit in ipso initio renascentis Opidi, seu Castrī*) *concurrere potest cum privilegio ad plures effectus; præcipue ad illius confirmationem;* nam si illud infringi posset, remanet *præscriptio* , *Abbas in cap. Abate num. 2.* Sive ad interpretationem , vel ampliationem , quod scilicet , si *privilegium est dubium, illud interpretationem recipiat ab antiquissimis, & immemorabilis temporis consuetudine, & observantia.* Et de *Benefic. disc. 49. num. 14.* & 15. & de *Judic. disc. 21. num. 53.* ibi:

127. *Siquidem etiam cum immemorabili frequenter reputatur compatibile privilegium, sive alter titulus certus per scripturam cum certo initio ad confirmationem tamen, maioremque firmitatem possessionis, vel ad aliam causam referibilis cumulative non autem taxative.* Et n. 54. & sequent. & in annot. ad *Concil. Trident. disc. 11. n. 16.* & 17. & ac decim. disc. 1. n. 11. & de *Iur. Patron. disc. 65.* n. 4. & disc. 72. n. 9. *Es*

128. Es así, que el dicho Testamento, y Fundación es tan compatible, y componible con la dicha costumbre immemorial (tan plenamente probada) que comprendiendo todos los bienes, de que se compone el Mayorazgo, y Estado de dicha Casa de Alcaudete, y Montemayor, la dicha observancia immemorial así lo ha manifestado, y comprobado, interpretando, y declarando qualesquiera duda, que pudiera fomentarse de dicha Fundación, y su comprensión: Luego el dicho título, quando sea origē de dicha immemorial, no la elide, ni excluye conforme à dicha regla elementalmente cierta.

129. La tercera se deduce del comun sentir de los DD. como es, no viciarse la immemorial por el título, que fue principio despues de los cien años, sino es quando constare es vicioso, y tal, que constituyó en mala fe a los que en su virtud pretendieron prescribir, aunque sea por la immemorial, leg. *Quemadmodum*, C. de agricol. & censit. lib. 11. Leg. fin. §. Sin autem, C. commun. de legat. Gloss. in leg. 2. C. de fide, & iur. bast. fiscal. lib. 10. cap. Consultissimo, de Reb. Eccles. non alienand. in 6. Cap. Dudum, de decim. Dom. Molin. de Primogen. lib. 2. cap. 6. ex num. 66. ubi DD. Add. verl. De secunda verò. Lara de Vit. hom. cap. 3 1. num. 86. Petr. Barbos. in Rub. C. de præscript. 30. vel 40. annor ex num. 168. Fon-

taniell. de Paet. nupt. lib. 1. claus. 4. Gloss. 13. §. 4. num. 48. Cardin. de Luca in Miscel. disc. 1. num. 94. verl. *Propositio*, ibi:

130. *Propositio* Et enim, ut initium contrarium id excludat locum habere videtur, quando illa accedat coartatio ad certum titulum, ut ita suponat initium, quod constet esse infectum, vel insufficiens; secus tamen ubi ita coartatio ex parte possessoris non accedat, quamvis ex parte actoris, seu alias docetur de antiquo contrario statu, qui initium suponat, cum etiam in casu immemorabilis initium suponere oporteat, ac præcedentem disversum statum. Et de Iudic. disc. 2 1. n. 49. ibi:

131. Si quidem certum est iaris principium, ut posito initio seu titulo infecto, seu viciose, tunc ipsa possessio quantumvis antiqua non solum unius, sed plurium sæculorum infecta quoque, ac vitiosa censenda sit. Y prosigue a el num. 50. ibi: Omnia dominia, ac iura, vel bona, quæ antiquissimo, ac immemorabili tempore bene concluso possideantur aliquod principium absque dubio supponant; ut puta agendo de iure Patronatus, suponendum est tempus, vel principium post illius loci edificatiorem, sive post Ecclesie tranquilitatem, ac Religionis publicum, vel liberum usum in eo loco; idemque dicendum est in decimis alijsque iuribus spiritualibus, in quibus immemorabilem in dies præsupponimus, adque in dominijs temporalibus, historia, aliaque documenta probant antiquiora dominia diver-

sa, tot Regnorum, seu Monarchiorum; & praesertim Romanæ in nostro Orbe communicabili; ergo præsupponendum est principium posterius in illis dominij, quæ dicimus obtineri à tempore immemorabili.

132. De que resultan dos precisas ilaciones: la primera, que quando sea titulo principio de dicha costumbre immemorial el dicho Testamento, y Fundacion, siendo tan autentico, legitimo, y sin vicio, y de tanta antiguedad, no vicia, ni elide dicha immemorial, antes queda firme, y subsistente cumulativè, para que lo que pudiera dudarse por dicha Fundacion, quede radicado por dicha immemorial: y la segunda por los Doctores, que sin distincion afirman, que constando de el titulo principio de la immemorial, se excluye, y destruye, se deben entender quando es vicioso, resistido de ley, y tal, que constituya à el Posseedor en mala fe, incapacitandole para prescribir, etiam por la immemorial.

133. O de lo contrario, y de no entenderse así dichos Doctores, resultaria la incomposible contrariedad dentro de sus doctrinas; pues Dom. Molin. & DD. Add. no dudan, que quando el titulo inicio de la immemorial no es resistido de ley, y aunque vicioso, con vicio tal, que no excluye la causa de prescribir, sin embargo del corre, y se prescribe immemorialmente; siendo así, q por dicho titulo consta el princi-

pio de la possession: Luego no es posible hallar razon, para que quando consta dicho titulo sin vicio, resistencia, ni nulidad, ex eo, que consta el principio, se excluya la immemorial; y así es cierto hablaron de el titulo vicioso, y que constituia à el Posseedor en mala fe, observando solo en el legitimo su antiguedad cierta, ó ultra de dichos 100. años, sin que se les pueda adaptar otra juridica inteligencia.

134. Y quando lo dicho en este fundamento pudiera admitir alguna duda (que no alcançamos) no puede tenerla, el que aunque el Testamento, Fundacion del dicho segundo Adelantado, (5) sea el induvitado titulo de la Casa, y Estado de Montemayor, y Alcaudete, no consta por algun medio en los Autos de este pleyto, qual sea el origen notoriamente induvitado de la dicha obervancia immemorialmente prescripta, de que dicha Fundacion aya governado por si sola, y sin noticia de otra, el indivisible agregado, y Mayorazgo de todos los bienes de la dicha Casa: Es así, aun en la opinion mas rigurosa, y sin darle otra civil inteligencia, que para que el titulo, principio, y origen de la prescripcion immemorial la destruya, ha de ser tan claramente induvitado inicio de ella, que no deje razon en contrario. D. Molin. lib. 2. cap. 2. n. 64. vers. Sed verius, ubi DD. Add. vers. Advertendum est, & vers. In secunda specie: Luego en este

este caso no ay titulo induvitado origin de dicha prescripcion, que pueda, ni excluirla, ni ponerla en controversia, y solo existe en el presumpto, que supone.

135. La mayor resulta de ser cierto del hecho, q ademas de los bienes que tuvo, posseyò, y de que fundò Mayorazgo dicho segundo Adelantado (5) ay otros muchos incorporados, y pertenecientes à dicho Mayorazgo, Casa, y Estado (que la parte de dicha señora Condesa (48) quiere atribuir, ó como agregados, ó como de las Fundaciones, que dice hicieron Martin Alonso de Montemayor, (7) y Alonso de Montemayor, (11) hijo, y nieto de dicho segundo Adelantado; y aun se extiende à mas su idèa, queriendo atribuir à Montemayor, y Doshermanas, y otros bienes à las Fundaciones, que supone hicieron el primero Adelantado Alonso Fernandez, (1) y Martin Alfonso de Cordova su hijo, (3) Padre, y Abuelo de dicho segundo Adelantado) los cuales se han poseido siempre, y governado su succession por la Fundacion de dicho segundo Adelantado.

136. Esto sin noticia de otra, que no la buvo en dicha Casa hasta el año de 634. en que se presentaron en el juicio de Tenuta, las que quiso Fundaciones Doña Ana Monica, (41) y en que insiste oy dicha señora Condesa, como resulta de las posesiones tomadas de todos los bie-

nes de dicho Mayorazgo en el año de 426. por Alonso de Montemayor, (11) y de las que continuaron sus descendientes desde Martin Alonso su hijo, (14) hasta el ultimo Conde varon agnado Don Francisco (32) su quarto nieto; y de los litigios, y sentencias, que sobre dicha succession se siguieron, sin que se sepa, ni alcance el verdadero induvitado origin de esta costumbre observada por tan dilatados siglos, con tan repetidos actos uniformes, que causaron su mas completa immemorial perfeccion, *ut manet probatum suprà*: Luego precisamente se infiere, q no consta el induvitado titulo origin de dicha immemorial, la que resulta probada etiam, en terminos de la mas rigorosa opinion.

137. Sin que pueda admitirse razon de duda en la multiplicidad de titulos; porque aunque para la adquisicion de el dominio, no se admite, *ex leg. An eadēm, §. Aktiones, & leg. cum res, C. de contrahend. empt.* para la conservacion del derecho adquirido se permite, *leg. i. C. de primicer. lib. 12. leg. i. §. fin. ff. si quis à parent. fuer. manum. Cancer. 3. Vari. cap. 7. num. 181. Dom. Salgad. de Retent. 1. part. cap. 2. sect. 4. num. 167. & in Labyr. 2. part. cap. 174 num. 29. & 171. cum alij. D. Olea tit. 6. quest. 7. num. 8. 9. & 20. Y con especialidad quádo son compatibles, y puedé concurrir simul, como en terminos de titulo cierto, como lo es el Privilegio de el*

Principe, y el presumpto, que resulta de la immemorial, tenent cum plurim. D. Olea *vbi proxim.* num. 9. Joan. Bapt. Trobat. de *Effect. immemor. quest. 15. art. 4.* num. 14. Card. de Luca de Regal. *disc. 47. num. 8.*

138. Ni menos, si el principio, ó contestacion de el pleito de Tenuta, que principiò Don Alonso Fernandez de Cordova (38) con Doña Ana Monica, (41) pudo causar interrupcion en la calidad de immemorial de dicha costumbre, por la doctrina que funda Dom. Crespi *observat. 14. ex num. 15.* afirmando, que el tiempo de el litigio se debe quitar, y no tener en consideracion para la prueba de la immemorial, porque la contestacion la interrumpe.

139. Cuya regla se entiende, quando la prueba de la immemorial se haze por testigos, los quales deben deponer de tanta antiguedad, que quitado el tiempo del litigio afirmen la possession de 40. años de vista, conforme à lo prevenido *in leg. 41.* Taur. y si su edad no alcançare à deponer de tanto tiempo, queda improbable; pero no quando, como en este caso, la prueba resulta de los instrumentos, y Autos de el pleito, y quando en el tiempo, que se principiò dicho litigio, tenia dicha observancia prescripta causada, y perfecta la qualidad de immemorial, no solo por los 40. años, que se requiere de vista en los testigos, sino es

por mas de 244. sin acto en contrario; en cuyo caso, ni el ingreso de el juicio, ni la contestacion, ni la presentacion hecha de los papeles, que se afirman Fundaciones, pudieron interrumpirla. Dom. Molin. de *Primogen. lib. 2.* cap. 6. num. 47. D. Castill. lib. 6. de *Tertijs, cap. 35. ex n. 18. cum plurimis.*

140. Y de todo lo dicho en este Medio se infiere legitimamente, que teniendo dicha Fundacion de el dicho segundo Adelantado (5) tan inveterada, y uniforme observancia de años, y siglos por tan legitimos medios probada, y prescripta, con la imponderable qualidad de immemorial, no solo de governar la succession de los bienes, que expressamente comprehendio, y posseyò dicho segundo Adelantado, sino es de todos los que componen la Casa, y Estado de Alcaudete, y Montemayor; si para los primeros es titulo inducitado, para los demás tiene, el que presume dicha immemorial, ya por extension, ya por ampliacion, ó por otro legitimo titulo; que la radicò.

141. Y siendo este (como presupuesto por dicha costumbre) ley, que se debe observar, como concession de Principe, ó Emperador, pacto, ó Privilegio tal, que entre los titulos conocidos por derecho es el mas poderoso, y efficaz. Cap. *Super quibusdam, §. Præterea, de verb. signific. Cap. 1. de prescript. in 6.*

L. 1. § fin. ff. de aqua plub. arcend.
 L. In summa eod. L. 3. §. Ductus
 aquæ , ff. de aqua quot. & astiv.
 Dom. Molin. de Primogen. lib. 2.
 cap. 6. ex n. 12. Gutierr. 3. Pract.
 quest. 14. num. 56. & quest. 17.
 num. 141. & 298. Pareja de Insfr.
 Edit. tit. 5. resol. 9. num. 116. D.
 Castill. lib. 5. Controvers. cap. 93.
 §. 8. & de Tertij's cap. 6. & 27.
 Dom. Crespi observ. 14. ex num. 1.
 Fontan. decis. 2. 17. n. 17. D. Solorç.
 de Iur. Ind. tom. 1. cap. 3. ex n. 70.
 Joan. Bapt. Trobat. de Effect. im.

mor. quest. 1. ex n. 63. & per tota
 142. Por ningun motivo , ni fundamento lo pueden
 competir para la determinación
 de este pleito, ni los papeles que
 se afirman Fundaciones por la
 otra Parte , (ni quando fueran
 ciertas) porque dicha costumbre
 immemorialmente prescripta, las
 ha extinguido , y contra ellas se
 debe observar en quantos aca-
 cieren sobre la succession de esta
 Casa , Mayorazgo , y Estado de
 Montemayor, y Alcaudete.

FUNDAMENTO IV.

143. Porque por ser la Fun-
 dacion de el Testa-
 mento del dicho segundo Ade-
 lantado (5) la legitima, induvita-
 da, y cierta del Mayorazgo, Casa,
 y Estado de Montemayor, y Al-
 caudete , se executorio assi en el
 pleito , que sobre la Propriedad
 de dicho Estado , en el año de
 1537. principió Don Diego de
 Montemayor , (26) con D. Mat-
 tin de Cordova , (23) mandan-
 dola observar en la succession de
 dicho Mayorazgo, y para ello in-
 sertar en la Executoria ; por lo
 qual obsta à la señora Condesa
 en fuerça de cosa juzgada , para
 pretender oy atribuir à dicho
 Mayorazgo otra Fundacion di-
 versa.

144. Siendo la cosa juz-
 gada el ultimo aliento de los litigios , Dom. Valençuel. Velazq.
 conf. 72. num. 31. con efecto per-
 manente, como dixo à el n. 24. y

siendo irretractable el derecho
 que por ella se adquiere num. 25.
*Post absolutum enim , dimissumque
 iudicium nefas est litem alteram
 consurgere ex litis primæ materia:*
*L. Terminato , C. de fruct. Dom.
 Valenç. ubi proxim. num. 34. ibi:
 Est enim contra omne ius introdu-
 cere novas lites de eo quod iam est
 decissum. Ni se puede , aviendo
 Executorias, ventilar ya el punto
 principal de la justicia , sino es
 an indicatum sit ? Ex leg. 1. C. de
 condit. indebit. Dom. Valençuel.
 conf. 40. nam. 52. & conf. 68. ex
 num. 33. & conf. 92. num. 9. L. 51.
*C. de re iudic. ibi: Neque enim
 instaurari finita rerum iudicata-
 rum patitur authoritas. Valeron,
 tit. 2. quest. 1. num. 2. & cum Surd:
 Cartasc. Ciarlin. Menchac. Dom.
 Valent. & alijs, dict. tit. 2. quest. 4:
 num. 1.**

145. Y siendo notorios
 estos principios , y que contra la

Executoria primera no puede subsistir la segunda contraria à ella. Dom. Salgad. de Reg. 1. part. cap. 8. num. 2. Dom. Gonçal. in cap. Inter cæteras , de Re indic. Pareja de Instrum. Edit. tit. 2. resol. 6. num. 317. Dom. Vela, dissert. 25. num. 43. Valer. dict. tit. 2. & quæst. 4. num. 17.

146. Resulta , que el principal intento de este fundamento no es el probar , que la sentencia de revista, y la pronunciada en el grado de Mil , y quinientas (por lo que miraron à declarar Fundacion de dicho Estado, y Mayorazgo el Testamento de dicho segundo Adelantado, (5) y que por sus Clausulas, y condiciones se posseyessen por vinculados , y de Mayorazgo todos sus bienes) fuessen justas, porque esto no solo se debe presumir , sino es legalmente creerlo, cap. Semper , de Sent. & re indic. Dom Valenç, conf. 95. num. 2. & conf. 169. num. 65. Valeron vbi proxim. quæst. 4. & num. 1. ibi: Cuius adeo magna authoritas est, ut prædicant interpretes , dicentes facere de albo nigrum , equare quadrata rotundis , & habere pro se præsumptionem iuris , & de iure, esseque quasi alteram naturam.

147. Si , probar ay Executoria, que declarò dicho Testamento, Fundacion de este Mayorazgo , Cala , y Estado ; y para manifestarlo, es preciso suponer, que en los Mayorazgos de España se sucede por representacion, ex leg. 40. Taur. & leg. 14. tit. 7.

lib. 5. Recop. de donde se infiere, que à la succession de ellos no litigan las personas , sino es las lineas, primera regla , que se debe atender, prius linea. Dom. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 4. ex num. 13. vbi Add. Dom. Paz de Tenut. cap. 35. num. 11. Dom. Castill. 5. controv. cap. 93. ex num. 3. & cap. 91. num. 62. Pat. Molin. de Iust. & Iur. disp. 625. num. 5. Robles de Represent. lib. 3. cap. 11. num. 36.

148. De cuyo principio resulta la regla indefectible cierta , que las sentencias en los Mayorazgos no son personales, sino es lineales , porque no se atiende à las personas , que litigan , sino es à las lineas de donde provienen, Dom. Larrea, decis. 35. n. 6. & 31. ibi: Non personale actoris, sed reale totius illius linea. Et n. 33. ibi: Ego noto, ius successionis Majoratus non esse personale eius , qui in iudicium deduxit; sed perpetuum totius linea. Et num. 36. ibi: Cum totius linea ius in iudicio deducatur. Et num. 45. ibi: Nec solum suam causam in iudicium deduxit, sed ius totius linea. D. Hieronym. de Leon , decis. 136. num. 10. D. Paz de Tenut. cap. 43. n. 8. Dom. Castill. cap. 157. num. 37. Alvar. Pegas Controv. Forens. tom. 1. cap. 4. n. 75. vers. Et tunc. Aquil. ad Roxas , 1. part. cap. 6. num. 225.

149. Y es la razon, porque la linea una vez excluida , se entiende siempre estarlo , mientras dura la linea, que le excluyó,

aun-

aunque falten las personas, que litigaron. Dom. Molin. lib. 1. cap. 6. num. 22. vers. *Hæc autem, & lib. 3. cap. 5. num. 72. vbi DD. Add. Dom. Castill. lib. 3. Controvers. cap. 15. num. 59. vers. Secundo, & tom. 6. cap. 143. §. Vnic. num. 15. Dom. Valenç. conf. 83. num. 131. Y de lo contrario se siguiera excluir en la materia de succession de Mayorazgos la cosa juzgada, y que en ellos nunca pudiera aver Executorias, y se hizieran immortales los pleytos, si las sentencias no fueran lineales, sino es personales. Dom. Castill. Controvers. tom. 6. cap. 157. num. 29. Dom. Molin. dict. cap. 8. num. 6. in fin. Mieres de Maiorat. part. 4. quæst. 14. num. 7. Padilla ad leg. *Vnum ex familia*; §. Si de falcidia, num. 14.*

^{cup 150.} Por lo qual es comun conclusion, que la Executoria en causas de Mayorazgos perjudica, y obra cosa juzgada para con todos los que consiguen el derecho à el Mayorazgo, que tenia el que litigo, como son los successores; esto, en las dos especies, que en dicha materia pueden controvertirse, la primera sobre si los bienes, ó alhajas pertenecian, ó no à el Mayorazgo. Dom. Covarr. Pract. cap. 13. n. 6. donde dà la razon, suponiendo, que no se sucede à el Posseedor, sino es à el Fundador, ibi: *Quia iure vieti, & condemnati ius proprium deducere conantur, & infra, eodem iure admitti contendunt. Far. in dict. cap. 13. num. 31. ibi: Sens.*

*tentia in primogenij possessorem cunctis nocet ad illum vocatis, nec opus est ut citentur ad litem. Dom. Gregor. Lop. in leg. 20. tit. 22. part. 3. Gloss. 4. Pat. Molin. de Iust. & Iur. tract. 2. disp. 647. n. 21. Anton. Gom. in leg. 40. Taur. num. 73. Dom. Salgad. de Reg. 4. part. cap. 8. num. 310. præcipue 312. cum plurimis. Pinello in leg. 1. part. 3. C. de bon. mater. n. 43. Dom. Molin. de Primogen. lib. 4. cap. 8. num. 3. vbi DD. Add. vers. Ex quibus, ibi: *Hæc sententia omnibus successoribus præiudicium generat, tanquam prædio (ut vulgo circumfertur) data. Card. de Luc. de Feud. disc. 43. num. 10. cum sequent.**

^{151.} La segunda sobre el derecho de la succelsio: *Vtrum ad hanc, vel illam lineam pertineat?* Disputando el llamamiento, y prelacion por la calidad, ó naturaleza de la Fundacion; y aunque en esta especie, algunos Autores antiguos quisieron seguir diversa opinion, & Dom. Valenç. Velazq. conf. 60. ex num. 27. quos referunt. DD. Add. dict. cap. 8. & num. 31. vers. *At vero si lis.* La contraria, comun, y cierta, practicada en el Reyno, afirma, que la Executoria en este caso obsta de la misma suerte à todos los que pretendieren derecho por la misma linea, aunque sean diversas personas. Dom. Molin. de Primogen. lib. 4. cap. 8. dict. num. 3. vbi DD. Add. vers. *Cæterum, ibi: Cæterum quid quid prædicti in contrariū sentiant, Authoris sententia longe verior est*

ac in praxi recepta. Siguiendo la opinion Dom. Castill. 5. controv. cap. 157. per tot. præcipue num. 16. & 20. D. Paz de Tenut. cap. 43. ex num. 1. & cum alijs, concluye vers. Et, ibi: *Et à regula prædicta in iudicando, & consulendo nunquam recedas, quam in Forensibus controversijs, non semel receptam vidimus. Satinient. Selectar. lib. 8. in leg. Vnum ex familia*, §. Si ex falcidia num. 4. D. Lart. decis. 35. n. 36. Alvar. Pegas tom. 1. Resol. Forens. cap. 4. num. 75. Torre de Maiorat. part. 2. quest. 50. ex num. 110. Dom. Hieron. de Leon tom. 3. decis. 1. ex num. 1. ysque ad 9.

152. Es assi, que de el pleyno, que sobre la Propriedad de dicho Mayorazgo, y Estado siguiò Don Diego de Montemayor (26) con Don Martin de Cordova, Conde de Alcaudete, (23) resulta, que con el motivo de aver Alfonso Fernandez de Montemayor, (11) por Clausula de su Testamento, declarado tocar la succession del Mayorazgo de Alcaudete, y Montemayor, con todos los demàs bienes de que se compone dicha Casa, y Estado, à Martin Alfonso de Montemayor su hijo (14) mayor à el tiempo de su muerte, por aver en su vida fallecido Alfonso Fernandez (13) su hijo mayor, por lo qual no adquirió derecho alguno, en vida de dicho Testador, à su Mayorazgo, Casa, y Estado, y por la misma razon no lo avia de aver, y heredar Alfonso

de Montemayor, (18) nieto de dicho Testador, y hijo de su hijo mayor desunto (Memor. num. 241.)

153. Y en fuerça de esta disposicion tomado la possession de dicha Casa el dicho Martin Alfonso de Montemayor, (14) se suscitò el litigio entre Tio, y sobrino, que terminò la transaccion aprobada por los Señores Reyes Catholicos, (como consta Memor. num. 27. y 28.) en cuya virtud continuò la possession de dicho Estado el dicho D. Martin, y Don Alfonso Fernandez de Cordova su hijo, (19) y por su muerte sucediò en él el dicho Don Martin de Cordova, Conde de Alcaudete; y estandole posseyendo, le puso demanda de Propiedad Don Diego de Montemayor, (26) afirmando, que como viznieto legitimo descendiente de el dicho Alfonso de Montemayor, (13) hijo mayor que fue de el dicho Alonso de Montemayor, (11) Señor de Alcaudete, y Montemayor, le tocaba la succession de dicho Mayorazgo, Casa, y Estado, à cuya restitucion, con frutos, y rentas, pidiò le condensasse à el dicho Conde Don Martin (Memor. num. 30.)

154. Contestado este juicio, despues de publicacion de Probanças, y de averse presentado en prueba de su intencion por el dicho Don Diego el Testamento del segundo Adelantado, (5) y, à el parecer, el otorgado por

por el dicho Alonso de Montemayor, (11) le contraxo la dificultad de este pleito à tres questiones de derecho. La primera sobre si los traslados de el Testamento de dicho segundo Adelantado, (5) y el de Alfonso Fernandez de Montemayor (11) eran autenticos, y merecian fee. La segunda, si la transaccion otorgada entre Alfonso de Montemayor, (18) y Don Alfonso de Montemayor, (19) Padre del dicho Conde Don Martin, asi aprobada por los Señores Reyes Catholicos, obstante á el dicho Don Diego para el derecho, que deducia á dicho Estado. La tercera, caso que fuera autentica la Escritptura, traslado de el Testamento de dicho segundo Adelantado, y Fundacion de dicho Mayorazgo, si por ella se excluia ó admitia la representacion (Mem. ex num. 31. vsque ad 37.)

155. Bajo cuyo concepto condicional de si era, ó no la verdadera Fundacion, se controvertio, substancio, y determino este pleito, absolviendo de la demanda á el dicho Conde Don Martin, y imponiendo perpetuo silencio á el dicho Don Diego, sin dar otro titulo, ni Fundacion al dicho Conde D. Martin, sino es solo, que posecia dicho Mayorazgo por justos, y legitimos titulos, como le avian possesso su Padre, y Abuelo; pero siempre como convencido por la Clausula del Testamento de Alfonso Fernandez de Montemayor (11)

su Visabuelo, el qual fundo la exclusion del nieto, hijo de su hijo mayor en el Testamento de dicho segundo Adelantado, y privilegios de el Mayorazgo, procurò esforçar la exclusion de la representacion, para incluirse.

156. Lo contrario afirmaba el Don Diego, persuadiendo, que la Fundacion de dicho segundo Adelantado no excluia la representacion, (Memor. n. 38) y concluso, y visto se pronuncio sentencia de revista en el dia 20 de Noviembre del año de 1543: por la qual se reformo la de vista, y se condeno á el Conde Don Martin de Cordova y Velasco á la restitucion de las Villas de Alcaudete, Montemayor, y Doshermanas, con sus Castillos, Terminos, Jurisdicciones, y Vassallos, y con todas las Dehesas, Heredamientos, Molinos de Pan, y Donadios anexos, y pertenecientes á la Casa, y Mayorazgo de Montemayor, y Alcaudete, contenidos en la demanda puesta por el dicho Don Diego, y en la Clausula del Testamento de Don Alonso Hernandez de Montemayor, (5) presentado en el Proceso, que parecio aver passado ante Alonso Ruiz, Escrivano Publico de Cordova, en primero de Agosto de 1390. (Memor. n. 39) y prosigue dicha sentencia, ibi:

157. Para que el dicho Don Diego de Montemayor, è sus successores tuviessen, y posseyessen los dichos bienes, y heredamientos por bienes vinculados, è de Mayo-

razgo , conforme à la Clasula de dicho Testamento : la qual se mandó insertar en la Executoria.

158. Por el dicho Conde Don Martín se interpuso segun-
da suplicacion conforme à la ley
de Segovia, con la pena, y fiança
de las Mil , y quinientas doblas,
en la qual insistió en las mismas
defensas, sin enunciar titulo , ni
otra Fundacion legitima de di-
cho Mayorazgo , afirmando se
solo en averle posseido su Padre, y
Abuelo por mas tiempo de 85 .años,
con justos, y derechos titulos, y por
las demás excepciones , que avia
fundado en la instancia de vista.
Por la parte de Don Diego se
afirmó, (Memòr. num. 41.) ibi:
Porque estaba justificado , que los
bienes eran de Mayorazgo , por la
Escriptura de el Testamento de
Don Alonso Fernandez de Monte-
mayor, (5) y por la de Martin Alon-
so (7) su hijo mayor , y successor en
su Casa, y Mayorazgo , predecesso-
res del dicho Don Diego.

159. Concluso , y visto
en el Real Consejo en el dia 17.
de Enero de el año de 1585. se
pronuncio sentencia , por la qual
se revocó la de revista dada en
esta Chancilleria , y se confirmó
la de vista , q absolvio à el dicho
Don Martín (y por aver muerto
durante este litigio el dicho D.Die-
go, (26) y dexado por su hijo ma-
yor à Don Alonso de Montemayor , (30) que le continuó , así
con el dicho Don Martín , (23)
como con Don Alonso de Cor-
dova (27) su hijo , y por muer-

te de este con Don Francisco Fer-
nandez de Cordova (Cas. 32.) se
condenó à el Conde D. Francis-
co, y à los demás, q despues de él
succediesen en dicho Estado , y
Casa , à que impusiesen sobre
ella , y sus bienes 44. ducados de
renta en cada vn año, y continua
la sentencia, ibi:

160. Los quales dichos
44. ducados mandaron , que el di-
cho Don Alonso, sus hijos , descen-
dientes , y successores los tuvie-
sen , y posseyesen para siempre ja-
más por titulo de Mayorazgo , se-
gun, y por la forma, y orden , y con
las Clasulas , vinculos , y prohibi-
ciones contenidas en el Mayorazgo ,
y Casa susodicha. Y prosigue
dando providencia para si el ca-
pital se redimiese ; de que se des-
pachó la Executoria , que consta
en este pleito con insercion vni-
camente de la Fundacion de di-
cho segundo Adelantado , (5)
Memor. num. 49. & 9.

161. De cuya indefecti-
ble verdad de hecho, se deducen
precisamente las ilaciones siguié-
tes: La primera , que por averse
principalmente deducido , pro-
ducido , y disputado en dicho
pleito la solemnidad, autoridad,
y validacion del Testamento de
dicho segundo Adelantado , (5)
y mandado se por dichas senten-
cias suceder , y posseer los bienes
de la Casa, y Estado de Alcaude-
te, y Montemayor por de Mayo-
razgo , conforme à las Clasulas
de dicho Testamento, se declaró ,
y executoriò su solemnidad , le-

galidad, y firme existencia, sin que oy se pueda repetir esta controversia. Dom. Salgad. de Reg. Protect. 4. part. cap. 9. ex num. 2. Pegas Controv. Fo. ens. lib. 1. cap. 5. ex num. 2. vsque ad 7. cum penè infinitis. Noguerol, allegat. 18. ex num. 48. & sequent. ibi: *Quia in primo iudicio non potuit discuti ista negativa, & illud quod est indiscutibile non intelligitur sententialiter determinatum:* & etiam pro hac conclusione facit Gloss. in leg. Siquis, ff. de except. rei iudic. vbi, constituens regulam ad cognoscendum, quid fuerit per sententiam decisum, dicit, id inspici debere ex causa, quæ resultat ex actis. Esto, porque la sentencia, y Executoria es de stricta naturaleza. Surd. conf. 312. num. 16. y por ser necesario presupuesto.

162. La legunda, que por averle mandado en dichas sentencias tener, y poseer todos los bienes de la Casa, y Estado de Montemayor, y Alcaudete por vinculados, y de Mayorazgo, conforme à la Clausula del Testamento del dicho segundo Adelantado, está executoriado, que dicho Testamento es la verdadera Fundacion de dicha Casa, y Estado, sin que tenga facultad la parte de la señora Condesa para pretender lo sean los demás instrumentos, que ha presentado en este pleito, porque le obstan las dichas sentencias en fuerça de cosa juzgada.

163. La prueba de esta conclusion resulta ex dictis supra

in 1. Fundament. por ser cierto, que no pudiera obtener Don Diego de Montemayor, (26) en el pleito, que sobre la Propriedad de este Estado siguió con el dicho Conde Don Martin, (23) sino es manifestando la original, cierta, y verdadera Fundacion de el Mayorazgo de Alcaudete, y Montemayor, como actor que le demandaba, ex leg. Item veniunt, ff. de petit. hered. L. De his, ff. de transact. y es literal, ex leg. 41. Taur. Dom. Paz de Tenut. cap. 34. num. 18. & 48. D. Molin. lib. 1. cap. 11. num. 11. D. Castilla. lib. 5. cap. 91. num. 29. & cap. 92. ex num. 1. & cap. 93. ex num. 17. cum plurim. Pegas de Maiorat. tom. 1. cap. 6. ex num. 3.

164. Y aviendose disputado plenamente, si lo era dicho Testamento, confessandolo solo condicionalmente el dicho Conde de Don Martin: con aver mandado dicha sentencia se tuvieran, y posseyeran los bienes de dicho Estado por vinculados, y de Mayorazgo, conforme à dicho Testamento, expressamente declarò ser la Fundacion verdadera, y cierta, como necesariamente se subentienda, *quia in sententia habetur pro espresso, illud quod virtualiter necessario subintelligitur;* argum. Text. in leg. Si inter me, & te, ff. de except. rei iudic. Leg. Pomponius, §. Sed his, ff. de procurat. L. 2. C. de ordin. cognit. Menoch. conf. 110. num. 17. Gom. in leg. 45. Taur. n. 139. ver. Item etiam. Gratian. Discept. Forens. cap.

cap. 445. num. 20. Dom. Salgad.
de Reg. Protect. 4. part. cap. 9.
num. 24. 25. & 150. D. Castill.
lib. 5. Controvers. cap. 104. num.
24.

165. La tercera, que por
aver mandado dichas sentencias
poseer, y tener todas las Villas, y
bienes de que se compone la di-
cha Casa, y Estado de Montemayor,
y Alcaudete por vinculados,
y de Mayorazgo, conforme à la
Fundacion de dicho segundo
Adelantado, (5) declararon, y
executoriaron ser su unica Fonda-
cion el dicho Testamento, y por
necesidad de razon, no poderse
dividir dichos bienes con el mo-
tivo de otras Fundaciones.

166. Esta ilacion resulta
de la essencia de los Mayorazgos,
concepto, y letra de dichas sen-
tencias, y de lo disputado en el
pleyo: Lo primero, porque la
essencia del Mayorazgo consiste
en ser, no solo individuo respec-
to del Posseedor, sino es de sus
bienes: ex eo, que la division de
estos los aniquila, y destruye, y
por esto la resiste su naturaleza.
Dom. Castill. 5. controv. tom. 6.
cap. 159. ex num. 1. Dom. Molin.
de Primog. lib. 1. cap. 3. num. 6. &
cap. 11. per tot. & lib. 3. cap. 11
num. 19. Dom. Vela, dissert. 49.
ex num. 42. Dom. Solorç. in Polyt.
lib. 3. cap. 17. vers. Lo quarto, &
seqq. Gom. in leg. 40. Taur. n. 68.
vers. Item. Cyriac. controv. 414.
Roxas de Incompat. 1. part. cap. 7.
num. 34. Dom. Covarr. lib. 3. Var.
cap. 5. num. 13. vbi Faria, ibi: Ex

ipso, quod constet bona Maioratus
vinculo adstringi, ea indivisa ad
primogenitum ex vocatis debent
per venire. Dom. Gregor. Lop.
in leg. 2. tit. 15. part. 2. Gloss. 1.
vers. Ex predictis.

167. Lo segundo, por-
que esta individual comprehen-
sion de todos los bienes, Villas,
Castillos, Jurisdicciones, y Vassa-
llos, de que se compone la Casa
de Montemayor, y Alcaudete, la
concibio la sentencia de revista,
declarandolos vinculados, y de
Mayorazgo por solo la Funda-
cion del segundo Adelantado, y
sugetando, y contrayendo à sus
reglas la succesion de dicho indi-
visible agregado.

168. Y se deduce de la
mente, pues determinando dicha
sentencia pleyo sobre la succe-
sion de bienes vinculados, y de
Mayorazgo, cuya indivisibilidad
es propia de su naturaleza, y
corresponde à la causa final de su
institucion, Dom. Molin. de Pri-
mog. lib. 1. cap. 11. ex num. 1. vsque
ad 10. vbi cum plurim. DD. Add:
en el qual, el punto principal de
la dificultad, consistia en la Fun-
dacion, ó Fundaciones; porque
la vna parte afirmaba serlo la de
dicho segundo Adelantado, y la
otra lo negaba sin expressar otras;
siguiendo la dicha naturaleza, y
concepto en que se hazen dichas
Fundaciones, declarò ser la de di-
cho segundo Adelantado la de
todos los dichos bienes, como
unico indivisible agregado, en
que debe consistir dicho Mayo-
razgo.

169. Esta propia inteligencia la confirmò la sentencia de Mil, y quinientas; pues a viendo el Consejo (en virtud de la Regalía de tan alto, y supremo Tribunal) arbitrado en darle à Don Alonso (30) 4y. ducados de renta, condenando à los Poseedores de dicho Estado, à que impusiesen censo de ellos, le le dieron expressamente, para que los tuviese, y posseyese, y sus hijos, descendientes, y sucessores, ibi: *Para siempre jamás por titulo de Mayorazgo, segun, y por la forma, y orden, y con las Clausulas, vinculos, y prohibiciones contenidas en el Mayorazgo, y Casa susodicha.* Es así, y consta de Autos, que en la dicha Casa no ay otro Mayorazgo, Clausulas, vinculos, y prohibiciones, que el contenido en la Fundacion de dicho Segundo Adelantado; (5) y por ser así se refirió à él la sentencia de revista, mandandole insertar en la Executoria: (como de hecho se ejecutó así en la de Mil, y quinientas) Luego dicha referencia únicamente se terminó à la dicha Fundacion, por no aver otra en dicho Estado; y así se debe entender, y restringir dicha sentencia à lo disputado en el pleito. Dom. Salgad. de Reg. part. 2. cap. 7. num. 159. ibi: *Quia tunc refertur, & restringitur ad prosecuta. L. Licet, C. de iudic. Philip. Franc. in cap. Dilecto sub num. 107 quæst. 48. de appellat. Scacia de Appellat. quæst. 17. limit. 6. memb. 9. sub num. 8.*

170. De que resulta, que no pudiéndose dudar, que las dichas sentencias causaron Executoria, y que por ninguna causa se puede impedir, ni suspender su cumplimiento, ex leg. 1. ff. de re iudic. Escob. de Parit. 2. part. quæst. 4. art. 1. num. 5. ibi: *Quod proprie res iudicata dicitur, cum appellatione, alia ve de causa pronunciatum impediri, suspendi, rescindi nequit.* Et num. 9. ibi: *Et ideo à Modestino in leg. 1. ff. de re iudic. Iudicata res dicitur, quæ finem controversiarum pronunciacione iudicis accepit, quia finem ita sumit, ut nihil amplius desiderari valeat, & Text. in leg. Qui Romæ 122. §. Duo fratres 6. de V. S. & in leg. Ad peremptorias 2. C. sentent. rescind. non poss.*

171. Se sigue obstan à dicha señora Condela en fuerça de cosa juzgada para oponer defectos à dicha Fundacion, y Testamento, negar su observancia, que está declarada vñica, y querer atribuir à este Estado otras diversas Fundaciones ignoradas por siglos, y jamás observadas (por no averlas) en esta Casa de Montemayor, y Alcaudete, como lo executa en este pleito (Mem. num. 896. & 897.)

172. Sin que pueda decir, no concurren en este caso las tres identidades, que requiere la ley *Cum queritur, ff. de except. rei iudic.* para que obste la cosa juzgada, como son: La primera, eadem res, porque se litiga sobre el mismo individuo Mayorazgo,

que en aquel pleyto se controvic.
tiò. Dom. Lareta, decif. 35. num.
38. ibi: *Quia circa eandem rem,*
corpus, & quantitatem quæstio
versatur, scilicet de successione
eiusdem primogenij. La legunda,
eadem causa petendi, porque en
aquel pleyto pretendia el Mayorazgo Don Diego de Montemayor, como de linea mayor, y por la Fundacion de dicho segundo Adelantado; y en este, le pretende esta Parte por la misma Fundacion, afirmando es la de dicho Mayorazgo, y como en quien concurre la calidad de unico agnado por representacion de Alfonso de Montemayor (11) su sexto Abuelo, Señor, y Posseedor que fue de dicha Casa, por cuya representacion le pretendia asimismo el Don Diego, Dom. Larr. dict. decif. 35. & num. 38. ibi:

173. *Et causa petendi non diversa, quia Petrus, quasi linea patris sui substituta; at verò Joannes ex alia linea Abunculi antecessoris successionem intendunt.* Et decif. 77. num. 10. ibi: *Nam ageretur de bonis fideicommissi familiaris, quod descendantibus ex familia relictum, omnium ius ab initio deduxit actor in iudicium, & quasi illi competenter actionem intendere, quo casu idem ius, & causa agendi.* Barbos. in leg. Divortio 8. §. fin. ff. solut. matrim. part. 2. num. 62. ibi: *Tunc dici agi ex eadem causa, quando illud, quod erat decisum in primo iuditio, refricatur iterum in hoc novo, tunc enim obstat exceptio rei indicatae.*

Dom. Castill. Controvers. lib. 5.
cap. 104. num. 27. Alvar. Pegas,
Resolut. Forens. tom. 1. cap. 4. ex
num. 76.

174. La tercera scilicet, eadem conditio personarum, es igualmente clara, pues la ley no dice han de ser las personas identicamente las mismas, sino es que sean de una misma calidad, lo qual haze ser interpretativa las mismas, que litigaron, sobre que traen muchos ejemplos Noguer. allegat. 38. num. 57. & D. Salgad. de Reg. part. 4. cap. 8. ex n. 320. D. Hieron. de Leon, decif. 78. per tot. & Dom. Lareta dict. decif. 35. n. 37. ibi: *Licet numero, & specie diverse, earum conditionem atendi ad identitatem; quia, qui alterius personam induit, vel illius ius consequitur, licet vere diversa persona sit, non tamen difert conditione.* Lo que en especie se verifica en esta Parte.

175. Y la señora Condesa, como descendiente de los dichos Condes Don Martin, y Don Francisco, y Posseedora de su Casal, y Mayorazgo, sin razon de disputa los reprelenta, y le obsitan dichas sentencias, Pegas dict. cap. 4. num. 75. in medio, ibi: *Ec contrarium fit verum, nam certissimum est, quod talis sententia successoribus, etiam non citatis præiudicat.* Y cita à todos los Autores del Reyno. Y querer oy traer à la question de este pleyto la de qual sea la Fundacion de dicho Estado, y Mayorazgo, tiene resistencia de ley, Leg. Terminato, C. de fruce

*fructib. & lit. expens. vts. Postea
supr. cit.*

176. Sin que le quede recurso por defecto de otro solemne requisito para impugnar dichas sentencias, por ser constante de la dicha Executoria, que se pronunciaron con legitimo contradictor, como lo fue el dicho Conde Don Martin, actual Posseedor de dicho Mayorazgo, y Estado, el qual se defendio plenamente (como resulta de Autos) en pleito declaratorio, y de propiedad, de el que consta el defecto de colusion, qualidades todas, que hazen invariable en el successor la observancia de la co-

sa juzgada. Dom. Molin. *dict.* lib. 4. & cap. 8. ex num. 3. vbi Add. Dom. Covarr. *Practic. cap. 13.* ex num. 6. & seqq. vbi Faria cum plurim. Pegas *Resolut. Forens. tom. 1. cap. 4. num. 75.* vts. Vbi, ibi; *Vbi de requisitis necessariis ad hoc scilicet, quod lata sit sententia cum legitimo contradicto, quod plene se defendat, quod sit sententia declaratoria, & quod non sit lata per collusionem :: & ita obstarere, & praedicare nepoti, cum fuisse lata contra Abum super qualitate Maioratus :: & optimè, quia tunc lata super qualitate successionis, & bonorum, omnibus notet.*

INSTANCIA I. CONTRA LOS DOS FUNDAMENTOS ANTE-

cedentes.

177. Bien reconoce la parte de la Códesa la grandeza de eficacia, y solidez de los dos fundamentos antecedentes, y así ha ocurrido en su defensa (para ponerlos en duda) a muchos, y aun complicados medios; como son, negar la observancia en todo tiempo de la Fundacion de dicho segundo Adelantado de todos los bienes de este Estado: que en ningun juicio se ha decidido, sea la cierta, legitima, y verdadera, ideando excluir la cosa juzgada por dicha Fundacion; y atribuyendo la observancia de la succession, a las que

quiere Fundaciones de diversos Mayorazgos, de que dice se compone dicha Casa, y Estado: que siendo regulares, en este concepto se litigaron aquellos pleytos, negando el Conde Don Martin, admitiera la representacion; y calificando estos discursos con la referencia de las sentencias a la Cláusula de el Testamento de Martin Alfonso de Montemayor, (7) y con la Executoria de Tenuta obtenida por Doña Ana Mónica Pitmentel (41) su tercera Abuela, como todo consta (Memor. ex num. 896. vsque ad 909.)

RESPUESTA EN EXCLUSION DE ESTA INSTANCIA.

178. **A**TRES Partes están reducidos los fundamentos de este argumento. La primera consiste en negar la observancia, ya regular, ó ya immemorial à la Fundacion de el segundo Adelantado, (5) en el governo, y succession de esta Casa, y Estado, atribuyendole, y queriéndosela adaptar à las que quiere la Condesa sean Fundaciones; idéa tan improporcionalada, que no le será facil fundarla, pues le resisten la ley, la razon, y los Autos.

179. **L**A ley, por ser cierto, que lo que le ignora no se puede observar, leg. *Si ignorans s. o. ff. locat.* porque à lo ignorado no se extiende, ni puede la voluntad, Dom. Covarr. in cap. *Alma mater* 1. part. §. 10. num. 7. & in Clement. *si furiosus, de homicid.* & *irregularit.* part. 2. in princip. Pater Sanch. de Matrim. lib. 2. disp. 16. ex num. 9. Dom. Castill. tom. 6. Controvers. cap. 116. ex num. 4. Carlev. de Iudic. tit. 1. disp. 2. num. 366.

180. Es así, que las Fundaciones à quienes se quiere atribuir la observancia, se ignoraron hasta el año de 634. que las presentó Doña Ana Monica (41) en el Juicio de Tenuta, que principió Don Alonso Fernandez de Cordova, (38) y continuó Don Juan Fernandez de Cordova (39)

(que si fueran ciertas) no se tuvo noticia de ellas por mas tiempo de 317. años, cuya ignorancia afirmó Don Diego de Montemayor (26) en la petición de susplicación, que interpuso de la sentencia de vista pronunciada en el año de 541. (Memor. n. 39) ibi: *Porque todos se han hecho por Testamentos, y disposiciones ultimas, y assi SE PRESVMIA:* Luego la ley resiste la observancia, que la parte de la Condesa quiere atribuir à dichos papeles.

181. La razon, por ser assimismo cierto, que la voluntad no puede obrar sin el previo conocimiento, y assi es indubitable axioma de los Philosophos: *Quod nihil volitum, quin præcognitum.* Ex Aristotel. lib. 3. Moral. ad Nichom. cap. 1. & 2. S. Thom. 1. part. quæst. 82. art. 4. ad 3. cum plurim. Carlev. ubi proxim. dict. num. 366. Dom. Castill. dict. cap. 116. ex num. 4. ibi: *Dispositio non trahitur ad incognita, & incogitata, idque non modo in Testamentis, & ultimis voluntatibus, sed etiam in omni actu, materia, & dispositione.* Y exorna este lugar con infinito numero de Textos, y Autores.

182. Es así, que para que se hubieran observado dichas Fundaciones, era preciso, y de natural razon, que los descendientes, los parientes, los Jueces,

y demás, que debian observarlas, las vieron, reconocieron, y supieron (lo que no ha acaecido) Luego la razon resiste la observancia, que se les atribuye; pues debiendo esta, como calidad, existir producida de la ciencia de dichas Fundaciones, aviendose ignorado, y no constado dellas, tiene natural resistencia, *quia non entis, & non apparentis idem est iudicium, & paria sunt rem non esse, & non apparere, leg. Duo sunt Titij, ff. de testam. tutel. L. In. lege 77. ff. de contrah. empt. cum Surd. & plurim. Rotæ decisi. Barbos. in tract. Varijs, axiom. 162. ex num. 2.*

183. Los Autos, porque resultando de ellos, con ynfomme concepto, que desde el año de 390, hasta el de 634. en quantas possessiones se tomaron de los bienes de esta Casa, y Mayorazgo, y en quantos litigios se ofrecieron sobre su successión, fueron por la Fundación de dicho segundo Adelantado, (5) y se tuvo por ley para determinarlos, y que por ella se radicó la successión en la linea de la Condesa, hasta el Conde Don Francisco su quinto Abuelo, poi cuya muerte se causó la vacante, que hasta oy se disputa, como todo queda fundado supra: Luego los Autos resisten la observancia, que ideá la parte de la Condesa.

184. La segunda parte de esta instancia consiste en negar, que en algun juicio se aya declarado cierta, y legitima la Fundacion de dicho segundo

Adelantado; (5) ni mandado governar por ella la successión de esta Casa, y Mayorazgo; porque todos los pleytos se han litigado en el concepto de muchos Mayorazgos regulares, negando el Conde Don Martin admities- sen la representación.

185. Dos especies contiene esta segunda parte: la primera es de hecho, y queda convencida ex actis en el fundamento antecedente, y la excluye la letra de la sentencia de revista, (Memor. num. 39.) y lo confiesa la parte de la Condesa (Memor. numer. 904.) donde queriendo excluir, que la Fundación del segundo Adelantado, (5) aya governado siempre la successión, dice, ibi: *Aunque es cierto, que se mandaron posseer como vinculados dichos bienes, conforme à la Clausula de la Fundación del dicho Don Alfonso; tambien lo es, que no puede perjudicar à la dicha Condesa aquella determinación, por averse dado entre distintas Partes.*

186. La segunda especie contiene notoria complicacion, pues litigar D. Diego de Montemayor, y el Conde D. Martin en el concepto de ser regulat el Mayorazgo de Alcaudete, y Montemayor, y negar el Conde Don Martin à el mismo tiempo no admittia la representacion, son conceptos incompatibles; porque nada es mas notorio, que ser irregular el Mayorazgo, que exeluys la representacion, à causa de ser esta calidad propria, y natural de los Mayorazgos regulares de

España, por las leyes de Part. & Taur. y la 17. tit. 7. lib. 5. Recop. expresse leg. 2. tit. 15. part. 2. ibi: Y aun mandaron, que si el hijo mayor muriese antes, que heredasse, si dexare hijo, o hija, que tuviesser de su muger legitima, que aquell, o aquella lo oviesse, y non otro alguno. Avendañ. in leg. 4. Taur. Gloss. 1. num. 8. Dom. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 6. quasi per tot. cum plurim. Robles de Represent. lib. 3. cap. 4. per tot.

187. Y su exclusion se opone à las reglas de derecho establecidas en la succession regular, Dom. Vela dissert. 49. n. 45. Roxas de Incompat. 1. part. cap. 6. num. 21. vbi Aquil. cum plurim. y assi es irregular. Pegas de Mayorat. tom. 1. cap. 1. num. 55. & 56. ibi: *Maioratus irregularis est ille, in cuius Fundatione institutor se debiat à regulis iure introductis ad successionem: & ideo est irregularis ille Maioratus in quo invenitur aliqua persona exclusa.*

188. Y negando el Conde Don Martin, que el Mayorazgo de esta Casa admitiera la representacion, y por ello excluyendo à la linea mayor, tanto dista litigara en el concepto de ser regular dicho Mayorazgo, como que no pudo imaginarlo sin grave error de derecho; demás de ser incierto se disputasse dicho pleyro en el concepto de otra Fundacion, que la de dicho segundo Adelantado, y contrayendo à su letra, y mente la question de la admission, o exclusion

de la representacion, y en el de ser unico, solo Mayorazgo, y Fundacion: Luego es evidente la complicacion, y defecto de fundamento de dicho argumento en esta especie.

189. La tercera parte consiste en querer la de la Condesa apropiar à la Clausula de el Testamento de Martin Alfonso, (7) hijo del segundo Adelantado (5) la calidad de Fundacion de esta Casa, y Estado, por la referencia, que en la sentencia de revista se hizo tambien à ella; y por consiguiente excluir se executorio unica Fundacion la de el segundo Adelantado, lo afirma así (Memor. num. 1039.) ibi: *Y el Testamento del dicho Martin Alfonso de Montemayor (7) era de tanto momento, que por la sentencia de revista dada en esta Chancilleria en el pleyro antiguo, que hubo sobre la succession de este Estado, y de que dimanó la Real Carta Executoria, de que dicho Don Luis se valía, se mandaron guardar las Clausulas de él por Fundacion de dicho Estado.*

190. Y de este fundamento infiere la regularidad, que quiere deducir del Testamento de el segundo Adelantado, suponiendo, que siendo induvidadamente regular la disposicion de dicho Martin Alfonso, y estando ambas comprendidas en la referencia de dicha sentencia, o ambas han de ser regulares, o se incidiera en el absurdo, de que en la decision de la dicha sentencia,

cap. 16. num. 60. & lib. 4. cap. 43.
per tot. lib. 2. cap. 16.

cia, y la de Mil, y quinientas hubo implicacion, y contrariedad, como lo fuera afirmar, que es regular, y à el mismo tiempo de agnacion este Mayorazgo, (Memor. num. 1085.) queriendo calificarlo con la sentencia de Tenuta, y Executoria, que obtuvo Doña Ana Monica su tercera Abuela. (41)

191. Pero todos los medios acumulados en esta tercera parte tienen convincente respuesta, atendiendo, lo primero, à que aunque es cierto, que dichas sentencias se refirieron tambien à la Clauſula de el Testamento del dicho Martin Alfonso, (7) lo es asimismo, no consta la verdadera, y cierta, pues no aviendose insertado en la Executoria, y constando los visibles, notorios defectos, que contiene el Testamento presentado despues por la dicha Doña Ana Monica en el Pleito de Tenuta, y el traslado presentado por la Condela en este, porque no hazen fe, ni prueban ser el verdadero à que se refirieron dichas sentencias (como se manifestará en su lugar) se sigue no consta el relato; y asi queda invtil, y sin prueba la dicha referencia, *Auth. si quis in aliquo, C. de ædend. Dom. Covarr. Pract. cap. 21. num. 2. vers. Quod si fiat, vbi Faria num. 5. cum plurimis Pareja de Instr. Edit. tit. 7. resolut. 9. ex num. 2. Barbos. in dict. Authent. num. 3. D. Salgad. de Retent. part. 2. cap. 26. n. 62. Dom. Castill. lib. 2. Controvers.*

192. Lo segundo, porque quando el traslado de dicho Testamento se pudiera estimar cierto, por él no consta hiziera Fundacion de Mayorazgo alguno, à el que pudiera dar llamamientos, pues solo refirió los bienes del Mayorazgo, que poseía, fundado por el segundo Adelantado su Padre, y los manda à su hijo Alfonso de Montemayor, (11) con aquellas condiciones de Mayorazgo, segun, y de la manera, que se lo dexó su Padre, (Mem. ex num. 200.) cuyo modo de disponer haze, que el relato esté en el referente con todas sus qualidades para modificarle, y instruirle à sus terminos, ex leg. 1. §. Deinde 9. ff. de postuland. L. ultim. §. 2. ff. de liberat. legat. D. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 64. vbi Add. D. Castill. lib. 4. Controvers. cap. 43. num. 36. & lib. 5. cap. 117. n. 28. Rola consult. 69. num. 179. Dom. Vela dissert. 49. num. 12. 13. & 107.

193. Es así, que no siendo Fundacion (como no lo es) la disposicion de el dicho Martin Alfonso, (7) y quando se pueda tener en alguna consideracion, es solo por la referencia, que haze à la hecha por su Padre, la qual identicamente existe en la Clauſula de el Testamento del dicho Martin Alfonso con todas sus qualidades para el governo de la sucesion del Mayorazgo: Luego solo tuvieró dichas sentencias,

vna vñica Fundacion à que refiere
tse , como lo es la de dicho se-
gundo Adelantado , como hecha ,
y producida del Testamento del
fusodicho , y como referida en el
de su hijos y por esto se refirieron
à ambas , no como à separadas
Fundaciones , porque las senten-
cias no pudieron dar à la disposi-
cion de Martin Alfonso la calidad
de Fundacion , que no hizo , y le
falta , sino es como à vna sola
comprehendida en el referente ,
y relato.

194. Que no hiziese
Fundacion alguna por su Testa-
mento el dicho Martin Alfonso ,
(7) resulta claro del que (afirman-
do serlo) ha presentado la otra
Parte , pues (dexando à su hijo
Alfonso de Montemayor (11)
todos los Cortijos , y bienes rai-
zes , que tenia , y poseia libres en
pago de su legitima , mandando-
le pagasse la mitad de el precio à
sus hermanos) à continuacion de
la Clausula , en que le avia man-
dado el Mayorazgo con las condi-
ciones , y en la manera , que se lo de-
xò su Padre , refiriendolas dice ,
ibi:

195. Que lo non pueda
vender , ni empeñar , ni trocar , ni
enagenar , ni cambiar , è que sea to-
do vna cosa junta sin particion al-
guna para el dicho Alfonso de Mon-
temayor (11) mi fijo ; è despues de
sus dias , que aya , è herede el dicho
Mayorazgo el su fijo varon legitimo ; y si fijo non dexare , ni oviere à
el tiempo de su finamiento , que lo
aya , è lo herede en la manera , que
dicha es su fija legitima mayor .

196. Esta no es dispo-
sition , sino es relacion à las condi-
ciones , con que su Padre le dexò
el dicho Mayorazgo : en las con-
diciones de la Fundacion de el
segundo Adelantado su Padre , ni
en los llamamientos de successo-
res , tienen llamamiento las hemi-
bras , antessì notoria exclusion:
Luego en el llamamiento de la
hija mayor , que contiene esta
Clausula de el Testamento de
Martin Alfonso , difiere , y no es
compatible con su relato , en cu-
yo caso ninguno ha dudado se-
vicia en la dicha Clausula esta
referencia , modificandola , y re-
duciendola à los singulares ter-
minos de su relato , porque se en-
tiende puesta por error. Dom.
Castill. lib. 3. cap. 15. num. 43. ¶
ex 38. ¶ lib. 4. cap. 43. num. 36.
ibi: *Id circo licet scriptura referens*
alio modo referat , quam contineat-
tur in dispositione relata modificari
debet ad terminos relatæ , & per
errorem presumitur aliter facita
relatio. Et lib. 6. cap. 181. n. 31.
¶ sequent.

197. O de lo contrario
se concibiera à el rebès la regla ,
como fuera estar el referente en
el relato para destruirle , como se
deduce de las doctrinas de Gu-
tierr. confil. 18. num. 54. in fin.
Casanat. confil. 4. num. 145. vers.
Quia , & conf. 36. n. 7. & conf. 50.
num. 42. Garc. de Nobilit. in divis.
oper. num. 50. cum plurim. D. Vela
dissert. 49. num. 12. ¶ 13. Pere-
grin. de Fideicom. art. 16. num.
111. vers. Tertius casus. Barbos.
yot.

vot. 126. num. 321. cum alijs.
Pareja tit. 5. resol. 9. num. 30.

198 Sin que la extensión voluntaria, con que dicho Martín Alfonso, en defecto de hijo, dió, y añadió llamamiento a la hija mayor, pueda surtir efecto por ninguna causa; porque siendo contrario, y incompatible con la Fundación del segundo Adelantado su Padre, y no teniendo otra representación en él, que la de mero Posseedor, no tuvo facultad para variar, ni alterar los llamamientos, y sustituciones de dicho Mayorazgo, mudando la naturaleza. *L. Cum filius 28. ff. de milit. testam. ibi: Quid ha-reditati quidem suae miles, quam ve-let substitutionem facere potest, ve-rum tamē alienum ius minuere non potest. Cap. t. de success. feud. D. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 3. num. 2 r. vbi Add. Pat. Molin. de Inst. & Iur. tract. 2. disp. 617. n. 5. Dom. Castill. lib. 3. Controvers. cap. 10. num. 30. & seqq. & tom. 6. cap. 16. num. 10. Roxas de Incom- pat. 3. part. cap. 1. num. 19. & seqq. vbi Aquil. Luc. de Fideicommiss. disc. 263. num. 2. Torre de Maior- rat. part. 1. cap. 32. num. 149. & seqq.*

199. Ni a todo lo referido se opone, el que Doña Ana Monica (41) obtuviese en el juicio de Tenuta, que principió Don Alonso Fernandez de Cordova, (38) y feneció Don Juan Fernandez de Cordova, (39) ni sufraga a los fundamentos de la defensa de la Condela actual, en

esfuerzo de la regularidad, que intenta, ni prueba la observancia de las Fundaciones, que ha presentado: Lo primero, porque es constante, que el Juicio de Tenuta, conforme a la ley 10. tit. 5. lib. 7. Recop. que reformó la ley 9. precedente, aunque ya es posse- sorio mixto, que tiene anexa la causa de la propiedad, no obstante, el que tiene la Tenuta (a diferencia de otros possestorios interdictos) no adquiere por ella presunción alguna de derechos para lo que mira a el Juicio de la Propiedad, ni se releva de probar en él claramente su intención, ni transfiere en el vencido tan solamente esta obligación, porque ambos, y cada uno, están obligados a probar, como si fueran actores, y reos, su llamamiento, y la calidad, ó calidades, con que se concibió. Dom. Paz de Tenut. cap. 69. num. 12. ibi:

200. *Ex qua vera prædictarum legum interpretatione in- fero, sententiam Tenutæ non trans ferre onus probandi in adversarium, sicut evenit, in cæteris interdictis possestorij; in hoc enim possestorio tenutæ non est plena latitudo cæte- rorū interdictorum, sed restricta ad naturam, quam habuit ab origine, sicque sententia pronuntiata in fa- vorem possestorij, nullam præsump- tionem iuris in eum confert, quod in iudicium proprietatis, ad alijs nam- que interdictis de possessione civili traetatur, cum non sint mera, & implica sed mixta. L. 2. §. Quedam, ff. de inter die: ita ut coad naturam*

interdicti solum factum ex ea resul-
tet. Y continua corroborando
esta sentencia con varios funda-
mentos hasta el num. 17. donde
constantemente la defiende, y
excluye, ibi: *Cum origine tenutæ
attenta prædicta missio, in posses-
sionem imagis facti, quam iuris ad-
minicula contineat, sicut à prædicta.
Leg. 9. dispositum erat; coad natu-
ram enim nihil de novo sanxit, nec
immutabit, leg. 10. sequens.*

201. Ni à este dictamen,
y sentencia del señor Paz puede
obstar la contraria, que quiso
fundar Aquil. ad Rox. de Incomp.
part. 5. cap. 5. ex num. 19. usque
ad 25. porque la deduce de las
reglas comunes de los Interdic-
tos, que tienen admixta causa de
propiedad, sin advertir la gran-
de diferencia, que de ellos à el de
la ley 9. tit. 7. lib. 5. Recop. observò
ipse Paz en breves palabras, ibi:
*In alijs nanquæ interdictis de posses-
sione civili tractatur, cum non sint
mera, & simplicia, sed mixta:::
secus verò est in tenutæ iuditio.
Cuya diferencia omittiò Aquil.
para fundar su sentencia, y así no
es de este caso su especie, porque
hablo en diversos terminos.*

202. Lo segundo, por-
que siendo dicha Executoria en
juicio privilegiado possefforio, en
nada perjudica, ni puede à el or-
dinario, y de propiedad como
lo es este, ex leg. A Divo Pio, §. Si
super rebus, ff. de re iudic. Dom.
Caltill. lib. 4. Controvers. cap. 42.
num. 58. Noguer. alleg. 7. num. 61.
& allegat. 33. num. 33. & allegat.

26. num. 335. cum plurim. Valer.
de Transact. tit. 2. quest. 15. num.
19. y en terminos de Mayorazgo
Pegas Controv. Forens. tom. 1. cap.
4. num. 75. vers. Final, ibi: *Sicut
etiam non procedit, quando sen-
tentia fuit lata in Maioratus
possefforio :: quia tunc iuditium
possefforum non obstat ad ordina-
rium.*

203. Y en los Juizios de
Tenuta con especial razon; por
ler de tanta consideració en ellos
la influencia de la linea primera,
y mayor en que vna vez entrò la
succession de el Mayorazgo, que
aun en los de succession irregu-
lar, y de calidad, en caso de duda
obtiene la hembra, hija del vlti-
mo Posseedor, aunque la duda
sea modica, y de poca considera-
cion, Roxas de Incompat. 1. part.
cap. 6. num. 150. ibi: *Adeo quod
etiam in Maioratu irregulari filia
ultimo possefforis obtinere debet in
Tenuta, vel iuditio possefforio, &
tuenda est iterum in possessione bo-
norum Maioratus, donec de pro-
prietate discutiatur, quoties res
aliquam modicam habeat dubita-
tionem. Y autoriza este dictamen
con Dom. Molin. Burg. de Paz,
Dom. Vela, Add. & alijs.*

204. Por lo qual en este
juicio ninguna presumpcion, ni
derecho le adelanta la dicha Exe-
cutoria, antes si canoniza de in-
demnes los que en él exerce esta
Parte: De que resulta legitima-
mente excluida dicha instancia
en todos sus particulares, y afian-
çada la observancia executoriada

vnicamente à favor de la verdadera , y legitima Fundacion de dicho Estado , como lo es la he-
cha por dicho Don Alonso Fer-
nandez de Montemayor, legu-
do Adelantado.

INSTANCIA II.

CONTRA DICHOS FVNDAMENTOS.

205. **N**inguna satisfaccion, ni la mas convincente sostiene el animo de la otra Parte en su defensa , y asi insta todavia, trayendo à la disputa de este pleyto la facultad , y potestad , que residia en Alfonso Fer-
nandez de Monteimayor, segun-
do Adelantado, (5) deducida del
dominio , que le considera tuvo
en los bienes ; de que deduce los
argumentos siguientes , para ex-
cluir , que la executoriada vni-
amente , y mandada observar por
Fundacion , lo es la de dicho se-
gundo Adelantado, como queda
fundado in 4. Fundamento.

206. El primero : Que en el mismo Testamento del se-
gundo Adelantado confiesa , y
se refiere en los bienes pertene-
cientes à Doshermanas , y Mon-
temayor, à disposicion , y Mayo-
razgo fundado por Martin Al-
fonso (3) su Padre, y con aquellas
mismas condiciones , que succe-
diò en él , lo dixa , y manda à
Martin Alfonso de Monteimayor su hijo , (7) de cuya confes-
sion , y referencia infiere la parte
de la Condesa , que las sentencias
de revista , y la de Mil , y quinien-
tas no comprehendieron solo la
disposicion de dicho segundo

Adelantado , sino es tambien la
de su Padre (Memor. num. 8311
& 832.)

207. El segundo : Que
siendo la Villa de Alcaudete , y
demàs bienes, que adquirió dicho
legundo Adelantado , ganancia-
les tocando la mitad à su muger,
no consta , que esta , ni consinties-
se , ni fundasse , y asi en la mitad
no tuvo facultad de disponer di-
cho legundo Adelantado. (Mem.
num. 833.)

208. El tercero : Que
perteneciendo la Villa de Alcau-
dete , y demàs bienes de que hizo
agregacion , ó fundò Mayorazgo
(porque en uno , y otro titulo se
complica la otra parte) à la legitima
de Martin Alfonso (7) su hijo ,
no aviendo hecho dicha Funda-
cion con Facultad Real , no pudo
gravarla , y para que subsistiese
el Mayorazgo fue indispensable
el consentimiento de dicho Mar-
tin Alfonso , por lo qual se debe
tener por Fundador , y asi estar à
las condiciones , y calidades , con
que prestò dicho consentimien-
to , que este resultò de la Clausula
de su Testamento ; por lo qual se
refirieron à ella como Fundacion
las dichas sentencias. (Memor.
num. 834. & 837.)

RES.

RESPUESTA

EN EXCLUSION DE ESTA SEGUNDA instancia.

209. **D**os medios comprende el primero argumento de esta instancia: el primero es, si la declaracion hecha por el segundo Adelantado, (5) de que su Padre le dexò vinculados, y de Mayorazgo las Villas de Doshermanas, Montemayor, y demás bienes, que constan en la primera parte de la Cláusula de su Fundacion, (Memor. n. 10) pruebe el Mayorazgo, que enuncia fundado por Martín Alfonso de Còrdova (3) su Padre. Y que no la prueba resulta claro de ser cierto, que dicha question no la disputan los DD. en terminos de prueba, que realmente convença como tales ni pueden, porque siendo confession extrajudicial, y sin juramento, solo tiene fuerza de indicio en las causas criminales, Gom. 3. Var. cap. 13. num. 8. ibi: Secundum inditium est confessio extra judicialis, & ibi Ayllon num. 9. cum plurim. Y en las civiles de conjectura, Gom. 2. Var. cap. 11. num. 6. ubi Ayllon, y en ambas, resultando su justificacion plena, parte presente, y con los demás requisitos de derecho.

210. Y solo la tratan en los puros terminos de conjectural, esto es, *vtrum sea conjectura de Fundacion de Mayorazgo la confession de el Posseedor?* En la qual se dividen en dos sentencias, la

primera afirma, que la confession del Posseedor adminiculada prueba la Fundacion, Pegas de Maiorat. tom. 1. cap. 6. num. 175. ibi: *Trigesima secunda conjectura resultat ex confessione Maioratus facta Princepi in supplicatione, & dicens quod bona sunt Maioratus, est conjectura erectionis illius.* Y autoriza este dictamen con las doctrinas de Mieres, Menochio, Peregrin, y otros que cita, y en el versl. *Quia est*, ibi: *Quia est communis conclusio ab omnibus recepta, quod confessio possessoris Maioratus, & illius, qui est proprio facto praejudicare non potest successoribus, Maioratum, & contra substitutos, bona esse illius, & factum esse vinculum, si adminiculata est talis confessio, probat.*

211. Pero la contraria sentencia sigue, y funda dict. num. 175. versl. Sed contraria, in med. ibi: *Et cum esse, aut non esse bona de Maioratu non dependet à voluntate possessoris, sed ab institutione facta, non praejudicat talis confessio libertati bonorum, nisi constet ex erectione fideicomissi, aut Maioratus constitutione.* Y prueba esta conclusion con las doctrinas de Peregrin, Petra, Fussar, Noguer, y otros que cita. Y es la razon, porque no puede la confession mudar la naturaleza de la verdad, ex leg. *Assumptio, ff. ad mun-*

nicip. de incol. y aunque algunos DD. han querido fundar sea indicio de Fundacion, otros han defendido lo contrario, Pegas vbi prox. dict. cap. 6. & num. 175. vers. Confirmatur, ibi: *Quamvis sit disputabile an presumantur huius qualitatis, dum non probatur contrarium, aliqui voluerunt, quod nec presumptio faceret talis confes-
sio, aut recognitio tanquam indis-
creta, & sine causa facta.*

212. Y en terminos de confession con referencia à Fundacion determinada (como en este caso) si de ella no consta, ni la indica, ni la prueba, Pegas dict. num. vers. Sed contraria, prope fin. ibi: *Maxime si referatur ad insti-
tutionem aut erectionem, nam tunc,
si in illa non contineatur fideicom-
missum, aut Maioratum nec confes-
sione erit inductum, & in dict. cap.
num. 197.* De que resulta, que conforme à ambas sentencias se excluye dicho argumento; pues conforme à la primera, para que haga indicio, ó conjectura, que convença, ó persuada dichos bienes de Mayorazgo, es preciso, que dicha confession esté admiculada, cuya calidad no se halla en estos Autos, antes si excluida, pues ninguno de los Posseedores, ni descendientes, en ningún acto judicial, ni extrajudicial, ni en otro solemne, y autentico la mencionaron, ni dieron noticia de ella, ni la practicaron.

213. Y conforme à la segunda: con mayor razon, pues

no consta existiese dicha Fundacion, y la confession del Posseedor no puede mudar la naturaleza de la verdad en perjuicio de los interessados, y successores, Card. de Luca de Iur. Patronat. disc. 63. num. 14. ibi: *Certum tamē est, id non praeiudicare alii com-
patronis, tunc coequali ius habenti-
bus, vel etiam successoribus venien-
tibus independenter iure suo, vt est
in patronatu Gentilico, vel familia-
ri, seu etiam mixto :: quoniam pro-
hibitus alienare in praeinditum suc-
cessorum, prohibitus etiam dicitur
confiteri, seu quæcunque alium
actum præiudiciale facere. Et de
fideicom. disc. 193. num. 4. & de
preminent. discurs. 7. num. 19. &
de testam. disc. 8 i. ex num. 6. Add:
ad Dom. Molin. lib. 4. cap. 8:
num. 3. vers. Sexto limitatur.*

214. Por ser cierto, que la declaracion del Posseedor de el Fideicomisso, ó Mayorazgo, que afirma ser los bienes de el Fideicomisso, ó Mayorazgo, no lo prueba, ni perjudica, si en la realidad no son los bienes gravados, ó vinculados.

215. El segundo medio de este primero argumento se termina, à querer persuadir la otra Parte, que en los bienes, que comprende el ingresso de la Clausula de el Testamento de el segundo Adelantado, con la referencia, que hizo à las condiciones de Mayorazgo, con que le dexò su Padre, influyendo estas en el governo de dichos bienes, y su successiou como relatas, así

en la naturaleza , como en la comprehension de las sentencias de revista , y de Mil , y quinientas se incluyò la dicha Fundacion de Martín Alfonso de Cordova , (3) Padre de dicho Segundo Adelantado.

216. Esta especie , fundamento de la otra Parte , se excluye convincentemente (supuestas las reglas , que dexamos fundadas en la referencia de las sentencias) por dos medios , limitaciones de la regla del Referente , y Relato . Es el primero ser sin disputa cierto , que quando la disposicion referente es cierta , perfecta , y determinada por el que tiene facultad de disponer tam , en el referente , quam en el relato , aunque este no parezca queda perfecta , y se debe practicar la referente , cap. Abbate S. Silbani , verl. Præterea , cum seqq. de V.S. L. Si donatio , C. de donat. Pareja de Instram. Ædit. tit. 7. resol. 9. num. 20. ibi : *Regula à nobis proposita limitatur quando instrumentum referens factum proponitur ab eo , qui disponendi habet facultatem tam in referente quam in relato ; tunc enim & si relatum non exhibeatur referens omnimodam probationem constituet.* Y autoriza este dictamen cum Menoch. Cabedo. Cerbant. Cancer. Surd. Casanat. Doin. Castill. Controv. lib. 4. cap. 43. ex num. 32. & aliis , y fundaron lo mismo Fontan. de Paet. nupt. claus. 14. num. 23. & 28. Giutba , decis. 10. num. 15. Barbos. vot. 126. num. 322. Card.

de Luca de Fideicom. disc. 119. num. 4. & disc. 118. num. 5.

217. Es assi , que la disposicion del segundo Adelantado es perfecta , cierta , y determinada , porque en ella manifestò todo el concepto de su voluntad en orden à la succession , y calidades , que quiso se observassen en el Mayorazgo de la Casa de Alcaudete , y Montemayor , que fundaba , y tuvo libre facultad para hacerlo en Montemayor , y Doshermanas (vt postea fundabitur) Luego aunque no consta del Relato (porque no existe , ni se ha manifestado) debe observarse dicha Fundacion en todos los dichos bienes , porque influye en ellos con todas sus calidades , y assi la referencia de dichas sentencias no pudo ser à otra Fundacion , que à la de el segundo Adelantado.

218. Es el segundo : el ser igualmente cierto , que quando la disposicion referente es relativa à otra , que iam evanuit , & in usu esse desisit , se desvanece la referencia , y no se atiende como hecha à supuesto invtil , ó falso , Card. de Luca de Fideicomm. disc. 119. num. 4. ibi: *Hinc proinde duplicem in proposito dixi intrare questionem , unam nempe an secunda dispositio quoties relativa est ad alteram , quæ iam evanuit , nullumque continens fideicommissum , tanquam relationem habens ad falsum presupositum evanescat , atque inutilis remaneat ; & hic est casus de quo agunt Alex. cons. 81. lib. 6.*

Berret. conf. 130. concordantes, dispositionem inutilem, ac nullius operationes esse, quod etiam aliis relatis tenet Fussar. quest. 498. num. 2. 4. & 6. Dom. Castillo, lib. 4. Controvers. cap. 43. num. 36. cum seqq.

219. Es así, que la referencia hecha por dicho segundo Adelantado a las condiciones de Mayorazgo, con que le dexó su Padre las Villas de Montemayor, y Doshermanas (demás de no constar, como queda fundado) quando constaran, se desvanecieron, y no surtieron efecto, por no averse observado, ni tenido noticia de ellas jamás, antes si como que no existieron observándose solo la Fundacion de dicho segundo Adelantado: Luego no es posible pudiera comprenderse la referencia de dichas sentencias, en la que hicieron à la Fundacion de dicho segundo Adelantado.

220. Confirma lo referido el ser cierto, que la relacion, que dicho segundo Adelantado haze à los bienes, que afirma le dexó su Padre vinculados, y de Mayorazgo, contiene error notorio, que resulta de la misma Clausula; pues afirma en ella, que el Castillo, y Lugar de Montemayor, con toda su tierra, Doshermanas, con la Torre de Lara, y à Freoil, las Cuevas de Carchena, con su Heredamiento, y la Heredad de el Cortijo de Fernan Galindez, se las dexó su Padre con dicho gravamen, y à el mis-

mo tiempo dize, que las Cuevas de Carchena con su Heredamiento, que son 25. jugadas, las compró el mismo segundo Adelantado de el Cabildo de la Iglesia Cathedral, y la Heredad de el Cortijo de Fernan Galindez: Es así, que estos dos Cortijos, que compró dicho segundo Adelantado no se los pudo mandar, ni vincular su Padre: Luego contiene notorio error la referencia dentro de lo individuo de la Cláusula.

221. Es así, que quando la referencia se haze con dicho defecto, se vicia, y despacia, porque no puede convenir con el relato, Dom. Castill. dict. lib. 4. cap. 43. num. 22. & 36. & seqq. Pareja tit. 7. resol. 9. num. 30. cum plurim. & manet supra fundatur: Luego por este defecto no es apreciable dicha relacion en ninguna de sus partes, ni las dichas sentencias la pudieron tener presente para mandar se observasse la Fundacion, que no constaba, ni la referencia à ella tan complicada puede surtir algun efecto apreciable.

222. Y quando por alguna razon (que no alcançamos) pudiera estimarse cierto, que Martin Alfonso de Cordova (3) huviera hecho Fundacion de Montemayor, y Doshermanas, con los demás bienes pertenecientes à dichas Villas (como afirma dicha Condesa) es evidente, que el dicho segundo Adelantado (5) su hijo tuvo libre disponi-

sicion en dichos bienes, y Mayorazgo para hacer los llamamientos à su voluntad como lo execuso en dicha Clausula, debiendose observar en él, y su succesion como de verdadero Fundador.

223 Porque siendo, como es, cierto, que el referido Martin Alfonso de Cordova (3) no adquirió las dichas Villas por bienes castrenses, ni donaciones de los Reyes, ni tuvo Real Facultad para gravarlos, ni vincularlos (ut constat ex actis) siendo legítima de sus hijos, se la debió dexar libre sin condicion, dilacion, ni otro gravamen. Leg. Quoniam in prioribus, C. de Inofficios. Testam. L. Scimus eod. tit. L. 1. L. 4. tit. 11. part. 6. L. 17. tit. 1. ead. part. L. 5. tit. 12. & leg. 9. tit. 5. lib. 3. For. Regal. D. Salgad. Labyr. 2. part. cap. 16. num. 16. Dom. Castill. tom. 5. cap. 107. num. 36. Anton. Gom. 1. Variar. cap. 11. n. 25. vbi Ayllon, Roder. Suar. in dict. leg. Quoniam in prioribus, ampliat. 10. à num. 1. Dom. Molin. de Primogen. lib. 2. cap. 1. num. 29. vbi Add.

224 Y no de otra forma pudo subsistir el Mayorazgo, que por el consentimiento de dicho segundo Adelantado (5) su hijo. D. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 1. num. 9. in fin. & cap. 3. per tot. præcipue ex num. 8. vbi Add. Roderic. Suarez vbi proxim. num. 31. seqq. Gutierrez. in cap. Quamvis pacatum de pact. in 6. num. 27. Dom. Castill. lib. 5. Controvers. cap. 67. num. 52. & cap. 107. num. 46.

Pegas de Maiorat. tom. 1. cap. 4. num. 76. cum plurimis.

225 Y aunque sea questionable si el consentimiento del hijo deba ser expresso, ó baste el tacitamente deducido de los actos, y possession de los bienes gravados: en cuya question se han dividido los DD. en diversas contrarias opiniones, afirmando unos se requiere expresso, como son Gom. 1. Var. dict. cap. 11. num. 14. Roderic. Suarez in dict. leg. Quoniam in prioribus ampliat. 10. num. 27. & ibi Valdés, Angulo de Meliorat. in leg. 11. Gloss. 11. num. 11. Peregrin. de Fideicom. art. 3. n. 88. D. Castill. 5. controverdict. cap. 107. num. 46. cum plurimis, Pegas de Maiorat. tom. 1. cap. 4. num. 76. vers. In qua controversia.

226 Otros, que basta el tacito deducido de los actos, que induzcan aprobacion, como es la possession de los bienes, Dom. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 11. num. 7. cum plurimis. Pegas vbi proxim. num. 81.

227 Distinguiendo otros entre el gravame de cantidad, esto es, quado no se le dexò à el hijo integra la legitima; ó el de qualidad, como lo es, quando enteramente se le dexò, pero con el gravamen de Vinculo, ó Mayorazgo: afirmando, que en el primer caso basta el consentimiento tacito inducido de el silencio de el hijo sin pedir el suplemento por 20. ó 30. años, como son Add. ad Dom. Molin. dict. lib. 2. & cap. 11. num.

num. 7. in principio, & vers. Nos verò, & versic. Aut legitima. Roderic. Suar. dicta ampliat. 10. n. 24. vbi Valdès. Surdo consil. 148. num. 13. Dom. Gregor. Lop. in leg. 5. tit. 8. part. 6. Gloss. 9. Pater Molin. de Inst. & Iur. disput. 509. num. 4.

228. En el segundo, y de calidad, y dentro de sus terminos se subdividen, requiriendo vnos el expresso consentimiento, Add. ad Dom. Molin. vbi prox. num. 7. vers. In ultimo; D. Covarr. in cap. Quamvis paclum 3. part. §. 3. num. 13. Dom. Castill. 5. contrav. cap. 107. num. 40. & 41. in med. Dom. Salgad. Labyr. 2. part. cap. 16. num. 16. 17.

229. Contentandose otros con el tacito, Dom. Gregor. Lop. in leg. 10. tit. 19. part. 6. Gloss. 2. in fin. Dom. Salgad. Labyrint. 3. part. cap. 2. ex num. 75. præcipue 84. & part. 2. cap. 6. num. 24. & alijs quos refert Pegas de Maiorat. 1. part. cap. 4. num. 81. in fin.

230. Otros distinguen quando el Padre dexò solamente la legitima à el hijo, y le impuso gravamen de Mayorazgo, o quando demás de la legitima le dexò algo en recompensacion de el gravamen. En el primer caso asimismo se requiere expresso consentimiento, pero en el segundo tiene por bastante el tacito, y con esta distincion, siguen este dictamen Add. ad Dom. Molin. lib. 2. cap. 3. num. 7. versic. Secunda conclusio; cum plurimis quos ibi refertur, Pegas de Maiorat. vbi

proxim. num. 82. Roxas de Incomapat. 1. part. cap. 13. num. 27. & 28. vbi Aquila, Dom. Castill. dicta cap. 107. num. 76. versic. Tercio, in med.

231. En este caso se halla (cuando fuera cierta dicha Fundacion) el consentimiento expreso de el segundo Adelantado, que manifestò en su Testamento, y el tacito deducido de la possessiõ de los bienes, como de Mayorazgo, por todo el tiempo de su vida, y desde la muerte de su Padre, los quales excedieron en crecido numero à su legitima, en recompensa del gravamen, y calidad de Mayorazgo, con que los gravó. Luego conforme à todas las dichas opiniones, distinciones, y casos, la validacion de dicha Fundacion se estriñò solo, y surtió efecto por el consentimiento de dicho Adelantado. (5)

232. Es asi, que siempre que el Mayorazgo subsiste en fuerça del consentimiento de el hijo, se entiende ser el hijo Fundador, y no el Padre, Add. ad Dom. Molin. lib. 2. cap. 3. num. 7. vers. Fin. & ibi D. Maldonados, versic. Quod filius. Noguerol allegat. 19. num. 73. Dom. Salgado. Labyr. 2. part. cap. 16. num. 15. 24. & 60. præcipue ex num. 87. cum plurimis. Pegas de Maiorat. tom. 1. cap. 3. num. 37.

233. Especialmente, como en este caso, que aviendo aceptado dicho segundo Adelantado la herencia de su Padre con la immixtion, y possession de los

bienes, y por su Testamento declarado las calidades, con que consintió, y aprobó dicho gravamen; estas se deben observar, y sus llamamientos como de legitimo Fundador, que disponía en sus propios bienes, Dom. Salgad. *vbi proxim. ex num. 60.* 85. & 90. Roxas 3. part. cap. 1. n. 19. ex leg. *Filius fam. 114. §. 1.* & 2. ff. de legat. 1. Pegas *Resolut. Forens.* tom. 1. cap. 4. num. 4. ibi: *Dummodo institutor, & disponens sit dominus honorum de quibus disponit. Et de Maiorat.* tom. 1. cap. 3. num. 37. & tom. 2. cap. 20. n. 341. & 359. ibi: *Maioratus institutus de consensu filij, ex ipsius legitima ab ipso potius institutus censetur, ac per consequens filius, quem voluerit ad Maioratum vocare poterit.*

234. Lo que no sucediera así, si en el acto de testar, y disponer el Padre, huviera prestado el consentimiento, que es el caso, que distinguen, y de que hablaa Noguerol allegat. 19. ex num. 6. 1. Flores ad Gamm. decis. 2. 18. colum. 3. D. Salgad. *Labyr. dict. 2. part. cap. 16.* per tot. praecepit ex n. 60. Pegas *dict. cap. 20.* num. 359. versic. *Hac tamen conclusio, ut declaratur num. 370.*

235. Luego es evidente, que dicho segundo Adelantado, (5) como dueño de dichas Villas, y por cuyo consentimiento pudo consistir dicho Mayorazgo en ellas, tuvo facultad de disponer en el Relato, como en el Referente, y siendo su disposición

cierta, y perfecta como consta de la Clausula de su Testamento, debe surtir pleno efecto como de legitimo Fundador de vnos, y otros bienes.

236. El segundo argumento, ó parte de esta instancia se termina à querer limitar á el dicho segundo Adelantado (5) la facultad de poder disponer de la Villa de Alcaudete, y demás bienes, que por su Testamento mandó à Martin Alfonso de Montemayor su hijo, (7) vinculados, è de Mayorazgo; afirmando, que dichos bienes fueron gananciales, y como tales perteneció la mitad à su muger, la qual nconsintió, ni asintió à dicha Fundacion, por lo qual solo pudo surtir efecto en la mitad, de que era dueño dicho segundo Adelantado, (5) porque aunque sea licito fundar Mayorazgo de sus propios bienes, ninguno puede hacerlo de los agenos, ex leg. 12. *Tabul.* ibi: *Pater familias vti legat super pecunia tutela ve rei suæ ita ius isto. L. Filius fam. 114. §. 1.* & 2. ff. de legat. 1. *L. Imperator 70. §. 1.* ff. de legat. 2. *L. 1. C. commun. de legat.* & *fideicommissum.* *L. 10. tit. 9. part. 6.* Roxas de Incomp. 3. part. cap. 1. num. 19. Pegas *Controv. Forens.* tom. 1. cap. 4. num. 4. Aunque intervenga Real Facultad. Dom. Salgad. part. 2. *Labyr. cap. 9. ex n. 60.* & *cap. 10.* ex num. 35. & *cap. 11.* ex num. 14.

237. Esta instancia ha sido precisamente deducida para creer-

la, pues constando con tanta repeticion en Autos deste pleyno, q la Villa de Alcaudete fue donacion hecha por el Señor Rey Don Juan à el dicho segundo Adelantado, (5) en remuneracion de sus servicios , resiste la ley , el que la muger adquiriese la mitad , como afirma la parte de la Condesa, *vt videre est leg. 6. tit. 10. lib. 5.* Recop. ibit: *Las cosas que el Rey diera à alguno , que no ge las pueda quitar él, ni otro alguno sin culpa , y aquél à quien las diere haga dellas lo que quisiere , así como de las otras cosas suyas : y si muriere sin Testamento , ayanlas sus herederos , y no pueda la muger demandar parte de ellas.* Leg. 8. tit. de las Donaciones, lib. 3. For. Matienç. in dict. leg. 6. Gloss. 5. Azeved. in dict. leg. per tot. Gloss. Montalvo in dict. leg. 8.

238. Assimismo la resistente la costumbre observada , y practicada en la Ciudad de Cordova , donde jamás se admitió la Ley de el Fuenro, y así en la dicha Ciudad , y su tierra no tienen gananciales las mugeres. Ayora de Partit. in præfaction. verific. In alijs vero locis , ibi: *In alijs vero locis , como es la Ciudad de Cordova , y su Obispado servatur ius communne , que la muger no lleva parte de las ganancias hechas durante el matrimonio , sino es sus bienes dotales , y parafernales , y todo lo demás , ora ayan ganancias , ora perdidas , es de el marido . Y no dudándose , que dicho segundo Adelantado , y la muger fueron vecinos , vivie-*

ron , y murieron en la dicha Ciudad , como consta del Testamento de dicho segundo Adelantado , es evidente , que este argumento no es actedor de aprecio.

239. El tercero argumento de esta instancia se dirige unicamente à querer la parte de la Condesa manifestar , que la Fundacion de Mayorazgo hecha por el segundo Adelantado (5) de la Villa de Alcaudete , y demás bienes , que constan de la Clausula de su Testamento , consistió solo , y su validacion por el consentimiento de Martin Alfonso de Montemayor (7) su hijo; pues no aviendo tenido Real Facultad para hacerla , y debiendo dexar libre dicha Villa à el dicho su hijo , como que en ella consistía su legitima , no ay motivo para dudat , que dicho Martin Alfonso fue el verdadero Fundador , y como tal tuvo facultad de hazer llamamientos , declarando el concepto , con que aceptó dicho gravamen , y que siendo regulares los que manifestó en su Testamento , funda en ellos la inclusión , que pretende à la successión de dicho Mayorazgo , y Villa , por los Textos , y Doctrinas , que quedan citadas supra.

240. Pero esta instancia se responde , y excluye por diversos medios. El primero , porque dicho Martin Alfonso (Cas. 7.) (quando sea cierto el Testamento presentado) ninguna propia disposición hizo , y solo fue mera referencia de la disposición de el

segundo Adelantado su Padre, la que manifestó en dicho su Testamento, *ut diximus supr. ex num. 192.* con el error de añadirle la extensión de el llamamiento de hembra, que no consta del Testamento de su Padre, por lo qual se vicia, siendo preciso, que para que el dicho Martín Alfonso vsara del derecho de Fundador, hubiera manifestado proprio dictamen, vsando de su propio derecho, *ex leg. Siquis ex signatoribus, ff. quemad. testam. aperiant. Leg. Ticia, §. Lucia, ff. de legat. 2. cum Hermosilla, Merlin, & alijs Pegas de Maiorat. tom. 2. cap. 20. n. 370. vers. Non ideo, ibi: Non ideo gravamini suae legitimae tunc consensif se viuss fuit, quippè expresse dixit se pro matre impedita subscrivere.* Hablando de vn hijo, que firmó el Testamento por su madre, y de este hecho se pretendia inducir la aprobacion del gravamen de su legitima; y así faltando la propia disposicion de el dicho Martín Alfonso, resulta consintió puramente el Testamento, y llamamientos, que dispuso el segundo Adelantado su Padre, los que se deben observar etiam por la voluntad de dicho Martín Alfonso. (7)

241. El segundo: por ser cierto, que el dicho segundo Adelantado (5) tuvo libre, y absoluta potestad para disponer á su arbitrio de la dicha Villa, sió necesario para la validacion de su disposicion de el consentimiento de su hijo; pues no dudandose, que la

Villa de Alcaudete la huvo de merced, y por donacion, que de ella le hizo el Señor Rey D. Juan en premio de sus servicios, como lo jura en la Clausula 6. de su Testamento, (Memor. num. 17) y lo afirma el mismo Martín Alfonso (7) su hijo en el suyo (Mem. num. 200.) pudo disponer libremente de ella, *ex leg. 235. stilli, ibi:*

242. Otrofi, es à saber, que el Rey puede dar: Mas la donacion, q haze el Rey pue dela aquell à quien el Rey la haze essa cosa, que le diò el Rey dar en mejoria, ó por Dios, ó por su alma, ó hazer, ó ordenar de ella como quisiere demás de la tercia parte, y de la quinta, que pude dar, o ordenar por fuero. Y esto es, porque es donado de Rey, que es assi Privilegio en la Corte de el Rey, è su donadio, que el haze. Declarando este Texto las leyes 7. tit. 12. lib. 3. For. y la 9. tit. 5. ead. en que señalò por legitima pre- cisa de los hijos todos los bienes de el Padre, excepto el quinto, y se permitiò mejorar à qualquie- ra de ellos en el tercio, cuyas leyes eran las que vnicamente se obser- vaban, y avia en Espana en el tiempo, que se otorgaron dichos Testamentos (vt postea.)

243. De que resulta, que estando declarado por dicha Ley del Estilo, que los bienes donados por el Rey no se comprendian en la quota de la legitima de los hijos, que excepto el quinto, esta- blecieron dichas Leyes del Eue- to; es evidente, que el dicho

segundo Adelantado (5) tuvo libre facultad para disponer à su arbitrio , y como quisiera de la dicha Villa de Alcaudete, sin necessitar de el consentimiento del hijo , porque no era de su legítima , ni en ella , por la naturaleza de donacion Real, obraron, ni pudieron las Leyes del Fuero ; ni es apreciable el argumento , por ser co reglas, q no convienen à la naturaleza de dicha Villa , la que vinculò dicho segundo Adelantado , por la ley , que limitò aquellas.

244. Ni podrá servir de objecion , la que podrá hacerse sobre si dicha ley For. & Still. se observa , cuya question excitò Rodrigo Suarez. in Repetit. L. Quoniam in prioribus, in declarat. Legis Regni , limitat. 6. ex num. 1. & 2. & Baeza de non Melior and. cap. 23. ex num. 3. curi alijs quos refert Aquil. ad Roxas i. p. cap. 6. num. 429. & seq. porque Rodrigo Suarez no afirma , que no está en uso , sino es que no la ha visto practicar, diciendo lo mismo Baeza , & Aquila ; pero siendo estos DD. tan posteriores à el tiempo , en que se otorgaron dichos Testamentos, como que el Rodrigo Suarez estaba escriviendo en el año de 1505. quando se celebraron las Cortes en Toro , vt ipse afferit in Repet. leg. Quoniam in prioribus , ampliat. 10. num. 25. lit. G. y Baeza en el año de 1562. importa poco no la viessen practicar , quando prueban dicha observancia todos los actos, que re-

sultan de los Testamentos presentados, y lo que mas es la indefectible observancia, sin reclamacion por tantos siglos, y tiempos, como se ha fundado supra.

245. El tercero : porque siendo el dicho segundo Adelantado Capitan General de la Frontera de Andaluzia , poseida de Moros, y siendo todos sus bienes castrenses, como lo afirma , y jura , y no observandose en aquel tiempo mas leyes , que las de el Fuero Real, sus Declaratorias del Estilo , y las de Partida , pudo como de bienes castrenses disponer à su voluntad de la dicha Villa , sin que necesitasse el consentimiento de dicho Martin Alfonso (7) su hijo, ni este tuviera derecho à reclamar por su legitima el gravamen , ex leg. 6. tit. 17. part. 4. ubi Dom. Gregor. Lop. Gloss. 81 in fin. ibi : Quid autem dicendum econtra in Patre milite testante in castris , si præterat filium , vel exheredet ? Communis opinio est , quod sit idem quod in filio. Aviendo fundado antes, que el hijo testando in castris , puede preterit , y exheredar à el Padre.

246. Siguiendo la letra de la dicha ley, ibi : E aun porque tales ganancias como estas facen los homes con gran trabajo, è con gran peligro , è porque las facen en tan nobles lugares , por ende sonquitamente de los que las ganaron, è son mas franqueadas, que las otras ganancias. Cà los dueños dellas pueden facer de estos bienes à tales lo que quisieren , è non han derecho en

ellas , ni ge las pueden embargar Padre, ni hermano, nin otro pariente, que ayan.

247. Siendo muy propia de este caso la especie , que trae Roderic. Suarez in dict. leg. Quoniam in prioribus ampliat. 10. ex n. 11. donde resolvio à favor de la disposicion de vn noble Soldado , que gravò sus bienes con el vinculo de Mayorazgo, solo por castrenses , y la antiguedad de la Fundacion , y la razon le convencieron ; de que resulta por tantos medios , y fundamentos excluida dicha instancia , y comprobado de vñico ejecutoriado , como Fundacion de la Casa de Montemayor, y Alcaudete, el Testamento del dicho segundo Adelantado.(5)

248. Y quedando por tantos medios , y fundamentos

probado , y evidenciado , que el Testamento , Fundacion de dicho segundo Adelantado ,(5) es la vnica que se ha observado , y dado ley à la succession de esta Casa, y Estado en todos tiempos , y casos en que se ha disputado su succession , y que ainsi está executoriado , por ser el vñico Fundador , que con derecho radico , y constituyó dicha Casa , y Mayorazgo, resta solo (para cumplir lo ofrecido en esta primera parte) manifestar , que las Escrituras , instrumentos presentados por la otra Parte , por ninguna razon deben , ni pueden estimarse Fundaciones , no solo por su inobligatoriedad , sino es por los visibles , y notorios defectos , que de su inspección resultan; porque ni hazen fe , ni pueden probar Mayorazgo.

QUE LAS ESCRIPTRAS DE TESTAMENTO, papeles presentados por la parte de la Condesa, no prueban, ni pueden la Fundacion de Mayorazgo, que afirma.

249. **S**in embargo del esfuerzo, con que en las instancias ha deseado , quando no excluir , à lo menos obscurecer el claro derecho de esta Parte , la de la Condesa, poco confiada de aquellas defensas , ha hecho (ò solicita) question potissima deste pleito , afirmar , que esta Casa de Montemayor , y Alcaudete se compone de vn agregado de Fundaciones , correspondiente à los papeles , que ha presentado , y

afidize , (Memor. num. 1041.) ibi:

250. En cuyo juicio fueron presentadas todas las Fundaciones , que de los referidos Mayorazgos , y Estado se avian ejecutado por Don Alonso Fernandez de Cordova , primero Adelantado , y Doña Theresa Ximenez su muger, (1) Don Martin Alonso Fernandez de Cordova , (3) Don Alonso Fernandez de Cordova , (5) Don Martin Alonso Fernandez de

Mon-

Montemayor, (7) y Don Alonso Fernandez de Cordova, y Montemayor, (11) hijo, nieto, segundo, y tercero nieto de los dichos D. Alonso Fernandez de Cordova, y Doña Theresa Ximenez su mager. Y continua expresando los bienes, que dice corresponden a cada Fundacion, excepto a la de el segundo Adelantado, (5) que la quiere persuadir agregacion (Memor. num. 104 t. vsque ad 1085) (251). Y de este supuesto (negado) de hecho deduce a su favor la regla notoria en la materia de Mayorazgos, que los bienes respectivos de cada Fundacion se deben govetnar por el orden primitivo dado por su Fundador, autorizandole con las doctrinas Dom. Molini. de Primogen. lib. 1. cap. 2. num. 26. & cap. 8. num. 22.

Dom. Castill. lib. 3. Controvers. cap. 10. num. 33. Giurb. de Fend. §. 1. Gloss. 8. num. 44. Barbos. vot. 30. num. 10. Dom. Valenç. Velazq. confil. 69. ex num. 1. dando por razon, que siendo cada uno de dichos respectivos bienes, que le atribuye proprios de el que dice los vinculos, solo en el confiesa la facultad para gravatlos, ex leg. Filius famil. 114. §. 1. & 2. ff. de legat. 1. L. Imperator 70. §. 1. ff. de legat. 2. L. 1. C. com. de legat. & Fideicom. L. 10. tit. 9. part. 6. Roxas de Incompat. part. 3. cap. 1. num. 19. Pegas Controv. For. cap. 4. num 4.

(252). Y sin embargo, de que esta regla es cierta en su caso, y quando los Fundadores tienen

libre facultad, y potestad para disponer en sus propios bienes; pero no es contragible a el de este pleito, ex eo, que los que dà por Fundadores tenian hijos, y no obtuvieron Real Facultad para hacer dichas Fundaciones, ni en los tiempos en que se suponen otorgados dichos Testamentos se practicaba darlas en los Reynos de Castilla, y Leon, como no se dieron hasta que se celebraron las Cortes de Toro en el año de 1505. desde el año de 1251. que se principiaron las leyes de Partida, vt assertit Dom. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 2. num. 18. vts. Quod etiam, & num. 20. Y quando pudiera considerarseles algun principio, por la costumbre contraria de esta Casa, estan prescriptas, y desvanecidas.

(253). Todavia contienen tan notorios defectos de essencia, y solemnidad, que ni en aquellos tiempos en que se otorgaron, ni en los presentes hazen, ni aun podido hazer fee para prueba de Fundacion de Mayorazgo; porque siendo preciso para lo referido sean autenticas, solemnes, y formales. Dom. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 11. num. 11. & lib. 3. cap. 13. ex num. 45. & lib. 1. tit. 7. lib. 5. quae est 41. Taur. ibi: Siendo tales dichas Escripturas, que fagan fee. Cap. 1. de Fid. Instr. D. Paz de Tenut. cap. 26. num. 16. & 64. Dom. Castill. Pareja, & Pegas, & alijs vt supr. num. Todas, ni alguna de las presentadas tienen estas calidades, como resulta ex seqq.

De-

DEFECTOS GENERALES, QVE PADECEN
*las Escripturas de Testamentos presentados por
la Condesa.*

254. **M**uchos, y diversos defectos contienen dichos instrumentos, vnos que generalmente les comprehenden à todos, y otros son especiales en el que los padece; pero por todos se excluye la fee probatoria de Mayorazgo, para que se presentan. Los generales comprehensivos de todos son:

255. El primero, averse presentado despues de concluso el pleyto, pues estandolo en el dia 17. de Noviembre de el año passado de 730. (Memor. num. 1038.) no se presentaron hasta el dia 28. de Mayo del año siguiente de 31. quando ya estava hecho el Memorial Ajustado, y para verse el pleyto (Mem. num. 1041) y su presentacion fue solo con el juramento ordinario, de que nuevamente las huvo, y que antes no las tenia, ex leg. 1. & 2. tit. 5. lib. 4. Recop. Y siendo esta solemnidad solo bastante para quando se presentan fuera de los 20. dias señalados por dichas leyes para la presentacion de instrumentos, pero no para quando está concluso el pleyto en qualquier de las dos instancias; porque en dicho caso por obiar la maliciosa prolongacion de las causas se deben obliterar otras solemnidades, que previno el Auto de el Real Acuerdo de el dia 16. de Mayo de 1550.

de lo contrario, no se deben recibir, antes si mandarlas repeler, y quitar del pleyto, como por dicho Auto se manda, el qual está inserto en las Ordenanzas de esta Chancilleria, lib. 2. tit. 2. num. 8. ibi:

256. Mandaron, que de aqui adelante las Escripturas, que se presentaren, ó hovieren de presentar passado el termino de los 20. dias, que dà la Ordenanza de Madrid por termino ordinario, se presenten (aora esté el pleyto concluso en definitiva, ó no en primera, y segunda instancia) con poder especial de la Parte para presentarlas, nombrando las tales Escripturas: y para jurar en su anima, que nuevamente las hovo, y vinieron à su noticia, y que antes, ni las tenia, ni sabia de ellas, ni las pudo aver para presentarlas en dicho termino, y que hizo las diligencias para las aver: y no se presentando en la forma, y solemnidad susodicha, no sean recibidas, antes se manden quitar por Auto del Processo.

257. Y constando en Autos de este pleyto, que la parte de dicha Condesa tenia noticia de las dichas Escripturas, y pidiò Provision para traer testimonio de ellas, con insercion de las Clauulas de las Fundaciones, la que se le despachò en el dia 16. de Junio de el año passado de 730.

(Ms.

(Memor. ex num. 823. vñque ad 825.) las presentó tan posteriormente sin poder especial, ni la demás solemnidad establecida en dicho Auto: Luego por ninguna causa se debieron admitir, antes si repeler, y quitar de el pleyto.

258 Sin que obste el efecto de la parte de la Condesa, suponiendo, que por la menor, su Curador no pudo otorgar poder especial, siendo cierto le pudo otorgar, ex leg. 96. tit. 18. part. 5. vbi Dom. Gregor. Lop. Glöss. 3: & ex traditis à Cevallos Commun. contra Com. quæst. 330. & Marescot. lib. 2. Var. cap. 147. y jurar por la menor, ex leg. 5. tit. 11. part. 3. ibi: Mas con todo esto, si tanto amaren la prò del huérfano, que quieran hacer esta jura, estónc bien lo pueden hacer, jurando. De que se sigue, que dichos instrumentos, y su presentación tienen para estar en este pleyto la resistencia de dicho Auto acordado, que manda repelerlos.

259. El segundo resulta de la tarda producción, la qual sola induce presumpcio de ser el instrumento simulado, y fraudulento à quien no se debe dar fee, ex leg. Si quis forte, ff. de pénis, cap. 1. de Frigid. & maleficiat. Pareja de Instrum. Edit. tit. 7. resol. 2. num. 37. ibi: Quinto recepta sententia est in iure, quod ex intempestiva, & nimia tarditate facta produccione alicuius instrumenti; insurgit adversum producentem vehementis falsitatis presumptio. Et

num. 4. ibi: ^{35.} *Hec que falsitatis suspicio ad hoc ut Iudex instrumento fidem adhibere non teneatur;* possitque probationem ex eo procedentem reticere, iuxta ex ea quæ late tradidimus dicto tit. 1. resol. 3. §. 2. num. 26. & 27. eque operatur ac ille, quæ ex vitio, & suspicione patenti procedant, & non minus per eam Iudex debet in dubio inclinare arbitrum suum contra instrumentum, eique fidem non adhibere, ut cum Bald. Angel. Abb. Felin. & communis opinione DD. defendit, lateque prosequitur Mandel. de Alva, Mascard. Petr. Surd. Marc. Anton. Peregrin. Farinac. y otros que cita.

260 Lo mismo defiende Dom. Larrea allegat. 96. num. 21. ibi: *Me in cuius favorem hodie exhibetur renunciatio plures dies retardavit illam praesentare, & cum publicum esset non extitisse, renunciationem debebat, si staret, statim exhibere nisi illo tempore falso fabricata, & quoties dilatio intercedit in presentatione, & exhibitione instrumenti, quod statim debebat exhiberi est inditium falsitatis.* Cuya conclusion autoriza con 16. Autores, que citas Idem tenet D. Ctelpi, observ. 23. num. 25. & 26. Pegas Controvers. Forens. tom. 2. cap. 19. num. 43. & in fin. ibi: *Vbi dicit, quod instrumentum presumitur falso fraudulentum, & simulatum, si multo tempore stetit occultum, Menoch. presumpt. 91. num. 5. & 6.*

261. Teniendo por tarda producción, conforme à la

doctrina Dom. Latrea; la de dias, ibi: *Plures dies retardavit.* Y conforme à la de Dom. Crespi, por el espacio de 10. años, dict. n. 26. ibi: *Quod dicitur tarda productio per spacium decem annorum.* Pegas vbi proxim. dict. num. 43. Què le deberá conceptuar, y dezir en el caso de este pleyno, en el qual no solo por dias, ni por años, sino es por siglos se ha retardado, se ha obscurecido, y negado la manifestacion, y produccion de dichos Testamentos, sino es que se ha negado averlos, ni tenerlos, en lo que consistió la defensa del Conde Don Martin, (23) para excluir à Don Diego de Montemayor, (26) quando pretendia vindicar este Mayorazgo? Con que existe en ellos con vigoroso esfuerço este defecto, y falta de autoridad probatoria de Mayorazgo.

262. El tercero: porque todos los dichos Testamentos, y Escrituras están redarguidos de falsos, y por ningun medio se han comprobado, cuyo defecto les viene opuesto desde el año de 634. que se presentaron en el Juicio de Tenuta, que principió D. Alonso Fernandez de Cordova, (38) con Doña Ana Morata, (41) y prosiguió Don Juan Fernandez de Cordova, (39) repitiéndoles este defecto en el Juicio de Propriedad, que siguió el susodicho, y dexó concluso en esta Corte en el año de 651. y en este actual litigio se ha repetido la objecion de semejante defecto; y siendo cierto, que el instrumento redar-

guido de falso, y no comprobado no haze prueba, ni merece fe, ni credito, ex Auth. de Tabell. §. Illud, cap. *Quoniam contra*, de Probat. Cap. *Vt veterum vbi Gloss.* verb. *Graect*, dist. 9. L. 115. tit. 18, part. 3. vbi Dom. Gregor. Lop. Roderic. Suar. in leg. *Post rem*, ff. de re iudic. in 2. part. Leg. Reg. Dom. Covat. Practic. cap. 19. num. 9. Partad. lib. 2. Rer. Quotid. cap. fin. 1. part. §. 11. num. 14. Azeved. in leg. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. num. 137. cum alijs Noguer. allegat. 25. num. 253. Pareja de Instrum. Ædit. tit. 1. resol. 3. §. 2. num. 33. Es evidente, que dichos Testamentos no prueban los Mayorazgos, que la contradic idèa.

263. Sin que pueda poner en duda esta indefectible regla el efugio, à que se ocurre por parte de la Condesa, suponiendo, que por ser dichos instrumentos tan antiguos, su misma antiguedad los comprueba, sin otra diligencia, (Memor. num. 1101.) porque esta proposicion es demasiadamente general, y no conviene à el caso de esta redargucion, à causa de que lo que presume la antiguedad es la solemnidad interna; esto es, el consentimiento en los contratos, y obligaciones, y la externa accidental, que no es de essencia del contrato, ó instrumento, veluti, *quod testes sint rogati in testamento*, ó que se mandó dar el traslado de *petitione eorum*, *quorum inter est*, y las demás, que traen las DD. y numeras por la orden Joan. Baptist. Trobat. de

Effec-

Effect immemor. quest. 12. ex num.
97. præcipue 99.

264. Però la solemnidad intrínseca, y substancial extrínseca, como es, que el instrumento fiat à Notario publico, ad instantiam partis, cum anno, die, mense, loco, & coram certo numero testium, ésta ni la presume, ni puede el tiempo, porque sin ella es nulo el instrumento, si está redarguido, y no se comprueba, Trobat. vbi proxim. num. 89. & 90. Pareja dict. tit. 1. resolut. 3. §. 2. num. 68, y así entienden estas solemnidades los Add. ad Dom. Molin. lib. 4. cap. 10. num. 11. vbi Dom. Maldonad. ibi: *Quod citatio, & cætera requisita ad concedendam Regiam Facultatem tanquam extrinseca præsumi debeant, maxime quando multum tempus cacurrit quo facultas fuit concessa. intrinsecæ vero solemnitates nulla temporis præscriptione præsumi possunt* Noguerol allegat, 38. num. 49. & alij relati ab Hermosilla, Gloss. 6. ad leg. 4. tit. 5. part. 5. num. final. Flores de Menalib. 3. Var. quest. 23. n. 94. Otero de Pasq. cap. 11. à num. 13. Hodierna, lib. 1. Controv. cap. 43. ex num. 31. Gironda de Privileg. num. 72.

265. Y no como quiera si impliciter ut sic induce la antiguedad dicha presuncion, como acaece en los instrumentos presentados por la Condesa, que jamás se usaron, ni hubo noticia de ellos, sino es aviendo surrido efecto, y deduciéndole à ejecucion el instrumento, y despues,

diziendo de nulidad del acto por defecto de dicha solemnidad mere extrínseca, como lo entiende dict. Dom. Maldonad. vbi prox. ibi: *Et virtute illius census, vel aliud onus fuit impositum, videndus* Carlin. controv. 39. tom. 1. cum Strigliot. Valasc. & D. Ferdinan. Matute Disquisit. Legal. disquisit. 37. num. 7. Pareja de Instr. Edit. tit. 1. resolut. 3. §. 3. num. 56. ibi: *Et solemnitates extrinsecæ in eo præsumuntur adiectæ, quando concurrente vſu, & possessione illius iuris, quod in eo continetur 30. anni effluxerint post eius exemplationem, sciente, & paciente adversario.*

266. Todo lo qual falta à dichos instrumentos; pues demás de no estar usados, ni en possession por su derecho, tienen la calidad contraria, que resulta deaverse reclamado, y contradicho siempre, y desde el principio, que se produxeron; y se tuvo noticia de ellos.

267. Y aun dentro de la especie de poder la antiguedad presumir las dichas solemnidades mere extrínsecas, tiene dicha regla otra solemne limitacion muy propia de los terminos de este pleyo, como lo es, quando se trata de grande perjuicio con semejantes instrumentos, queriendo quitar Mayorazgo à quien legitimamente le pertenece. Pareja vbi prox. num. 65. ibi: *Tertia limitatio æquè, & secure procedit, quoties agitur de magno praeditio veluti de auferendo Maioratu à possessore, aut quid aliud huiusmodi*

de quibus cum Molina quem laudat, mentionem facit Burgos de Paz, quæst. civil. 5. num. 17. vers. Quartio quia, expendens ad hoc bonum Textum in leg. 4. tit. 1. lib. 5. Recop. Pues es difícil dudar, que desde la vacante legal, q̄ causó la muerte de el ultimo Conde de Alcandete Don Francisco, se transfirió la possession civil, y natural de esta Casa, y Estado en Don Alonso su sobrino, (38) y por su muerte en Don Juan Fernandez de Cordova, (39) y por la de este en esta Parte en quien existe, ex leg. 45. Taur.

268. De que resulta con quanta equivocacion se ocurre à dicho efugio, y que por él no se salvan los defectos de comprobacion opuestos à la essencia, verdad, y autoridad de dichos Testamentos, y que han debido la Condessa, y sus Autores comprobarlos por vno de los tres medios, que à este fin tiene prevenido el derecho, como son el cotejo con su Protocolo, ó Registro, ex Authent. de Tabell. §. Illud, dict. cap. Quoniam contra, de Probat. Cap. Ut veterum 9. dist. ubi Gloss. sic ait: Et est hic argumentum, quod quantuncunque autenticum sit instrumentum, si tamen de ipso aliquid indubium revocetur semper exhibendum sit illud à quo originem duxit. Vbi Barbos. in Collectan. dict. cap. Didac. Perez in leg. 2. tit. 6. lib. 2. Ordinam. Azeved. in leg. 16. tit. 25. lib. 4. Recop.

269. La comparacion de Escrituras, letras, signo, y firma

del Escrivano, ex leg. Comparaciones, C. de fide instrum. cum vulg. La probanza de testigos, que depongan de conocimiento de los Escrivanos, de sus signos, y firmas, que son las mismas, que contiene el instrumento redarguido, que las que ellos hazian, y acostumbraban hacer, y que à los instrumentos, que ante ellos se otorgaban se les daba entera fee, y credito, como explicando vno, y otro medio, lo pone por practica leg. 115. tit. 18. part. 3. Dom. Covarr. in Pract. cap. 19. num. 9. & cum eo Pareja ubi suprà §. 2. num. 34.

270. Y estan dichos Testamentos tan desnudos de la solemnidad de Protocolos, (cuyo defecto solo los hace sospechosos, y sin fee) que ni se ha idéado buscarles, ni probar, que se han perdido, que es el remedio de su defecto, ut per dict. Authent. de Tabell. §. fin. tenet Dom. Gregor. Lop. in leg. 9. tit. 19. part. 3. y con Menoch. y Gratian. Barbos. in Collectan. ad dict. cap. Ut veterum ad finem, Farinac. in consil. criminal. consil. 11. num. 11. & 27. Pegas Resolut. Forens. dict. cap. 19. num. 54. Montalvo in leg. 2. tit. 8. lib. 1. For. Regij, Gloss. E la perdiere, con Mascal. Surd. & alijs Pareja ubi proxim. num. 47.

271. Pero no ignorando estas reglas, y doctrinas, se oocurre por los defensores de la otra Parte à otro mas extraño medio, como es querer persuadir, que en el tiempo que suenan otorgados

dos dichos Testamentos, no avia Protocolos en Castilla, ni los hubo hasta la promulgacion de las leyes 12. y 13. tit. 25. lib. 4. Recop. que fue la Pragmatica de 7. de Junio de 1503. hecha por los Señores Reyes Catholicos; y ainsi, que por la sinceridad de los anteriores siglos, luego que se otorgaba el instrumento se entregaba à la Parte, sin quedarle à el Escrivano Registro (Mem. n. 1102) ibi. El segundo, que es el de no hallarse en Registro de Escrivano Publico, ni Archivo, se elide considerando Sencillez, y pureza de aquellos siglos en España, y que toda la fee estaba dferida à la legalidad, y assercion de el Escrivano, que autorizaba el instrumento, y lo entregaba à las Partes; y el ponerlo en Registro, ó Protocolo es induccion moderna, que induxo la Ley Real, y Pragmatica de el año de 1503.

272. Este efugio se funda en notorio error de Derecho; porque es cierto, que en todos Derechos antiguos, y modernos está prevenido, y ay disposicion para que los Escrivanos tengan Registros, ex doctr. Bald. in leg. Nostram, C. de testam. Bartol. in leg. Sempronius Proculo, §. 3. ff. de legat. 2. ex Authent. de Tabellion. §. Illud, & cap. Quoniam contra, vbi Barbos. num. 22. & in cap. final. num. 3. de Probat. L. 9. tit. 19. part. 3. ibi: E por esto la mandamos escribir en el Registro, porque si la carta se perdriere, ó viniere alguna duda sobre ella, que se pueda mejor

probar por alli. Y la misma razon dà la ley 2. cit. 8. lib. 1. Fer. Regis, y en ellas los DD. fundan por llana, y sin controversia esta doctrina, y tratan de las penas, que están impuestas por estas leyes à los Escrivanos, que no cumplen esta obligacion, vt. videte est Menoch. de Arbitrar. centur. 4. lib. 2. casu 370. De que resulta, quanto tiempo antes fueron estas leyes, que las de el Reyno establecidas en los años de 503. y 525. por lo qual no es sinceridad la falta de dichos Protocolos, sino es defecto en los instrumentos.

273. Ni podrá obstar à lo referido, si la parte de la Condesa ocurriere à la doctrina, que afirma se está à el instrumento cuya Protocolo no se halla, quam sequitur Dom. Covarr. Práct. cap. 19. num. 3. Mieres de Maior: 1. part. quest. 62. n. 14. Carralco ad leg. Reg. cap. 11. num. 9. maxime en materias antiguas, que no solo exceden de 100. años, que basta para que se esté à el instrumento, licet non habeat comprobationem, ex D. Greg. Lop. in dict. leg. 115. tit. 18. part. 3. y otros, que junta Pareja, dict. tit. 1. resolut. 3. §. 1. num. 35. y que teniendo los presentados, ó sonando su otorgamiento de tanta mayor antiguedad, no es defecto la falta de comprobacion por la de el Protocolo, ó Registro.

274. Porque esta doctrina D. Covarr. sin embargo de aver tenido lo contrario en terminos de eleotato in scriptis Bald. in Rubr.

de fide instrument. num. 20. y si-
guiéndole otros, que cita ipse D.
Covarr. y Montalvo in leg. 2. tit.
8. lib. 1. For. Regij, Glossa in verb.
*E*sse perdiere; se haze cargo de
ella, y la responde Pareja, dicta
resolut. 3. C. S. i. num. 31. & se-
guent. entendiendo la en caso que
no se dude de la fe de l instrumento,
sino que solo sea la disputa, si la
disminuye la falta del Protocolo;
pero siempre que se duda (como
en el caso de este pleyto) en la
fee, legalidad, y autoridad de el
instrumento, si no se halla el Pro-
tocolo, vacila, y se destruye; y da
la razon, ibi: *Sequeretur enim quod*
scriptura à Tabellione protocoli
autore levata, & partibus tradi-
ta alijs suffragijs non indigeret, su-
perflua, & inanis esset tanta ab
Imperatoribus nostris adhibita dilige-
ncia in confectione protocoli à
Notarijs servanda, & hac sola
Covarrub. assertione illa destruc-
ta maneret.

275. Ni menos podra
excluir dicho defecto, si le ocur-
riese à decir, que el Testamento
del Primero Adelantado, (i) y el
de su viznieto, y tercero nieto,
(y & 1. 1.) se hallan sacados de los
traslados, que se hallaron en los
pleytos seguidos en esta Corte,
así por el Duque de Feria con su
sobrina, como por Pedro Fernan-
dez de Montemayor con Martín
Alfonso lo primo, sobre los Mo-
linos del Moro, y Despeñadero,
los quales quedaron en dichos
Autos sacados por el Escrivano
de Camara, y de orden de los Se-.

ñores, que conocian de dicho
pleyto, de los originales, y para
bolverlos á las Partes, por lo qual
surten efecto de original, y no
necesitan de comprobacion, por
las doctrinas que resiente, y sigue
Pareja de Instrum. Ædit. tit. 1. re-
sol. 3. §. 3. n. 135.

276. Porque dicha regla
se entiende, quando se redarguye
la copia, que se sacó, y que quedó
en el pleyto; que entonces basta
con que la Parte exhiba el origi-
nal que recogió, para que con él
se coteje; pero no quando se re-
darguye dicha copia, y el origi-
nal, negando sea cierto, y dudan-
do en su fee, y otorgamiento: que
en este caso es preciso ocurrir á
el Registro, ó Protocolo para co-
tejarle con él, y salvarle dicho de-
fecto. Azevedo in leg. 3. tit. 5. lib.
4. Recop. num. 20. ibi. *Sed si ori-*
ginale hoc penes partem existens,
& in processu presentatum redar-
guatur de falso, tunc originale in
Protocolo Notarij edendum est. Fa-
bro in Cod. lib. 5. tit. 16. diffin. 24.
& lib. 2. tit. 1. diffinit. 5.

277. Es así, que en este
caso se han redarguido siempre
dichas Escripturas, negando se
otorgassen, ni que sean ciertas, ni
autenticas, así los traslados, co-
mo los originales, adminiculan-
do esta negativa, no solo por el
defecto de observancia de lo dis-
puesto en dichos instrumentos,
sino es por la observancia con-
traria, que se ha acostumbrado
en esta casa, como queda funda-
do: Luego el que se hallassen los
trasl-

traslados en dichos pleytos, no les puede subsanar el dicho defecto, ni adquirirles calidad probatoria de Mayorazgo, como la que requiere la ley del Reyno, y

DEFECTOS ESPECIALES, QUE PADECEN DICHOS

Instrumentos.

278. **P**ara proceder en la prueba de esta conclusión con el pleno conocimiento, y seria reflexion, que corresponde à su gravedad, es preciso suponer, que los Estatutos, ó Leyes, assi generales, como particulares, su establecimiento, y decisión no comprehiende, ni se extiende à los actos anteriormente ejecutados, ex leg. 7. C. de legib. ibi: Leges, & Constitutio-nes futuris certum est dare for-
mam negotijs, non ad facta præ-
terita revocari. L. Si verà. §. Post
reditam, ff. mandat. L. Solemus,
ff. de condit. & demoust. Auth. Cum,
de appellat. collat. 8. Auth. Ut fac-
tæ novæ constitutiones, §. 4. ibid.
Erit namque absurdum, ut quod
factum est rectè, ex eo quod tunc
non erat, factum postea mutetari.
L. 200. Still. in fine. Roxas de In-
comp. 2. part. cap. 2. num. 41. An-
toni de Donat. lib. 2. cap. 10. num.
115. Dom. Salgad. de Protect.
part. 2. cap. 1. num. 241. & part. 3.
cap. 9. num. 86. & de Retent. cap.
17. num. 61. cum Dom. Larrea,
Solorzano, Castillo, & alijs, Cas-
tejon, verb. Lex, num. 70. y así
el Testamento otorgado con las
solemnidades prevenidas por las

leyes establecidas en el tiempo de su otorgamiento, aunque des-
pués sobrevengan viviendo el
Testador otras, que muden, ó va-
tien la forma, y solemnidad de
los Testamentos, no por esto se
vafia la validacion, que contuvo
el dia de su otorgamiento, vt in
specie tetet Burg. de Paz in leg. 3.
Taur. i. part. conclus. 3. num. 542.
terminanter leg. labemus, C. de tes-
tam. ibi: Quid enim antiquas pec-
cavit, quæ præsentis legis inscia,
pristinam secura est obseruantiam.

279. Teniendo solo esta
regla dos solemnies limitaciones:
La primera, quando expressamente
habla de preterito, y en nego-
cios pendientes, dict. leg. 7. ibid.
Nisi nominatim de præterito tem-
pore, & adhuc pendentibus negotijs
cautum sit. La segunda, quando
la ley posterior es declaratoria de
las antecedentes, y no correcto-
ria, aut de novo disponens Dom.
Castill. Controv. lib. 5. cap. 89. n.
173. & lib. 4. cap. 51. ex num. 88
cum sequent. Jul. Capon. tom. 2.
discept. 80. n. 7. Antoni. ubi proxe-
dict. cap. 10. num. 116.

280. Comprobándose
lo referido ex leg. 42. Taur. don-
de se ordena, que la licencia del
Rey

Rey para hazer Mayorazgo , de-
be preceder à el hazer del Mayo-
razgo , por lo qual en virtud de
semejante Facultad no se confir-
ma el Mayorazgo , que antes es-
tava hecho , ut latè in ea fundat
Gom. Avendaño , & ex D. Mo-
lin. Mier. & alijs Rox. de Incomp.
dict. 2. part. & cap. 2. n. 40. vbi
Aquil. cum plurimi. n. 45.

281. Y así para fundar
las nulidades , y defectos de di-
chos Testamentos , es preciso
ocurrir à las leyes , que à el tie-
mpo de su otorgamiento se usaban ,
y practicaban en España , ó Ca-
stilla ; y así es supuesto cierto , que
el Derecho Civil , y Leyes de los
Jurisconsultos , y Emperadores
Romanos se practicaron , y via-
ron en España desde el año de
382. Era de 420. Reynando Ala-
rico 2. Rey de los Godos , vt refert
D. Gonçal. in cap. Relatum 11. de
Testam. num. 12. in med. hasta el
año de 650. Era de 688. que Rey-
nando en España Recesvinto pro-
mulgó la ley 8. tit. 1. lib. 2. For.
Iudic. por la qual prohibió el uso
de dichas leyes , ibi: E non queré-
mos , que de aqui adelante sean usa-
das las leyes Romanas , ni las estra-
ñas . Cuya prohibición se conti-
nuó por la ley final. tit. 6. lib. 1.
For. Regij. y por las L. 15. tit. 1.
part. 1. L. 6. tit. 4. part. 3. y por
la L. 4. tit. 4. lib. 1. Ordinament. &
per L. 1. Taur. quæ est 3. tit. 1.
lib. 2. Recop. & referunt Villadie-
go in dict. leg. 8. For. Iudic. Mar-
tinez in Phænic. lib. 1. tit. 1. de Jur.
& orig. Jur. S. Goti 3. proposit. &

Gloss. 1. Valdès ad Roderic. Suau-
in Proem. For. Iudic. cum pluri-
mis. babilus p. 1. i. 1. ob. 1. ob. 1.
282. Siendo el motivo
borrar de el todo la dominacion
de el Imperio Romano en estos
dominios ; por lo qual , aunque
no se podian alegar , ni aun por
autoridad , sino es por razon , ex
leg. 6. tit. 4. part. 3. vbi D. Gregor.
Lop. Gloss. 2. & in dict. leg. 15.
tit. 1. part. 1. ead. Gloss. D. Molin.
lib. 3. cap. 12. num. 10. vbi D. Mals-
donad. num. 11. se observaban , y
por ellas se governaban en Casti-
lla , y se permitieron leer en los
Estudios Generales , para que los
subditos fuesen sabidores dellas ,
como previno la Pragmatica del
Señor Rey Don Alonso hecha en
Alcalà , Era de 1386. q se inserta
in leg. 1. Taur. quæ est 4. tit. 4. lib. 1.
Ordinam. ibi. Pero que bien nos
place , y queremos , que los Libros
de los derechos , que los Sabios anti-
guos hicieron , y compilaron , que se
lean en los Estudios Generales de
nuestro Señorío , porque ay en ellos
muchas sabiduría provechosa , y por-
que los nuestros subditos , y natura-
les sean sabidores , y alcancen por
ello honra , y dignidades.

283. Y que se observa-
se el Derecho Civil , lo conven-
cendos fundamentos : El prime-
ro , ser cierto , que la Ciudad de
Cordova , ni tiene , ni se ha enun-
ciado tuviesse fueros especiales
para sus contratos , ni Testamen-
tos , ni lo tuvo en Castilla hasta
el Fuero Real , que recopiló el Se-
ñor Rey D. Alonso , que Reynò
des

ex Proem. Partit. & assertit Faria ad Dom. Covarr. in Pract. cap. 12 num. 77. & lib. 4. Var. cap. 18. in Cronolog. quae est in Proem. Partit. ex num. 1. Martinez, & Valdés vbi proxim. sacandolas de dicho Derecho Civil, y así por él se deben interpretar, ex leg. 9. tit. 13. part. 6. vbi D. Greg. Lop. num. 32. D. Matheu de Re Crimin. controv. 2. num. 39. Carrasco ad Leg. Reg. cap. 3. §. 2. num. 22. Pat. Sanchez de Matrim. lib. 3. disp. 41. n. 8.

284. Y no previniendo se, ni dandose regla cierta en dicho Fuero Real para la solemnidad de los testigos, que debian intervenir en el Testamento, como se lee in leg. 1. tit. 5. lib. 3. For. Regij, ibi: *O por buenas testimoniias.* Escrierto se practicaba la solemnidad prevenida por el Derecho Civil en el numero de testigos, ut assertit Montalvo in dicta leg. 1. lit. E. vers. Quot, ibi: *Quot testes requirantur in Testamento, vel Codicillo de Iure Civili, vel de Iure Canonico: sed de Iure Civili servatur, quod hic dicit, in Hispania.* Porque no avia otra, à causa de no practicarse el Fuero Juzgo, ut assertit Valdés vbi suprà, ni aunque se practicara, tampoco la previene, ut videre est in leg. 11. tit. 5. lib. 2. For. Judic.

285. El segundo, que para que se obletvase dicho Derecho Civil, sin el inconveniente de la más remota subordinacion à el Romano Imperio, se hizieron las Leyes de Partida, que principió el Santo Rey Don Fernando, y concluyó el Rey Don Alonso el Sabio su hijo, ut constat

287. De que resulta, que los Testamentos, que se atribuyen à el Primero Adelantado, y su muger, (1) y à Martin Alfonso de Cordova (3) su hijo, como otorgados antes de la Pragmatica de el Señor Rey Don Alfonso en Alcalà en la Era de 1386. que corresponde à el año de 1348.

que est lex i. tit. 2. lib. 3. Ordinam.
se deben governar, y su validacion,
ò nulidad por el Derecho Civil,
y Leyes de Partida, como
vnicas, que establecieron su so-

lemnidad desde el año de 1252:
ut manet fundatum. Quibus sup-
positis, se hazen evidentes las
nulidades, y defectos de dichos
Testamentos.

PRIMERO TESTAMENTO DE EL PRIMERO Adelantado. (1)

288. Este instrumento se di-
ze ser otorgado por
Alonso Fernandez de Cordova
(1) en dicha Ciudad el dia 29. de
Junio, Era de 1355. que corres-
ponde à el año de 1317. (Mem.
ex n. 148. vñque ad 152.) y pare-
ce alsimismo le aprobo, y otorgó
Theresa Ximenez su muger, de
quien se haze mención en toda
la disposicion; en él manda à
Martin Alfonso su hijo (3) la Ca-
sa de Doshermanas, con el Hered-
amiento de Salinas, y las Casas,
y Huerta junto à el Monasterio
de San Agustín (afirmando, que
los dos Castillos de Cañete, y
Doshermanas los heredó de su
Padre) y los demás bienes los cō-
pró; y dicha manda la haze por
mejora de tercio, y quinto à di-
cho Martin Alfonso, con el gra-
yatmen de Vinculo regular des-
pues de los días de la dicha Thes-
resa Ximenez su muger.

289. Este Testamento
es nuncupativo iure communis
otorgado, no de bienes castrales,
ni ganados en la guerra, sino es
comprados vños, y otros hereda-
dos de su Padre; con que en él
(sin dar lugar à otra question de
privilegio particular, ex leg. fin.

C. de inofficiis. Testam.) se debie-
ron observar por el dicho Testa-
mento las solemnidades de el Dere-
cho Comun, ò Leyes de Partida,
que en aquel tiempo se practica-
ban, y observaban: Estas previe-
nen, que para la validacion de el
Testamento debian intervenir, y
ser prelentes siete testigos. L. Hac-
consultissima 21. §. Per nuncupa-
tionem. L. In Testamentis 26. L.
Iubemus 29. C. de Testam. L. Hæ-
redes palam 21. ff. eod. L. 1. tit. 1.
part. 6. L. 103. tit. 18. part. 3. D.
Covarr. in cap. Cum esses 10. de
Testam. num. 1. D. Pichard. in §.
Sed hæc quidè 10. Inst. de Testam.
ordin. ex num. 1. D. Gonçalez in
cap. Relatum 11. de Testament.
num. 12.

290. En dicho Testa-
mento falta esta essencial solem-
nidad, porque solo se otorgó ante
dos, y el Escrivano: (Memor:
n. 151.) Luego es notoriamente
nulo, dict. cap. Cum esses 10. de
Testam. ibi: *Quod Testamenta, que*
funt in ultima voluntate ab ijs, qui
pote statem habent super alios, pe-
nitus rescinduntur, nisi cum sub-
criptione septem, aut quinque tes-
tium fiant secundum quod humanae
leges decernunt. L. 1. ff. de iniust.

rup. irrit. que facit. Testam. cum plurim. Anton. de Donat. lib. 3. cap. 16. ex num. 3.

291. Sin que pueda suplic el defecto de testigos, el que los dos que intervinieron como tales fuesen Escrivanos, porque se querrá afirmar tienen autoridad de dos testigos, como personas publicas, en quien reside publica autoridad para el otorgamiento de los contratos, haciendo argumento *ex leg. 1. tit. 2. lib. 5. Ordinam.* & *ex leg. 3. Taur.* con las doctrinas D. Covarr. de *Testam. cap. 10. num. 3. Martínez Inst. Hispanic. lib. 3. de Testam. §. 6. Gloss. 3.* porque dichos textos, y doctrinas se entienden quando los Escrivanos asistieren como tales, y exerciendo la publica autoridad de sus Oficios, otorgando el Testamento, ó instrumento; pero no es asi quando asisten à el otorgamiento como otro qualquiera particular testigo, como sucedió en dicho Testamento, en cuyo caso solo tiene la autoridad de otro qualquiera testigo, *in terminis Matienç. in leg. 2. tit. 4. lib. 5. Recop. Gloss. 4. num. 6. ibi:*

292. *Lexitamen ultra testes in scriptura requisitos habuit considerationem ad Tabellionem, quem reputavit loco unius, immo, & duorum testium, & probatur in hac lege, ut ex ea expendit Covarr. in cap. Cum esses num. 2. de Testam. Joan. Lupus in leg. 3. Taur. unde bac sumpta fuit num. 44. Vbi autem Tabellio intervenit in Testa-*

mento, vel in alio instrumento, vt testis, non vt Tabellio, de instrumento rogatus, vicem habet unius tantum testis, ut in cap. Nuper, de testib. Joan. Lup. ubi supra.

293 Que asistiesen como testigos, y no como Escrivanos, consta literal de el otorgamiento: (*Mem. dict. num. 151.*) Luego aunque fuesen Escrivanos Publicos, en dicho acto, y otorgamiento no asistieron como tales para autorizarle con fee publica, sino es como meros testigos, por lo qual dicho Testamento contiene la visible nulidad, y defecto dicho, porque no merece fee, ni haze prueba de su contenido.

294. Tiene assimismo el notorio defecto, que resulta de su inspección; pues relacionandole en él, y mencionándose en el todo de su disposicion el concurso, como otorgante de Thetsa Ximenez su muger, la qual por Clausula especial otorgó las mandas hechas à sus hijos, y se obligó à pagar la mitad de las deudas contenidas en dicho Testamento; y debiendo otorgarle, y firmarle, ni lo hizo, ni se dà el motivo porque *ut videre est dict. num. 151.* Es assi, que es de essencia, y solemnidad del Testamento nuncupativo reducido à Escritura, el que le subscrivan, y firmen los otorgantes, ó su defecto invalida, y anula el Testamento: Luego por este defecto lo es assimismo este, y con especial razon quando en el contrario obli-

obligacion la dicha Theresa Ximenez; pues siendo licito contratar en los Testamentos, con duplicado motivo es defecto esencial la firma de la susodicha, así por el contrato, como por el Testamento.

295. Que sea de essencia la firma, ó subscripcion del otorgante en el Testamento nuncupativo (aunque ha sido questionable por Derecho Civil, y las Leyes de Partida) la comun, cierta, y practicada opinion afirma ser de essencia, que lo firme el Testador por la razon potissima, por què se requiere tanto numero de testigos, como lo es evitar los fraudes, y falsoedades, que en dichos instrumentos se cometian. Mantiendo in dict. leg. 1. tit. 4. lib. 5. Gloss. 3. num. 7. cum sequent. usque ad fin. D. Greg. Lop. in leg. 2. tit. 1. part. 6. in verb. *Su nome*. D. Covarr. in dict. cap. Cum esses de Testam. num. 4. Burg. de Paz in leg. 3. Taur. part. 2. conclus. 3. ex num. 1085. usque ad 1097. & sequent. ibi: *Ex rationibus proxime congestis censeo Testamentum nuncupativum à Testatore eius firma non subscriptum, iure suberti.*

296. Y por ler Escriptura, la qual ha de tomar validació de la firma de el otorgante. L. Scripturas, C. qui potior in pignor. habeant. I. Contractus, C. de fide instram. ibi: *Non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibus que partiam confirmata.* L. 54. L. 103. tit. 18. part. 3. De que resul-

ta, que así por Testamento, como por el contrato, y obligacion de la dicha Theresa Ximenez, le debió firmar, ó de lo contrario no admite razon de duda la nulidad de dicho Testamento.

297. Tiene este instrumento otro reparo de no menor importancia, que los antecedentes; pues (como se afirma en el Mem. dict. n. 151.) tenia la firma del Testador, y la de los testigos, por lo qual no puede ser el original, porque á el parecer es el Protocolo, ó Registro (y porque lo referido acaece en otros instrumentos, se haze indispensable inquirir, y averiguar la fee, y calidad de semejantes Escripturas) y siendo, no ay duda, que hallandose en poder de la Parte, ni prueba, ni merece fee, ni es exequible. Pareja de Instrum. Edit. tit. 1. res. fol. 3. §. 1. n. 32. ibi:

298. *Et insuper nam licet compertum sit, quod virtute Protocoli matricis, seu imbrevia turæ non possit in iuditio agi ad rem in contractu deductam, seu promissam nec obligatur ex hac scriptura conveniri, nec exequi possit, quia ad hunc effectum fidem non facit, cum D. Salgad. Pretis, Menoch. & alijs.* Porque solo sirve para comprobar el original, siempre que de él se dude en alguna manera. Pareja ubi proxim. num. 33. Tamen ad exempla ex illo deducenda, & etiam, ut ad illud semper recurratur, quoties de viribus, fide, & autoritate instrumen ti ab ipso levati dubitatur, primum

locum obtinet, & ad ipsum tanquam ad fontem configitur pro indaganda veritate, & ad hos effectus semper illi creditur, fidesque integratur, ex cap. Quoniam contra, de probat. L. 9. tit. 19. part. 3. Autorizado este dictamen cum D. Salg. Castill. Gratian. Farinac. & alijs.

299. Para lo qual es preciso suponer, qual sea instrumento original, autentico, o exemplar, y si tiene la solemnidad de tal, por ser dichos tres hombres sin nomos, y tener una propria significacion, ex Gloss. in leg. *Quicunque, verb. Indice, ff. de fide instrum.* ibi: *Tria sunt originalia nomina, scilicet originale, autenticum, & exemplar.* Original es aquel, que da el mismo Escrivano, que otorgó el Protocolo, o Matriz, sacandole à pedimento, y ruego de la parte, que tiene interés en él, de el mismo Registro; que ante él se avia otorgado, de quibus locuntur L. 2. ff. de fid. instrum. L. Censu, & monumenta, ff. de probat. cap. 1. de fide instrum. L. 1. tit. 18. p. 3. L. 13. 15. & 17. tit. 25. lib. 4. Recop. Dom. Covarr. 1. Pract. cap. 19. num. 3. Nam ea scriptura, quæ conscripta est ab ipso met tabellione Protocoli authore, coram quo res acta est, & ab eodem tradita, proprio signo signata originalis est dubio procul, non exemplum. D. Castill. 2. Controv. cap. 15. num. 1. cum Parlad. & alijs Pareja, dict. tit. 1. resolut. 3. ex num. 1.

300. Y esta Escritura es la que siendo hecha ante Escriv-

vano conocido, y de cuius fide non dubitatur, se le da entera fee, y credito, y tiene las circunstancias de prueba, y firmeza, que ponderan los mismos Autores referidos, à diferencia de la misma Matriz, o Protocolo, el qual por si no prueba, nisi tantum ad comprobationem originalis, y à diferencia tambien de el que es traslado sacado de este original, que tampoco prueba por si, nisi originali ostendatur, ex dict. cap. 1. de fide instrum. L. 2. ff. eod. L. Procurator, Auth. quis in aliquo, C. de edend. L. 44. & 114. tit. 18. part. 3. L. 2. tit. 14. part. 6. vbi D. Gregor. Lop. Dom. Covarr. Castill. & alijs vbi prox. Pareja, dict. §. 3. num. 3.

301. Véamos si esta circunstancia concurre en este instrumento, y en todos los demás, que se llaman originales, (y se dizan presentados en la Pieza 28, y oy con repeticion sus trasumertos) y es cierto que no; porque no tiene la forma, que siempre, y en todos tiempos se ha practicado: por la qual se distinguen el Registro de el original, y de este el traslado, ni da fee el Escrivano la sacó de el Registro, ni lo demás, que disponen las Leyes, y Autores referidos, siendo cierto tienen grande distinción los unos de los otros; pues en el Protocolo, o Registro no se ponen mas, que los testigos, la firma de el otorgante, y la subscripcion del Escrivano: en el original se saca todo esto, y à el fin le autoriza, y

signa el Escrivano; y en el traslado, demás de lo referido, se pone quien le hace, de donde, y con qué autoridad, y como concuerda, poniendo testigos de ello, y le signa el Escrivano, como lo explica Dom. Castill. 2. *Controv.* cap. 16. *quasi per totum.*

302. Y así, ò se concede, que de estos instrumentos quedaron Registros, ò no: Si lo primero, es evidente el defecto de comprobacion, por lo qual no hacen fe: Si lo segundo, porque se quiere decir (como se afirma) que no se usaba mas solemnidad, que llamar à el Escrivano, y hacer ante él el contrato, ò testamento, y que él le escriviese, y sigrasise, este genero de instrumento es nuevo, y no conocido por ninguno de los Autores, por instrumento publico, y así no puede aver causa, ni razon legitima para darle la misma autoridad, que si lo fuese: con que es cierto no es practicable apurar, ni reconocer, que especie de instrumento es este; porque si es Protocolo, no haze prueba, ni merece fe, ni se puede presentar en Autos; el no es original, porque tiene las fir-

mas de el otorgante, y testigos, ni traslado, porque no tiene el concuerda.

303. Luego dicho instrumento es de tan singular especie, que no conviene à original, ni à traslado, y solo se assimila à Protocolo, porque no puede tener estimacion alguna, aunque tuviera mas Escrivanos por testigos, ex leg. *Instrumenta. L. Exemplo. L. Rationes, C. de probat. Auth. si quis vult, C. qui potior. Auth. de instr. cautel. & fid. §. Si vero quis. quam collat. 6. cap. 2. de fid. instrum. L. 119. & 121. tit. 18. p. 3. vbi D. Greg. Lop. Covarr. Pract. cap. 22. n. 1. & lib. 2. Var. cap. 11. n. 4. August. Barbos. in *Collestan. ad dict. leg. Instrumenta, & exemplo, C. de probat. cum plurim. Pareja tit. 1. resol. 3. §. 5. n. 2. 4. & 5.* De que resulta, que por la extrañeza de dicho instrumento, arguye dolo per se, & inducit presumptionem falsitatis. Farinac. consil. Criminal. lib. 1. conf. 11. n. 11. & 14. cum alijs Alvarez Pegas, Resolut. Forens. cap. 19. num. 41: y sin duda no haze fe para probar Mayorazgo, que es el intento para que se presenta.*

SEGUNDO TESTAMENTO DE EL DICHO Adelantado. (1)

304. A segunda Escriptura presentada por parte de la Condesa, se dice es traslado del segundo Testamento, que se quiere persuadir otorgó el mismo Alonso Fernández (1) en Cas-

trocal el dia 25. de Octubre, Era de 1363. que corresponde à el año de 1325. fuera dispuesto por el dicho Alonso Fernandez, y Theresa Ximenez su mngre, por que en nombre de ambos están las

las Clasulas; mandan los mismos bienes, que en el primero, à Fernando, y Martin sus hijos, con el mismo gravamen de Vinculo, ó Mayorazgo; tiene solo dos testigos Escrivanos, y el mismo defecto de firma de Theresa Ximenez, y contiene la misma obligacion de esta à cumplir lo dispuesto en dicho Testamento, como en el primero, y así para el defecto de fee, y prueba le obstan los fundamentos expressados supra ex num.

305. Pero en este Testamento le advierten quatro especiales reparos, que todos, y cada uno influyen en él notoria nulidad, y vehementes conjeturas, y presunciones de suposicion. El primero es, faltar el nombre del Escrivano ante quien parece se otorgó, cuyo defecto anula, y quita la autoridad à el instrumento, ex leg. 54. 105. tit. 18. p. 3. D. Covarr. Pract. cap. 19. num. 2. & cap. 21. à num. 1. D. Castill. toin. 2. Controv. cap. 16. n. 47. cap. Cum P. Tabellio, de fide instrum. Auth. de Tabell. in princip. Faria in dict. cap. 19. n. 2. Parej. cum alijs tit. 1. resol. 2. n. 8. & 22. Pegas Resol. Forens. cap. 19. n. 25. & 26.

306. El segundo, la contrariedad, que resulta entre ambos Testamentos, en orden à la adquisicion de los Castillos de Cañete, y Doshermanas; pues en el primero dizan (Mem. n. 148.) ibi: Estas dichas Casas, è estos Castillos, que nos manda mos à los dichos Fernan Alfonso, y Martin Alfonso

nuestros hijos, le damos en razón de nuestro tercial, è estos dos Castillos, è estas Casas, que fueron de mis Padres, que yo mando à mis hijos, los dichos mando, que los tenga à la dicha Theresa Ximenez mi muger en su vida. Y en este segundo, (Mem. n. 154.) ibi: Otrosi mandamos yo, y la dicha Theresa Ximenez mi muger à Fernan Alfonso nuestro hijo (2) el Castillo de Cañete con el Aldea, con el Señorio, è con todos los derechos, que nos, y tenemos, segun que los Reyes, y el Consejo de Cordova lo dieron à nos, como agora los nos tenemos.

307. Es así, que entre estos dos instrumentos ay la contrariedad incomponible, que resulta en el titulo de la aquisition de los Castillos de Cañete, y Doshermanas; pues en el primero Testamento dice Alonso Fernández (1) fueron de su Padre; y en el segundo, que los Reyes, y el Consejo de Cordova se los dieron à ambos Marido, y Muger: Luego es evidente la suposicion; pues ninguna mayor, que la contrariedad entre dos instrumentos presentados por vnâ Parte, y otorgados por vnos mismos Testadores, ex leg. Scriptura, C. de fide instrum. Gloss. verb. Falsum, & in cap. Memoriam 19. dist. cum Menochi. Trentacinq. Farinac. August. Barbol. D. Castill. & Pateja de Instrum. Ædit. tit. 7. resol. 5. n. 7. Pegas dict. cap. 19. n. 26. ibi: Sexta præsumptio est contrarietas, seu repugnancia inter duo instrumenta ab eadem parte producta, ex qua

qua falsitatem argui notatur.

308. Y se haze sin ponderacion mayor la complicada contrariedad de dichos instrumentos en la dicha especie , por lo que consta de el Memorial hecho por el Relator en virtud de Auto de 28. de Junio de el año passado de 649. de los instrumentos , que contenia la Pieza 28. el qual empieza (Mem. n. 652.) en el qual à el n. 673. afirma , que en el fol. 82. de dicha Pieza avia un pergaminio grande de mala letra , y tinta , todo en parte , que se leia en algunos pedazos ; cuyo titulo antiguo dezia , ibi : *Carta de la compra de Doshermanas.* Y en otra parte , ibi : *Son ocho Escrituras de compra de Doshermanas, mas estas dos, Era de 1338. y en el fin della se leia, 23. dias de Diziebre, Era de 1338. y tres firmas.*

309. De que resulta , que Doshermanas la heredò de su Padre ; se la donaron los Reyes à dicho Alfonso Fernandez , y su mujer , y el Concejo de Cordova ; y que la comprò en el año de 1300. que es à el que corresponden dichas Eras : Estos Titulos , ni son compatibles , ni compoſibles : Luego con evidencia contrarios , y como tales fundan la vehementemente presumpcion , que queda probada.

310. El tercero es , tener 42. blancos , como consta de la ucta puesta por los Relatores en el traslado de las Clausulas , que pusieron à continuació de la Exequitoria de Tenuta presentada por

la otra Parte (Mem. n. 153.) y los mismos contiene el traslado inserto en el Testimonio dado por Don Pedro de Sotomayor , Escrivano de Camara , que nuevamente ha presentado dicha Condesa . (Mem. n. 165.) De que resulta no ser estimable dicho Testamēto , por ser notoria su nulidad , ex leg. ultim. C. de edit. Div. Adrian. tollend. ibi : *Non cancellatum, neque abolitum, reque ex quacunque sua forma, parte viciatum.* Cap. ultim. de fide instrum. ibi : *Nulla in sui parte viciata.* Text. in cap. Inter. eod. verl. *Instrumentum.* Cap. Cum olim , verl. *Distinguente*s , de privileg. Cap. Ex literis 3. de fide instrum. ubi D. Gonçal. num. 4. cum Genoa , Farinac. & alijs Pegas dict. cap. 19. n. 5.

311. Y aunque la referida resolucion depende de si la cancelacion , rasura , ó blanco está en la narracion , ó en lo dispositivo substancial de los instrumentos : Porq si en lo primero , no se presume sospechoso el instrumen-
to , ex cap. vlt. de crim. fals. & ex d. cap. Ex literis , de fide instrum. Pero si en lo segundo , ninguno du-
da de su nulidad , vt cum pluri-
mis tenet D. Gonçal. ubi proxim.
num. 5. reconociendo dicho Tes-
tamento se halla , que empiezan ,
y prosiguen los blancos , y faltas
de dicciones en lo dispositivo
essencial de los llamamientos , y
substitutiones , vt videre est (Me-
mor. ex n. 158.) hasta la firma de
el Escrivano , por la qual es evi-
dente dicha nulidad , y el despre-
cio ,

tio, de que es acreedor dicho instrumento para la prueba de Mayorazgo, que con él ideá la otra Pareja.

312. El quarto es, ser esta Escritura traslado de traslado, y no del original, por lo qual no prueba, ni merece fece, ex Baldio, *in leg. Sancimus 3. C. de divers. rescript. num. 1. ex Tiber. Decian. Mascal. Escacia, D. Paz de Tenut. Mastrill. Gratiano, & alijs tenet Pareja, tit. i. resolut. 3. §. 4. ex n. 1. Fatia ad D. Covarr. Pract. cap. 2. n. 16. cum plurim.*

313. Y aunque esta regla tiene quattro limitaciones, y la tercera podrá la parte de la Condesa querer contraerla à dar validacion à el traslado del segundo Testamento de el dicho Alonso Fernandez, (1) por ser traslado de el traslado, que quedó en el pleito, que siguió el Duque de Feria con Doña Francisca Fernandez de Cordova su sobrina, de donde le sacó, è insertó en el Testimonio Don Pedro de Sotoma-

yor, fundandolo en dicha limitacion, ex traditis à Pareja, dict. resol. 3. §. 4. num. 18. lo referido no le puede surtir efecto, porque se entiende la dicha limitacion, quando el instrumento alias no tenia defecto; pero teniendo tales como resultan probados, y opuestos, no puede el traslado sacado de autos hazer prueba, como afirma idem Pareja *in dicto §. 4. num. 22.* dando à entender lo que dexa dicho en dicha tercera limitacion, ibi: *Hoc enim intelligendum est ut procedat dummodo omnia alias sint habilia, & instrumenta ita extracta nullam exceptionem patientur.*

314. De que resulta, que teniendo dicho segundo Testamento los defectos, que el primero, porque le obstan los mismos fundamentos, tiene mas los 4. y todos conspiran à su nulidad, y suposicion, porque es despreciable, y no puede hazer fece por ninguna regla.

TESTAMENTO DE THERESA XIMENEZ. (1)

315. Este Testamento, que se dice ser de la dicha Theresa Ximenez, y suena otorgado en Cordova el dia 30. de Diciembre, Era de 1365, que corresponde à el año de 1327. se deduce à disponer à la letra, y mandar à Fernando, y Martin sus hijos los mismos bienes, y con el mismo gravamen de Vinculo, y Mayorazgo, que suena dispues-

to por el dicho su Marido, por el derecho, que en dichos bienes podía tener la dicha Theresa Ximenez; pero se contraria à el Testamento segundo de su Marido, pues en este afirma, que el Castillo de Cañete fue donacion de los Reyes, y Concejo de Cordova solamente à Alfon Fernandez, y en el segundo de su Marido, que fue donacion à ambos: en este

X

dice

dize Theresa Ximenez, que Doshermanas, y los Heredamientos los compraron; y en el segundo de su Marido afirman, que el Castillo de Doshermanas fue donacion de los Reyes, y Concejo: con que estas contrariedades obstant à su legalidad, y validacion, por las reglas que quedan fundadas *suprà num.*

316. El otorgamiento

fue ante Escrivano, y tres testi-

gos; y sin embargo de que intervinio aprobandolo el dicho Alfonso Fernandez, y obligandose à cumplir lo dispuesto por la dicha Theresa Ximenez su muger, ninguno de los dos lo firman; y assi por el defecto de no tener 7: testigos, como por el de no estar firmado, es evidente la nulidad, que contiene, porque ni haze, ni merece fe, por las reglas, y fundamentos expressados suprà.

PRIMERO TESTAMENTO DE MARTIN ALFONSO de Cordova. (3)

317. **D**E este instrumento no ay en este pleito mas que las Cláusulas, que à continuacion de la Executoria de Tenuta, que obtuvo Doña Ana Monica (43) insertó el Escrivano de Camara del Consejo: en ellas manda à su hijo Alfonso Fernandez (5) la Casa de Doshermanas, el Cortijo de Salinas, con lo que avia comprado de el Cortijo de Montefrio, y lo que avia comprado de la Torre de Lara con su Heredamiento, su Castillo de Montemayor, y lo que comprò, affirmando ser todo lo referido libre, y quito, (Mem. n. 177.) ibi: E otrostle mando el mi Castillo de Montemayor, que yo agora fago, è lo que compre, è que lo aya todo libre, è quito, assi como yo oy dia hez y que lo herede de mi Padre, segun me lo el manijo en su Testamento, segun que yo he lo que dicho es, que comprò

dole en dichos bienes en el tercio de los suyos, para que lo huviera de mejora con sus hermanos, ibi: E todo esto, que dicho es, que lo yo mando à este mi hijo Alfon Fernandez, (5) mandoselo en razon de mi tercio, que lo aya de mejoria de los otros sus hermanos, que yo puedo mandar por mejoria à qualesquier de mis hijos, que yo quisiere. Y por otra Clausula (Mem. n. 179.) previniendo, que dichos bienes podian exceder de el cabimento de el tercio, dice ibi: Y si por aventura no cumpliere en esto, que yo mando à mi hijo Alfon Fernandez (5) el dicho mi tercio de mis bienes, mando, que se cumpla de el remaniente de mi quinto de mis bienes.

319. Y continua diciendo, que esta donacion que haze à el dicho su hijo Alfonso Fernandez, la haze en tal manera, que no pueda vender dichos bienes, prohibiendole toda especie de enagenacion de ellos, y por su muerte

muerte le substituye à su hijo mayor heredero ; y en caso de no tenerlo, le substituye à su hermano Fernando , y en la misma forma substituyendo à el hijo varon heredero, haze, y continua las substituciones de todos los demás hijos varones, que tenia dicho Testador , y en defecto de todos les substituye , y llama à su hija mayor ; de que se infieren dos necessarios indefectibles cōsiguentes.

320. El primero, que no es cierto le vinculasse el primero Adelantado su Padre , ni la Casa de Dos Hermanas , ni el Cortijo de Salinas , como se enuncia en los Testamentos ya dichos ; pues afirma en este el dicho Martin Alfonso , los heredò libres , y quitos , como los manda à su hijo , y que los posseia como lo que comprò , sin otra qualidad , ni gravamen ; y así en esta especie es contrario este instrumento à los Testamentos , que se dicen de su Padre , y Madre .

321. El segundo , y que no dixa razon de dudar en la libertad de dichos bienes , y que no los posseia como de Mayorazgo hecho por sus Padres , resulta evidente de disponer de ellos como libres , mejorando à su hijo Alfonso Fernandez en ellos , y en quanto tuvieran cabimento en el testio , y remaniente del quinto de sus bienes , que no pudiera hazer si fueran vinculados , y de Mayorazgo , *vt manet supra fundatum* ; y caso que pudiera en al-

gun concepto discurrirse , que sus Padres lo gravaron , no quiso consentir dicho gravamen , el qual sin el consentimiento de el dicho Martin Alfonso (3) no pudo subsistir , y no aviendo otro acto , si no es esta declaracion testamentaria , constando de ella , que los heredo libres , y disponiendo de ellos como tales , ningun prudente arbitrio queda para imaginar quedaron vinculados por el primero Adelantado : esto en caso , que fuera estimable esta Escritura .

322. Pero resultando de su otorgamiento , que fue el dia 4. de Octubre , Era de 1368. que corresponde à el año de 1330. (y aunque en los Memoriales ay equivocacion , afirmando fue la Era 378. todavía corresponde à el año de 1340. ocho años antes de la promulgacion de la Pragmatica de Alcalà) (Mem.n. 181.) y que solo fue ante vn testigo , y el Escrivano , y que tiene la firma de el dicho Martin Alfonso otorgante , y la de el testigo , y Escrivano *todas originales* , es evidente , que ni por Derecho natural de las Gentes , ni por el Divino , ni por el Canonico tiene validacion , porque es notoria su nulidad , *ex cap. Cum effe 10. de testam.* y con exceso de razon por el Civil , y Leyes de Partida ; y por ser Protocolo , que estaba en poder de la Parte , como todo queda fundado *suprà ex num.*

SEGUNDO TESTAMENTO DE DICHO MARTIN

Alfonso. (3)

323. **D**E este Testamento
hubo dos en el pro-
cesso: el vno, Protocolo, ó Re-
gistro, por tener la firma de el
otorgante, y testigos originales:
el otro parecia traslado sacado de
pedimento de Nicolás Lopez,
criado de el dicho Martin Alfon-
so, por mandado de Lope Fer-
nandez de Valdetecha, Alcalde
que se dice era en Cordova, cuyo
traslado diò Fernan Alvarez, Es-
crivano de Cordova. El Regis-
tro, ó Protocolo à el parecer se
otorgó en el dia 13. de Febrero,
Era de 1387. que corresponde à
el año de 1349. y el traslado pa-
rece se diò en 10. de Julio de la
misma Era, y Año, como todo
consta (Mem. n. 192. & 193.) à
su otorgamiento asistieron qua-
tro Escrivanos por testigos, y el
que le otorgó.

324. Por las Clausulas,
que vienen insertas en dicha Exe-
cutoria, que à al parecer son las
de el traslado (porque no se in-
seraron, ni se haze mencion de
las del Protocolo) consta, que el
dicho Martin Alfonso (3) entra
en este segundo Testamento man-
dando à el dicho Alfonso Ferná-
dez su hijo (5) la Casa de Dosher-
manas, la de Montemayor, la
Torre que dizen de Lara, y Fre-
nil con todos sus Heredamien-
tos, segun los tenia dicho Testador,
excepto el Heredamiento de Sa-
linas, que dize no se lo manda,

ibi: Salvo el Heredamiento, que
dizen de las Salinas, que se lo non
mando, que quiero lo aya mi hijo
Lope Gutierrez. (6) Y prosigue
diziendo, que la Casa de Dosher-
manas con su Heredamiento, se
lo dà à el dicho Alfon Fernandez
(5) su hijo, segun lo avia heredado
de sus Padres, y la de Montema-
yor, y Torre de Lara, el Hereda-
miento de Frenil se lo dà como lo
avia, y hubo comprado; y prosigue,
ibi: Y esto le mando en razon de mi
tercio, que yo puedo mandar, è que
non parta con sus hermanos en los
otros bienes.

325. Ibi Por otras Clausu-
las manda otras Torres, y Heredamien-
tos à otros hijos, y la He-
redad de Salinas, con la Casa de
Duernas, à Lope Gutierrez; y
por Clausula separada manda, q
los demás bienes se partan igual-
mente entre sus hijos, y herede-
ros, excepto el dicho Alfonso Fer-
nandez (5) à quien le dexa man-
dando lo sobredicho (Memor. ex
n. 186. vsque ad 189.) Y por otra
Clausula dize, que todo lo que
manda à el dicho Alfonso Fer-
nandez (5) su hijo, se lo manda
de suerte, que no lo pueda ven-
der, ni empeniar, ni enagenar, si-
no es ibi: Que siempre finque à el
fijo mayor varon, è si lo non huvie-
re, finque à la fija mayor: Haze
otras substituciones, y manda,
que si los dichos bienes no cupie-
ren en su tercio, que se cumpla
de

de el remaniente del quinto. De cuya disposicion se advierten los reparos siguientes.

326. El primero, que dicho Martin Alfonso repite, que la Casa de Doshermanas, y la de Montemayor las dexa *según ellas tenían*, y aviendo afirmado en el primero Testamento, que poseia dichos bienes libres, y quitos, como los heredó de su Padre, ratifica esta libertad de dichos bienes en este segundo Testamento, y que no los vinculó su Padre, ó de lo contrario se diera notoria repugnancia entre estos dos Testamentos. Lo segundo, que dichos bienes los manda por mejora de tercio, y remanente de quinto, y en pago de las legítimas à el dicho Alfonso Fernández, mandándole no concorra con los demás hermanos en la partició de los demás sus bienes; de q se infiere claro, que en ellos se incluyeron las legítimas del dicho Alfonso Fernández, (5) y así no puede inducir reparo, el que hiziese mención distinta en la Cláusula de este segundo Testamento de la Casa de Doshermanas, matizando la heredad de sus Padres, y la de Montemayor, y demás bienes, como comprados; porque todos los dichos bienes *los comprende en la dicha mejora*, y prohibicion de entrar en la particion con los demás sus hermanos; cuya disposicion manifiesta claro la libre, que dicho Testador tenía en todos los dichos bienes.

327. Y lo dexa sin duda el aver mandado el Heredamiento de Salinas en este Testamento à Lope Gutierrez su tercero hijo, revocando la manda, que de él hizo en el primero Testamento à el dicho Alfonso Fernández (5) su hijo mayor; pues si estuviera en el concepto, de que lo avia vinculado su Padre, ó remotamente, lo huviera consentido, no pudiera separarlo de la Casa de Doshermanas, por resistirlo la naturaleza de los Mayorazgos esencialmente individua, *vt suprànam*, sin que obste la razon, que dà en la Cláusula, (Memor. n. 188.) ibi: *Otro si le mando mas* (habla con Lope Gutierrez su hijo) *la mi heredad, que dizen de Salinas, como de Doshermanas, por que mando à el dicho Alfonso Fernández (5) à Montemayor*. De que infiere la Parte de la Condessa fue permuta, y no libre disposicion, la que hizo dicho Testador.

328. Porque nada está notorio, como que el Posseedor del Mayorazgo no puede transigir, ni permutar los bienes sin Real Facultad, y por otros mas quantiosos. D. Molin. de Primog. lib. 4. cap. 9. num. 20. vbi Add. Mieres de Maiorat. 4. part. quest. 22. num. 5. Peregrin. de Fideicom. art. 52. num. 88. & 89. D. Castill. de Aliment. cap. 36. §. 2. num. 72. Valeron cum alijs, de Transact. tit. 4. quest. 2. ex num. 17. En este caso se ve, que dicho Testador sin otro arbitrio, ni facultad, que la libre, que tenía como diseño

de los dichos bienes , sin ley , ni gravamen , que se lo embarazase , dispuso de ellos dividiendolos à su voluntad : Luego es evidente no los vinculó el Padre , ó de lo contrario resultará contrariedad incomponible , no solo entre los Testamentos de Padre y hijo , (1. & 3) sino es dentro de los que se dicen otorgados por este Testador : indicio urgente de su suposicion , *ut manet fundatum.*

329. El tercero resulta de aver este Testador hecho en el primer Testamento , que se le atribuye , en el Vinculo que se dice fundó , vnos llamamientos de *calidad de varonia* , inductivos de *rígrosa agnacion* , entre los descendientes de sus hijos varones , *ut videre est in Clauſ.* (Memor. n. 178.) y en su defecto , y de sus descendientes varones , substituido su propia hija mayor : y en este segundo haze Mayorazgo sin duda regular , pues en defecto de el hijo mayor de Alfonso Fernandez , dà llamamiento à la hija mayor ; cuya contrariedad , y mutacion de voluntad arguye la vehemente presumpcion de suposicion , que resulta de no averse tenido noticia de semejante Testamento , ni deposicion , hasta que faltó la varonia en la linea de el Conde Don Francisco su ultimo Posseedor , por dos medios : El primero , por lo *inverosimil* , *ut cum Farinac. Genoa, Barbol.* & alijs tenet Pegas *Resolut. Forens.* tom. 2. cap. 19. num. 30.

El segundo , por tan

inveterada ocultacion , así de este , como de todos los demás , *ut ex Menoch. Surd. Farinac. Genoa, Cyriac. Pareja de Instrum. Edit.* tit. 7. resol. 2. num. 38. & tit. 8. resol. 3. num. 4. & alijs tenet ipse Pegas *vbi proxim. num. 42.* ibi: *Décima septima præsumptio oritur ex occultatione scripturæ.* De todo lo qual resulta quantos motivos concurren en lo dispositivo de este instrumento , que persuaden su contrariedad , inverosimilitud , y que se dispuso à el fin que resulta de Autos.

331. Y no solo tiene los referidos reparos , sino es que está plenamente probada en los Autos reproducidos de el Juicio de Tenuta su suposicion , así en el traslado , como en el original , por lo qual no merece fee , ni puede probar el Mayorazgo de Montemayor , à cuyo fin se terminó la presentacion de este instrumento en dicho Juicio de Tenuta , y se insiste oy en él para el mismo concepto este Juicio de Propriedad ; para lo qual

332. Es de suponer , que en la probanza , q en el dicho Juicio de Tenuta hizo D. Juan Fernández de Cordova (39) en la pregunta 24. (Mem. n. 528.) articuló : Que los Testamētos en este pleito presentados , q el uno sonaba averso otorgado en Cordova en el dia 4. de Octubre , Era de 1378. ante Simon Ruiz , Escrivano Publico de dicha Ciudad , y tenia una firma , q decia Martin Alfonso (que es el que empieza Mem. n. 177. y fe-

fenece Mem. n. 182.) y el otro que ionaba otorgado en 13. de Febrero, Era de 1387. ante Fernan Alvarez, Escrivano Publico de dicha Ciudad, y tenia otra firma, que dezian *Martin Alfonso* (de este Testamento ni ay Clausulas, ni està en el Memorial de este pleyto) y el otro, que parecia ser traslado, y estar sacado por Fernan Alvarez, y Pedro Ximenez, (que parece es el que principia, Mem. n. 186. y fenece n. 192.) estavan escritos todos, y cada uno de ellos de una letra, y las firmas eran de la misma letra, de manera, que no avia diferencia de la letra, y mano de ellas à la de toda la Escriptura debaxo de que se hallaban; y las letras de cada uno de los dichos Testamentos era muy diferente, y menos antigua de la que se usaba en aquellos tiempos, y el pergamino estaba bien tratado, y entero, que parecia no tenia, ni podia tener tanta antiguedad como ionaban las fechas.

333. Para la justificacion del hecho articulado en esta pregunta, se examinaron 4. testigos, dos Escritores de Privilegios, uno Iluminador, y el otro Escrivano; los quales, como resulta de sus de posiciones, para hazerlas tuvieron presentes, y con grande individualidad especularon el estado, calidad, letra, y postura de los pergaminos de dichos tres Testamentos, y contestes todos quatro por la grande experienzia, ciencia, y conocimiento, que tenian

de instrumentos antiguos, afirman, que los dos eran Registros, ó Protocolos, y cada uno de una mano, y letra; pero las firmas, que dezian *Martin Alfonso*, eran de la letra de cada Testamento, y de el que lo escrivio; que la letra, tinta, y pergamino eran mucho mas frescos, y modernos del tiempo en que ionaba su otorgamiento; que tenian algunos reneglos de distinta mano, y letra; y el Escrivano añade, que ni en instrumentos antiguos, ni modernos avia visto observar la forma, que avia en estos de poner Escrivanos por testigos, porque esto solo se practicaba en Sevilla; y que siempre el Protocolo con las firmas originales, quedaba en poder de los Escrivanos, entregando los trasladados solo con su signo, y firma; por lo qual con muchas especialidades, que individualizan: concluyen

334. Francisco del Campo, Escrivano, (Mem. n. 532.) ibi: Padecian toda excepcion de nullidad, y el testigo no los tenia dichos instrumentos por ciertos, ni verdaderos, y asi lo sabia, y tenia por cierto. Geronimo de Aragon, Escritor de Privilegios (Memor. n. 541.) ibi: Y le parecia à el testigo, y tenia por sin duda, que los unos, y otros instrumentos no podian ser de el tiempo que sonaban. Y Francisco de Bozo, asimismo Escritor de dichos Privilegios (Mem. n. 545.) ibi: Por lo que tenia por cierto, y sin duda eran falsos los Testamentos de la pregunta.

En

335. De que resulta, que en estos dos Testamentos, y el traslado, no se necesita ocurrir à indicios, ni conjeturas, para persuadir su suposicion; pues su reconocimiento la manifestò, à causa de que luego que se presentaron dichos instrumentos, no solo se redarguyeron de falsos, assi el traslado, como los Registros, à Protocolos, oponiendoles los mismos defectos, que se probaron con las deposiciones de dichos quattro testigos Peritos, intelligentes en el conocimiento de Privilegios, y instrumentos antiguos, aviendo afirmado contestes los vicios, y defectos, que reconocieron en ellos, porque los tenian por falsos, y supuestos, es preciso estar à su declaracion, ex leg. Semel 6. C. de re milit. cap. Significasti 18. de homicid. cap. Nec aliqua 27. qæst. 1. Gom. 2. Var. cap. 9. ex num. 5. Pat. Sanchez de Matrim. lib. 7. disp. 112. ex n. 1. D. Amaya cum plurim. in leg. 2. C. de iur. fisci, ex num. 13. Cyriac. controv. 507. ex n. 7. D. Salgad. de Reg. Protect. 4 p. cap. 10. n. 114. præcipue num. 149.

336. Sin que obste à lo referido la exclusion, con que la parte de la Condesa pretéde ener ya esta regla, suponiédo, qd dichos testigos no depusieron como Peritos por faltarles el nombramiento, y demás requisitos, que deben intervenir, para que surtieren efecto de Juezes, ut ducitur ex leg. 3. C. fin. Regund. & cap. Quia indicante 9. de Præscript.

Porque lo referido no es excepcion, que mira à la essencia de la declaracion, autoridad, y grande fee, que merecen los testigos por su pericia, y solo se termina à el modo de admitirlos, presentarlos, ó nombrarlos, vt videre est D. Amaya in dict. leg. 2. C. de Iur. Fisc. ex num. 17. donde afirma, que los Peritos, ó se nombran como tales, ó se presentan por testigos; pero de uno, ó otro modo no se les disminuye la fee, que es la razon de su deposicion, y pericia dà à su dicho; y siendo tan convincentes las que dichos quattro testigos dàn para el convencimiento de la nulidad, suposicion, y desprecio de dichos instrumentos; es evidente, que como testigos prueban plenamente, cap. Cum esses de Testam. L. Vbi numerus, ff. de Testib. cum alijs D. Amaya Vbi prox. dict. n. 17.

337: Y con especial razón siendo quattro contestes, y en materia de tan dificil prueba, como es de la suposicion, y falsoedad; para la qual, y su convencimiento bastan indicios, conjeturas, y presunciones, vt ex Menoch. Farinac. Agust. Barbos. Pereyra, Amato, Genoa, D. Larrea, alleg. 96. n. 2. & ex alijs rejet Pegas dict. cap. 19. num. 16. & 17. ibi: Tamen coniecluris, ac præsumptionibns probatnr, cum sit difficultis probationis. Especialmente en las causas civiles, como es esta, donde solo se trata de excluir la fee à el instrumento, en las quales solo la presuncion se tiene por falsoedad,

dad, cum Noguer, Pareja, Mascar. Menoch. & alijs idem Pegas vbi prox. num. 19. & 20. ibi: Maxime in civilibus in quibus sola præsumptio falsitatis pro probatione, & falsitate habetur, ut notant communiter DD.

338. Y la grande fee, que merecen dichos testigos, resulta, de que quantos motivos dàn para concluir su dictamen son indicios, que por derecho inducen la falsoedad como son: El primero, reconocer ser de vna mano, y letra las firmas de Martin Alfonso, y toda la Escritura, y assi el que la efectivò la firmò; por lo qual, y no aviendo sido el susodicho quien la firmò, es evidente la suposicion, pues de la firma del Testador, ò otorgante avia de tomar la validacion. L. Scripturas, C. qui potior. in pign. habeant. L. Contractus, C. de fide instrum. Pareja tit. t. resol. 3. n. 10. Dom. Valenç. Velazq. consil. 69. num. 199. El segundo, que teniendo el traslado dos renglones mas que el original, (vt constat Metr. n. 194. & 195.) es indicio vheamente de suposicion. Farin. de Falsit. quæst. 153. num. 121. cum sequent. Mascar. de Probat. conclus. 740. num. 41. Menoch. de Præsumpt. lib. 5. præsumpt. 10. num. 24. & de Arbitrar. cas. 187. n. 43. Barbos. vot. 68. n. 30.

339. El tercero, hallarse en pergamino reciente, y con le-

tra fresca escritos dichos instrumentos de tanta antiguedad, es conjetura de suposicion, y falsoedad, vt cum plurimi. tenet Pegas dict. cap. 19. nam. 48. El quarto resulta de el modo insolito, y contra el estilo, en que se hallaban dichos instrumentos, como afirma el Escrivano, que por su empleo debiò saber la forma, y modo con que se debian hacer, y sacar. Noguer. alleg. 26. num. 127. Mascar. conclus. 741. num. 38. Farin. quæst. 153. num. 159. cum alijs Pegas vbi prox. num. 61. De que se sigue, que siendo las razones, y fundamentos, que dieron dichos testigos, para conceptuar la suposicion, y falsoedad, que afirmaron padecian dichos instrumentos, y por què se movieron à hacer dicho dictamen, tan legitimas, y fundadas de derecho, no admite duda la fee que merecen, y la ninguna, que se debe dar à dichos instrumentos; y con especial razon para la prueba de Mayorazgo para que se presentan, pues debian ser legitimos; que hizieran fee, y libre de sospecha.

340. Esto, demas de observar à dichos instrumentos los defectos generales de estar redactados, no comprobados: ser Protocolos, y estar en poder de la Parte que los presentò; los cuales penitus les quitan la fee probatoria, ex dictis supra.

TESTAMENTO , Y CODICILLO DE MARTIN ALFONSO

de Montemayor. (7)

341. Este instrumento Testamento, que se dice ser de Martin Alfonso de Montemayor (7) suena otorgado en la Ciudad de Cordova en el dia 23. de Octubre del año passado de 1426. y el Codicilo en el dia 27. del mismo mes, (Mem. num. 207. & 212.) su disposicion nada especial previene mas de lo que queda expressado *supr. ex n.* pero su nulidad es notoria ; pues aunque tiene bastante numero de testigos , ni tiene firma de el otorgante , ni de testigo por él, cuyo defecto la influye , *ex leg. Contractus, de fid. instr. Matienç. in leg. 1. tit. 4. lib. 5. Gloss. 3. ex n. 7. cum alijs citatis suprà num.* y tiene el defecto de fee de el conocimiento del otorgante , contra la forma de la ley 54. tit. 18. p. 3. Faria ad Dom. Covarr. Prætic. cap. 20. num. 17. Ex D. Gregor. Lop. Azeved. Burg. de Paz , & Cur. Philip.

TESTAMENTO DE ALFONSO FERNANDEZ

de Montemayor. (11)

344. Este instrumento se dice es Testamento de Alfonso Fernandez de Montemayor , (11) suena otorgado en la Villa de Alcaudete el dia 11. del mes de Mayo de el año de 1459. en él haze mención , que Martin Alfonso de Montemayor (7) su Padre le mandó por su Testamé-

342. Con que concurren las conjeturas de falsoedad , que resultan de estar en pergamino de marca de papel ; siendo así, que en el tiempo que suena otorgado dicho Testamento, se escribían los instrumentos en pergamino à lo largo : cuyo modo insolito es presumpcion, que la induce, ex Mascard. Menoch. Noguer. & alijs Pegas, *vbi prox. dict. num. 61.*

343. Tiene assimismo la particularidad de firmar los testigos todas las hojas , de cuya insolita cautela simulatio , & falsitas arguitur Menoch.lib. 3. *præsump. 122. num. 37. Noguer. alleg. 10. num. 33. cum alijs Pegas vbi prox. dict. cap. 19. num. 40.* por lo qual, demás de los defectos generales, que le comprehenden , ni prueba , ni puede el assumpto , para que la parte de la Condesa ha repetido su presentación.

con-

contenidas en el Testamento de el dicho Adelantado Don Alfonso Fernandez su Abuelo , y en el de dicho Martin Alfonso su Padre.

345. Por lo qual en la misma forma los manda à su hijo Martin Alfonso de Montemayor , (14) agregando diferentes bienes , que tenia en el Termino de Montemayor , y Doshermanas , dize: (Mem. n. 228.) E mandoselos con tal condicion , è en tal manera , que sean ayuntados , y consolidados , è aplicados con la dicha Villa de Montemayor , è con sus Terminos , y jurisdiccion , è anden con ellos juntos en Mayorazgo , è à titulo de Mayorazgo , por ser como son los dichos Heredamientos en el dicho Termino de la dicha mi Villa de Montemayor , y cercanos à ella , y muy cumplidores , è convenientes para aumento , y acrecentamiento de los bienes de dicho Mayorazgo .

346. Assimismo le manda otros bienes , que eran en el Termino de Alcaudete , que heredò de su Padre , y comprò ; y dize: (Mem. n. 232.) E quiero , è mando , y es mi voluntad , que sean aplicados con la dicha Villa de Alcaudete , y sus Terminos por aumento del dicho Mayorazgo , y por ser como son muy utiles , y provechosos para el dicho Mayorazgo . Y despues por otra Cláusula , haciendo relacion de todos los bienes de que se compone dicho Mayorazgo , y los que avia mandado à dicho su hijo , como recopilando su disposicion , dize : (Mem. n. 234.)

347. Estas dichas Villas , è Castillos , è Casas , Heredamientos , Molinos , Olivares , Hizas , è bienes de suyo declarados , mando à el dicho Martin Alfonso de Montemayor mi fijo mayor legitimo en la manera , y con las condiciones , successiones , y substituciones , por Mayorazgo , è por titulo de Mayorazgo , y por la via , y forma , que los yo ove , è me los mando , è dexò los dichos bienes , Villas , y Castillos de dicho Mayorazgo el dicho Martin Alfonso de Montemayor mi señor , è Padre , y él los ovo , y heredò de Don Alfonso Fernandez de Montemayor (5) su Padre , y mi Abuelo , y con estas mismas calidades , y condiciones , y substituciones , quiero , y mando , y ordeno , y es mi voluntad , que sean los dichos Cortijos :::: è mando , que sean ayuntados , è aplicados , è los aplico à el dicho Mayorazgo , è juntos cõ él , è los aya el dicho Martin Alfonso de Montemayor mi fijo legitimo , y sus descendientes , è los otros successores en el otro Mayorazgo con él , y con aquellos cargos , y condiciones , sostituciones , y prohibiciones con que estan , y son en el dicho Mayorazgo las dichas Villas , y Castillos , y bienes de dicho Mayorazgo .

348. Y despues continua prohibiendo la enagenacion de todos los bienes , y mandando los gozassen el dicho Martin Alfonso su hijo por los dias de su vida , por su muerte le substituye à su hijo varon mayor legitimo , y en su defecto su hija mayor . De que resulta , que quando este Testamento

tamento por alguna razon pudiera estimarse dilposicion de dicho Alfonso de Montemayor (que no haze) los bienes que agregò por la calidad de la disposicion, no son separables de la Fundacion hecha por el segundo Adelantado (5) à quien los agregò como vnica legitima desta Casa.

349. Porque aviendo dicho Alfonso de Montemayor (11) mandado entrassen los bienes, que agregaba à dicho Mayorazgo con los vinculos, condiciones, y substituciones contenidas en el Mayorazgo fundado por su Abuelo, (5) y las contenidas en el Testamento de su Padre, constando, que este no hizo propria disposicion, como resulta de el Testamento, que se le attribuye (y dexamos fundado suprà) es evidente, que las condiciones, y substituciones, que mandò se observassen en los bienes q̄ agregò, (on las que resultan del Testamento de su Abuelo, (5) en cuya especie ninguno ha dudado, que el agregado sigue la naturaleza de el Mayorazgo principal. Roxas de Incomp. part. 4. cap. 5. num. 27. & 35. vbi Aquil. Dom. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 8. ex num. 35. vbi Add. Dom. Castill. Controv. lib. 3. cap. 10. ex num. 17. cum plurim. Pegas de Maiorat. tom. 1. cap. 3. ex num. 57. vsque ad 66.

350. Por ser per unione, & incorporationem, que es tanta su eficacia, que los bienes se confunden, y hazen vn cuerpo ad

instar metalli, quod infunditur in aurum, & argentum, & aqua, que infunditur in vinum. L. In rem 23. S. Item quæcumque, & ibi Gloss. verb. Materiam, & communiter DD. ff. de rei vindic. Nicol. Garc. de Benefic. tom. 2. part. 12. cap. 2. num. 14. Roxas de Incompat. vbi prox. num. 35. De forma, que no admiten separacion, vt & Bobad. & alijs notat idem Rox. num. 37. porque se juzga vna disposicion hecha en vn mismo instrumento. Rox. vbi prox. num. 35. & 36. cum plurim. Pegas de Maiorat. 1. part. cap. 3. num. 77. ibi: Aggregatio per incorporationem censeri debet tanquam vna met dispositio facta in vna Carta.

351. Que dicha agregacion sea per incorporationem con las Clausulas mas expressivas que puedan darle, resulta de dicho Testamento, (Mem. dict. num. 228.) ibi: E mandoselos con tal condicion, è en tal manera, que sean ayuntados, consolidados, y aplicados. Et num. 232. ibi: Es mi voluntad, que sean ayuntados, è aplicados con la dicha mi Villa de Alcaudete, è sus Terminos, por aumento de dicho Mayorazgo. Et n: 238. ibi: En la manera, y con las condiciones, y disposiciones, successiones, y substituciones por Mayorazgo, & per tot. Clausulam. Como poniendo exemplo de la union por incorporacion, assertit Pegas vbi proxime num. 78. ibi: Et aggregatio dicitur facta per verba y nimis, agregamos, aut per aiunctionem ad antiquem Maioratum.

Au.

Autotizádo lo referido con doctrina de los Add; ad D. Molin. lib. 1. cap. 8. num. 35. D. Castill. Garcia de Expens. & Burg. de Paz.

352. En cuyo caso, aunque el que agrega ponga condiciones, llamamientos, ó otra disposicion contraria à la naturaleza, calidades, y condiciones del Mayorazgo principal, à que hizo la agregacion, no se pueden dividir los bienes, ni practicar las condiciones contrarias, que puso el que agrego. Roxas dicit. cap. 5. ex num. 25. & 36. especialmente en el caso concreto de este Agregado; porque como se ve en dicho Testamento, hizo primero la agregacion, sujetando los bienes que incorporò, à las condiciones, y llamamientos del Mayorazgo antiguo, y despues passò à expressar los llamamientos de dicho antiguo Mayorazgo, no como disposicion propria, sino es como referente, y añadiò el llamamiento de hembra, contrario à la disposicion, esencia, y naturaleza del Mayorazgo antiguo, sin dirigirlo singularmente à los bienes de su agregacion, que ya avia surtido efecto ex mente, y por la voluntad de dicho Alfonso de Montemayor, sino es à el todo del Mayorazgo, y no teniendo facultad para lo referido; pues como Posseedor no pudo variar los llamamientos, y substituciones del primero Mayorazgo, ex leg. Cum Filius 28. ff. de misc. Testam. cap. 1. de succes. feud.

D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 8. num. 21. ubi Add. & cum Dom. Castill. Rox. Pegas, Luca, & Torre fundavimus suprà.

353. Se sigue por necesidad, que dichos bienes por la voluntad de este Testador no se pueden separar de dicho Mayorazgo antiguo à quien los agregò, y que dicho llamamiento de hembra, ó se debe rejecit, y desechar teniendole por no escrito, como contrario à los llamamientos del Mayorazgo à que se hizo la agregacion, ut suprà fundavimus, ó à lo menos suspender su efecto mientras huviere varones agnados, en quienes se verifica el concepto de los llamamientos del antiguo Mayorazgo, à que se hizo esta aggregation, como en terminos muy proprios de igual referencia, y disposicion, para reducir à concordia el relato, y referente trae Ludovic. Calanate, consil. 57. num. 71. ibi:

354. Maximè, quia licet dicamus principaliter fieri relationem ad vincula committatus Ripacurtiae pro solis masculis constituta, tamen non inconvenit masculis deficientibus, & sic deficiente relato in committatu Ripacurtiae fieri postea, & continuari relationem ad alia vincula in quibus post masculos substituuntur fœminæ vel in eodem, vel in diverso gradu. Nam facta relatione ad duas, vel plures dispositiones, quarum altera, masculos tantum admittit, altera masculos, & fœminas; interpretatio relationis est, ut prius locum habeat rela-

tis facta ad vincula masculorum, quibus extinctis, incipiat habere locum relatio ad aliam dispositionem admittentem etiam feminas, cessa-
nte iam eo tempore repugnantia tam vinculorum, quam concursus personarum diversae qualitatis. Funda esta concordia, y especial intel-
ligencia con muchas doctrinas, y razones, que la persuaden visto-
que in fin. consil. & conducun-
tur tradita à D. Larrea, alleg. 84.
ex n. 8. & alleg. 93. ex n. 5.

355. Sin que puedan ser de la especie de esta agregacion las doctrinas, que previenen se debe hazer division de los bienes del Agregado, y los de el Mayorazgo principal, gobernandose los unos por las calidades de su primera Fundacion, y los otros por las que dispuso el que hizo la agregacion, siendo contrarias, è incompatibles, ut tenet Rox. ubi prox. num. 30. & 39. D. Molin. & Add. Pegas de Maiorat. dict. cap. 3. ex num. 43. porque hablan en tan diversos terminos, como el ser la agregacion aquè principali-
ter, y las nuevas contrarias condicione reales terminadas à los bienes de la agregacion, en cuyo caso se tiene por Fundador, y la agregacion por Mayorazgo, separable, y divisible del principal; lo que no sucede en este caso, que los llamamientos no se termina-
ron à los bienes agregados, y la division, la resiste la voluntad de el que agregó.

356. Dexamos dicho, que este discurso era solo para en ca-

so, que pudiera estimarse este Testamento por legitimo, ó por otra razon apreciable; pero nos parece su nulidad notoria, à causa de no tener firma del otorgante, y ser traslado de traslado; pues el que se presentó en el Jui-
zio de Tenuta, le diò Miguel de Palacios, Escrivano de Camara, de el traslado que avia en el pley-
to seguido entre Fernan Perez de Montemayor, y Martin Alfon-
so, y Don Alonso Fernandez de Montemayor, como consta (Me-
mor. n. 246.) y el traslado que ha
dado oy Don Gabriel Milán de Henestrola, fue de otro traslado,
que presentó Martin Alfonso de Montemayor (14) en el pleyto,
que có el susodicho siguió Pedro de Montemayor su primo en el año de 1485. y así no aviendose sacado el traslado, que quedó en el pleyto del original, por man-
dado de los Señores de la Sala, y por el Escrivano originario de el pleyto, es evidente, que sin limi-
tacion, ni regla, que le dé auto-
ridad de original no prueba, por los dos referidos defectos, estan-
do como está redarguido de fal-
lo, ut suprà manet probatum n.

357. Y siendo preciso, que la parte de dicha Condesa para probar la multiplicidad de Mayorazgos, que afirma, y de que quiere se componga esta Ca-
sa de Montemayor, y Alcaudete, lo hiziera con instrumentos, y Fundaciones legitimas, legales, y libres de toda sospecha, ut tenet Bartol. in leg. i. §. Siquis in duabus,

ff. de honor. posseſ. secund. tabul.
ibi: Validissima eſt ratio, quia cum
testamentum debeat omni vitio ca-
rere, necesse eſt ut à Iudice inspiciat-
ur ipsum originale. O con trasla-
didos, que contuvieran legitima
autoridad para probar las dichas
Fundaciones, no aviendo preſen-
tado alguno, que merezca fee,
resiste ſu pretencion la ley de el
Reyno 1. tit. 7. lib. 5. Recop. ibi:
Siendo tales las dichas Escripturas
que hagan fee. Pegas cum plurim.
de Maiorat. tom. 1. cap. 6. ex n. 31.
cum ſequent.

358. Sin que pueda ſer

INSTANCIA, QUE EN DEFENSA DE ESTOS INSTRUMENTOS se haze por parte de la ſeñora Condeſa.

359. Por ultimo aſylo le ha
 ocurrido por la otra
 Parte à querer probar la verdad,
 y legalidad, que pretende tener
 dichos Instrumentos, y para ello
 se vale de las etiunciativas, y re-
 ferencias de otros diversos instru-
 métoſ, como ſon el Testamento
 de Fernan Alfonſo, (2) ascendiente
 de los Marqueſes de Priego, que
 ſuena otorgado en la Era de
 1382. en que refiere, que ſu Pa-
 dre Alonso Fernandez (1) le de-
 ſó el Castillo de Cañete con ſu
 Aldea, y otros bienes: Aſimismo
 de una Escriptura otorgada en
 Cordova el año de 1436. por Pe-
 dro Gonçalez de Morales, Al-
 cayde de el Castillo de Montilla,
 de recibo de diferentes papeles, y
 Privilegios, como eran la confor-
 macion, que el Concejo de Cor-

efugio à la otra Parte el afirma-
 re Rea, y Posſeſora; porque ſien-
 dolo en virtud de la Executoria
 de Tenuta, que obtuvo Doña
 Ana Monica, (41) no le adquie-
 te, ni la mas remota presump-
 cion, ni transfiere la obligacion
 de probar en esta parte ſolamen-
 te, porque ambos quedan obliga-
 dos, como ſi fuellſen Actores, y
 Reos, por propria singular na-
 tureza del Juicio de Tenuta, ex
 leg. 9. tit. 5. lib. 7. Recop. Domi-
 Paz de Tenut. cap. 69. ex num.
 12. *vt manet dictum supradictum ex*
num.

dova hizo à Alonso Fernandez
 (1) de el Castillo, y Aldea de Ca-
 ñete, y de la Dehesa de Galapa-
 gar, en virtud de Carta del Rey,
 dirigida à dicho Concejo à dicho
 fin; y un Testamento de dicho
 Alonso Fernandez (1) à el pare-
 cer otorgado en Castroleal, Era
 de 1363.

360. Otro Testamento
 otorgado por Gonçalo Fernández
 de Cordova Señor de Aguilar,
 (4) el dia 15. de Diciembre, Era
 de 1417. en que haze relacion de
 el Testamento de Fernando ſu
 Padre, y que de él huvo el Caſti-
 llo, y Aldea de Cañete, el qual lo
 huvo de ſu Abuelo con llama-
 mientos de Mayorazgo Regu-
 lar. Aſimismo ſe vale de la rela-
 cion de un Privilegio de el Señor
 Rey Don Enrique, expedido à

pedimento de el dicho Gonçalo Fernandez, por el qual le vincula, y haze Mayorazgo de las Villas de Aguilar, Monturque, Mótila, y otras muchas, entre las quales se comprehende el Castillo, y Lugar de Cañete, que avia heredado de Fernan Alfonso su Padre, (2) y de Alfonso Fernandez su Abuelo, (1) el qual le hizo en forma regular.

361. De la referencia, y relacion de estos instrumentos, afirma estar probado el Testamento, y disposicion de dicho primer Adelantado; pues demandando de susgetos tan immedios, y de tanta autoridad, no de otra forma lo afirmaran, si no fuera cierto, y con especialidad concurriendo con dicha referencia, la que resulta del encadenado orden de los mismos Testamentos.

362. Para probar la verdad, y legalidad de los Testamentos de Martin Alfonso, (3) ha presentado assimismo testimonio de el Testamento de Lope Gutiérrez, (6) otorgado en el año de 409. por el qual vincula la Torre de Duernas, el Cortijo de Salinas, y una Casa Tintoreria, que afirma heredó, y tuvo de su Padre Martin Alfonso (3.) Assimismo se vale de la nota del Inventario hecho por el Relator de los instrumentos, que contenía la Pieza 28. en la qual dice avia un Privilegio de el Señor Rey Don Alfonso, concedido a el dicho Martin Alfonso (3) en la Era de

1378. para que poblasse, y hiziese Castillo en su Heredamiento de Montemayor, por estar en Frontera, y poder hacer guerra a los Moros. Y de la referencia de estos instrumentos, y la de la Clausula del Testamento del segundo Adelantado, (5) infiere la justificacion, y legalidad de los Testamentos, que tiene presentados, y atribuye a dicho Martin Alfonso. (3)

363. Haciendo el mismo argumento por lo que mira a los Testamentos de Martin Alfonso de Montemayor, (7) y de Alfonso de Montemayor (11) con los testimonios, con insercion de dichos Testamentos, q ha presentado, sacados del pleyto, que en el año de 485. se siguió con Martin Alfonso, (14) sobre los Molinos del Moto, y Despenadero, afirmando, que en aquel pleyto se tuvieron por ciertos, y q siendo antes que se causasse la vacante sobre que se litiga, y que faltassen varones de la linea de la Condesa, no tuvo motivo para suponerlos. Fundando estos discursos en la sentencia que afirma, que en los hechos antiguos las enuociativas de los instrumentos, concurriendo con la verosimilitud, prueban plenamente, ex Bartol. in leg. Cum aliquis, C. de iur. deliber. cum Joan. Gutierrez. Nicola Garcia de Benef. August. Barbos. Menoch. Micres, & alijs Escobar de Purit. 1. part. quest. 15. §. 3. num. 17. & 30. ibi: Ex quibus omnibus primo manet cons-

titutum apud DD. communiter,
quod instrumentorum verba enun-
ciativa plenam, & absolutam in
antiquis efficiunt probationem. Y

sigue esta opinion por muchas
conclusiones Pegas de Maiorat.
tom. 2, cap. 9, ex num. 689. vsq[ue]
ad num. 706.

RESPUESTA EN EXCLUSIÓN DE ESTA

Instancia.

364. Si la defensa de esta Par-
te consistiera en un indi-
viduo fundamento, como lo fue-
ra afirmar no avian testado, si
muerto abintestato Alfonso Fer-
nandez, primer Adelantado, (1)
su dezimo Abuelo, y que el mis-
mo acaso sucedio a Martin Al-
fonso de Cordova su hijo, (3) y
afirmara, que Martin Alfonso,
(7) y Alfonso su hijo (11) tam-
poco testaron, corriera el argu-
mento conjeturado de tan ecor-
dinada referencia; pero como
quiera que no consista dicha de-
fensa en el referido supuesto, sino
es en el de negar sean los papeles
presentados por parte de la Con-
desa los Testamentos de los su-
sodichos, y afirmar, que estos co-
tienen los vicios, y defectos visi-
bles de nulidad, y suposicion,
que quedan probados; se sigue
por efcáz consiguiente, que la
dicha prueba conjeturada de que
testaron, en nada conduce a la
dificultad de este pleito.

365. La razón es eviden-
te; porque de todas las referen-
cias, y enunciativas, que la parte
de la Condesa induce de todos
los instrumentos, que ha presen-
tado para justificar la verdad, y
legalidad, que afirma tienen los

Testamentos, que dice Funda-
ciones, y presentó su tercera Abue-
la Doña Ana Monica, (41) y oy
ha repetido la dicha Condesa, so-
lo haze, y puede el sylogismo si-
guiente. Por el Testamento pre-
sentado por la Condesa resulta,
que Alfonso Fernandez primer
Adelantado (1) fundó dos Ma-
yorazgos Regulares en Fernández,
y Martin sus hijos, de los Casti-
llos de Doshermanas, y Catielos;
Es así, que de las enunciativas, y
diferencias de dichos instrumen-
tos resulta probado, que dicho
Alfonso Fernandez hizo dichas
Fundaciones por su Testamento:
Luego el testamento presentado
es el que otorgó, y baxo cuya dis-
posición murió el dicho Alfonso
Fernandez (1.)

366. Este argumento,
demás de faltar en las reglas de
la Logica; pues de dos premissas
particulares no se infiere bien co-
siguiente, tiene la especie de so-
phisma, que resulta de poner la
duda por supuesto; pues estando
negado, no el que testasse dicho
primer Adelantado, si el que el
presentado sea su Testamento, sin
probar la identidad del verdade-
ro, no puede sin supuesto incier-
to inferir dicho consiguiente.

aviso

Ce

Que

367. Que no pruebe la identidad de dicho Testamento, resulta con evidencia; porque aviendose redarguido de falso, affirmando no es Testamento de dicho primero Adelantado el presentado, y por esto negadole la autoridad, y identidad, ex Auth. de Tabell. §. Illud, & cap. Quoniam contra, de probat. cum D. Covarr. Azeved. & alijs Pareja, tit. 1. resolut. 3. §. 2. num. 33. & alij suprà citati, teniendo el Derecho preventos los tres medios de comprobarle, como son el cotejo con su Protocolo, la comparacion de firmas con otros instrumentos, y el de testigos, probando la legalidad de el. Escrivano ante quien suena otorgado, ex leg. 115. tit. 18. part. 3. ibi: Y probando alguna de estas razones, debe ser creida la carta en juicio; mas si alguna de ellas no pudiesse probar, no debe valer, ni ser creida en juicio. A ninguno de estos se ha ocurrido: Enego es cierto, que la negativa de dicha identidad existe, y los motivos; pues dichos indicios, conjecturas, y referencias podrán enunciar que testó, pero en ningún modo convenceet, y probar, que los Testamentos presentados los otorgasse quien asimila la Còdesa, porque pudieron ser otros; sin que la antigüedad les conceda la prueba de dicha identidad. Pareja de Instrum. Edit. tit. 1. resolut. 3. §. 2. num. 39. ibi:

368. Quod maximè procedere arbitramur in instrumentis productis, quæ solum antiquitate mutantur, & alijs adminiculis non

coadiuantur, cum certissimum sit in iure, quod data quantuncunque antiqua non probet instrumenti antiquitatem, cum possibili sit instrumenta confici, quæ antiqua videantur in data, cum tamen recenter scripta fuerint. Trobat. cum alijs, de effect. immemor. quest. 12. num. 127. & sequent. Ni menos la de legalidad, Trobat. vbi prox. n. 82. ibi: Antiquitatem non facere authenticum quod non est, nec appetet. 369. A que se llega, que tratando de probar con los Testamentos presentados la Fundacion, no de vn solo Mayorazgo, sino es de muchos, como quiere dicha Condela, y siendo de essencia desta justificacion la legitimidad de el instrumento, Pegas de Maiorat. cap 6. n. 190. versic. Quadragesima secunda, ibi: Aut colligitur ex verbis institutionis validæ, quia si fuerit nulla non potest ex illa probari bona esse Maioratus. Et cap. 1. n. 44. ibi: Sed etiam quia requiritur, quod legitimè fiat institutio, requisitis solemnitatibus àlege statatis, quia si defecerint institutio est nulla, & ex illa, bona non dicuntur esse Maioratus. Y lo previene assi nuestra ley del Reyno 1. tit. 7. lib. 5. Mandamos, que el Mayorazgo se pueda probar por la Escriptura de la institucion de él: feyendo tales dichas Escripturas, que hagan fee. Teniendo dichos Testamentos tantos defectos, y notorias nulidades (como quedan manifestadas) y que no pueden excluir dichas referencias, es evidente, que dichas enunciativas

tivas no conducen, ni pueden à la dificultad de este pleyto.

370. Ni menos pueden probar su tierra efecto en las Fundaciones de Mayorazgo, q se atribuyen à dicho primero Adelantado, (1) pues siempre, y en todo tiempo se tuvo por inapreciable papel susuesto, y sin autoridad, como resulta del testimonio presentado por esta Parte, y dado por Don Pedro Martinez de Sotomayor, de el pleyto que sobre la propiedad del Estado de Priego siguió Don Gomez de Figueroa, Duque de Feria, con Doña Cathalina Fernandez de Cordova su sobrina, Marquesa de Priego, (Mem. ex n. 1427.) donde aviendose presentado por dicha Marquesa dicho Testamento, pôr el dicho Duque se excluyó por los mismos defectos, que de su inspección resultan.

371. Y que no se obliterasse jamás, consta del Privilegio del Señor Rey Don Enrique, expedido en Cordova el dia 29. de Agosto, Era de 1415. à favor de Gonçalo Fernandez de Cordova, (4) presentado por la otra Parte, por el qual, y de su pedimento le funda Mayorazgo de todas sus Villas, y Lugares, y entre ellas asimismo dicho Señor Rey D. Enrique, que en la petición expresa dicho Gonçalo Fernandez, ibi: Mem. n. 1061. E de el su Castillo, è Lugar de Cañete, que él ha, è ovo heredado de Fernan Alfonso su Padre, (2) è de Alfonso Fernandez su Abuelo. (1) Sin hacer mención, ni

indicar remotamente fuese vinculado, y siendo dicha assertión del Principe, prueba plenamente, ex cap. Inter ceteras 9. de sent. & re iudic. L. 14. tit. 22. p. 3. Domíl Vela, dissert. 36. n. 22. cum plurimi Antun. de Donat. lib. 2. cap. 10. n. 40. & 41. y lo persuade, que si fuera dicho Castillo de Cañete de Mayorazgo, no pretendiera dicho Gonçalo Fernandez se repitiera segunda vez su Fundación, porque fuera acto inutil.

372. Y quando todo lo referido pueda tener alguna duda (que no alcançamos) y que en la Casa de Priego se ayan recibido dichos instrumentos con otra inspección (que se niega) en la Casa de Montemayor, y Alcaudete, jamás se han observado como Fundacion de su Mayorazgo; porque siempre se ha tenido por unica la de dicho segundo Adelantado, por legítima, y por cierta, dando ley à su successión por tantos siglos, como dexamos fundado; cuya costumbre, quando dichos papeles pudieran tenerse en alguna consideracion, les prescribió, y excluyó el efecto, que pudiera producir en otra constitución, y le obstante à la Parte de la Condesa la excepcion de cosa juzgada, para quanto intenta persuadir con ellos en este pleyto.



PUNTO II.

CONTIENE DOS PARTES.

QUE LA INSTITUCION, Y FUNDACION
del Adelantado Alfonso Fernandez de Montemayor (5) no
es regular, y si de rigorosa agnacion, y que como tal toca la
succession de él, à el Excmo. Señor Don Luis Fernandez
de Cordova, como varon agnado, octavo nieto
legitimo de dicho Fundador.

P A R T E I.

QUE NO ES REGULAR EL MAYORAZGO.

373. **E**L Mayorazgo Regular, como pocos ignoran, es aquél cuya disposicion se arregla, y conforma con las Reglas de Derecho establecidas para la succession del Reyno, sin oponerse en cosa alguna. Roxas de Incompat. 1. part. cap. 6. n. 2 r. Torre de Maiorat. 1. part. cap. 39. §. 13. num. 16. ibi: *Regularis est, quando Testator in nihilo se opposuit regulis datis ad succedendum; & non est saltuarius de una linea ad aliam, sed linealis, & descendibus.* Et cap. 40. n. 3. ibi: *Primogenitura est ea dispositio, que in nihilo se opponit regulis, seu normis datis ad succedendum in Reyno, praeципue Hispaniae, ad cuius formam, & tenorem, inita fuit in illa natione primogenitura, & postea introducta ad exemplum Hispaniae in Italia nostra, & alijs nationibus.* D. Vel. dissert. 49. n. 45.

374. De tal forma, que la succession debe discurrir, y differirse por la linea de substancia, en que naturalmente se incluyen los descendientes, ascendientes, y transversales, sin distincion de varones, y hembras, y con la prerrogativa de linea, grado, sexo, y edad, y tambien la representacion. Roxas dict. part. 1. cap. 6. num. 299. & seqq. ibi: *Ideo linea substantiae solummodo datur in Maiorature regulari, ubi voluntas institutoris non desiderat ullam qualitatem; immo regalis, seu dispositioni leg. 2. tit. 15. pars. 2. & leg. 40. & 45. Taur. conformare se voluit, ad hoc ut successio in primis per lineam substantiae deferasur.*

375. Siendo la razon, el que los Mayorazgos tuvieron principio en Espana, y se introdujeron à exemplo de el del Reyno.

Dom.

Dom. Molin. lib. 1. de Primogen. cap. 2. y el que el Mayorazgo de la Corona es regular iuxta leg. 2. tit. 15. part. 2. y siempre se ha sucedido en él por la linea de substancial, sin distincion de varones, y hembras, y con admision de vnos, y otros, y de la representacion en todos los descendientes de la linea derecha primo genita, prefiriendo solo los varones à las hembras de la misma linea, y grado, por lo qual para las Fundaciones de Mayorazgos Regulares nunca se ha practicado, ni ha debido practicar diversidad alguna de modos en los llamamientos, si solo la Clausula de que prefiera el mayor à el menor, y el varon à la hembra, quam pro formula Majoratus regularis trae Dom. Molin. lib. 2. cap. 17. vers. Primeramente.

376. De cuyos invariantes, y notorios principios qualquiera que vea las Clausulas de la Fundacion de el Adelantado Alfonso Fernandez de Montemayor, (5) facilmente conocerá que el Mayorazgo de ella no es Regular; pues en la primera, despues de fundar el Mayorazgo perpetuo, dice así: (Mem. n. 10.) Salvo, que siempre sea todo uno enteramente para él, è para su fijo mayor varon legitimo heredero, que de él naciere; è si el primero falleciere, que siempre finque à el otro su hermano mayor varon legitimo, así que siempre vaya de fijo en fijo mayor varon legitimo.

377. Y en la segunda

(Mem. n. 12.) dice así: È mando, que si el dicho Martin Alfonso mi fijo fincare sin fijo legitimo heredero, mando, que este Mayorazgo lo aya, è herede Fernando mi fijo sis hermano (8) con las mismas condiciones: è si el dicho Fernando mi fijo fincar e sin fijo legitimo heredero, que lo aya, è herede este Mayorazgo Diego mi fijo, (9) así que siempre sea de fijo en fijo varon legitimo. Sin que aya otra alguna, en lo que mira à llamamientos de este Mayorazgo, mas que las referidas.

378. Y en ellas claramente se ve, que se da prelacion à el hijo mayor varon legitimo de primero grado, que fuere heredero de el ultimo Posseedor, de cuya circunstancia se excluye la representacion; porque la qualidad de heredero no la puede adquirir el successor hasta que llegue la muerte del tal Posseedor, y por consiguiente si en su vida fallecio el hijo primogenito, murio sin la dicha qualidad, y aunque deixasse hijos no eran capaces de suceder, por no poder ser herederos, que hubiesesen nacido de el tal Posseedor; y fue lo mismo que decir, que sucediesse el hijo mayor varon legitimo, que quedasse vivo à el tiempo de la muerte del ultimo Posseedor.

379. Y aunque si por semejantes palabras se entienda, o no excluida la representacion, ha sido question muy tenida entre los Autores, especialmente en Mayorazgos fundados antes de

las Leyes de Toro (como el presente) defendiendo vnos la afirmativa, y otros la negativa, como se puede ver apud D. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 8. num. 19. à verific. Quinto, & ibi DD. Add. num. 20. Por lo que mira à este Mayorazgo, ya se determinò en el pleyto, que se feneциò en el Consejo en Sala de Mil y quinientas (de quo Mem. à n. 30.) como ya se notò *suprà* à n. 71. vsque 74. contra la representacion, y alli quedò executoriada su exclusion; y alsi en quanto à ella no puede oponerse la señora Coudesa, ni menos impugnar la cosa juzgada, que alsi lo resolvio, por ser como es el fundamento, derecho, y titulo en cuya virtud entrò, y se radicò la succession en su linea en cabeza de Martin Alfonso de Montemayor (14) su ascendiente, viznieto del Fundador, con exclusion de la linea de D. Alonso Fernandez de Montemayor (13) su hermano mayor, que era la primogenita de Don Alfonso Fernandez, (11) de tal forma, que si no huviera sido por la referida exclusion, huviera continuado la succession en la linea de el citado Don Alonso Fernandez, (13) y esta fuera la que huviera poseido. Mier. de Majorat. 4. p. quest. 14. u. 129. ibi:

380. Non auditur quis contra titulum, ex quo ipse ius habuit. Sabel. in Summa, tom. 4. lit. T. §. 12. num. 15. ibi: Tunc quæstionem refricare non potest ille, qui ius suum agnoscit ex eodem titulo.

Y de lo contrario se siguiera el aver de afirmar, que fue injusta la sentencia de Mil y quinientas; lo que no puede hacer la señora Condesa, ni otro alguno de su linea, aviendo sido à su favor, y aviendo poseido hasta aora en fuerça de ella. Mier. vbi proximè, ibi: Sed neque est omittendum, quod iam etiam vidi in præxi, quod obtinens sententiam pro se, non potest illi contravenire, nec allegare illius iniustitiam. Sperel. decis. 155. n. 31. Surd. decis. 108. num. 10. ibi: Et nemo potest allegare, quod sententia, quam obtinuit, sit iniusta, vel iniqua, Gloss. in leg. Stipulatio ista. §. 1. in verb. Successores, ff. de verb. obligat. Dynn. Barth. & alij in leg. Si servus pluriū in principio, vbi Alex. n. 2. concordantes allegat. ff. de leg. 1. Imo etiam is, qui obtinuit sententiam pro se, non potest dicere illam iniquam, etiam si postea successerit condénatō: & quod dicitur de iniquitate idem est in nullitate, ex eis in alijs Sabel. in Summa tom. 3. §. Nullitas, num. 19. ibi: Nullitas non potest allegari ab eo, qui fuit causa illius, neque ab eius successore, né ex proprio dolo commodum consequatur.

381. De lo qual se sigue en corroboracion de lo que se ha fundado en el primer Punto, que no puede valerse oy la señora Condesa de otras Fundaciones mas, que la referida del Adelantado, (5) porque no aviendolo avido en el ya repetidas veces mencionado pleyto de Mil y quinientas otro instrumento alguno, en

que

que se pudiesse fundar la exclusión de la representación, ni aun aviendolo oy entre tantos como por parte de la señora Condesa, y de Doña Ana Monica Pimentel su tercera Abuela se han procurado juntar, y aviendo comprendido la expressada exclusión de representación todos los bienes de el Estado, y sobre que oy se litiga, y siendo como es el instrumento de la Fundación de el Adelantado (5) individuo, todas las que despues se han presentado, y cuantas de aqui adelante se ideasse presentar, quedaron precisamente excluidas por la aprobacion de la de el Adelantado, (5) y mas no siendo compatibles con ella, y quedó la señora Condesa, y su linea sujeta forzadamente à la disposición de la Fundación de dicho Adelantado, ex traditis à Pateji de Edit. tit. 10. resolut. 2. num. 3. & Card. de Luca de Pensionit. discurs. 30. num. 8. ibi: *Et secundo, quia ubi possessor titulum exhibuit, ita & taliter quod exhibito importet restrictionem ad titulum meliorem: ita qualificasse dicitur suam possessionem, quæ ut pote restricta ad certam causam, SUBIECTA EST EIUSDEM CAUÆ INFECTIÖNE*, vnde resultat præcicorum dicti, quod sibi imputet, qui se proprio ligone percusit. Et num. 9. ibi: *Intrabat enim inevitabile dilemmia, aut actor volebat ut dicto instrumento, & illud non poterat dividere, aut nollebat ut, & remanebat possessionis probatione destitutus.*

382. Y la razon es clarísima; porque en el citado pleyo de Mil y quinientas, los ascendientes de la señora Condesa, que litigaron en él, no dieron, ni pudieron dar otra razó para excluir la linea primogenita de D. Alonso (13) mas que la exclusión de la representación, ni para apoyarla se valieron de otra Fundación, que la del Adelantado, (5) ni pudieran valerse; porque las que despues se han ideado Fundaciones, no excluyen la representación, y por el mismo hecho no solo aprobaron por verdadera, y vnica la Fundación de dicho Adelantado, (5) sino es que confessaron no aver otra, pues en otra forma no podian obtener, à lo menos en el todo de los bienes, y en los que comprendiesen las Fundaciones anteriores, de que agora se quiere valer la señora Condesa, y para obtener en todos, solo se valieron de la expressada Fundación del Adelantado, (5) y asi el valerse oy de otras, es ir contra su propio hecho, y es impugnar lo mismo, q en dicho pleyo se aprobó por Fundacion vnica, y lo mismo en q se fundó el todo del derecho, q necessitaron para obtener, contra la sentencia del Jurisconsulto in leg. Pomponius 9. ff. de neg. gest. ibi: *Quod reprobare non possit, semper probatum.*

383. Y es querer, que solo sea Fundacion vnica la de dicho Adelantado (5) para la linea de dicha señora Condesa, y que no sirva à los demás, que por otras

otras son descendientes de él, y querer para sí una Fundación, y para los demás otra, sin el reparo de que esto es una cosa iniqua, è injusta, óptimè, aunque a otro asumpto D. Larr. allegat. 109. num. 26. ibi: *Et idèo valde iniquum est, ut quod pro se obtinuit in altero oppido, nunc impugnet, & resistat contra verba Juris consul. in leg. Pomponius, ff. de neg. gest. ibi: Quia reprobare non possum, quod semel probò, & in oppido vicino contradicere, quod pro se oppidum petijt, & admissit.* Y si se le permitiera, nunca huiría Fundación fixa en este Mayorazgo; porque si oy saliese alguno de la linea de Don Alfonso Fernandez de Montemayor, (13) que perdió en el pleito de Mil y quinientas, pretendiendo los Mayorazgos, que se quieren atribuir a los de las (1) y (3) se le opusiera la cosa juzgada en el citado pleito de Mil y quinientas, y el que por ella era, y avia quedado por Fundación única la del Adelantado, (5) y si alguno de la linea de la señora Codela pretendiese el Mayorazgo en virtud de la exclusion de la representación contra algun nieto de la linea primogenita, porque huyesse muerto su Padre en vida del Abuelo, y antes de suceder, se le opusieran las otras, que se llaman Fundaciones, en que no se excluye la representación, y aunque apareciera alguna otra, si sucediese otro caso en que se necessitasse de ella.

384. Sin que à lo referido superarmbría aynil on sep
25130

do obste el que se quiera decir, como ya se ha alegado, que en el pleito de Mil y quinientas pudo obtener la linea de la Sra. Condesa, ó por razó de la controversia, y disputa antigua, que avia sobre la representación en términos de disposición de Derecho, y por averse estimado, y seguido la opinión de los que la excluían, y favorecían à el Tio, hijo segundo del ultimo Posseedor, contra el nieto su sobrino hijo del primo genito, que avia muerto antes de suceder, por no averse promulgado todavía la ley 40. de Toro, quando se fundó el Mayorazgo: ó por razon de la transacción celebrada en el año de 1494. entre Don Alonso, (18) y Don Alonso Fernandez de Cordova, (19) y por la Real aprobacion, que de ella huvo, (Mem. num. 27.) y averse estimado por subsistente, y valida.

385. Porque en quanto à la representación, siempre esta se practicó en España antes de la referida ley de Toro, y mucho antes de la Fundación de este Mayorazgo estaba establecida por la Ley de Partida 2. tit. 15. part. 2. en la sucesión del Reyno, cuya disposición se avia practicado en los Mayorazgos particulares, y no solo en los fundados despues, sino es tambien en fuerça de costumbre, en los que se avian fundado antes, como refiere, y afirma D. Molin. lib. 3. cap. 6. per tot. max. à n. 25. con muchos q̄ cita, & ibi DD. Add. num. 23. sentando,

do, que la ley de Toro no es correctoria de el derecho antiguo, ni inductiva de otro nuevo; y si declaratoria, y aprobatoria de la antigua comun practica, y obser- vancia, diciendo lo mismo de la de Partida dict. D. Molin. num. 26. y que antes de ella se practicaba lo mismo; y aunque es ver- dad, que los Abogados no obstante la dicha ley de Partida, y referida costumbre occasionaron muchos pleytos, y para extin- guirlos se establecio la dicha ley de Toro, Dom. Molin. dict. cap. 6. num. 27. & seqq. en las determi- naciones se atendia siempre à la practica, y costumbre, y à la dis- position de la citada ley de Parti- da, como sucedio en pleyto que hubo sobre Mayorazgo de la Ca- sa de Alcalà, en que fue consulta- do el célebre Jurisconsulto Paul. de Castro, y otros, como afirma Dñm. Molin. dict. cap. 6. num. 4. ibi: *Super quibus plura dubia in his Reznis exort a fuerunt, ut constat ex lite apud nostrates, ac exteris Jurisconsultos diutius, controversa super Primogenit illustris Viri Per- rafani de Ribera, de qua supra in praesatione meminimus num. 12. sa- per eius Primogenit successione om- nes scribentes, quos ibidem nuncu- patim citavimus, consulti fuerunt; ex quorum responsis constat, omnes respondisse in ea lite, nepotem Pas- triuo preferendum esse; idque Iudi- cum supremorum sententia com- probatum fuisse accepimus.*

386. Y en el Proemio num. 12. à que se remite, dice asik:

Id qui primus fecit Paul. Castr. qui super quodam Maioratu Hispanen sis cuiusdam illustris Viri Perafanè de Ribera consultus, eleganter res- pondit. Y aunque no dice el tiem- po en que se siguió dicho pleyto, es constante, que fue muchos años antes de el referido de Mil y quinientas, y aun de la muerte de Don Alonso Fernández, (11) que por su Testamento de el año de 1459. (Mem. n. 25.) declaró la sucesión de este Mayorazgo à favor de Don Martín (14) su hijo segundo contra su nieto (18) pues Paulo de Castro falleció el año de 1437. vt refert Author. de el Arte legal de Jurisprudencia, cap. 9. ad finem. donde hizo me- moria, ó Catalogo de los Escriptores del Derecho Civil, y entre ellos del citado Paulo de Castro.

387. Y así no pudo ser la exclusión de la representación en el mencionado pleyto de Mil y quinientas, por razón de la ex- pressada antigua controversia, ni porque los señores Juezes, que lo determinaron, huviesen seguido la opinion, que favorecía à el tio, y excluía la representación; y si solo porque conceptuaron, que la excluía la Fundación del Ade- lantado, (5) que tuvieron presen- te, y porque debieron atregiarse à su voluntad, segun la misma ley 40. Taur. y demás de Dere- cho Común relatas suprà n. 11.

388. Y lo segundo, por- que en el citado pleyto de Mil y quinientas no fundó el Autor de la señora Condesa la exclusión de

la representacion en la expresa-
da antigua disputa , y si en que la
contenia expressamente la Fun-
dacion de el Mayorazgo, (Mem.
n. 31. ad fin.) ibi: Porque aunque
fuese hijo primogenito del Possee-
 dor, avia muerto en vida de su Pa-
 dre, y segun las palabras de la Fun-
 dacion , para suceder en el dicho
 Mayorazgo, avia de ser hijo mayor
 heredero , y el hijo muerto , ni era
 hijo, ni heredero, y assi venia la Ca-
 sa à el hijo segundo su hermano.
 Con que precisamente atendio,
 y miro à esto la tentencia de Mil
 y quinientas; porque la sentencia
 siempre es conforme à el libelo,
 y probaciones hechas , y con-
 forme à la accion, y excepciones.
*Leg. 16. tit. 22. part. 3. Scacia de
 Sentent. cap. 1. Gloss. 14. quest. 16.
 Hermol. in leg. 8. Gloss. 1. n. 14.
 tit. 1. part. 5. Dom. Salg. de Pro-
 tect. part. 4. cap. 3. n. 197. & cap. 9.
 à n. 8. & part. 3. Labyr. cap. 1. à
 n. 30. & num. 52.*

389. Y esto mismo fue
la causa , y razon , que motivò la
declaracion de Alonso Fernandez, (11) que en su Testamento
hizo à favor de Martin Alonso su
hijo, (14) contra Alfonso de Mô-
temayor su nieto (18) (Mem. n.
241.) ibi: Y segun las Clausulas , è
reglas, è substituciones , y condicio-
nes, è disposiciones de los Privelejos
de dicho Mayorazgo , è de los Tes-
tamentos de el dicho D. Alfon Fernan-
dez de Montemayor , Adelantado Mayor de la Frontera , mi
Abuelo, è de el dicho Martin Alfon
de Montemayor mi Padre , el dicho

Mayorazgo perteneció, y pertenece
despues de los dias de mi vida à el
dicho Martin Alfon de Montema-
yor mi fijo mayor legitimo. En cu-
ya Clausula no expresò otras Fú-
daciones anteriores , siendo así,
que estando tan immediato à los
que se quiere hacer Fundadores,
no podia ignorarlas, si fuera cier-
to el que las avia , y que esta de-
claracion la hizo estando para
morir , tiempo en que no se pue-
de presumir , que quisiese quitar
à su nieto los Mayorazgos de el
primer Adelantado , y de Don
Martin (1) y (3) como realmente
le los quitaba , si fussen ciertas
las que se suponen Fundaciones
de los susodichos , con tanto per-
juicio , y gravamen de su concie-
cia , Giurb. ad consuetud. Mesan.
cap. 2. Gloss. 7. num. 2. ubi plurimos,
y mucho menos quando en lo
natural , y regular es tanto ma-
yor , y mas vehementemente el cariño
à los nietos, que à los hijos, quan-
to en aquellos le vè mas prolon-
gada la succession , mediante la
qual se consigue en algun modo
la perpetuidad, ò immortalidad.
Pulchriè , & eruditè , vt assolet
Ann. Robert. lib. 2. Rerum Iadic.
cap. 9. fol. 156. pag. 1. in fine, con-
ducit Robles de Represent. lib. 1.
cap. 7. num. 12. & bene lib. 3. cap.
cap. 7. num. 11. cum Surd. Casan.
& alijs.

390. Y esta declaracion
por las expressadas razones no
tiene duda, que quando huviesse
alguna en la referida Fundacion,
en orden à la dicha exclusion de

representacion, se debió atender, y atenderia mucho para la determinacion de el citado pleyto de Mil y quinientas, ex traditis à D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 8. num. 38. & ibi DD. Add. Torre de Maiorat. part. 1. cap. 39. §. 4. à n. 43. Aquil. ad Rox. de Incomp. part. 2. cap. 5. à n. 89.

391. Y aunque tambien en el citado pleyto de Mil y quinientas se alegó despues, (Mem. n. 40.) que desde que la Ciudad de Còrdova se recobró de los Moros, se avia tenido, y guardado la misma orden de successión, ni esto se justificó, ni pudo justificar, ni es compatible con suponer à el mismo tiempo primer Fundador à el Adelantado, (1) y así fue alegato meramente voluntario, y sin alguna reflexion; porque la Ciudad de Còrdova la restauró, como es notorio, el Santo Rey Don Fernando en el año de 1236. Marian. lib. 12. cap. 18. y el primer Testamento del Adelantado Alfonso Fernandez, (1) que se assigna por primera Fundacion, (Mem. à n. 147.) suena otorgado en la Era de 1355. que corresponde à el año de 1317. 81. despues de la Restauración de dicha Ciudad, y el referido primer Adelantado tampoco fue el primero de la Familia, que hizo assiento en ella, y en el mismo asiento Testamento se refiere, que algunos de los bienes avian sido del Padre de dicho primer Adelantado, el qual fue Fernan Nuñez de Temes, que vino à la Cò-

quista de dicha Ciudad en com-pañía de Alvar Perez de Castro su Tio, Adelantado Mayor de la Frontera, è hizo assiento en ella, Pat. Gandara Armas, y triumphos de Galicia, cap. 22. fol. 238. Calder. Excelencias de Santiago lib. 4. cap. 13. en la Casa de los Cordovas, fol. 331. Y en el mismo citado pri-mer Testamento (Mem. n. 150.) se dice, que à Cañete se lo diò à dicho primero Adelantado el Sr. Rey Don Sancho, que fue nieto de Sr. San Fernando; y antes se avia dicho tambien, que algunos de los bienes los avia comprado el primer Adelantado: con que mal pudo aver el mismo modo de succession de Mayorazgo en tiempo que no lo avia, ni aun se dice, que lo huviese avido, y mucho menos quando los mismos instrumentos presentados de con-trario lo estan contradiziendo, por lo que no pudo apreciarse dicho alegato.

392. Y por lo que mira à la Transaccion, y que por razon de ella, y de la Aprobacion Real, que tuvo, se huviese podido go-vernar la determinacion de Mil y quinientas, se desvanece de la lesion enormissima, que contuvo dicha Transaccion, ad latè tradi-ta per Valeron de Transact. tit. 6. quest. 2. per tot. ubi plurimos, y de que no pudo embarazar la Apro-bacion Real el dezir contra ella, y reclamarla, vt cù DD. Molin. Salgad. Castill. Larr. & plurimis alijs fundat el mismo Valer. tit. 4. quest. 2. à num. 28.

393. Y sin que à lo referido se oponga la providencia de los 4 y. ducados de renta , que en la sentencia de Mil y quinientas (Mem. n. 48.) se diò à favor de Don Alonso Fernandez de Montemayor, (30) condenando à D. Francisco Fernandez de Cordova , Conde de Alcaudete , (32) à el pago de de ellos, y à los demás sucesores en dicho Estado; porque ni esto pudo compensar el daño de la lesion , ni subsanar la nulidad de la Transaccion , ni era bastante para quitarle à el citado Don Alonso Fernandez de Montemayor (30) un Estado de tanta consideracion , si no se hubiese tenido por excluida la representacion , y así no pudo motivar la expresa providencia el derecho , que se le contempló à el D. Alonso , (30) y si solo la pudo motivar la equidad , y el superior arbitrio , que tiene un tan gran Tribunal como el Consejo , como en semejante caso , por defecto de fundamentos juridicos , lo dixo Card. de Luc. de Donat. discurs. 43. vers. Tertium, ibi: Credidimus , quod resolutio in puncto iuris verè non subsisteret , quodque potius ex quadam non scripta equitate prodierit , seu ex quadam arbitrio , quod egrediendo iuris cancellos solent iudices , & præsertim Magna Tribunalia , quandoque sihi assumere .

394. De todo lo qual resulta el ser constante , e indubitable , que en este Mayorazgo se excluye la representacion , y por

siguiente , que no es , ni puede ser regular , ni lo son sus llamamientos ; ni la successión de él debe correr por la linea de substancia , sino es por la de calidad , y por aquellas personas en quienes se hallare la apetecida por el Fundador , que son el hijo mayor varon de qualquiera Posseedor , que existiere à el tiempo de su fallecimiento , sea segundo , ó tercero , aunque tengan sobrinos del primogenito , sin atención à la linea , grado y sexo , y circunstancias , que dan prerrogativa en los Mayorazgos , porque solo militan , y tienen lugar en los que son Regulares , y quando no ay voluntad contraria del Fundador ; pero no es quando la ay , que entonces todas se sujetan , y rinden à ella por la facultad , que el Derecho les concede , para que puedan apartarse del orden regular , y disponer sus Mayorazgos como quisieren . Leg. Cum ita 32. §. In fideicommisso de leg. 2. ibi: Nisi specialiter defunditus ad ulteriores voluntatem suam extenderit . Authent. de nupt. §. Disponat , coll. 4. Leg. 2: C. de Sacrosanct. Eccles. D. Castill. lib. 5. cap. 92. à num. 4. & lib. 6: cap. 113. num. 7. Ros. consule. 69: num. 24. Pegas de Maiorat. tom. 2: cap. 17. num. 27. & seqq. leg. 40. Taur. que aviendo hablado de el Mayorazgo Regular , y que procede por las reglas ordinarias , y naturales de el Derecho , que han lugar en la linea de substancia , concluyó diciendo : Salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que

pri-

primero instituyo el Mayorazgo, que en tal caso mandamos, que se guarde la voluntad del que lo instituyó. Robles de Represent. lib. 3. cap. 13. num. 7. infin.

395. Con que si de nuestra Fundacion, demás de la irregularidad, que causa la exclusión de la representacion, se hallare la de la Agnacion, será indispensable el aver de estar à ella, y el ob-

servarla en cumplimiento de la voluntad; y así passamos à manifestar el que la contiene, y por consiguiente à probar la segunda Parte de este segundo Punto, que es, que el Mayorazgo es de rigorosa Agnacion, y que como tal toca la succession de él à esta Parte, como varón agnado descendiente legitimò deel Fundador.

PARTE II.

EN QVANTO A LA AGNACION.

396. Para esto debemos suponer, que la palabra Agnacion es Italiana, y que no se ha usado en estos Reynos hasta los tiempos modernos. Mier. de Maiorat. 2. part. quæst. 6. n. 424. ibi: *Cum in hoc Regno Castellæ non sit in vsu hoc verbum Agnatio, neque aliud propriè significans agnationem.* Dom. Add. ad D. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 23. verl. His verò, ibi: *Neque reperitur quisquam, qui Maioratum hoc modo instituat, volo in personam Titij agnationem meam conservari: hoc verbum Agnatio exterum est, apud Italos, non vero apud Hispanos visitatum.* Pegas de Maiorat. tom. 2. cap. 15. num. 1. ibi: *Agnationis verbum est Italianum, & incognitum olim fuit in hoc Lusitanæ Regno, & in Hispania, & paucis ab hinc annis visitatum fuit.* Como tambien, que la Agnacion en la matetia de que tratamos, es vn orden successivo de personas conjuntas, y empa-

sentadas entre sí por los varones, y sexo masculino. Torre de Maiorat. 1. part. cap. 38. num. 4. ibi: *Igitur agnatio nil aliud est, quam ordo successivus personarum, nobis per masculos coniunctarum.*

397. Y que las leyes llaman à los Agnados coniuncti ex parte Patris. Leg. Sunt autem 7. ff. de legit. Tutor. §. Sunt autem, Instit. de leg. agnat. succes. Leg. Jurisconsultus 10. §. 1. ff. de gradib. ibi: *Sed iij sunt, qui per patrem cognati ex eadem familia sunt, qui autem per foeminas coniunguntur, cognati tantum nominantur.* Leg. Sispurius 4. ff. unde cognat. Dom. Castill. lib. 2. cap. 4. num. 155. De Molin. lib. 3. cap. 5. num. 3. Rox. de Incompat. part. 1. cap. 6. n. 306. Torre de Maiorat. dict. cap. 38. num. 2.

398. Y que de esto resulta, que en España para conocer si el Mayorazgo es de Agnacion, solo se debe atender à el or-

den, y calidad de los llamamientos, y mirar que personas son las llamadas, y especialmente en Mayorazgos antiguos, qual es este. Dom. Add. ad D. Molin. dict. lib. 3. cap. 5. num. 18. vers. ultim. porque no se hazian, ni hazen con la exprecision de la palabra *Agnacion*, y no siendo la contemplacion de ella otra cosa, que una voluntad de que el Mayorazgo vaya à los descendientes, ó consanguineos por el sexo masculino, y no por el femenino. Torre de Maiorat. dict. cap. 38. num. 5. ibi: *Contemplatio agnationis in dispositionibus testamentium nil aliud est, quam voluntas, ut hereditas, fideicommissum, vel legatum perveniat ad illos dum taxat consanguineos, qui per viros nobis sunt cognati, non vero per sexum fæmineum.* Siempre que à la succession se llame à los tales, que tengan la referida cognacion, y parentesco por el sexo masculino, estarán llamados los agnados.

399. Y siempre que à estos se llame clara, y expresamente, serà Mayorazgo de Agnacion claro, y expresso, por no aver ley alguna antes de la Pragmatica del año de 615. que es la ley 13. tit. 7. lib. 5. Recop. que precise à que se ayan de llamar con la exprecision de Agnados, ni costumbre que lo acrédite; porque no sabiendo, ni entendiendo los mas de los Fundadores la significació de la palabra *Agnacion*, ni de la de Agnados, por ser jurídica, se han explicado, y expli-

can naturalmente, manifestando su concepto, y voluntad por los grados de la successión, y calidad de los llamados. Y así, siempre que la Agnacion se saque de la propiedad de los llamamientos, se deberá tener por expressa. Pegas de Maiorat. dict. cap. 15. à num. 30.

400. Y aun despues de la promulgacion de dicha Pragmatica, tampoco es menester la exprecision de la Agnacion, porque sin ella siempre que conste estar expresamente llamados los Agnados con palabras, que claramente lo manifiesten, serà el Mayorazgo de Agnacion, como se prueba de la doctrina de Roxas, y reglas que para ello dió, dict. cap. 6. & num. 305. que elcivió despues de dicha Pragmatica, y arreglándose à ella, y de los ejemplos, que para ello puso, ibi: *Linea vera, & absoluta agnationis est, quando institutor expresse, ac verbis claris agnatos invitat ad successionem, veluti: Succeda en este Mayorazgo varon de varon. Vel ita sic: Succedan varones, no succedan hembras, ni los varones de ellas. Vel sic: Succedan siempre varones descendientes por linea masculina.* Siendo la razon, el que los asi llamados son precisamente Agnados, aunque no se les dà este nombre.

401. Supuesto lo antecedente, se haze preciso el bolíver à las Clausulas, para sacar de ellas la especie de este Mayorazgo: y la primera (Mem. n. 10.)

des-

despues de establecer el Mayorazgo, ibi : *Esto todo le mando en Mayorazgo.* Dize assi : *Salvo que siempre sea todo uno enteramente para él* (habla de Martin Alfonso su hijo mayor, en cuya cabeza funda) *è para su hijo mayor varon legitimo heredero, que de él naciere.* En esta Cláusula es claro, y sin la mas leve duda, que están comprendidos todos los hijos varones mayores descendientes de el primer llamado, y que en la substitucion, que à este hizo, están comprendidas todas las siguientes perpetuamente; así por la naturaleza, y propiedad de los Mayorazgos, ex traditis à D. Molin. lib. i. cap. 6. num. 28. & seqq. & ibi Dom. Add. & Dom. Castill. tom. 6. cap. 143. num. 42. como por la palabra, y diccion siempre, que dice perpetuidad, y comprende todos los casos, y tiempos, ut ex plur. iur. & A.A. tenet Barbol. de Dict. dict. 36 i. à num. 1. y haze regla general, Dom. Molin. dict. lib. 3. cap. 5. num. 62. Rosa, consult. 69. n. 78. Carol. de Luc. de Linea legal. lib. i. artic. 12. à num. 27. y no es capaz de verificarse en uno solo, ni solamente en el primer grado de substitucion; y por consiguiente es indispensable el que comprenda todas las demás, y esta inteligencia, demás de ser regla, y principio, está ejecutoriada por la sentencia de Mil y quinientas en la exclusion de la representacion, que queda fundado, se contempló en el de la (18) pues era ter-

cero nieto de el Fundador, y no hubo en que fundar dicha exclusion, mas que la Cláusula, y palabras de la primera substitucion.

402. Las palabras, y Cláusula que se siguen, dizen assi. *E si el primero falleciere, que siempre finque à el otro su hermano mayor varon legitimo.* Y estas son continuativas, expositivas, y declarativas de las antecedentes puestas en la primera substitucion, para que mejor se entendiese lo que avia comprendido, y querido el Fundador en ella, declarando, que muriendo el primogenito, ó hijo mayor del primer llamado, avia de suceder el otro su hermano mayor varon de los que contieneplò podia tener el primer llamado, para que no se entendiese, que avia de suceder el hijo, que deixasse el hijo mayor primogenito de el primer llamado, que premuriesse à su Padre, y para que se supiese, que quedaba excluido el sobrino por el tio, y establecidà la exclusion de la representacion en la Cláusula antecedente; porque en la palabra *hermano*, ó *hermanos*, regularmente, y segun su propiedad no se comprenden los sobrinos, hijos de los hermanos difuntos. Dom. Castill. Controv. tom. 6. cap. 167. à num. 8. vsque 15. Torre de Maiorat. 1. part. cap. 7. n. 15. & part. 2. quæst. 45. n. 25. Fussar. cons. 39. num. 16. especialmente si está llamado el tal hermano co alguna calidad, demonstración, ó circunstancia, que no conven-

go à el sobrino , como en el caso
presente, en que à la palabra her-
mano se le añadieron las de ma-
yor, y otro. *Surd. tom. 3. conf. 403.*
à num. 18. & num. 24. *Torre de*
Maiorat. 1. part. cap. 11. n. 19. ibi:

403. *Sicuti appellatione*
fratris non venit nepos ex fratre,
& propterea vocato filio nato ma-
iori, verificatur vocatio potius in
filio secundogenito, & maiori natu,
quam in nepote :: ubi quod nepos
non venit appellatione filij, quando
disponens de filio mentionem fecit,
non simpliciter, sed cum aliqua alia
qualitate, quæ non convenit nepoti,
vnde dum qualitas maioris natu,
non verificatur in nepote, non dici-
tur habere Testatoris voluntatem,
& venit excludendus. Fussat. dict.
conf. 39. num. 17. ibi: Quod maxi-
mè procedit in casu nostro, cum
sit, decedente Alberto sine filijs, vo-
catus maior alter frater, quæ dic-
tio, alter, non admittit, nisi perso-
nam eiusdem qualitatis, quæ erat
persona, de qua est facta mentio.
Siendo la razon, el que la palabra
otro , denota semejança , y es re-
lativa , y repetitiva de lo seme-
jante , y requiere la misma qua-
lidad , que en lo antecedente,
ex plur. iur. & AA. por toda vna
columna. Barbola de Dictionib.
dict. 26. y en la palabra siempre,
por su propiedad explicò, el que
esta disposicion avia de ser per-
petua, y en todos los casos, y subs-
tituciones, conforme à las pala-
bras de la primera.

404. Y las palabras si-
guientes , y con que finalizan las

Clausulas del primer llamamien-
to, dizen así: *Assi que siempre va-*
ya de hijo en hijo mayor varon legi-
timo, las quales son assimismo de-
clarativas , y explicativas de las
Clausulas antecedentes; porque
las dicciones assi, que iuxta Ne-
brix. in Dictionar. Castell. liter. A.
& litera Q. corresponden en la-
ción à ita quod, velita ut, que son
expositivas , y declarativas de la
disposicion antecedente. Barbos.
de Diction. dict. 182. num. 5. ibi:
Semper tamen certum est, quod de-
clarat mentem Testatoris, & re-
gulat præcedentem dispositionem.
Et num. 7. ibi : *Regulariter hæc*
dictio profertur ad declarandum
præcedentia, & dict. 184. Marta
de Claus. part. 1. claus. 64. Surd.
conf. 315. à num. 28. ex leg. Lu-
cious, §. Qui habebat, ff. ad Treb.
& ex leg. Gallus, §. Idem creden-
dum in fin, ff. de liber. & posth. Y
la palabra siempre dice perpetui-
dad, como queda probado , y en
todas ellas formò , y estableciò
vna regla general, y explicò, que
la succession que dexaba dispues-
ta , queria que fuese siempre de
vn hijo varó en otro hijo varon,
que naciesse de el antecedente, y
el mayor que quedasse à el tiem-
po de su fin , y muerte , sacando
esta regla por ilacion de lo que
dexaba dispuesto en las Clausulas
antecedentes , que el que la haga
la palabra siempre , es certissimo,
ut ex D. Molin. dict. lib. 3. cap. 5.
num. 62. & latè Rosa, cum plurim.
dict. consult. 69. à n. 73. usque 84.
fundavimus supra; especialmente
estan-

estando, como està à el fin de el llamamiento, y en Clausula separada, ut ex Peregr. de Fideicom. art. 16. à num. 102. & alijs tener Casanat. conf. 47. à num. 76. & alijs apud Rosa, vbi proximè, novissimè Rota, apud Card. de Luca in decis. Mantif. tom. 10. de Fideicom. decis. 17. num. 9. ibi: *Quoniam cum prædicta declaratio fuerit emissâ per caput separatum de per se, & per modum regulæ, & in sua oratione perfecta.*

405. Y así esta Clausula, ó ya referida à Martin Alfonso primero llamado, ó ya à su hijo de primero grado, ó ya à los de los siguientes, y à cada uno de ellos, dize precisamente una immediata succession, y que ha de correr esta de un hijo varón en otro varón hijo de este perpetuamente, y entendidas así las de el primer llamamiento, que van expressadas, como es preciso, por lo claro, y literal de ellas, que sin violencia no admite otra alguna explicacion; se sigue, que este Mayorazgo es formalmente de pura, y rigorosa, y expressa Agnacion.

406. Lo que se manifiesta con evidencia, de que el querer que à Martin primero llamado, le sucediese el hijo mayor varón, que de él naciesse, y que quedasse à tiempo de su fallecimiento, y que à este le sucediese otro hijo varón, que huviese nacido de él, y así de los demás perpetuamente, como se ha fundado, fue lo mismo que dezir,

succediese siempre varón de varón, porque las palabras de qué vía importan lo mismo; pues el primer substituido ha de ser hijo inmediato del primer llamado, y cada uno de los siguientes respecto del antecesor, y esto dice precisamente varón de varón, pues las palabras se deben entender sin cabilacion, y en su común sentido, y natural significado. Leg. Liberorum 52. §. 4. ff. de legat. 3. Leg. 18. §. 3. ff. de instruct. vel instrum. legat. vers. Optimum. Y à las de dicha Clausula no puede darseles otro; de que se sigue, que siendo el Mayorazgo en que están llamados los varones de ^{de Varones} expressa, y rigorosa Agnacion, como por regla lo sentó Roxas de Incompat. part. 1. cap. 6. num. 306; y que ninguno hasta ora ha contradicho; es preciso confessar, que este Mayorazgo es formalmente de expressa, pura, y rigorosa Agnacion, de la misma forma, que si el Fundador huviera dicho expressamente, que queria fuese de Agnacion rigorosa, y con estas mismas palabras.

407. Porque equivalen à ellas las de que vso, y explican lo mismo, que es à lo que se debe atender; pues las palabras solo sirven de dar à entender la voluntad. Leg. Labeo, §. Idem Tiberio, ff. de supelect. legat. ex ea, & alijs Barbos. cù plur. axiom. 222. num. 2. y así siempre que de ellas se manifieste la voluntad, y concepto de la disposicion, importa poco que sean estas, ó otras las

vozes de que vſa el que dispone.
408. Corroborase lo anterior, de que la razon formal, y genuina, porque la Clausula succeda varon de varon, dice concepto expresso, y formal de Agnacion, es el que la diccion, y palabra de, que en latin corresponde à ex, demuestra la causa inmediata de donde ha de provenir el varon, que ha de suceder. Peregr. de Fideicomm. artic. 26. num. 4. ibi: *Isteæ dictiones, de linea, vel ex linea masculina, important, ut masculus sit de substantia, & de materia masculorum, ita ut immediatè ab eis proveniat, nam dictiones istæ non remotam, sed immediatam designant causam.* Menoch. conf. 124. num. 99. ibi: *Quæ sane dictiones, de, & ex causam immediatam significant.* Leg. Eo tempore, ff. de pecul. Leg. Non dubium, C. de legib. D. Castill. lib. 4. Controv. cap. 31. num. 45. Barbol. de Dictionib. dict. 76. num. 2. & dict. 115. num. 1. & 6. ubi plur. iut. & AA. Altograd. conf. 68. num. 10. & 23. lib. 1. Sabel. in Summ. tom. 1. lit. D. §. 18. n. 26. ymita à el termino à quo, que es de quien se deriva la succession, y à el termino ad quem, que es à quien debe passar, y como uno, y otro son varones, y ambos son Agnados, de ello se sigue ser Mayorazgo de Agnation, por los dos extremos, que junta la diccion, y palabra de.

409. Es así, que en esta Fundacion lo dice, y expresa el Fundador con mucha mas claridad;

dad; pues dixo, que el varon que avia de suceder, avia de nacer de el mismo à quien se sucedia, ibi: *Y para su hijo mayor varon legitimo heredero, que de él naciere.* Y lo mismo en todas las demás substituciones, por lo que queda suadado, y demás de ello; porque la primera dà regla à todas las otras. D. Molin. lib. 1. cap. 6. num. 25. Pegas de Maior. cap. 12. num. 67. Torre de Maior. 1. part. cap. 37. num. 344. & part. 3. decis. 1. num. 12. & decis. 14. n. 8. Luego este Mayorazgo no es durable, que es formaliter de expressa, y rigorosa Agnacion, mucho mas claramente, que si en él se hallasse la Clausula, succeda varon de varon. A que se llega, que el Roxas dict. num. 306. à quien siguen Pegas de Maiorat. cap. 15. num. 64. y los demás, que despues han escrito, solo puso las referidas Clauses por exemplo, que esto disen las palabras *veluti*, *vel sic*, y así no excluyó otras, que expliquen lo mismo, con la misma, ó mayor claridad, como sucede en el caso presente.

410. Y se manifiesta así mismo, de que aviando en la referida ultima Clausula declarado, que la succession avia de ir siempre de fijo en fijo varon mayor legitimo, fue lo mismo que si dijera, succedan siempre varones descendientes por linea masculina, que es el ultimo exemplo, y regla que puso el Roxas dict. part. 1. cap. 6. n. 306. porque siéndole dicha Clausula, y palabras de ella, declarati-

vas , y explicativas de las antecedentes , y aviendo en las anteriores dispuesto , que sucediese el hijo mayor varon , que naciesse del p.iamer llamado , y à este hijo sucediese el hijo mayor varon , que de él naciesse , y así en todos los demás , todos los llamados es preciso que sean descendientes por linea masculina , y porque el aver de ir la succession siempre de vn hijo varon en otro hijo varon , es dezir , que sea por linea masculina , y así lo entendió el mismo Roxas *dicit. cap. 6. n. 312.* donde tratando de la Agnacion artificiosa , ó ficta , que le suscita , ó establece por defecto de los Agnados verdaderos , en los varones de las hembras (que no tiene duda se govierna por las mismas reglas , que la verdadera , y rigorosa Carol. de Luca de Lin. legal. art. 10. num. 24. Rox. 1. p. cap. 6. num. 310. Peg. cap. 14. num. 3.) dixo , que era Mayorazgo de Agnacion , quando se ordenaba , que se sucediese de varon en varon , ibi : *Ab hinc , sum semper & constanter in sententia , quod nisi expressis verbis dictum sit , succedant DE MASCULO IN MASCULUM ex femina , non datur , neque admitti unquam debet agnatio fictitia ; V.g. nisi dicat institutor : Succedan en este Mayorazgo los hijos , y descendientes de tal , ó de tales hembras por via de Agnacion , ó varonia . O succedan los hijos , y descendientes varones de tal , ó tales hembras , DE VARON EN VARON.*

411. Y lo mismo entendió Pegas de Maiorat *dicit. cap. 14. num. 3. & 5.* tratando assimismo de la Agnacion artificiosa , y poniendo reglas , y ejemplos para conocerla , ibi : *Verba ex quibus formatur haec agnatio sunt : Succeda varon de hembra , y alguna vez hembra , y despues de ella sus hijos , y descendientes varones DE VARON EN VARON.* Et num. 5. ibi : *Succeda su hijo , y despues de él venga á sus descendientes varones , y DE VARON EN VARON SIE MPRE CONTINVADAMENTE.* De forma , que el mismo concepto de Agnacion se saca en el sentir de estos Autores de la Clausula *succedan varones de varon en varon* , que de la Clausula *succedan varones descendientes por la linea masculina* , y son identicas , y significan una misma cosa : Con que si atendemos á la ultima Clausula de las de el llamamiento de Martin Alfonso , primero llamado , y de su linea , en que se hallan ambos Litigantes , tenemos el ejemplo , y regla ultima de los tres , que pusieron el Roxas , y el Pegas literal , y expresa ; y si atendemos á las antecedentes , asistire á esta Parte la regla del primer exemplo , sino por literales palabras , con otras mas efficaces , y proprias , quales son las de *su hijo mayor varon legitimo heredero* , que de él naciere , que non illativa , sino clara , y directamente explican la causa immediata . De que resulta , si no nos engaña nuestro corto entender ,

el que no puede aver duda en ser este Mayorazgo formaliter de expressa, y rigorosa Agnacion.

412. Pero quando pudiera tener alguna, que no se alcança, no la puede aver en que para que vn Mayorazgo se juzgue de Agnacion, no es menester que la razon, o consideracion de ella se halle expressa, porque basta la subintelecta, y que se induzga por las conjecturas, que califica el Derecho, las quales obraran lo mismo, que si se expriessara la Agnacion con las proprias voces significativas de ella. D. Molin. lib.3. cap.4. à num. 38. & cap.5. num.3. & 5. & ibi DD.

Add. cap. 5. num. 1. Dotn. Larr. decis. 53. à num. 9. D. Castill. Contrav. lib.5. cap. 92. & lib.2. cap. 4. Rosa, consult. 69. num. 53. & 159. ex eis, & alijs Torre de Maiorat. 1. part. cap. 25. num. 105. Pegas de Maiorat. dict. cap. 15. à n. 30. sin que aya alguno, que defienda lo contrario en Mayorazgos anteriores de la citada Pragmatica de el año de 615. Es así, que en esta Fundacion ay muchas, y muy urgentes, que persuaden la Agnacion, como se manifestará de las que se expressarán: Luego este Mayorazgo se debe tener, por de agnaticia qualidad.

CONJECTURA I.

EL LLAMAMIENTO ABSOLVTO, Y REPETIDO
de Varones sin hazer mención de las hembras.

413. El primer llamamiento, como queda sentido, es el de Martín Alfonso, (7) hijo mayor del Fundador, y a este se le substituyó a su hijo mayor varón legítimo heredero, que de él naciese, y si falleciese el primero se dispuso, que sucediese el otro su hermano mayor varón legítimo, con las dicciones de siempre o concluyendo, con que siempre fuese la sucesión de hijo en hijo mayor varón legítimo, en cuyas Cláusulas se comprendió, como queda fundado, toda la descendencia de varones del exprestado Martín Alfonso primero llamado. Y el se-

gundo es de Fernando Alfonso, (8) secundogenito de el Fundador, en defecto de los varones descendientes de Martín primero llamado, y este se hizo con las mismas condiciones, que el primero. Y el tercero fue de Diego Alfonso de Montemayor, (9) hijo tercero del Fundador, en defecto de hijos del segundo, con la Cláusula de *ansí que siempre sea de fijo en fijo varon legítimo*.

414. Y aunque el Fundador tenía cinco hijas legítimas, que son las de (10) no hizo mención alguna de ellas en toda la serie de este Mayorazgo (aunque si la hizo para otras cosas en el mis-

mismo Testamento de esta Fundacion, como se dirà despues) con que claramente se ve, que todos los llamamientos desde el primero à el ultimo, fueron absolutamente de varones, y muy repetidos, sin mezcla alguna de las hembras, y esto contiene una implicita exclusion de ellas, y de ello resulta precisamente contemplada la Agnacion, y una very gentil-sima conjectura de ella, por no poder darse verosimilmente otra razon alguna mas, que la de quererla conservar el Fundador, y esta conjectura le prueba ex plur. Iur. maximè ex leg. i. C. ad leg. Julianam de adult. ibi: Quæ cum masculis iure mariti facultatem accusandi detulisset, non idem fœminis privilegium detulit. Leg. Quæ situm, §. Sed Papinianus, ff. de fund. instruct. Leg. Spadonem, §. Libertis, ff. de excus. Tutor. L. Cum ita; §. i. ff. de condit. & demonst. ibi: Quæ enim Titio nubere iubetur, ceteris omnibus nubere prohibetur.

415. Et ex eis, &c alijs constantemente la defienden D. Greg. Lop. in leg. 3. tit. 13. part. 6. verb. Mugeres. D. Castill. lib. 2. cap. 4. à num. 78. & lib. 5. cap. 129. Torte de Maiorat. 1. part. cap. 25. num. 137. Rosa consult. 69. n. 161. Barbos. vot. 7. & vot. 70. Pegas de Maiorat. dict. cap. 15. num. 65. que refieren otros muchos; y aunque ha avido algunos, que no han tenido por muy precisa esta conjectura para la Agnacion, por querer que la continuada vocacion de varones pueda compre-

hender los varones descendientes de hembras, y por consiguiente, que solo sea induciva de Mayorazgo de simple masculinidad, demas de que por ello no niegan la exclusion de las hembras, y antes si la confiesan, que es lo que bastaria para obtener esta Parte, por litigar con hembra, y no aver avido cognado varon, que à el tiempo de la vacante pudesse pretender, la comun, y mas seguida opinion, y de mejores fundamentos ha sido la contraria, y la apoyan como tal, vltra de los Autores referidos, D. Vela, *dissert. 49. num. 55.* Noguer. *alleg. 23. n. 156.* D. Larrea, *decis. 53. num. 9.* Roxa part. 5. cap. 1. à num. 20. y por ello la siguiò firmemente D. Molina dict. lib. 3. cap. 5. num. 9. & 25. donde la puso por conclusion segunda de las que alli defendio, ibi: Secunda conclusio sit, quod si Maioratus institutor masculos simpliciter, & absolutè ad eiusdem successionem invitaverit, neque de fœmina in aliqua parte meminerit, ex hac masculorum vocatione, & si expresse ratione conservandæ agnationis non adjecerit, censeatur voluisse agnationem conservare, acque fœminas propter masculos remotiores excludere.

416. Y aviendo desde el num. 26. referido la opinion contraria sus fundamentos, y Autores, à el num. 29. resuelve à favor de la afirmativa in vers. *Hic autem;* y lo mismo repite en la tercera conclusion, donde aviendolo defendido, que aun cessando

la razon de agnacion, por solo el llamamiento de los varones, y en fuerça de su significado se entiendian excluidas las hembras, y opuesto diferentes objecções, y respondido à ellas num. 38. resuelve no solo à favor de los varones simplicitè, sino es tambié à favor de la Agnacion, ibi: *Hac ratio conservandæ agnationis ad efficiendum præcipua est. Ideo que potius attendenda, acque consideranda erit.* Y la misma siguieron Dom. Add. dict. cap. 5. num. 25. donde aviendo referido los Autores de vna, y otra opinion, resolvieron diciendo: *Nos verò priorem sententiam veriorem, ac practicabiliorē censemus, quia in hac multiplici masculorum vocatione nulla alia ratio potest assignari, quam agnationis, quæ tanquam unica debet attendi ex Auct. suprà lib. 1. cap. 5. num. 9. cum seq.* Hoc ita quando Maioratus institutor masculos semper ad successionē invitavit, neque de fœmina in aliqua parte dispositionis mentionē fecit. Y la misma siguieron en este lugar Pard. Mald. & Aquil. y en el caso de que los varones estén llama-

dos por regla general, & in perpetuum, como en el caso presente, es opinion comùn de los Autores, ut videri potest apud DD. Add. vbi proximè, & D. Molin. D. Lata de vita homin. cap. 30. à num. 78. & 96. & ex D. Castill. & alijs Torre 1. part. cap. 25. à num. 138.

417. Y esta conjectura está recibida, y aprobada en el Consejo en los casos, que allí se han ofrecido, como lo afirman D. Larr. dict. decis. 53. num. 9. & DD. Add. dict. cap. 5. num. 25. ibi: *Sicque in Supremo, & Regio Consilio pluries in praxi obtentum vidimus.* Cuya circunstancia la dexa sin la menor duda, y califica su verdad, y certeza, por la gran veneracion, que se debe à tan Supremo Tribunal, por sus circunstancias, y suma autoridad, de qua novissimè Carmona in Senat. Consult. Hispan. in Proem. à num. 39. vbi num. 44. que su autoridad es igual con la del mismo Principe, & num. 53. que sus sentencias tienen la misma autoridad, que si ab ipso Rege se pronunciasen.

CONJECTURA II:

LA DIGRESSION A OTRAS SUBSTITUCIONES de varones de otras diversas líneas.

418. Otra conjectura resulta de aver el Fundador por defecto de los hijos, y descendientes varones de Martín primero llamado, hecho transito à

Fernando su hijo segundo, y por defecto de este sin hijos varones à Diego su hijo tercero, repitiendo en este el que siempre fuese la sucession de hijo en hijo

varon legitimo, y en el segundo, que con las mismas condiciones, que en el primero, sin hazer men-
cion alguna de las hijas de sus hi-
jos, ni de las demás sus nietas vi-
teriores; porque este transito à
otras lineas, y à buscar los varo-
nes transversales, quando no po-
dia dudar, que en la linea efectiva
podria aver muchas hembras,
y aun varones de ellas, no pudo
ser, ni puede entenderse, sino es
en contemplacion de la Agnac-
cion, y en exclusion de las hem-
bras, y esto solo bastara, para que
este Mayorazgo se contemplasse
agnaticio, aunque por via de re-
gla tantas veces repetida, no es-
tuvieran llamados los varones, y
es conjectura, que aprueban aun
los mismos, que con mas eficacia
se opusieron à la Agnacion, infe-
rita de la repetida vocacion de
varones. Mantic. de Coniect. ultim.
volunt. lib. 6. tit. 15. num. 7. Peteg.
de Fideicom. art. 25. num. 47. Sesce
tom. 3. decif. 254. num. 5. D. Castill.
lib. 2. cap. 4. num. 83. & lib. 5. cap.
92. n. 2. D. Valenç. conf. 97. n. 99.
& 109. ibi:

419. *Cum eas non exclu-
serit, neque transi-
tum fecerit à mas-
culis linea prioris, &
directe ad
masculos linea posterioris, se-
nū se-*

cundæ, à qua procedit dictus Domi-
nus Gundisalvus, sicut fecerant
quantum ad tres filios masculos, &
eorum descendentes. Ex Cephal.
Batt. & alijs. Ros. dict. consult. 69.
num. 86. Card. de Luc. de Fideic.
discurs. 24. num. 15. ibi: *Vbi scili-
cet Testator masculus, spretis fœ-
minis, etiam proprijs filiabus cogni-
tis, & dilectis, solos filios, vel des-
cendentes, ut fratres, & transver-
sales masculos instituit, ordinando
fideicommissum in eorum descenden-
tia, & posteritate masculina, quæ
defecta immediatum transitum fa-
cit ad alios transversales masculos
agnatos, & tunc probabilius vide-
tur in dubio regulam esse in contras
rium, ut scilicet censeatur contem-
plata agnatio; ideoque non veniant
nisi masculi agnati, & per masculu-
lum. Surd. tom. 2. conf. 241. n. 13.
ibi: *Tertio Testator plares fecit
substitutionum gradus, in quibus
vocavit semper masculos.* Y va ha-
blando de Mayorazgo, en que
fueron llamados sucesivè dos hi-
jos del Fundador, y otros sus her-
manos, y sus descendientes va-
rones. Rot. apud Luc. de Fidei-
comm. decif. Mantif. decif. 1. n. 144
& decif. 2. num. 19. Casanat:
conf. 15. num. 38.*

* * *

CONJECTURA III

EL AVER LLAMADO A LOS VARONES CON LA QUALIDAD DE LEGITIMOS.

420. **O**tra conjectura es el
aver hecho todos los

llamamientos con la calidad de
legitimos, ut ex Clausulis constat
aÑA.

añadiéndola à la de masculinidad, y esta tiene gran recomendacion en los Autotes. Surd. tom. 3. conf. 443. num. 48. ibi: *In factō autem nostro concurrunt aliae conjecturæ, & una præcipuè, quæ non recipit controversiam apud DD.* quod filij sunt possiti in conditione, non solum cum qualitate masculinitatis, sed etiam sub vocatione legitimorum. Torre de Maior. part. 3. decis. 17. num. 76. Card. de Luca de Fideicomm. discurs. 82. num. 11. vers. Agnationis. Rot. apud eum in Mantis. decis. tom. 10. de Fideicomm. decis. 1. num. 13. & decis. 2. num. 21. & decis. 37. num. 4. Y la razon es, porque solo los legítimos pueden conservar la Agnacion. Leg. Hac parte. Leg. Sispi-rius 4. ff. unde cognat. D. Molin.

lib. 1. cap. 4. num. 46. & ibi Pard. D. Valenç. conf. 97. num. 65. D. Solorc. de Iur. Ind. tom. 2. lib. 2. cap. 17. num. 10. Fussar. de Subst. quest. 499. num. 27. y así como por semejante vocacion se tienen por excluidos los ilegitimos, no por otra razon, que porque quiso el Fundador conservar la agnacion. Luc. dict. discurs. 82. & num. 11. ibi: *Et quod magis est cum qualitate legitimorum, & naturaliū, unde tam illegitimi, quam adoptivi excluduntur, signum clarum quod Testator ad solam agnationem respexerit.* De la misma forma se tienen por excluidas las hembras, por no poderla conservar. Leg. Pronunciatio, §. Familia, ff. de verb. signif. ex ea, & alijs D. Molin. dict. lib. 3. cap. 5. n. 2.

CONJECTURA IV. EL NO HAZER MENCION DE LAS HIJAS.

421. **Q**ueda referido, que el Fundador tenia cinco hijas, y q̄ no hizo mención alguna de ellas en toda la disposicion de este Mayorazgo, y que solo llamò à sus tres hijos, y descendientes varones de ellos; de lo qual resulta otra conjectura quam fundat D. Castill. cum Parisio, & alijs antiquis, dict. lib. 2. cap. 4. num. 84. ibi: *Procedit etiam superior resolutio, cum institutor Maioratus, relictis proprijs filiabus, filios masculos ad successionem eius invitavit, invicemque eos substituit, aut (quod indubita-*

tum erit) si ad vocationem agnato-rum etiam colateralium processit, & easdem filias reliquerit; tunc enim agnationem conservare voluisse, & fœminas propter masculos remotiores in perpetuam exclu-*sisse videbitur.* Et num. 88. ibi: *Tum etiam quia in proposito casa institutor Maioratus, qui relictis proprijs filiabus, masculos tantum ad successionem invitavit, nulla alia de causa id fecisse dici potest,* quam, ut agnationem propriam co-servaret. Y la razon es clara; por-que si el llamar à los varones sin hazer mención alguna de las hé-
bras,

bras, es conjectura de Agnacion, *ut probavimus suprà in prima Conjectura*; mucho mas lo será quando consta tenerlas el Fundador, y que no hace mención de ellas para llamarlas. Y esta Conjectura la defiende tambien D. Larr. *decis. 53. num. 9. & 10. ibi: Sed*

contrariam sententiam, & agnationem suadent. Primum, nam quoties fundator Primogenij descendentes fæminas, filias, neptes, vel ulteriores habebat tempore quo Maioratum instituit, videtur, cum eas non substituerit, aperte velle excludere.

CONJECTURA V.

EL AVER DOTADO A LAS HIJAS, E INSTITVIDOLAS HEREDERAS.

422. **T**ambien queda dicho que en el mismo Testamento en que se hizo esta Fundacion, hizo mención de las hijas el Fundador para otras cosas, y esto fue (Mem. n. 16. 17. y 19.) para asignarles dotes de cinquenta mil maravedis à algunas de ellas, para igualarlas con otras, que à el tiempo de sus calamientos les avia dado la misma cantidad, y para instituirlas por herederas de todo el remanente; y de esto resulta otra Conjectura de Agnacion, aun mas urgente que la antecedente. Surd. *dicit. cons. 241. n. 1. i. ibi: (citando à Roland)* *Vbi fortius vult qualitatem masculinitatis censeri repetitam favore agnationis in sequenti substitutione, in qua fuerat omissa, quando Testator masculos instituit, & filias dotavit.* Menoch. *de Praesumpt. lib. 4. præsumpt. 84. num. 9. ibi: Tertia est conjectura, quando Testator discretivè, nempe constituedo differentiam inter sexum, & sexum, sicuti quando Testator*

homines masculos, & fæminas, & fæminis aliquid relinquit, masculos verò hæredes fecit. Rot. apud Luc. *in Mantif. decis. tom. 10. de Fideicom. decis. 1. num. 15. ibi: Et particularis tandem cura de fæminis in Domino, vel in sæculo nubendis, & decis. 2. num. 22. ibi: Et particulaire dotis subsidium fæminis assignatum, ut filijs masculis descendentibus pinguis cōsultum foret, quod pariter pro coniectara urgentissima existimarentur.* Quos citat Ros. *consult. 69. num. 265.*

423. Y en el caso de que las hijas tengan exclusion, defendunt Menoch. *tom. 4. cons. 327. num. 67. & 68. Fussat. de Substic. quæst. 499. num. 21. y la razón en uno, y otro calo es, porque la providencia de dote, ó de institucion dada à favor de las hijas, se entiende executada en premio de la exclusion.* Card. de Luc. *de Legitim. num. 15. & 16. & de Fideicom. discurs. 46. num. 5. & à num. 7.*



CONJECTVRA VI:

EL AVER FVNDADO OTROS MAYORAZGOS, y averlos hechos Regulares.

424. EL Fundador por el referido su Testamento en la Clausula tercera mandó à Fernando su hijo segundo vn Castillo , vna Torre , vnas Casas , y diferentes Heredamientos , y otros bienes, mandando, que no los pudiesse enagenar con Clausula irritante , porque por ello fuese mas honrado , y estimado , por lo que le tocasse de su legitima , y lo que excediesse por mejora de tercio , y expressando , que la prohibicion de enagenacion la ponia por quanto los tales bienes eran castrenses , vel quasi , sin dar providencia para despues de la muerte de dicho Fernando : y en la Clausula quarta mandó à Diego su hijo tercero (9) diferentes Heredades por su legitima , y por mejora de quinto , con la condicion de que no las pudiesse vender , empeñar , ni cambiar , ni enagenar en todo , ni en parte , sino que las huviese él , ó sus hijos , ó hijas legitimos herederos , dando por nula la enagenacion , porque por ello fuese mas honrado , y estimado , y expressando , que esta prohibicion la podia poner por las mismas razones , que en la Clausula antecedente .

425. En cuya disposicion , ni se ha dudado de contrario , y antes si confessadose en sus

alegatos , ni puede dudarse , que estan fundados otros dos Mayorazgos , asi por la prohibicion de la enagenacion , como por las causales de ella , ex tradit. à D. Covarr. lib. 3. Variar. cap. 5. num. 4. maximè vers. Verum , & ibi Far. cum mult. num. 11. & 23. Herm. in leg. 44. tit. 5. part. 5. Gloss. 5. maximè num. 18. Mier. de Mayorat. 2. part. quest. 5. num. 14. D. Castill. Controv. lib. 2. cap. 22. n. 47. Peg. Controv. Forens. tom. 1. cap. 4. n. 215. ubi alios .

426. Ni tampoco puede dudarse , que estos dos Mayorazgos son de succession regular , asi por la razon general en los Mayorazgos de Espana , que se entienden de esta naturaleza , mientras el Fundador no disponga lo contrario , ex decis. Text. in leg. 2. tit. 15. part. 2. vt teneat Rox. part. 1. dict. cap. 6. num. 21. & passim Regnicolæ , como por estar expresamente comprendidas las hembras . De lo qual resulta otra fortissima Conjectura de la Agnacion en el primer Mayorazgo , por la discreta disposicion de el Fundador en vnos , y en otros ; porque asi como hizo Regulares los dos ultimos , llamando en ellos à las hembras , se debe entender precisamente , que huviera hecho lo mismo en el primero , si lo quisiesse Regular , y que

el no averlas llamado , ni hecho mención de ellas , y si solo de los varones , fue porque quiso fuese de calidad , è irregular , y por consiguiente , que quedaron excluidas las hembras , por no poder dezirle , que las olvidò , puest o que , atendido el todo de la disposicion del Testamento , las tuvo muy presentes para todo aquello , en que las quiso incluir . Surd. tom. 4. cons. 466. num. 8. ibi: *Discreta dispositio facta in uno loco operatur, ut Testator aliud voluisse credatur, quando non expressit.* Gratian. tom. 3. discept. 446. n. 10. Card. de Luc. de Donat. disc. 8. num. 23. ibi: *Secundo etiam fortiter, ob claram discretivam, per quam dicebam huiusmodi voluntatem remanere indubitatam, quod scilicet in eadem scriptura idem Camillus Pater donavit Ceciliae nurri scuta mille, acque non solum donationis titulum expressit, sed etiam adhibuit Clausulas, & cautelas, quae ex illius Civitatis moribus, acque statutis in donationibus adhiberi solent. Nec non ad eamdem post mortem mulieris donatariae expressè vocavit filios ex eo matrimonio procreandos; si enim in donatione adeo exiguae summae comparativè ad istam, tot solemnitates, & cautæ adhibitæ sunt, utique prorsus impracticabile est, quod in ista longè maioris importanter negligi debuerint.* Et n. 24. ibi: *Ideoque omissione aliquod præbet dictæ diversæ voluntatis argumentum.*

427. Rot. apud eundem
Luc. tom. 11. de legat. decis. 35.

num. 3. & tom. 10. de Fideicom. decis. 48. num. 4. & decis. 33. n. 8. vers. *Et quamvis, ibi: Sicut enim quando Testator fæminam admittere voluit, expressè vocavit; ita dum postea de illis amplius locutus non fuit, exclusisse censemur, ducto argumento à discretivo loquendi modo.* Tottre de Maiorat. 2. part. quæst. 22. num. 9. & quæst. 43. num. 52. ex Menoch. Surd. Alto grado, & alijs Rot. apud eundem Tott. post tractat. de Pact. decis. 105. num. 12. & decis. 146. n. 4. donde hablando de dos disposiciones , una de donacion , y otra de dote contenidas en un proprio instrumento , dice alsi : *Coadiuntur hæc vehemens coniectura ex instrumento eiusdem donationis, in quo dos Annae felicis assignata fuit Gaspari presenti simpliciter, donatione vero facta fuit eidem, acceptanti pro se, & filiis nascituris, signum evidens, quod filij aliter contemplati fuerunt in dote, ac in donatione.* Et num. 7 ibi: *In dote vero possita sola Clausula ceterata, ex hoc discretivo modo adiecto in eadem parte dispositionis, colligitur, quod non eodem modo filii contemplate fuerunt in donatione, ac in dote.* De cuyas resoluciones , y doctrinas se sigue , que de la misma forma en el Testamento de que tratamos fueron consideradas las hembras de diverso , y distinto modo en los unas , que en el otro , y que en el primero hubo muy diversa , y distinta voluntad , que en los posteriores , y por consiguiente , que en él fue contemplada la

Agnacion , por ser la razon vni-
ca , que puede darse para esta di-
versidad.

428. Y conducen à este
mismo intento doctrina D. Larr.
decis. 33, num. 102. donde hablan-
do de la cláusula de la ley *Cum
avus, ff. de cond. & demonst.* con
quien concuerda la ley 10. tit. 4.
part. 6. sobre la condicion *si sine
liberis tacita* , y *presumpta ex ea
leg.* en todos los descendientes,
limita la disposicion de ella en el
caso , en que teniendo el Testa-
dor muchos hijos, y gravandolos
con Fideicomiso , en uno ex-
pressò la dicha condicion *si sine
filijs* , y en otros la omitiò , resol-
viendo, que entonces los hijos de
aquellos en quienes no se expres-
so la condicion , no deben succe-
der : y dà la razon , ibi : *Qui enim
aliquibus conditionem apposuit, in
alijs omisit, non creditur in istis
etiam repetere conditionem voluisse.*
*Argum. cap. Ad audientiam, de
decim. Leg. Vnic. §. Vbi autem, C.
de caduc. toll.*

429. Et Aquil. ad Rox.
de Incomp. part. 5. cap. 4. donde
aviendo antes exornado , y am-
pliado la sentencia de Roxas, que

defiende , que los llamamientos
en los Mayorazgos se entienden
reales, y lineales, y no personales,
à el num. 37. la limita en el caso
de que llamados muchos con sus
descendientes expressamente , en
algunos se omitio el llamamiento
de sus descendientes, ibi: *Nunc
limitabis hanc Authoris sententia,*
*quando Maioratus institutor plu-
res vocavit cum suis descendantibus,
expresse ad successionem invi-
tatis, in alio autem nominato voca-
tionem filiorum eius, & descendantium
omisit ex causa, cante, &
cum cura, quia videtur eos exclu-
dere, cu de filijs, & descendantibus
cogitasset in aliorum vocationibus.*
Y lo prueba con la razon de el
Texto in dict. leg. *Vnic. C. de caduc.
toll. §. 13. verl.* Sin autem , que
dice assi : *Cam ideo videatur Testa-
tor disiundim hoc reliquisse, ve
vnuquisque suum onus, non alienum,
agnoscat. Nam si contrarium
volebat, nulla erat difficultas con-
iunctim ea disponere.* Y tambien
lo prueba ex doct. *Fussar. de Subs-
tit. quest. 393. num. 85.* que eis
accedit la de el Cardenal de Luca
de Fideicomm. discurs. 147.
num. 8.

CONJECTURA VII.

LA QVALIDAD DEL FVNDADOR.

430. **T**Ambien es conjectura
de Agnacion la qua-
lidad del Fundador, especialmen-
te siendo ilustre ; porque se pre-
sume, que qualquiera apetece pa-

ra su Agnacion la mayor honra,
y estimacion , y la conservacion,
y aumento de ella. Mantica de
Coniect. ultim. volunt. lib. 6. tif. 15.
à num. 1. ibi: *Quilibet autem pre-
sus*

*Sumitur appetere honorem, & incrementum dignitatis suae agnationis, & unusquisque naturaliter studet familiam suam conservare. Leg. Pronūciatio, §. Familiae, ff. de verb. signif. Et omnes quidem, etiam ignobiles cupiunt suam agnationem conservari. Boer. in decis. 204. num. 31. Vnde multo magis vir nobilis, & fama, & nomine clarus, naturali impulsu nihil magis desiderasse credendus est, quam suæ familiae fabere, eamque propagare, & conservare :: & ideo conjectura pro masculis est capienda. Casan. cons. 53. num. 86. ibi: *Iste vero agnationis habent, quæ illustrissimis ad favorem masculorum cordi semper esse, & cum maiori affectione ex optata semper presumitur.* Lo que prueba ex Craveta, & Prætis, Mier. de Maiorat. 2. part. quest. 6. num. 445. ibi: *Et quilibet presuminetur appetere honorem, & incrementum dignitatis suæ agnationis, maximè si sit nobilis.**

431. Con que siendo el Adelantado Don Alonso Fernández de Montemayor (5) hijo de Martín Alonso de Córdoba, (3) y nieto de el Adelantado Alonso Fernández, (1) y este hijo de Fernán Núñez de Temes, uno de

los Conquistadores de Córdoba, todos de los mas valerosos, e ilustres de su tiempo, y el Fernán Núñez de Temes, hijo de Nuño Fernández de Temes, Merino Mayor de Galicia, y este hijo de Fernán Pérez de Trava, y de Doña Viraca de Temes, Sra. del Estado de Temes, y Chantada, y el Fernán Pérez de Trava, hijo de Bermudo Pérez de Trava, y de la Infanta Doña Theresa Enríquez, hermana del primero Rey de Portugal, y el Bermudo Pérez de Trava por varónia de la Casa Real de León, y la Doña Viraca también de Casa Real. Calder. Exce- lencias de Santiago, dict. cap. 13. en la Casa de los Córdobas. Ganda- ra Armas, y Triumphos de Galicia, dict. cap. 22. num. 10. & cap. 23. n. 4. se debe presumir, que quisiese conservar su Agnación tan ilustre, y fundat para ello Mayorazgo Agnaticio, que era el medio de que se podía valer para conse- guirlo, y mas quando para los de- más descendientes fundaba otros dos Regulares, en que los de uno, y otro sexo podian succe- der: lo que se esforzará mas con la Conjectura si- guiente.

CONJECTURA VIII.

LA QUALIDAD DE LOS BIENES.

432. E ste Mayorazgo se fun-
dó entre otros bienes
de los Castillos, y Villas de Al-
caudete, y Montemayor, (Mem.

dict. n. 10.) y siendo como son bienes de jurisdicción, y digni- dad, se presume, que los quiso el Fundador aplicar a su Agnación,

por el lustre q se seguia de ellos.
Mantic. de Coniect. ultim. volunt.
lib. 6. tit. 12. num. 7. & 8. & ex eo,
& Grato conf. 5. num. 19. lib. 2. &
Ruino conf. 38. num. 5. & conf. 40.
num. 6. Casan. conf. 47. num. 20.
ibi: Nam si reliqua bona Comitis
Alphonsi præter comitatum inspi-
ciamus: Cum sint bona præiosa,
veluti Baronie, Castra, & loca cum
Iurisdictione, & numero Vassal-
lorum multitudine, quamvis possint
ad fæminas etiam sui natura per-

venir: Tamen in dubio verisimile
est voluisse Illustrissimum Comitem
in agnatione masculina conservari.
Rot. apud Luc. in decis. Mantis.
de Fideicomm. tom. 10. decis. 16.
num. 6. ibi: Verum etiam qualitas
rei, agitur enim de Castro, quod
cum magis conferat ad splendidio-
rem conservationem dignitatis fa-
miliae dicitur in prohibitione aliena-
tionis eiusdem, contemplata vera
agnatio. Et ibi plur. decis. eius-
dem Rotæ.

CONJECTURA IX.

LA EXCLUSION DE LA REPRESENTACION.

433. De mas de la jurisdic-
cion de dichas Vi-
llas, y la de los expreddados Casti-
llos, concurred la circunstancia
de estar estos à el tiempo de la
Fundacion en Frontera de Mo-
ros, como lo estuvieron muchos
tiempos despues, y de bienes se-
mejantes tambien, sacan los Au-
tores ^{expresos} conjectura, para
excluir la representacion, y para
que se aya de preferir el tio à el
sobrino hijo del hermano Primo
genito, que premuriò à su Padre;
dando por razon, que como en
lo regular, y ordinario el tio es
mayor que el sobrino, Feloag.
Enchirid. Iur. cap. 20. num. 18.
ibi: Et ea est ratio, quia Patronus
plerumque solet esse nepote maior,
governará con mas prudencia los
Pueblos. Menoch. lib. 3. conf. 269.
num. 60. ibi: Quarta est conjectura
sumpta à qualitate rei relata, nem-

pè à feudo Iurisdictionali. Est enim
verisimile, quod Testator voluerit
illud pervenire prius ad D. Caro-
lum tanquam maiorem natu, quam
ad D. Alphonsum nepotem aetate
minorem. Ita respondet Berol. in
conf. 71. num. 27. lib. 1. qui paulo
suprà eam esse rationem considera-
bat, quod Populi melius, & pruden-
tius soleant administrari, & guber-
nari à maiore, quam à minore, cum
in maiore præsumatur maior pru-
dentia, & rerum experientia. Cap.
Porro 84. distinct. & cap. Scien-
dum 26. quest. 4. & leg. Semper
ff. de Iur. immin.

434. Lo mismo, y por
la misma razon tenet Surd. conf.
403. num. 67. y Fossar. de Substic.
quest. 387. num. 84. añadiendo la
de que en la administracion se
prefiere el mayor en edad, ex leg.
vlt. ff. de fid. instrum. y lo mismo
Feloag. dict. cap. 20. num. 9. ibi:

*Vnum admoneo, nimis, quod hęc
oppinio maxime sit admittenda,
quoad successionem eorum Maiora
tuum, quibus est dignitas adiuncta;
seu aliquod Jurisdictionis exerci-
tium, veluti in Comitatibus, & Du-
catibus. Quoniam nunc in hoc prio-
ri casu maior natu iure, meritoque
debet admitti ad eorum successio-
nem, quia in eo vigere iam coniectu-
ratur prudentiam, maturum intel-
lectum, acque rectum consensum.
Leg. i. ff. de minor.*

435. De que se sigue, que la razon que tuvo el Adelantado (5) para preferir el tio à el sobrino, y para la exclusion de la representacion, que dexamos fundado, estar executoriada, fue precisamente, pues no se enquétra otra, el considerar, que el tio podria mejor, y con mas prudencia, experientia, y madurez go- vernar las dichas Villas, y defender los expressados Castillos. Y que el conseguir esto fue la causa final de la exclusion, y de vna, y otra resulta otra eficacissima conjec- tura de Agnacion.

436. Porque en quanto à la primera, no es verosimil, ni creible, que quien buscaba la mayor prudencia, aptitud, y capacidad, dexasse de apetecer, y contemplar la Agnacion, y no quisiese excluir à las hembras; pues no podia ignorar, ni dexar de tener presente, que en el caso que previno, de premorir el hijo Primogenito varon, que avia de suceder à el Posseedor su Padre, y en que llamò à el otro su her-

mano mayor varon, como podia averlo, podia ser que no huviessen mas que hembra, y que à el mismo tiempo quedasse hijo varon de el tal Primogenito, y que entonces, excluida la representacion, era preciso, que sucediesse la tal hembra con exclusion de el sobrino varon, hijo de su hermano Primogenito, por hallarse un grado mas proxima, y porque sola ella era hija de primero grado, y avia nacido inmediatamente de el ultimo Posseedor. *sup. obvius*

437. Y de ello se seguiria el no conseguir el fin, que se solicitaba; pues la hembra en lo regular no podia ser mas capaz, y prudente para el governo, y defensa de dichos Pueblos, y Castillo, que el tal sobrino varon, aunque fuese mucho menor, así por su corporal debilidad, como por la fragilidad de su sexo, que exonera à las mugeres de las cargas civiles, y las excluye de los oficios de la paz, y de la guerra; Ann. Robert. *Rerum Iudicatar.* lib. i. fol. 86. ad fin. Dom. Vela, *dissert. 4. à num. 3.* y les impide de ordinario la sucesion en los Feudos, Tiraq. *in leg. Connubii. leg. i 2. num. 13.* y ha dado motivo, para que el Derecho previniesse tantos medios de favorecerlas, como son notorios, y prueban tit. *ad S. C. Vell. & Bobad. in Polyt.* lib. 3. cap. 15. num. 30. Garc. de Nobilit. *Gloss. 17. num. 22.* Dom. Vela, *dissert. 38. à num. 66.* y de otra forma era una manifiesta implicacion, pues se oponia à lo

this-

mismo, que solicitaba con los medios contrarios à su consecucion: y era abandonar la mayor capacidad, y prudencia, que apetecia; pues quando en el sobrino faltasse en todo, ó en parte, la avia de proporcionar el tiempo, lo que no podia suceder en la hembra.

438. Y por lo que mira á la exclusion; lo primero, si con ella no concurriese la Agnacion, se vendria á dar en un clarissimo absurdo, qual es el que fuese preferida la hembra de linea inferior, si sucediese el figurado caso, á el varon Agnado de la linea Primogenita, contra la naturaleza de todos los Mayorazgos, y contra la mente en comun de los Fundadores, que siempre han tenido por mas digno á el sexo masculino, por sus prerrogativas, y ventajas (que tanto atendio el Derecho en contra de las hembras. Leg. In mult. 9. ff. de stat. hom. ibi: *Deterior est conditio fœminarum, quam masculorum.* L. 1. ff. de Senator. ibi: *Consulari fœminæ utique consularem virum præferendum nemo ambigit.* Leg. fin. de fid. instrum. D. Vela, dict. dissert. 4. ex num. 3. & dissert. 49. num. 7.) para el logro de la primera, y principal intencion, que tienen en las disposiciones de los Mayorazgos, que es el alargar su ser, para despues de muertos en la representacion de los sucesores, que han de conservar su memoria. Ex Reg. Text. in leg. Liberorum 220. §. vlt. ff. de verb.

signif. ibi: *Etenim id circa filios, filias ve concipimus, atque edimus, ut ex prole eorum, earum ve diuturnitatis nobis memoria in Eum relinquamus.* Es asi, que el absurdo nunca se debe presumir, porque siempre se debe evitar, Leg. Nam absurdam, ff. de oper. libert. Mier. 1. part. quæst. 1. & num. 280. D. Galtill. lib. 6. Controv. cap. 166. per tot. Escob. de Purit. 2. part. quæst. 1. Gloss. 8. Roxas de Incomp. 4. part. cap. 5. & num. 14. Luego es preciso entender contemplada la Agnacion.

439. Y lo segundo, porque en el llamamiento, y substitucion, que hizo el Fundador en el caso de la exclusion de la representacion, no comprendio las hembras, ni es posible conceputar las comprehendiesse, por no permitirlo las palabras, y voces, de que siempre finque á el otro su hermano mayor varon legitimo, con que la hizo, asi porque la palabra otro dice relacion á el varon antecedente Primogenito, q consideraba muerto en vida de su Padre, y requiere otro semejante, *ut probatum est suprà*, como porque la de varon, conforme á su naturaleza, no es comprehensiva de las hembras, y antes precisamente las excluye, ex iam dictis, & ex eis, quæ tradic. D. Molin. dict. lib. 3. cap. 5. n. 30. & ibi DD. Add. De que resulta estar solos substituidos los varones, y no simpliciter, sino estos varones Agnados, por aver de ser varones, que han de aver nacido

cido del Posseedor, como ya queda fundado. Y no siendo esto consiguiente, y conforme à la regularidad, que pretende la señora Condesa, y antes si exdia metro contrario, y no pudiendo aver para ello otra razon, que la de contemplar la Agnacion; es evidente, que la tuvo por fundamento la exclusion de la representacion, y que esta se dispuso en el concepto de ella; y que à no ser así, no se hubiera dispuesto para no incurrir en los inconvenientes ponderados en los tres numeros proximè antecedentes.

440. Y lo tercero, porque estando, como está, executoriada la exclusion de la representacion, y estando como están hechos en las mismas Clausulas, en que se dispuso, todos los llamamientos, y substituciones, ibi: *E para su fijo mayor varon legitimo heredero que de él naciere; è si el primero falleciere, que siempre finque à el otro su hermano mayor varon legitimo, así que siempre vaya de fijo en fijo mayor varon legitimo.* Y en vnas mismas oraciones regidas de vnos propios verbos, y siendo las principales palabras, en que se fundó la exclusion de la representacion, las mismas q̄ manifiestan el concepto de la agnacion, ibi: *Varon legitimo heredero, que de él naciere,* se debiera tener por executoriada la agnacion, y por declarada esta implicita, y virtualmente en la sentencia de Mil, y quinientas, porque en tanto se declaró la exclusion de la

representacion, en quanto se contempló, que el successor, y substituto del primer llamado avia de ser hijo, y heredero que hubiese nacido de él, lo que no se podía verificar en el nieto, y lo mismo en todos los demás grados; y esta misma razon añadida la palabra *varon*, que tiene la Clausula, prueba la agnacion, y es la formal, y genuina de el concepto de ella, porque hijo varon de el primer llamado, y hijo varon de este hijo, y así de todos los demás, son necesariamente agnados, como dexamos fundado; con que devnas mismas palabras se saca la exclusion de la representacion, y el concepto de agnacion, y la razon formal de uno, y otro, y siendo por consiguiente inseparables, è individuas, como dimanadas de un proprio hecho, la cosa juzgada en la vna debe obstar, en la otra ratione individuitatis, ex tractat. à Parlad. lib. i. Quot. cap. 6. Ant. Gom. 2. Var. cap. 10. n. 15. & à multis quos refert ibi Ayllon num. 1. Dom. Salgad. de Retent. 1. part. cap. 13. à n. 25. ex 3. part. Labyrinth. cap. 1. num. 179. & leg. Loci corpus 4. §. Sifundus 3. ff. si servit. vend. & in leg. Ingenuum 25. ff. de statu hom.

441. Y quando en esto hubiese algún escrupulo, se deberá declarar aora la agnacion, por ser vnas mismas las Clausulas, y razones, ex vulgar. reg. leg. Iam hoc iure 4. §. Sed si aliter, ff. de vulgar. & leg. Quamvis 4. C. de impuber. Amat. Variar. resolut. 1.

à num. 20. ibi : Item determinatio
vna plura respiciens determinabili-
lia , equaliter omnia terminare de-
bet :: demum cum pari ratione se-
xus, & aetatis prerrogativa per ca-
pitulum prædictum, sint æqui formi-
ter petitæ, & sub eadem dispositio-
ne collatæ. Sicut ex prerrogativa
sexus filius tertigeniti excluderet
filiam secundogeniti , si esset fœni-
na :: Ita ex prerrogativa aetatis
masculus maior natu ex tertigeni-
to filium ex secundogenito natu mi-
norem excludere debet. Cyriac.
tom. 2. controv. 312. n. 37. & 38.
ibi : Accedat, quod erectio Comita-
tus , & Primogenitura regitur ab
eodem verbo : Sicut igitur erectio
Comitatus fuit perfecta ex dicta
dispositione, ita quoque perfecta di-
ci debet Primogenitura. Torre de
Maiorat. 3. part. decif. 16. num. 25.
& num. 8. ibi : Et quidem absurdum
non leve futurum esset, si dum
Testator voluit, quod vna eadem
que persona veroque Maioratu
frueretur distributionis, & Palatij,
& eam ad utrumque iisdem omnino
verbis vocavit M. Baptista , qui
per dictam sententiam fuit iam ad-
missus ad Maioratum distributio-
nis , modo ab altero Maioratu Pa-
latij excluderetur pro admitenda
alia diversa persona : quod esset di-
recte contra expressam voluntatem
Testatoris. Cuyas doctrinas, y ra-
zones de ellas son propriissimas de
el caso presente.

442 Y si assi no se decla-
ra , avria contrariedad entre la
determinacion de ella , y la de la
exclusion de la representacion,

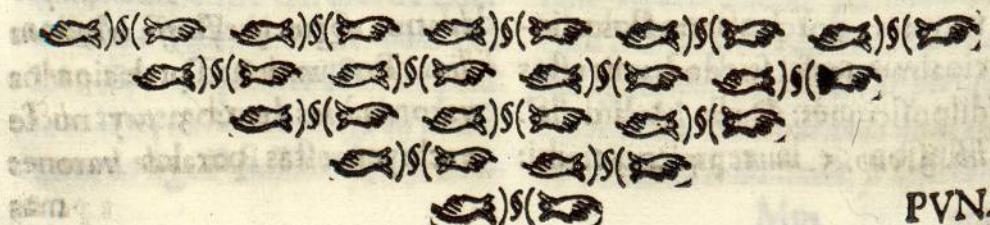
no solo por las razones anteceden-
tes, y las de los AA. que acabamos
de citar ; sino es tambien por la
de que por el mſmo hecho de
averse contemplado en la sen-
tencia de Mil , y quinientas la ex-
clusion de la representacion , y
declaradole virtualmente esta, se
declarò por irregular el Mayoraz-
go , como dexamos ya fundado,
y mediante ello no pueden tener
efecto los privilegios de linea pri-
mogenita, y de substancia, o efec-
tiva , en que es preciso se funde
la regularidad, como en la repre-
sentacion , ex traditis passim ab
AA. quos congerit Pegas de Ma-
iorat. cap. 10. à num. 45. pues para
aver de obtener la señora Conde-
sa necessita , de que el Mayoraz-
go sea regular , y ha menester in-
dispensablemente la represen-
tacion , y la necessitò Doña Ana
Monica Pimentel su tercera
Abuela (41) para suceder à el
Conde Don Francisco , (32) por
cuya muerte sucediò la vacante,
que se litiga ; y si obtuviese oy ,
era declarar virtualmente por re-
gular el Mayorazgo , y seria , no
solo esta resolucion contraria à la
referida declaracion de la exclu-
sion de la representacion , sino es
tambien à la voluntad de el Fun-
dador, que quiso irregular el Ma-
yorazgo , y que no se sucediesse
por la representacion , en cuyo
caso solo se debe buscar la quali-
dad, que apeteciò Dom. Molina
lib. 3. cap. 8. num. 8. Torre 1. part.
cap. 7. à num. 52. & 3. part. dict.
quest. 16. n. 18. Roxas de Incomp.
1. part.

tamen rejiciantur dictæ coniecturæ quando simul vnitæ interveniunt, ut in casu præsenti.

1. part. cap. 6. num. 20. & ibi Aquil. num. 15. Pegas de Maiorat. tom. 2. cap. 9. à num. 224. & dict. cap. 10. num. 99. & 103. & 127. Con que siendo de agnation la que quiso, por todo lo que dexamos fundado, es preciso que arreglada à ella aya de ser la determinacion; y de ello se sigue, q; aunque no huviera otra conjetura, solo por esta debia obtener esta Parte sin otra disputa alguna, por no permitirla la dicha sentencia de Mil, y quinientas, ex dict. leg. *Filius emancipatus, ff. ad leg. Cornel. de fals.* ibi: *Sic in veni Sænatum censuisse.*

443. Quanto mas aviendo tantas, como se han referido, que aunque cada vna por si sola no fuese bastante para persuadir la agnation, todas juntas es preciso la asseguren, y dexen indisputable, Dom. Castill. lib. 4. cap. 9. num. 24. ibi: *Et inde coniecturæ plures simul iunctæ id efficere valeant, quod vna de per se efficere non posset.* Barbola vot. 16. n. 56. & 59. Rol. dict. consult. 69. n. 169. Torre de Maiorat. part. 1. cap. 41. §. 7. n. 79. ibi: *Non ignoro præsumptiones pro conservatione agnationis, ut suprà consideratas, & præcipue hanc ultimam consistentem in precepto ferendi nomen, & arma, ab aliquibus ex DD. impugnari, sed procedit impugnatio, quando de eis, ut singulis habetur ratio, non*

444. Y debiendo tener todas en consideracion los Señores Juezes para la determinacion, pesandolas con su superior, y prudente arbitrio, como dice el Cardin. de Luca de Fideicom. in Summ. nam. 241. donde à el num. 242. vñ numerando algunas, y entre ellas muchas de las que dexamos fundadas, ibi: *Primo scilicet ut consideretur qualitas disponentis, an sit masculus, vel fœmina, secundo qualitas primi stipitis, cuius descendencia vocatur, an sit agnatus, vel cognatus, aut fœmina; tertio qualitas dispositionis, an scilicet sit simplex, ac ordinarium Fideicommissum, vel Maioratus, aut primogenitura; licet enim sit verius istam solam circumstantiam, non sufficere, ut aliqui male crediderunt, at tamen est circumstantia considerabilis; quarto eiusdem dispositionis longior, vel brevior duratio; quinto qualitas honorum, ac ipsius familiæ.* Pues la Fundacion de que se trata es hecha por varon, y en varon agnado, y concurre la calidad tan ilustre de la familia, que se ha referido, y el ser el Mayorazgo perpetuo, y la calidad de los bienes, y demás de ellas, las otras circunstancias, y conjecturas, que dexamos ponderadas.



PUNTO III.

EN QVE SE DA SATISFAGCION A LAS
objecções, y argumentos, que de contrario se hazen,
y à que no se ha dado en los Puntos
antecedentes.

445. **R** Econociéndose por la parte de la señora Condela, el que es preciso, que este pleyo se aya de determinar por la Fundacion del Adelantado (5) en fuerça de lo que dexamos fundado en el primer Punto, y principio del segundo, y que de las Clausulas de la expressada Fundacion està claramente descubierta la qualidad agnaticia de este Mayorazgo, y desvanecida la regularidad, ha procurado con diferentes consideraciones, y objecções, ya excluir, y ya confundir uno, y otro, valiendose para ello de varios medios: y el primero es dezir, que el llamamiento repetido de varon no dice, ni prueba concepto de agnacion, y si solo prelacion de los varones à las hembras de una misma linea, y grado, y una regular successión, en que se comprehende las hembras, y no se excluyen por los varones mas remotos, así porque es regular, y frequente uso en las Fundaciones de los Mayorazgos, el hablar, y hazer mención de los varones, porque para ellos principalmente se suelen hazer estas disposiciones. Dom. Molin. dict. lib. 3. cap. 5. num. 35. & 36. ibi:

Quae omnia comprobantur ex eo, quod Maioratum institutores frequentius solent de masculis, quam de feminis mentionem facere, ex eo quod in masculis potius, quam in feminis velint memoriam suam conservare, non autem ex eo, quod velint eas, deficientibus masculis excludere. Quo casu succedit alia regula, quod inclusio unius personae, vel casus, non inducit alterius exclusionem, si inclusio propter maiorem frequentiam facta sit. Sicque eadem ratione in dispositione de masculo precissè loquente comprehenditur femina, quando propter maiorem frequentiam, vel usum loquendi dispositio fuit in masculo formata. Dom. Valenç. cons. 97. num. 102.

446. Como porque siendo mejante repetition no dice mas, que lo mismo que està dispuesto por derecho, tan ex reg. Text. in dict. leg. 2. tit. 15. part. 2. quam ex leg. 2. tit. 18. part. 3. ibi: Nombrando primero à el hijo mayor varon, que debe ser heredero, y despues los otros hijos varones, uno en pos de otro, segun que fuese mayor en dias. En que tienen prelacion los varones à las hembras, y no se excluyen estas por los varones mas

retur natura ipsius Primogenij,
ideoque filia, vel soror possessoris
excludit Patrum. Torre de Ma-
iorat. i. part. cap. 25. num. 141.

mas remotos, y si solo por los de la misma linea, y grados de tal forma, que si el Mayorazgo se funda en hijo varon, y este tiene hijo varon, y a este le sucede lo mismo, y asi sucesivamente in infinitum, aunque esto acaezca, y por ello nunca sucedan las hembras, no por ello sera el Mayorazgo de agnacion, ni por ello dexaran de suceder las hembras, porque el Fundador llamasse a los varones, que asi avian de suceder, porque no excede esta disposicion de lo mismo, que segun las leyes avia de suceder, ut ultra plures anti- quos fundant Dom. Valençuela dict. cons. 97. num. 84. ibi: *Nam etiam ubi multiplicantur verba masculinitatem, sive varoniam im- portantia veniunt foeminae.* D. Lara de Vit. hom. cap. 30. num. 82. ibi: *Si autem institutor non expressè exclusit foeminas, sed vocavit filium suum. Primogenitum, & eius filium masculum, & alios filios secundo, tertio, & quartogenitos, & eorum filios masculos, non ex hoc censetur Maioratus agnationis, neque exlusæ foeminae in perpetuum sed solum prælatio masculis tributa: neque enim agnatio censetur considerata ex eo, quod multoties mentionem faciat masculorum.* Lo que prueba ex Dom. Gregor. Lopez, Dom. Molin, & Dom. Valençuel. y lo mismo defiende Carolus de Luc. de Linea legal. art. 12. num. 16. ibi: *Et consequenter cum id, quod in erat ex natura Primogenij deducatur in lege Foundationis, non alte-*

447. Porque lo referido solo sucede, y es verdad, quando el llamamiento repetido de varones, sin hazer mencion de las hembras, es especifico, y no absoluto, y por via de regla, como V. g. suceda Pedro mi hijo mayor varon, y despues de el su hijo mayor varon; y despues su nieto mayor varon hijo de este, y despues el vizqueto, y asi de los demas; y passa el Fundador a llamar a otros hijos varones, que tenga, y a los varones de estos en la misma forma, que es en los terminos, que hablan los A. citados, y muchos mas, que se pudieran citar, porque en semejantes llamamientos solo se expressa lo mismo, que avia de suceder, ex dispositione leg. aunque no se expressasse por la misma naturaleza de los Mayorazgos.

*448. Pero quando el re-
petido llamamiento de varones
es absoluto, y por via de regla, no
tiene duda, que prueba la agna-
cion, y ninguno lo ha dudado;
aun los mas escrupulosos, y los
mismos, que en el caso propuesto
defienden a las hembras, y la
regularidad, Dom. Lara, dict.
cap. 30. num. 78. ibi: *Et quoties
talis vocatio ponitur per viam re-
gulae, & absolute dicitur Maiora-
tus agnationis, & defertur per ag-
natos etiam translineando queren-
do virum alterius linea, si deficiant**

mascullineæ, quam intraverat successio. Dom. Molin. dict. lib. 3. cap. 5. num. 62. & ibi DD. Addent. & ident. num. 29. in fin. Dom. Castill. Controvers. lib. 2. cap. 4. num. 72. Tome de Maiorat. 1. part. cap. 25. num. 138. ibi: Intellige tamen prædicta, quando vocatio masculorum est pluries repetita, & inculcata, & per modum regulæ generalis; non verò si vocatio masculorum esset simplex :: talisque repetita, & inculcata vocatio masculorum, si habet annexas clausulas denotantes perpetuitatem, vel alias, ex quibus desumatur, quod semper, & in quo cumque casu masculi admittantur, tunc crederem, quod ex ea deduci possit etiam agnationis contemplatio, is enim qui semper, & omni tempore masculos vocat, non ex alia ratione videtur, quam ut agnationi prospiciat. Et num. 140. ibi: Propterea, dubium esse non potest quod quando masculi perpetuo fuerunt vocati, fœminæ excludantur, etiam per masculos remotiores, & alterius lineæ. Et num. 141. vers. Ultim. ibi: Si verò ultra repetitionem masculinitatis, ad sit clausula denotans perpetuitatem, & quod omni casu, & omni tempore, tantum masculi admittantur; tunc exclusio fœminarum est certissima, quia dispositio censetur condita favore agnationis. Luc. de Lim. legal. art. 12. num. 2. vers. Aut dicendum. Rola dict. consult. 69. num. 73. & 78. ubi plures.

449. Siendo la razon, el que quando es por via de regla comprehende todos los casos, y

tiempos, ut assentunt AA. proximè citati præsertim Rosa, y los que citamos in prima coniectura, y el que por consiguiente nunca puede tener entrada la hembra: Es así, que en esta Fundacion el repetido llamamiento de varon, es por via de regla, & in perpetuum por la palabra siempre tatas veces repetida, y que se halla en todos los llamamientos, que no se puede dudar, que la constituye, ut fundat Dom. Molin. dict. num. 62. & Rosa dict. num. 78. como ya dexamos fundado: Luego es preciso, que el repetido llamamiento de varones de esta Fundacion sea inductivo de el concepto de agnacion, y que por él tengan las hembras formal exclusion, y mas siendo absoluto, sinencion alguna de ellas, lo que no milita en el caso antecedente, de que se llame à el hijo varon, y à el nieto varon, viznieto, y assi de los demás successivamente, como se deduce ex doctrina DD. Addent. dict. lib. 3. cap. 5. num. 25. ad 30. & num. 71. y de los demás AA. porqne en él no se haze otra cosa, que expressar lo mismo, que avia de suceder, si acaso fuessen todos varones. Dom. Valenç. dict. conf. 97. num. 100. & seqq. DD. Addent. dict. num. 71. Pero quando se llaman perpetuamente los varones, no pueden tener lugar las hembras, ni para esto pudo aver mas motivo, que el concepto, y contemplacion de la agnacion, ut assentunt DD. Add. dict. num. 25. in fin. cum Dom. Molin. &

& alijs, por no ser capaz, que entonces la palabra varon pueda comprehendere à las hembras, vt affirmat Dom. Molin. dict. lib. 3. cap. 5. num. 37. & DD. Add. num. 30. ad 38. exq. 450. Y quando en lo antecedente pudiera aver alguna duda, que no ay, deberia cessar en el todo, y absolutamente; porque quando con la vocation repetida de varones, aun no estando hecha por via de regla, concurren otras conjecturas, todos confiesan, que la referida es inductiva de agnacion, vt ex Casanat. conf. 4. num. 234. & conf. 20. num. 34. Dom. Castill. lib. 5. cap.

89. num. 54. in fin. & alijs tenet Torr. de Maiorat. 3. part. decis. 17. num. 94. ibi: *Tum quia in nostro casu aliae connumerantur coniecturae, ex quibus ista maius robur recipit, facitque cessare omnem, & quancumque dubitationem, qua possit esse in punto iuris.* Con que aviendo aqui todas las que quedan ponderadas, aunque se pudiesse admitir alguna duda en la conjectura de el llamamiento absoluto, y repetido de varones contra la opinion comun, y contra la aprobacion, que tiene del Consejo, como en ella dexamos fundado, deberia cesar con el concurso de ellas.

OBJECCION II.

451. **T**Ambien se opone, y alega por la señora Condesa, que el llamamiento de varones de uno en otro, se verifica, y debe entender inceptibe, y en los varones cabezas de linea, incluyendo cada uno de ellos toda su descendencia de varones, y hembras; y que por consiguiente se excluye el concepto de agnacion: à que se satisface, que aunque es verdad, que se puede entender el llamamiento de varones de dos modos, iniciativamente, y con respecto, y relacion à el origen, y varon en quien principia, y continuativamente; esto es, tan respecto del origen, y primer llamado, como de los demás sucesores, vt ex plurimis distinguit Pegas de Maiorat. cap. 16. num. 13

en el caso presente dice relacion, y respecto, no solo à el principio de la linea, sino es à el progresso de ella, y no puede verificarle el llamamiento en los varones cabezas de linea solamente, y se debe entender en todos los sucesores, porque la palabra siempre, como queda fundado, comprende todos los casos, y tiempos, y por consiguiente dice tructo sucesivo, y no permite, el que solo se entienda en los varones cabezas de linea, y mucho menos aviendo el varon, que debe suceder, de ser precisamente hijo del varon Posseedor antecedente, que dice indispensible continuacion, y haze imposible la inteligencia, que de contrario se quiere dar.

OBJECCION III.

452. **R** Econocida por parte de la señora Condesa la eficacia , y fuerça de las respuestas antecedentes, y el quedar desvanecidas las dos anteriores objeciones , recurre à dezir, que la Fundacion del Adelantado (5) no contiene los llamamiéntos de varones en la forma , que por esta Parte se ponderan ; porque dice , que el final de la Cláusula del llamamiento de Martín Alfonso, primer llamado, no contiene la palabra *varon*, porque de los tres traslados de el Testamento de dicho Adelantado , en los dos dellos no se halla la referida palabra *varon* , (Metri. num. 11.) y que solo dice la Cláusula : *Así que siempre vaya de fijo en fijo mayor legitimo*; y que siendo ésta la final, y puesta por vía de regla en el expressado primero llamamiento del citado Martín Alfonso , y de su descendencia ; y comprendiéndose en la palabra *bijo*, tanto varones, como hembras, se deben tener por llamadas éstas en la referida Cláusula, y por consiguiente se excluye el concepto de agnacion. A lo que se satisface lo primero, que aunque es verdad la diferencia expressada de los dichos dos traslados, à el presentado por Don Alonso Fernandez de Cordova, (38) que principió el Pleyto de Tenuta, tambien lo es , que todos se sacaron de el inserto en la Executoria de Mil, y quinientas, que obtuvo D. Fran-

cisco Fernandez de Cordova, Conde de Alcaudete , (32) en el pleyto que se feneциó entre el referido, y Don Alonso Fernandez de Montemayor , (30) y que pudo ser hierro causado con advertencia , ó sin ella : con ella , porque dicho Don Francisco no tenía sucesión de varones, y quien despues hizo tantas diligencias, para que sucediesen su hija , y nieta , como consta de el pleyto, procurando desvanecer la agnacion , es de presumir , que dispusiesse el que se quitasse dicha palabra de la referida Cláusula, para conseguir su intento con mas facilidad.

453. Y lo segundo, que como queda fundado *Suprà num. 404.* la expressada Cláusula, con que finalizan las de el primer llamamiento , es declarativa , y expositiva de las antecedentes, y no está en ella principalmente la disposicion, porque ésta se halla en la primera Cláusula, en que está el primero llamamiento , y primera substitucion , ibi : *Salvo que siempre sea todo uno enteramente para él , è para su fijo mayor varon legitimo heredero , que de él naciere.* En que así por la naturaleza de los Mayorazgos , como por la virtud de la palabra *siempre* quedó comprendida la descendencia de el primer llamado, que tuviese la calidad apetecida en dicha Cláusula , como se fundó *Supr. num. 401.* y así dicha Clau-

Clausula vltima no hizo otra cosa , que continuar la antecedente disposicion, y repetirla; porque la palabra assi que, demas de ser declarativa , y explicativa , como dexamos fundado dict. num. 404. es relativa , y se entiende de la manera, que se avia dicho antes, ut ex plurimis fundat Barbos. dict. 182. num. 7. ibi : De illiusque natura est , quod intelligatur secundum supradicta, §. Et quonia Scimus , vers. Ita , in Authent. de testibus. Alciato, dict. conf. 492. num. 17. Menoch. conf. 332. num. 1. Bulpell. de Propos. & ad verb. signif. sub. dict. ipso iure , pagin. 54. Mart. dict. cas. 130. num. 8. Ruino dict. conf. 18. num. 11. Vbi ait intellige eo modo quod supra fuerat dictum Paris. conf. 90. num. 27. num. 2. Vbi dicit , relativam esse , retentis terminis precedentibus. Capic. decis. 108. num. 8. Vbi ait , quod refertur ad proxima. Afficit. decis. 248. num. 10. in fin. Vbi ait , quod est continuativa precedentis dispositionis. Idem tenet Svid. dict. conf. 315. num. 29. ibi : Præterea dictæ Clausula est ut intelligatur secundum supradicta. Y sigue lo mismo que Barbos.

454. De que se sigue deberse entender precisamente repetida en dicha Clausula la palabra varon , que se contenia en la principal, por ser esta la virtud, y efficacia de lo relativo , y repetitivo , Dom. Molin. dict. lib. 3. cap. 5. num. 64. & ibi DD. Add. cum plurimis Menoch. conf. 1082 n. 22. Fuslar. de Substit. quest. 403.

num. vlt. & quest. 320. num. 82. Gratian. tom. 3. Discept. Forens. cap. 575. num. 34. ibi : Cum hoc importet dictio illa ita , per quam inducitur , & indicatur forma , & modus determinatus. Gutierr. lib. 3. Practic. quest. 19. num. 23. Garcia de Nobilit. in Divis Oper. num. 51. Y por consiguiente no hazer falta la expressada palabra varon , lo qual se convençe , de que la palabra ansí , es una diccion illativa , Decian. conf. 33. num. 95. lib. 1. Dom. Valenç. conf. 67. num. 31. con que lo que el Fundador explico en la dicha Clausula, lo deduxo, y saco de las antecedentes, en que avia dispuesto , que sucediese siempre el hijo mayor varon legitimo heredero , que naciesse de el primero llamado, y de cada uno de los Poseedores ; y que si el hijo primogenito falleciesse en vida de el Padre , sucediese el hijo varon segundo , o mayor de los que quedassen: con que aviendo puesto en las Clausulas antecedentes la palabra varon , de necesidad se entiende esta en la referida ultima Clausula; pues en esta solo vinó à dar à entender el Fundador , para mas claridad de las antecedentes, que lo que avia dispuesto en ellas quería se observase , para siempre , y en todos los casos , y tiempos , como de ella misma se demuestra , sacando la regla , que se contiene en esta Clausula , de lo mismo , que dexaba dispuesto , pues si siempre el successor avia de ser hijo varon del varon Poseedor

antecedente desde el primero hasta el ultimo, segun lo dispuesto en el priñero grado, que de su naturaleza influye en todos los siguientes, ex his quæ tradit Mier. 2. part. quæst. 6. num. 267. Dom. Castill. lib. 2. cap. 4. num. 12. & lib. 3. cap. 15. num. 31. & lib. 4. cap. 50. num. 11. Dom. Molin. dict. lib. 3. cap. 5. num. 56. & ibi DD. Addent. Torr. de Maiorat. 1. part. cap. 37. num. 344. y conforme à la virtud de la palabra **siempre**, y perpetuïdad, que contiene, *vt diximus suprà num. 401.* precisamente se inferia, è infiere, que està comprehendida en dicha Clauſula la palabra **varon**, pues en otra forma no pudiera verificarse la deducción, è illacion que se haze.

455. Y este concepto lo manifiesta claramente la disposicion en las substituciones de los otros hijos de el Fundador; esto es, el segundo, y tercero llamamiento, pues el segundo fue con las mismas condiciones, que el primero; y en el tercero aviendo concluido todos los llamamientos, y toda la disposicion de este Mayorazgo, repitió la misma Clauſula: *Ansi que siempre sea de fijo en fijo varon legitimo*, estando en todos los referidos tres trasladados la expressada palabra **varon**, sin que por parte de la señora Condesa se dude de ello, ni pudiesse dudarle, por ser presentado por su Autor el uno de ellos; y estando la dicha Clauſula à el fin

de toda la disposicion, la comprende toda, y se refiere à todos los llamamientos, leg. Si plures, ff. de reb. dub. L. Talis scriptura, §. fin. de legat. 1. Pereg. de Fidel. comm. art. 16. num. 102. & quo^c citavimus suprà num. 404. in fin. Menoch. ex Bartol. & alijs, & ex Capic. decis. 108. num. 14. lib. 6. conf. 585. num. 16. ibi. Septimo & ultimo perpendo clausulam illam generalem, quam post quinque substitutionum gradus ita subiunxit testator. Ita quod in successione talium descendantiam, &c. Hæc clausula generalis refertur ad omnes præcedentes gradus substitutionum: Singula singulis referendo: Dom. Castill. lib. 4. cap. 9. num. 401 ex Surd. in conf. 282. num. 4. & idem lib. 2. Controvers. cap. 4. n. 23. Con que es visto, que en la Clauſula ultima refetida de el primer llamamiento comprehendió la calidad de varon, que apetecia; y assi lo explicó en esta ultima, para que nadie tuviesse duda; la que demás de lo referido se desvanece de el todo, de no poder darse razon alguna de diferencia, para que el Fundador quisiesse la dicha calidad en todos los sucesores de el tercer hijo, y no la quisiese en los otros, quando la causa, que podia moverle à via de ser vna misma, en cuyo caso es sin controversia, el que dicha Clauſula se refiere à todos los llamamientos, *vt tenet Dom.*

Castill. dict. cap. 9. & num. 40.

OBJECCION III.

456. R Euplicase por parte de la señora Condesa, que en la citada Clausula ultima, *an si que siempre vaya de hijo en hijo mayor varon legitimo*, solo explicò el Fundador el orden descensivo gradual de la succession, y que la que en ella se contiene es lineal, y regular, pues segun la que lo es, siempre estan llamados el Padre, el hijo de este, el nieto, y ainsi de los demas grados; y esto quiere decir, que vaya de hijo en hijo mayor varon legitimo. A que se responde, que aunque es verdad, que la succession regular debe correr, y pasar siempre del Padre à el hijo, y que de esta forma, desde el primero, va por todos los descendientes suyos hasta que se extinga la linea donde se radico, y despues las demas inflexas, ó transversales derivadas del mismo; y que aunque assimismo es cierto, que en la referida Clausula explicò nuestro Fundador el orden de succession, que avia de aver, y que esta avia de ser siempre de hijo en hijo; no por esto se prueba de ello regularidad, porque no dixo simpliciter, ó solamente que avia de ir de hijo en hijo, que es lo que sucede en los Mayorazgos regulares, sino es que lo uno, le añadio la palabra varon, segun el uno de los tres traslados; y segun los otros dos, se entiende repetida por lo que dexamos fundado en los numeros proximos antecedentes. Y lo

otro, porque como se ha dicho, en dichas palabras tuvo respecto à la Clausula primera, en que dexaba dispuesto, que el hijo que avia de suceder avia de ser varon, y avia de aver nacido de otro varon antecedente Posseedor, que quiere decir varon de varon, como dexamos fundado, que es explicativo de la rigorosa, y verdadera agnacion; y por consiguiente exclusivo de la regularidad, y aun tambien de la simple masculinidad, y de los varones de hembras. Y lo tuvo assimismo à la Clausula de si el primero falleciere, que siempre finque del otro su hermano mayor varon legitimo: en que aviando excluido en la primera la representacion, para mas claridad de la exclusio explicò quien queria, que sucediesse en el caso prevenido de ella, pues como queda probado, la dicha Clausula fue inferida, y deducida de las antecedentes, solo para la mayor claridad de ellas, y para que mejor se entetidiesse lo que dexaba dispuesto, y sin tergiversacion alguna se comprendiesse su voluntad: con que mal puede inferirse de la citada Clausula la regularidad, quando de ella misma se excluye, el que pueda ser Mayorazgo lineal, y quando contiene, ó ya expresa, ó ya subinteligata la qualidad de varon, que en el todo la embraza, y contradice.

457. Lo que se confirma
de

de ser constante en derecho, que las vltimas Clauſolas de la diſpoſicion, ſi padecen alguna duda ſe aclaran, y explican por las prime-
ras, leg. Si fuerint, §. fin. ff. de reb.
dub. L. Ille, aut ille, §. Cum in ver-
bis, de legat. 3. L. Qui filiabas, &
leg. Si servus plurium, de legat. 1.
L. fin. §. Cai dultia, ff. de vino, &
oleo legat. Leg. Titia, §. Titia, &
leg. vltim. ff. de verbor. obligat. L.
Si frater, C. de fideicomm. ex eis,
& alijs Mantic. de Coniect. vltim.
volunt. lib. 6. tit. 13. ex num. 3.
Dom. Castill. lib. 2. Controvers.
cap. 4. à num. 10. & lib. 4. cap. 50.
ex num. 8. Torre de Maiorat. 2.
part. quæſt. 24. num. 21. & part. 3.
decis. 1. n. 17. pues caſo, no con-
cedido, que la expreſſada vltima

Clauſula contuviera alguna dū-
da, y que no fuera tan clara ſu in-
teligencia, como de ella misma
ſe maniſtiſta, ſe debiera ſacar de
las antecedentes, en que eſtā ma-
niſtiſta, y evidente, y con la ma-
yor expreſſion la voluntad, de
que ſiempre el ſucceſſor ha de ſer
varon, y ha de aver nacido de
otro varon antecedente Posſe-
dor, en que ſe conveñe, que ape-
recio el Fundador la verdadera,
propria, y rigorosa agnacion, y
que quedó a el mismo tiempo
excluida la repreſentacion, pues
no fuera conſiguiente a eſta di-
ſpoſicion, ni comprobable con ella
la inteligencia, que de contratio
a la vltima citada Clauſula ſe
quiere dar.

OBJECCION V:

458. **C**Onvencida la parte
de la ſeñora Con-
desa, procura eſforçar ſu defenſa
con dezir, que quando le haze
transito a el ſegundo llamamiento,
que es el de Fernando (8) por
defecto de los deſcendientes del
primer llamado, no ſe pone en
condicion a eſtos con la qualidad
de varon, queriendo deducirlo
de la Clauſula de el ſegundo llama-
miento, (Memor. num. 12.)
ibi: E mando, que ſi el dicho Mar-
tin Alfonſo mi hijo ſin caré ſin hijo le-
gitimo heredero, &c. Porque afir-
ma, que en eſta Clauſula eſtan
puestos en condicion todos los
deſcendientes varones, y hem-
bras de Martin, primer llama-

do, por ſer las palabras de hijo, y
heredero comprehensivas de am-
bos ſexos, y que mediante eſto
nunca pudiera transitar la ſuc-
ceſſion a la linea de Fernando, ſin
estar evaquada, y extinguita la de
varones, y hembras de Martin, y
que eſto induce concepto claro
de la regulatidad, y de no eſtar
contemplada la agnacion: y ſe
opone a la ſegunda conjectura.

459. A que ſe responde, lo
primero, que en las expreſſadas
palabras condicionales de ſu mi-
ma, y propria ſignificacion, no ſe
comprehenden hembras, y ſi solo
los hijos, y deſcendientes varo-
nes agnados del Martin Alfonſo,
primer llamado; porque previ-
nien-

niendo en dicha Cláusula el caso de faltar en la referida linea de Martín , en que avia entrado la succession, persona que fuesse sucesible: y queriendo dar prvidencia para continuar la succession , passò à substituir à su hijo segundo Fernando, y su linea con las mismas condiciones de el primer llamamiento, y que así es preciso, que el defecto de los descendientes de quienes habla , sea , y se entienda de aquellos, que solamente pudieran ser sucesibles, y de aquellos de quienes (como tales) avia hablado: y siendo solamente los varones, no puede entenderse de otros descendientes, que los de este sexo , à los cuales se refiere lo indefinido de las veces hijo, y heredero, ex leg. A se todo , ff. de hæred. instit. Leg. Si ita scripsero ; ff. de cond. Et demonst. Dom. Castill. lib. 3. cap. 15. num. 38. Et lib. 4. cap. 43. per tot. Dom. Molin. lib. 3. cap. 7. num. 11. Tort. de Maiorat. 1. part. cap. 37. num. 123. Et cap. 39. à num. 33. Et part. 2. quæst. 51. num. 32. pues de esta forma , y de ninguna otra se haze consiguiente la expressada locucion , à la que avia llevado antes , en que solo hizo sucesibles à los varones de varones; queriendo que siempre sucediesen se varón , que huviesser nacido de otro varón , sin deixar hueco , ni lugar , en que pudiesse entrar alguna hembra; y que por consiguiente los comprehendidos en la condicional de dicha Cláusula son indispensablemente los mis-

738

mos comprendidos en la Cláusula dispositiva , y son vnos mismos los puestos en condiciones que en la disposición , ita in terminis Menoch. conf. 95. num. 79. Et 80. ibi: Atqui Laurentius Testator in institutione à se facta in suo Testamento solum masculos, tam natos , quam nascituros vocabit, ergo in conditione tacita , Et à lege subintellētia de solis masculis intellexisse præsumitur. Mantic. de Coniectar. ultim. volunt. lib. 11. tit. 14. num. 22. ibi : Quarta etiam coniectura potest deduci ex verbis Testamenti: nam si nomen filiorum simpliciter prolatum à Testatore in alia parte Testamenti fuit intellectum de masculis tantum, simili quoque modo hæc conditio, si decesserit sine filijs , de solis masculis debet intelligi ; quia una pars Testamenti aliam declarat, Et ex consuetudine loquendi ipsis Testatoris mens eius datur intelligi. Calanat. conf. 29. num. 59. ibi : Quia in præsenti substitutione activa solum fuerunt vocati descendentes masculi unde postea in conditione ad exclusionem substituti, solum debent censeri in conditione possiti ijdem descendentes masculi. Et conf. 38. num. 29.

460. Surd. conf. 564. n. 71. Et 8. ibi: Et ubi hæc sententia strupulum pateretur , is omnis resolvitur , qui illi liberi legitimi , Et naturales , qui in conditione possitis sunt illi met qui fuerunt vocati in praecedenti substitutione , nempe descendentes à filijs institutis ; quia Testator substituit in vicem filios, Et eorum liberos masculos , Et ipsis

sine liberis deficentibus, substituit agnatos, atque ita agit Testator semper de liberis, & descendantibus institutorum: at ubi Testator in aliqua parte Testamenti facit mentionem de filijs masculis vnius, & in alia dicit solum de filijs eiusdem, tunc simplex filiorum mentio intelligitur de masculis, non de feminis. Rota, apud Card. de Luc. post tract. de Fideicommiss. decis. 18.

num. 1. & 2. ibi: Quod cum Testator in parte dispositiva vocaberit filios, & descendentes masculos: eosdem censeatur etiam vocasse in parte conditionali, eo quia in illa intelligi debent repetitæ eadem personæ, de quibus loquitur pars dispositiva, & idem tenet decis. 28. num. 3. & decis. 29. num. 2.

461. Optimè Torre de Maiorat. 1. part. cap. 37. num. 111. ibi: Tertio loco, & quidem principaliter, moxior ex eo, quia cum literalis sit in parte dispositiva vocatio filiorum, & descendantium masculorum, subsequens mentio filiorum, & descendantium in parte conditionali, non potest intelligi, nisi de iisdem personis in parte dispositiva, honoratis, neque subintelligi possunt personæ aliæ, propter supra vocatas, ut latè, & doctè probat Benturin. dict. cons. 25. num. 73:: Et in terminis quod illi solum in conditione ad exclusionem substitutorum possiti, & successivè gravati censeantur, qui sunt supra dispositive vocati, ita quod si solum masculi descendentes ex masculis sunt vocati, ijdem & non alijs in conditio ne possiti censeantur, decidit:: Et

hauc sententiam constatissime semper tenuit Sac. Rot. Rom. Donde cita muchissimas decisiones, y prosigue arguyendo con dos circunstancias, que concurrian en el caso de que trata, que son aver excluido el Fundador à sus proprias hijas, y el estar en el segundo, y tercero llamamiento repetida la qualidad de masculinidad, ibi:

462. Quod fundamentum licet sit undeque fortissimum, tam in iure, quam in facto; attamen ex duabus circumstantijs magnum recipit robur, quarum prima est, quod Testator proprias exclusit filias cognitas, & dilectas à Fidei commisso per eum ordinato, unde eo magis censemur, excludere voluntate neptes remotores, & incognitas. Secunda circumstantia, & quidem efficacissima, ex eo quia in secundo substitutionis gradu apparent agnati vocati de eadem familia Testatoris, & eorum descendentes masculi, & semper repetita ista qualitas masculinitatis, ex quo arguitar Testatorem habuisse respectum ad conservationem suæ agnationis, quo casu etiam omnibus alijs exclusisse, de quibus supra, appellatione filiorum feminæ non comprehenduntur :: Et quando etiam ratio agnationis non esset habita, sufficeret ut sàpè sàpius de masculis fuisse facta mentio, & ista qualitas sàpius repetita, ad hoc ut conditio sine filijs, & descendantibus, de masculis deberet intelligi. Et num. 114. & 115. ibi: Quæ circumstantia eo fortius in praesenti apli-

aplicatur, in quo tam à parte ante, quam à parte post, legitur facta mentio masculinitatis, vnde non ex uno verso Testamenti ius dici oportet, sed ex antecedentibus, acque consequentibus, acque continentia, & scriptura Testamenti in omnibus eius partibus considerata, acque propensa est: Ex quibus videtur omnino dissoluta, acque de medio sublata ea, quae incontrarium supra pro fœminarum compræhensione fuerint ponderata: licet enim verum sit eas regulariter comprehendendi sub nomine filiorum, & descendientium, id tamen nulmodo procedit, quando vel ex coniecturis constat de contraria mente Testatoris, vel quando in parte dispositiva facta est mentio de masculis, & ipsi solum sunt vocati; si enim verba partis dispositivæ essent dubia, tunc forsitan eam interpretationem recipere possunt à dictis, & contentis in parte conditionali, sed quando prout in casu nostro verba in parte dispositiva sunt clara, pars conditionalis immediate subsequens, non potest intelligi nisi de personis in parte conditionali compræhensis, & vocatis, vel late supra fuit probatum.

Cuyas dos circunstancias ya queda demostrado, que concurren tambien en la Fundacion de este Mayorazgo, pues aunque el Fundador no excluyo expressamente á sus proprias hijas, no hizo mención de ellas en toda la serie de la Fundacion, aunque si la hizo en el instrumento de ella; y el no averla he-

cho para esta Fundacion, y si para otras cosas, importó formal exclusion, como queda probado en la quarta, y quinta Conjectura, y en el segundo, y tercero llamamiento de Fernando, y Diego, hijos segundo, y tercero de el Fundador, repitió la misma calidad de masculinidad; pues en el de Fernando dispuso, que fuese con las mismas condiciones, que en el primer llamamiento, ibi: Mando, que este Mayorazgo lo ayas y herede Fernando mi hijo, su hermano, con las mismas condiciones. Cuyas palabras se refieren precisamente á las de el primer llamamiento, en que los comprendidos en él fueron llamados con la calidad de varones; por lo qual esta se entiende repetida en el segundo. Dom. Molina dict. lib. 3. & cap. 5. num. 64. ibi: Quinto prædicta secunda opinio non prò cedit, quando verbo filijs, adiectum fuerit verbum supra scriptis, vel supra dictis, vel præfatis, vel aliud simile. Ex natura namque horum verborum qualitas masculinitatis in prima substitutione opposita, censemur in sequenti repetita. Et ibi DD. Add. ibi: Et hæc verba repetitiva, scilicet cum eisdem gravæ minibus, & conditionibus supra relatis, nullam constituant differenciam inter relatum, & referentem. Fussar. de Substitut. quæst. 403: num. 21. & 39. Casanat. conf. 47: num. 114. & conf. 53. per tot. D. Castill. lib. 5. cap. 117. num. 28: Gratian. Discept. Forens. cap. 37: num. 3. ex eis; & alijs Rola, dict. con-

consult. 69. num. 179. Torre de
Maiorat. 1. part. cap. 25. §. 23. per
tot. maximè num. 259.

464. Y aunque en el ex-
pressado segundo llamamiento
no huyera las referidas voces re-
petitivas, bastaria el que en el
primero, y tercero llamamiento
se requiriesset la expressada qual-
idad de varon, para que se enten-
diese repetida en el segundo, vt
ex Mieros de Maiorat. 2. part.
quæst. 6. num. 279. & 346. Dom.
Lara ea decis. 54. num. 8. Rosa dict.
consult. 69. num. 191. & 192. pro-
bat dict. Torre dict. §. 23. n. 261.
ibi: *Quinto præsumitur qualitas
repetita, quando in prima substitu-
tione fit mentio de masculis, non ve-
ro in secunda, in tertia vero sic; ea
de ratione, quod probatis extremis,
media præsumuntur.*

465. Y en el de Diego
disculo, que siempre corriesset la
succession de hijo en hijo varon,
ibi: *Assi que siempre sea de hijo en
hijo varon legitimo.* En que diò re-
gla perpetua para todos los com-
prehendidos en dicho llamamien-
to, Dom. Molin. dict. lib. 3. & cap.
8. num. 62. & ibi DD. Add. Dom.
Lara in Incompend. Vit. Hom. dict.
cap. 30. n. 78. Rosa dict. consult. 69.
ex num. 181. y no solo para los
comprehendidos en dicho llama-
miento, sino es tambien para los
de los antecedentes, por estar di-
cha Clausula à el fin de todos, y
de toda la disposicion, ex dictis
suprà num. 494. ex quibus, pa-
ce no puede dudarse, que los pue-
tos, à comprehendidos en lo con-

dicional de nuestra Clausula, son
los mismos varones, que antece-
dente mente en la dispositiva
quedaban llamados; y que por
consiguiente no se comprehen-
den, ni pueden comprehendere
las hembras en ella, como de con-
trario se pretende inferir, y mu-
cho menos si se atiende, à que las
citadas palabras condicionales,
verdaderamente, y hablando con
propiedad, no disponen, ni de-
terminan llamamiento, y solo lo
suponen: con que debiendo el
supuesto verificarle en los ante-
cedente mente llamados, y siendo
estos varones, como queda pro-
bado, es preciso entender, que
estos son solamente de quienes se
habla en lo condicional, especial-
mente teniendo la Clausula condi-
cional la palabra, y diccion E, co-
mo la condicion del segundo lla-
mamiento, para passar à el terce-
ro, la diccion, y palabra I, ibi: *E*
mando; y si el dicho, que en latin
corresponden à E, y son conjun-
tivas, Barbos. de Dictionib. dict. 1 10
ex num. 3. mediante las cuales se
vnen, y juntan dicha Clausula, y
las antecedentes, optimè ad rem
Torre dict. 1. part. & cap. 37. ex
num. 91. maximè num. 94. & 96:
cum Mantic. Petegrin. Gabtie l:
& varijs decisionibus Rotæ; ibi:
*Præcertim dum ista verba coniun-
ctiva, & adversativa non dispo-
nunt, seu determinant veram vo-
cationem, sed potius simpliciter su-
ponunt. Vnde supositum debet ve-
rificari in masculis antecedenter
expressis eodem modo, quo dicimus*

de

de adversativa conditione, quae per se ipsam non disponit, & tamen semper intelligantur in sequenti conditione possit & eadem met persone, & cum iisdem qualitatibus, pro ut in antecedenti dispositione.

nos 466. Y si se replicare, que si en la dicha Cláusula condicional se entendiesen solo comprendidos los antecedentesmente en la dispositiva llamados, resultaria quedat sin llamamiento los varones agnados de la linea de Martin, primero llamado, descendiente de los primogenitores, que huiessen fallecido en vista de sus padres, y que avian quedado excluidos por los Tios, hermanos de los tales premuertos primogenitores, y no podrian entrar en la sucession los que assi avian quedado postergados por la exclusion de la representacion, y sucederia la linea de Fernando, hijo segundo del Fundador, y por consiguiente quedaria preferida la segunda linea à la primogenitura, siendo ésta la predilecta, lo que se podia llamar absurdo.

467. Se satisface, lo uno, con q todos los varones agnados descendientes de Martin, primero llamado, tienen llamamiento en las Cláusulas tanto en la primera, como en la final, assi que siempre vaya de fijo en fijo mayor varon legitimo; lo que prueba la Cláusula segunda de dicho primero llamado, ibi: *I si el primero falleciere.* Pues les pone en condicio, y que no quedaron los assi postergados con perpetua, y absoluta exclusio,

y si solo temporal, y limitada à los hermanos varones del primogenito premuerto, que solo dice una formal prelacion de los tales hermanos, imbebriendo à el mismo tiempo la condicion de si los huiessen; de tal suerte, que si esta no se verificasse por el defecto de ellos, y huiessen hijos varones de el primogenito premuerto, sin disputa alguna sucederian estos, y aunque huiessen los tales hermanos, y fuesen preferidos, acabadas, y extintas sus lineas, entrarian los de la linea del primogenito premuerto, que asi avian quedado postergados, por aver cesado la causa de su exclusion, ex regula tradita à D. Molin. lib. 1. cap. 6. n. 22. & ibi cum plurim. & inter eos Mieres, & D. Castill. DD. Add. ibi: *Linea semel exclusa non remanet perpetuo exclusa, sed temporaliter suspensa, donec causa extet exclusionis: qua vero cessante, iure post limini ad sucessionem reintegratur.* Dotide in fin: vers. Ceterum, deponen de practica en los Mayorazgos de España; lo que se confirma, ex eo, de que en este caso falta la razon, y causa final de la exclusion de la representacion, qual fue, como dexamos dicho, la mayor edad del Tio en lo regular, y la mayor capacidad, pues nullius entis, nullae sunt qualitates, y cesando dicha causa, cessa precisamente la disposicion de la exclusion, ex leg. Si Pater, ff. de hered. instit. & ex alijs Barbos. axiom. 40. à num. 4. ubi plures, por cuyo fundamento

defienden algunos AA. que si
acaeciese el caso, que el nieto,
hijo de el primogenito predece-
sor, fuese mayor en edad, que el
Tio, no seria este entonces prefe-
rido, y sucederia el sobrino, vt
cum Alex. & alijs tenet Feloag.
Enchirid. Iuris dict. quæst. 20. à
num. 25. por contemplar en este
caso ex verosimili mente Testatoris
admitida, y no excluida la repre-
sentacion, y que asi no se verifi-
ca, el que se pueda preferir la li-
nea de Fernando à los agnados
de la de Martin, que quedassen
postergadas.

468. Y lo otro, que quando
asi no se comprehendiesse, no
por ello se seguiria dicho absur-
do; porque siendo los llamados
hijos del Fundador, y los de sus
lineas todos descendientes de él,
si lo quiso hacer le fue permitido,
dict. leg. Cam ita legatur, §. In fi-
deicommissio, ff. de legat. 2. ibi: Nisi
specialiter defunctus ad ulteriores
suam voluntatem extenderit. Cum
concordantibus, y finalmente se
satisface, con que aunque les fal-
tasse el referido llamamiento, tu-
vieran el que resulta de ser este
Mayorazgo perpetuo, y ser pre-
ciso, el que despues de acabados
todos los que tienen especial lla-
mamiento, y sus lineas, entran los
*que hubiesen quedado omitti-
dos, y aun los exclusos, vt Maior-
azatus perpetuati consultum, sit*
ad tradita per Dom. Gregor. Lop.
in leg. 3. tit. 13. part. 6. Gloss. 2.
*verb. *Mujeres*, quæst. 4. vers.*
Quid autem. Dom. Castill. lib. 2.

cap. 22. num. 60. & seqq. cum
Mieres, & alijs.

469. Secundo se respon-
de, que la palabra hijo de la refe-
rida Cláusula condicional, no
puede comprender en el caso
presente à las hembras, por razon
del disertativo modo, con que las
trató el Fundador en el todo de
la disposicion de su Testamento;
pues de las proprias hijas hablò
especifica, ó individualmente,
nombrandolas por sus proprios
nombres para dotarlas, e instituir
las herederas; y en las Fundacio-
nes de los otros dos Mayorazgos
hablò de las demás apelativa, y
genericamente con el nombre de
hijas, distinguiendolas de los hi-
jos, como le manifiesta de las
Cláusulas, (Memor. num. 15.) ibi:
O sus hijos, ó hijas. La qual distinc-
tion repitiò para el todo de la
disposicion de su Testamento en
la ultima Cláusula, (Mem. n. 20.)
ibi: *E mando, e defiendo firmemen-*
te à los dichos mis hijos, e hijas, que
tengan, e guarden, e cumplan, y
ayan por firme todo quanto dicho
es, que yo aqui mando, e que no va-
yran, ni pasen contra ello, ni contra
parte de ello, por lo remover, ó des-
hacer. Passando à imponerles
penas à los que contraviniesen:
y quando de esta forma hablan,
y disponen los Fundadores, en el
nombre de hijo, no se compre-
hende la hija. Dom. Molin. *dict.*
lib. 3. & cap. 5. num. 55. & ibi DD.
Add. cum plurimis Menoch. cons.
926. num. 54. & cons. 472. num. 7.
ibi: *Tertio comprobantur predicta,*
quia

quia quando Testator differentiam constituit inter masculos, & fœminas, sicuti in nostro casu factum est, masculinum non cōtinet fœminum: est ergo dicendum, quod illa verba absque filijs, non comprehendunt fœminas, sed masculos tantum. Fus. de Subst. dict. quest. 402. num. 115. ibi: Limitatur decimo-sexto, quando Testator constituit differentiam inter masculos, & fœminas, ita ut separatim vtriusque sexus sit facta mentio, quia tunc substitutus non excluderetur. Y antes lo avia fundado tambien à num. 6. y de lo contrario fuera oponerse à lo claro, y expreso de la voluntad de el Fundador, que tan literal, y evidente aparece de las expressadas Cláululas, en que tantas veces manifestó, que en la palabra *hijos* no comprendia las hijas, puesto que las demonstraba con la palabra *hijas*, significativa de solo su sexo.

470. Y que lo mismo sucede con la palabra *heredero*, por estar unida con la de *legitimo*, mediante la qual no comprehende la hembra, y se limita à los varones agnados, ex dict. supra in conjectura 3. num. 421. & quæ tradon. Mier. de Maiorat. 2. part. quest. 6. num. 20. ibi: Nec omito in materia presentis questionis, quod legitimus hæres dicitur agnatus, & num. 417. & 420. Garcia de Nobilit. in Divis. Oper. num. 38. ibi: Idem respondendum est circa statutum disponens de legitimis hæreditibus, ut ex subiecta materia, de qua agitur eorum nomine intelli-

gantur masculi tantum, & cum natura Maioratus sit, eaque genuinas, & naturalis, vt agnationem, & familiam conservet. D. Castill. lib. 5. Controvers. cap. 93. §. 16. num. 308

471. Tertio se responde, con que, ó la parte de la señora Condesa quiere probar con la referida Cláusula códicional, el que las hembras tienen llamamiento en las antecedentes, para él, y para su hijo mayor varón legitimo heredero, que de él naciere. E si el primero falleciere, que siempre finque à el otro su hermano varón mayor legitimo, assi que siempre vaya de hijo en hijo varón mayor legitimos, segun vn traslado: y segun los otros dos de hijo en hijo mayor legitimo, y suponer las comprendidas en los llamamientos de las citadas anteriores Cláusulas, ó quiere persuadir, que despues de acabados los varones comprendidos en ellas, tienen llamamiento las hembras, que quedassen de los tales varones descendientes de el primer llamado: Si lo primero, ni es capaz, ni compatible con la exclusion de la representacion, que no puede impugnar, por tenerla à su favor executoriada, como dexamos fundado à n. 379. por las eficaces, y juridicas razones, que alli expressamos, y por las que se contienen en la Conjectura 9. à num. 434. porque ésta precisso, que se supusiesen llamadas en su lugar, y grado, segun la forma de la succession regular, la que no permite la expressada exclusion de la representacion. Y

Ello segundo , le obstará , así la razon de la referida exclusion , como los fundamentos de la primera respuesta dada à esta Objecion , que prueban la repeticion de la qualidad , así por averla apetecido el Fundador en los llamamientos antecedentes , y linea del primer llamado , como en las substituciones siguientes del hijo segundo , y tercero , despues de la expressada Clausula condicional , y presumir se repetida en el llamamiento intermedio .

472. Y quando no le obstaran , no por ello pudiera hazer competencia à esta Parte en la succession de este Mayorazgo , porque solo pudiera ser preferida à la linea de Fernando , en quien se haze el siguiente llamamiento , haciendo que faltasse la condicion , è impiendiendole la entrada en la succession ; pero no à esta Parte , que no desciende de aquella linea , y que se halla , como la señora Condessa , en la del primer llamado , aviendo en esta apetecido la qualidad de masculinidad , así por razon de esta , que falta en la señora Condessa , como por no aver llegado el figurado caso de su llamamiento , pues suponiendole despues de todos los varones , para que llegue , es indispensable el que falten todos .

473. Ni tampoco pudie-

ra obstar para el concepto de agnacion en la linea de Martin , primero llamado , el que las hembras de los varones della tuviessen este llamamiento despues de todos ellos , así porque siendo posterior , no les impidiera ni embarrasara su succession , como por ser constante poderse dar agnacion limitada à ciertos grados , lineas , y personas , como es resolucion comun de todos , vt ex D. Molin . dict . lib . 3 . cap . 5 . num . 50 . Surd . Casanat . Dom . Lar . D . Castillo , Fussar . Menoch . & plurimis alijs tenent Roxas de Incompatib . dict . part . 1 . cap . 6 . num . 307 . & 308 . Torre de Maiorat . 1 . part . cap . 38 & à num . 17 . Peg . de Maiorat . tom . 2 . cap . 14 . num . 6 . por no tener esto repugnancia , ni contradicion alguna , vt asserit Roxas dict . n . 308 . y por estar tan claro , y manifiesto , el que el Fundador la apeteció en la expressada linea de Martin , como se manifiesta de aver llamado hasta la dicha Clausula condicional solamente los varones , y el averlos llamado por via de regla , y perpetuamente , y con la qualidad , y circunstancia de aver de ser varones de varones , como dexamos fundado à num . 401 . & in prima coniectura à num . 413 . ex quibus omnibus , resulta quedat en el todo desvanecida esta quinta Objecion .

OBJECCION VI:

474. El Relator (Memor . Y . no . 23 .) dice , que

parece de todos los traslados , que ay de la Executoria de Mil , y qui-

nien-

Alonso Fernandez, (5) ibi: *Ay sobre escrito, o dice varon, e o dice Codicilos, y ay raito, y enmendado, o dice Palomilla.* Alfonso Fernandez (que es el Testador) Yo Garcia Fernandez, Escrivano Publico de la muy Noble Ciudad de Cordova, so testigo, y sobre escrito, o dice bienes. Y prosiguen firmando otros dos Escrivanos, como testigos, y luego el principal ante quien se dispuso, y otorgo el Testamento. De lo qual se reconoce, que quando llegaron a firmar los testigos, ya se avia corregido el Testamento por el Fundador, y Escrivano ante quien lo dispuso, y se avia entretenglonado la palabra *varon*; y que aviendo el primero testigo, para firmar como tal, leido el Testamento, hallo menos la palabra *bienes*, y se la añadio, y entretenglono de su letra, y por esso lo anotò a el tiempo de su firma. Y alsi tanto dista de que tenga lugar la objencion, que se quiera hacer, y el que dello se pueda sacar argumento contra la agnacion, quanto se corroborara mas, y mas el concepto de ella, con el entretenglonado, y salvado de dicha palabra *varon*, pues se manifiesta el gran cuidado, que llevaba el Fundador con su varonia, y que no usaba acaso, ni por la comun frequencia de la dicha palabra, y si con gran reflexion, y conocimiento de lo que comprehendia en ella, pues no quiso dispensar su omission.

475 Y de esto se deduce tambien, para extension de lo q[ue] q[ue]

nientas, que en el Testamento original de el Adelantado (5) ay vna palabra sobre escrita entre renglones, que dice *varon*, y otras distintas, y que vno de los Escrivanos testigos, que firman dicho Testamento, dice, que sobre escriviò, o entre renglonò vna de las dichas palabras; y sienta el Relator no es la que dice *varon*, y luego afirma, que dicha palabra en ninguno de los traslados se salva; lo qual dio motivo a que alguno de los Abogados contrarios, a el tiempo de la relacion, diesse a entender se deducia de ello argumento contra la agnacion, por dezir, que no estando salvada la refetida palabra *varon*, si esta perteneciese a el primer llamamiento, que es el de Martin Alfonso, (7) y su linea, en que se hallan ambos litigantes, no avia en que se pudiesse fundar la agnacion: y por si acaso por escrito en su Informe le insistiere en ello, poniendolo por objecion, nos es preciso satisfacerla, y lo ejecutamos con toda la verdad de el hecho, que esta es, el que la palabra *varon*, que se halla entre renglonada està salvada en todos los traslados, y que el Relator padecio equivocacion, y dixo lo referido sin reflexion alguna, pues a el num. 24, siguiente donde està la Clausula del Testamento de dicho otorgamiento, consta lo contrario de lo mismo, que sentio en el numero antecedente, y que se salvò despues de la fecha, y antes de la firma de el Testador

que diximos en las respuestas dadas à la tercera Objección supra num. 452, que la dicha palabra varon entreteenglonada, pertenece à la Clausula final de el primer llamamiento, y que esta ha de decir, *así que siempre vaya de fijo en fijo varon mayor legitimo*; y que la diversidad, que ay en los dos traslados sacados de la Executoria de Mil, y quinientas (porque el otro inserto en la de Tenuta, se sacò del uno de ellos) provino de hallarse el Testamento inserto en ella con el entretenglonado, como lo estava el original, y de averse sacado en el primer traslado la referida palabra seguida en el lugar, que le correspondia, y que en el segundo se omitio, por averlele passado à el que sacò la copia; pues no es presumible, que quien tanto cuidado puso con la referida palabra, y quien la expreso en todas las demás Clausulas, la omitiese en la final del primer

llamamiento citada, y mucho menos quando si no se expresasse, era preciso entenderla repetida, como dexamos fundado en dicha tercera Objección, por ser evidente, que con la expression de ella quedaba mas clara la Clausula. De lo qual es razon convincente, el que si en dicha Clausula final no se huviesse de comprender la citada palabra varon, ó ya expressa, ó ya subintelecta, y repetida, no havia falta en las Clausulas antecedentes; y por consiguiente no era necessario, el que se entretenglonasse: con que el averlo hecho manifiesta, no solo la necesidad, y precision de dicha palabra en el concepto del Fundador, por el en que iba de la agnacion, que dexaba dispuesta, sino es tambien el que pertenece à la referida ultima Clausula, pues ni se puede aplicar à otra, ni puede darle otro motivo para tanto cuidado.

OBJECCION VII.

476. R Econociendose por parte de la señora Condesa ser innegable el concepto de agnacion, y el que la apetecio el Adelantado, (5) y que no es posible ofuscarle, ni cōfundirle, por mas que subtilice el discurso, recurre à otro medio, q̄ es el de-
cir, que de la misma Clausula del primer llamamiento consta, q̄ avia ya Mayorazgo, porq̄ dicho Adelantado dice, que Martin (3) su Padre lo avia fundado de los mas de los bienes, que comprendio

en la Fundacion, ibi: *E mandole todo esto con aquellas condiciones de Mayorazgo, que el dicho mi Padre Martin Alfonso, que Dios perdone, lo dexò à mi.* Y que por consiguiente no se debe tener por Fundacion la del Adelantado (5) por lo tocante à los bienes, que avia avido de su Padre; por no averla podido hazer de bienes, que adquirio con la qualidad de vinculados, y que solo se debe tener por Fundacion la del citado Martin, (3) y solo por ella se de-

debe gobernlar la successiōn; y que presumiendose esta regular conforme à la naturaleza de los Mayorazgos de estos Reynos, mientras no se pruebe lo contrario, se excluye sin disputa la agnacion, y por consiguiente han debido suceder las hembras de mejor linea, y ser preferidas à los varones agnados más remotos, y de las líneas inferiores, inflexas, y transversales; y que aunque tambien dicho Adelantado (5) incluyó la Villa de Alcaudete, y otros bienes, que poseía libres, y que dixo aver adquirido por si, no pudo subsistir la vinculacion de ellos, sin el consentimiento de su hijo Martin Alfonso, (7) y que este despues en su Testamento le hizo llamamientos regulares, y que los pudo hazer por averse de regular Fundador mediante su consentimiento. Y que quando subsistiera la referida vinculaciō, vendria à ser agregacion, e incorporacion à el Mayorazgo de Martin, (3) y deberia gobernarse por las reglas de él.

477. De esta Objecion ya nos fizimos cargo en el primer Punto à numer. 205. en la controversia de instrumentos, y de la comprensiōn de las sentencias de Mil, y quinientas, y de las antecedentes de esta Chancilleria, y se le dió plena satisfaccion desde el num. 209. y demas de ello se desvanece tambien de lo que dexamos fundado en el segundo Punto à num. 379. y no puede oponerla la señora Con-

dela, por estarle obstando la citada sentencia de Mil, y quinientas, y la excepcion de cosa juzgada de ella, à que no se puede oponer por los fundamentos, y razones, que quedan ponderados à n. 147. (6) 381. porque en la referida sentencia de Mil, y quinientas, ó ya porque se contempló, que la Fundación de el Adelantado (5) en la referencia, que haze à la de su Padre Martin, (3) no provaba la certeza de esta, como se pondrò à dist. num. 209. ó ya porque se tuvo presente, que ella no obstante, el citado Adelantado pudo disponer de los bienes, y hacer Vinculo de ellos, como se perlustra à num. 222. ó ya porque se tuvo en consideración la practica, y observancia de la successioni, y que esta se avia gobernado siempre por la Fundación de el Adelantado, (5) como se fundo *suprà* num. 56. y que se avia radicado en ella costumbre legitimamente prescripta, como se convene à num. 76. por tan dilatado tiempo como avia pasado, y por tan multiplicadas sucesiones como avia avido, en que siempre los sucesores de el Mayorazgo de dicho Adelantado (5) obtuvieron, y poseyeron todos los bienes, ó como propios de él, ó como unidos, y que por ello no se podian dividir, como en semejante caso se dice, apud *Pegas de Maiorat*. tom. 2. cap. 9. n. 254. en el voto, y resolucion de uno de los Juezes del pleyto, de que alli se trata, ibi: *Ad sextum etiam adamussim respondet*

doctissimus Patronus omnia complebens, & radicitus expendens, vt nullo pacto dubitari valeat, prædiū de Valdefobrados, aut Majoratum alium non esse, aut ita vnitum ex antiquitate temporis multiplicatis plurimis successionibus in successore de Oliveira, vt nullatenus dividi quæat, & de utroque idem iudicandum esse. Cuyos fundamentos refiere à num. 282.

478. Y porque no se dudó, que dicho Adelantado, (5) por ser castrados todos los bienes, que a via adquirido, así por donaciones de el Señor Rey Don Juan el Primero, que le donó la dicha Villa de Alcaudete, y de otros Señores Reyes, como de algunos particulares, en contemplacion de la Milicia, en que siempre se exercitó, y por causa della podia disponer de ellos libremente, y hacer vinculacion, y Mayorazgo, sin que lo pudiesen impedir sus hijos, ex dictis supr. à num. 241. por ser esto constante, è incontrovertible tan iure Digestorum, quam iure Codicis, ex leg. Si Instituta, §. De inofficio, & leg. Papinianus, §. Papinianus, ff. de inoffic. Testamento. Leg. ultim. C. eodem. Leg. De inofficiis. C. de testam. milit. y porque aunque entre los AA. es muy controvertible, si esto se immitió por la Novella 115. vt cum de appellat. §. Atiad quoque, y por ella se les quitó dicha libertad, defendiendo uno la negativa, como fueron Immol. Rom. Jass. & Vigilius, quos refiri Dom. Covarrub. de

Testam. cap. 9. num. 8. & tenet Fachin. Controvers. lib. 6. cap. 74. vbi vt assollet totis viribus defendit, quam etiam sequitur D. Gregor. in leg. 6. tit. 17. part. 4. Gloss. 8. in fin. citatus suprà n. 245. y otros la afirmativa, como son Bart. Paul. Alexand. y otros que refiere Dom. Covarr. dict. cap. 9. num. 9. ipse Dom. Covarrub. vbi proxime, aunque sub dubio, quos sequitur Dom. Valent. Illustrum ad tit. de liber. & posthum. cap. 2. ex num. 16. & Dom. Retes Opusc. culor. lib. 5. cap. 3. ex num. 20. en estos Reynos se observó la negativa, y se practicó, y aprobo la disposicion, C. & ff. como se prueba de la Ley del Estilo 234. citada suprà num. 242. que no tiene duda estuvo en observancia como todas las demás de dicho libro (quidquid fuerit poste) en el tiempo de los Señores Reyes Don Alonso el Sabio, Don Sancho su hijo, y Don Fernando Quatto su nieto, como se afirma in principio dicti libri, y mucho tiempo despues, vt tenet Didacus Perez in Proemio Ordinam. in 7. quest & Burgos de Paz in leg. 1. Taur. num. 291. ibi: Secunda ratio deficit etiam, quia & si non diffiteamur leges, dicti libri etiam fuisse quemdam Stillum Regum: Seu eas ex ussu, & communis observantia originem duxisse. Y lo afirma el milmo Adelantado (5) del tiempo en que testo, o ya porque todos sus hijos consintieron en su disposicion, cumpliendo con lo que les mandó en la Clausula 6.

y 9. (Menor. num. 17. y 20.) como se manifiesta, de que siendo tantos, no ay reclamacion de alguno, porque no admite duda lo pudieron hazer ; Dom. Molin. lib. 2. cap. 3. num. 7. & ibi DD. A Adent. Pater Molin. de Iustit. disput. 579. num. 37. ex eis, & alijs Barbol. dict. voc. 7. in fin. & quos citavimus supr. num. 224. ò ya por todo junto, se declarò la succession de todos los dichos bienes à favor de la linea de la señora Condesa, y de Don Martin Alfonso (14) su ascendiente, con exclusion de la primogenita, derivada de Doña Alfonso (13) su hermano mayor, por el unico fundamento, que queda ponderado de la exclusion de la representacion.

479. Mediante el qual, por el proprio hecho se declarò por unica la Fundacion de dicho Adelantado, (5) y por tan unidos los bienes, que no se podian separar de los que dicho Adelantado vinculò, por no avet otra de que se pudiesse hacer dicha exclusion, como latamente se fundò à dict. num. 379. pues aunque así no se expresse en dicha sentencia, de necesidad se comprehende en ella, por ser presupuesto preciso, è indispensible, sin el qual no podia obtener la linea de la señora Condesa ; pues quando los presupuestos vienen por antecedente necesario, ò necessaria consecuencia, les comprehenderà la sentencia, y haze cosa juzgada en ellos, Dom. Castill. lib. 5. Contro-

versi cap. 83. Dom. Salgad. de Regia, 4. part. cap. 9. à num. 21. & 3. part. Labyr. cap. 1. à num. 72. y de lo contrario fuera injusta la dicha sentencia, lo que no podrá afirmar la señora Condesa, ex dictis suprà num. 380. & seqq. ni otro alguno, porque las sentencias siempre se presumen justas, ut diximus suprà num. 146. y tanto mas, quanto mayor es el Tribunal, que las pronuncia. Franquis, decis. 6 t. num. 20. ibi : Quia postquam sententia per Sacrum Consilium lata transitum fecit in rem iudicatam, sique sententia eximij Tribunalis, presumitur probata, quod iusta fuerit, leg. Herennius, §. Caia, ff. de Evictionib. immo maior est presumptio, quanto quis est maior iudex, leg. 1. ff. de officio Praefect. Praet.

480. Con que siendo unico el Mayorazgo, y unica la Fundacion de el Adelantado, (5) es indisputable el que se aya de diferir por ella la succession : y resultando asimismo de lo hasta aqui ponderado, que segun ella es de agnaticia calidad, parece se convenga, quan sin fundamento litiga la señora Condesa, y el que sin alguno juridico han retenido los bienes sus Antores desde la muerte del Conde Don Francisco (32) su quinto Abuelo, y que no han tenido otro alguno, mas que la precaucion, ò por mejor decir malicia, con que obrò el referido Conde D. Francisco, haciendo picar las letras, que estavan en los marmoles del

Castillo de Montemayor, y dezian ser el Mayorazgo de agnacion, que no ay duda la probaban por ser tan antiguas, ex traditis à Mescal. conclus. 3.22. à num. 5. Thaluc lit. S. conclus. 84. per tot. Dom. Lara de Annivers. lib. 3. cap. 25. num. 33. Hietonim. de Monse de Fmib. Regund. cap. 63. num. 2. obtando contra su propria confession, pues repetidas veces avia manifestado ser el Mayorazgo de la expressada qualidad, y que le tocaba à su sobrino Don Alonso, (38) y por esta causa quiso casar con él à la dicha Doña Ana Monica su nieta, como se prueba de las Probanças, y justificaciones hechas en el Pleyto de Tenuta, (Memor. à n. 55. & à num. 318.) la qual confession aviendido sido tan repetida, y ge-

niada provaba tambien la dicha qualidad. Gutierrez de Iurament. part. 1. cap. 54. num. 6. Gómez 2. Varias. cap. 11. num. 6. ex leg. Cum scimus, C. de agricol. & cens. & ibi cum multis Ayllón, y renunciando el Mayorazgo à favor de su hija Doña Antonia, (37) para que la vacante la hallasse en possession, y se hiziese por esto dudosa la pretension del sobrino en el Juicio de Tenuta, como con efecto lo consiguió; porque en él con qualquiera duda de hecho, ó de derecho siempre se determina à favor de aquél à quien alsiste la regla, ex traditis à Dom. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 4. Dom. Castill. lib. 3. cap. 24. num. 39. & lib. 5. cap. 29. num. 35. & cap. 43. §. Vnic. num. 3. D. Vela differt. 49. num. 53.

OBJECCION VIII:

481. **T**ambien podrá ser se haga de contrario otra Objecion, diciendo, que los instrumentos de las que llama Fundaciones, se mandaron por el Consejo insertar en su Executoria de Tenuta, y con efecto se insertaron; y que por ello quedaron aprobados; pero esto se desvanece, de que como consta en el Memorial num. 145. y siguiente la

insertion se mandó hazer con la qualidad, y circunstancia, de que no fuese visto darse à los dichos instrumentos mas fee de la que ellos tuviessen, y mereciesen; con que no se les dió aprobacion alguna, y quedó preservado el derecho à las Partes, como antes lo tenían, ex traditis à Roxas, part. 5. cap. 5. à num. 3. & ibi Aquila.

OBJECCION IX:

482. **V**iendo la parte de la señora Condesa, que por todos medios se le deva-

ncie su defensa, pretendió embarrasar la prosecucion de el pleyto con los multiplicados articulos,

que

que constan de el Memorial, y entre ellos fue el dezir, que falta de el pleyto (como es así) la Pieza, en que dice estavan los Testamentos de los de las (1.y 3) y el de Martin, (7) y Alfonso, (11) y otros diferentes instrumentos, y que esta Parte debia poner con dicho pleyto la referida Pieza, y era de su obligacion el hazerlo, y que hasta tanto que lo executasse, no tenia obligacion a contestar el Juicio, formando en toda forma articulo sobre ello. Y aviendosele respondido, y justificado esta Parte, que quando tomò la primera vez el Pleyto no se le entregò la dicha Pieza, ni estava ya con el pleyto, y determinadoscse el referido articulo, declarando no aves lugar lo pedido por parte de la señora Condesa, y mandadoscse que respondiesse de rechaminete a la demanda dentro de ocho dias, aviendola por contestada passado dicho termino, por Auto despachado sin embargo de suplicacion (Memor. num. 823.) contestò la demanda, insistiendo todavia, en que le mande, que esta Parte presente la citada Pieza antes de passar a la vista, y determinacion, repitiendo la excepcion en fuerza de peremptoria, que dirà le es licito, ex leg. *Transacta, ff. de verb. sign.* vt cum multis probant DD. Add. ad Dom. Molin. lib. 4. cap. 9. num. 40. vers. In qua. Dom. Larr. decis. 40. num. 16. pero esta Objecion, aunque de contrario se repite en su Informe, nada le podrá

aprovechar, & rejicitur ex eo, de que los dichos AA. y demás, que por ellos se citan, hablan en los terminos, de que opuesta la excepcion por dilatoria, por requerir mayor conocimiento de causa, ó ser dudosa, se mandò sin embargo de ella responder, en lo qual es visto reservarla *ad merita causa*, y por esto se puede oponer como peremptoria; pero quando aviendose opuesto, principalmente se conoció, y tratò de los meritos de la excepcion, y estos resultan de los Autos, y con conocimiento de ellos se desprecio la dicha excepcion dilatoria, y se mandò responder, entonces quedò en el todo, y absolutamente vencida dicha excepcion, sin reserva alguna, y obrò cosa juzgada, y de ninguna forma se puede repetir en fuerza de peremptoria, ita ex Bald. & alijs Anton. Gabriel lib. 2. tit. de Except. conclus. 2. n. 5. & à num. 14. Dom. Larr. dict. decis. 40. num. 81. ibi: *Verum tamen id procedit, quoties non est plenè de causa dilatoria exceptionis discussum, ita ut, quod requirit altiorem indaginem, ad definitivam sententiam referatur; quando vero nihil aliud ad merita causa principalis remitti potest, aut procedere debuit omnino plena discussio, ad hoc ut lis ulterius progreedi possit, tunc certum est exceptionem ut dilatoriā reiectam amplius non posse, ut peremptoriam opponi, & ita explicandum ego censui, & distinguendum, quando denuo aliquod iudicium intenditur.* Que es lo que su-

sucedio en el caso presente, porque la misma justificacion, que hubo para el articulo, es la que ay oy sin novedad alguna, y esta Parte justifico, como queda referido, que nunca tomò la dicha Pieza, ni parò en su poder sy no solo esto, si no es que el Escrivano de Camara certifico (Memor. dict. num. 823.) que desde el año de 1711. en que entrò à exercer

su Oficio, no avia visto la referida Pieza; con que mal se le pudo nunca hacer cargo à esta Parte de ella, aunque los instrumentos, que contenia contuviesen la eficacia, que de contrario se pretende, y mucho menos no teniendo alguna, como contra cada uno de ellos queda ponderado

en el primer Punto.

(*†*)

OBJECCION X.

483. D esengañada tambien la parte de la señora Condesa, de que tampoco por el medio de la Objecion antecedente podia clidir, ni aun suspender el claro derecho de esta Parte, eligio por ultimo assylo el de contradecirle, y objectarle la filiacion, executandolo despues de concluso el pleito, (Memor. num. 1290) pareciendole, que siendo preciso à qualquiera, que pretenda successione de Mayorazgo probar tres cosas: la primera tener llamamiento; la segunda, que le assista la qualidad, con que está formado; y la tercera, que aya llegado el caso de él, ex dicta lego Cum ita legatur, alias omnia 32. §. In fideicomisso, ff. de legat. 2. ibi: Qui nominati sunt. Leg. 1. C. quor. bonorum, ibi: Non aliter possessio constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, & ad hereditatem, vel bonorum possessionem admissum provaberis. Leg. Si ita quis 21. ff. de vulg. ibi: Non enim videtur in huic casum substitutus. Di. Larr.

decis. 33. num. 33. Dom. Solorz. de Jur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 19: num. 3. Pegas de Maiorat. tom. 2. cap. 10. num. 1. Si le faltasse la prueba de la filiacion, se hallaria sin llamamiento, y por consiguiente sin derecho para la successione, pues le faltaria la voluntad, sin la qual ninguno lo puede tener, leg. Illis libertis, ff. de condit. & demonstrat.

484. Pero hallandola tan justificada, como resulta de los Autos, con multiplicados instrumentos en cada uno de los grados, como nota el Relator, (Memor. num. 476. y 975.) solo dirigió su oposicion, y reparos à dos grados, los ultimos para entroucar con la Casa de Montemayor, que son el de Fernan Perez de Ayala y Montemayor, (17) y Doña Isabel de Padilla su muger, y el de Don Juan Ponç de Leon, y Doña Beatrix de Cordova y las Infantas su muger, (21) quartos, y quintos Abuelos de esta Parte: y sin embargo de que estos dos

gra.

grados están tan justificados como los demás, y con tan relevante prueba, que pudiera persuadirnos à no hazer caso de la Objecion, por las circunstancias de el pleito, y de las Partes: y por no dar lugar à que el mismo desprecie ocasione duda, y à que parezca, que se le dexa consentida, especialmente no aviendosele respondido en los alegatos, nos es preciso hazernos cargo de ella.

485. Y para ello es de suponer, que para la prueba de estos dos grados se valió esta Parte de las Probanças de instrumentos, y testigos hechas por D. Juan Fernandez de Cordova, (39) así en el Juicio de Tenuta, como en este de Propriedad, (Memorial num. à 669. & 976.) y que la que hizo de testigos el D. Juan, (39) como allí se nota, se reduxo à articulat, que el referido Fernan Perez de Montemayor (17) fue hijo legitimo de los de la (11) Señores de Alcaudete, en que los testigos se remitieron à instrumentos, como assimismo, que el Fernan Perez estuvo casado con Doña Isabel de Padilla, y que tuvieron por sus hijos à Don Alonso, y Don Juan, (20. y 21.) y así lo depusieron los testigos de oydas à sus Padres, y Abuelos, y tambien de publico, y notorio: y los instrumentos, que presentó el Don Juan (39) para dichos dos grados constan, (Memor.n.437) y son, el Testametito de Juan Ponç de Leon, (21) en 3. de Diciembre de 1535. en que declara por sus hijos legítimos, y de

Doña Beatriz de Cordova su mujer à los de las (24. y 25.) que no le niega de contrario; y refiere assimismo ser hijo legitimo de Hernan Perez de Montemayor, (17) Cavallero del Orden de Santiago, Veintiquatro de Cordova, y se mandó enterrar en la Bobeda de los Señores de Montemayor, de donde el Testador venia, y en la que estaba enterrado el Fernan Perez de Montemayor su Padre: y otro el Testamento de la Doña Beatriz de Cordova y las Insantas, viuda del Juan Ponç, en que instituye à los mismos hijos: y otro el Testamento de D. Andries (24) en que refiere los dichos sus Padres, (21) los Abuelos, y Vascuelos.

486. Otro fue vna Escritura otorgada en Cordova, en 5. de Septiembre de 501. entre el Fernan Perez de Montemayor, y sus dos hijos Alonso, (20) y el referido Juan Ponç, (21) y el Fernan Perez dice ser hijo de Alfonso Fernandez, (11) Señor de Alcaudete, y Montemayor, y no tiene firma de los otorgantes, ni mas testigos, que dos Escrivanos, que son los que la autorizan.

487. Otro el Testamento, que otorgó el Fernan Perez, (17) Comendador de la Orden de Santiago, y Veintiquattro de Cordova, en la Villa de Montoro à 20. de Mayo de 507. en que declara ser hijo de dicho Don Alonso Fernandez, (11) Señor de Alcaudete, y Montemayor, y en él declara por sus hijos à los refe-

ridos Alonso Fernandez, y Juan Ponce, (20. y 21.) y haze mención de la clausula antecedente, y tiene cinco testigos; la firma del Testador, y de uno de los testigos, y està dada la copia por Alonso Ruiz, Escrivano ante quien se otorgó.

488. Otro fue yn Codicilo, que otorgò el mismo Fernan Perez (17) en Cordova, en 21. de Agosto de el mismo año de 507. estando en las casas de Don Martin de Cordova y Velasco, Señor de la Casa de Montemayor, que es el de la (23) y fue el primer Conde de dicha Casa, y haze relación de el Testamento antecedente, y tiene tres testigos, y las firmas de el Testador, y de uno de ellos.

489. Otro es segundo Codicilo, que el mismo Fernan Perez otorgò à el dia siguiente 22. en las mismas casas, firmado del Testador, y de dos testigos, y estos dos Codicilos están à continuacion uno de otro, y su otorgamiento ante dos Escrivanos.

490. Otro fue vna Escritura de particion, otorgada en 14. de Octubre de 507. entre los dichos Alonso Fernandez de Montemayor, (20) y Juan Ponce, (21) en que haciendo relación de la muerte de Fernan Perez su Padre, passan à dividir los bienes.

491. Y todos estos instrumentos se sacaron en virtud de Provision de el Consejo, y concitacion de Doña Ana Monica (41) de los que exhibió

Acisclos de Castro y Montemayor, vezino de Cordova, ante la Justicia de ella, y los defectos, que se le oponen, (Mem. num. 1293.) se reducen à dezir, que son falsos, porque dice son sacados de vnos papeles, que paraban en poder de Acisclos de Castro, y no estavan en Archivo publico, ni Protocolo, ni Oficio de Escrivano, y que se redarguyeron de falsos, y no se avian comprobado, ni cotexado con los originales, ni con el Protocolo, ni con otros de los mismos Escrivanos, y que el Acisclos de Castro no tenia estado alguno donde pudiesse tener Archivo para la custodia de los tales papeles; pero para dezir esto, no se reparò, que el Acisclos de Castro y Montemayor, (Memor. num. 491.) deponiendo como testigo en la Probança del citado Don Juan de Cordova, (39) dice, que es viznieto por hembra de el dicho Alonso de Montemayor, (20) que fue el hijo mayor de Fernan Perez, (17) ni se advirtió tampoco, en que los papeles exhibidos por dicho Acisclos de Castro eran originales dados, y sacados por los mismos Escrivanos ante quienes se avian otorgado en los Protocolos, como se manifiesta de ellos, y de lo que queda expressado.

492. Pues si quien pone la Objecion lo huviera reparado, y advertido, es de creer, que no gastara el tiempo en ella, por ser, como es, tan sabido, que los instrumentos, en que son interesados los hijos, y herederos, tocá,

y pertenecen , y su custodia à el mayor. Gomez in leg. 40. Taur. num. 59. & ex leg. fin. ff. de fid. instrum. D. Salgad. part. 2. Labyr. cap. 15. num. 49. D. Olea de Cess. tit. 7. quæst. 1. num. 17. Feloag. Euchirid. Iur. cap. 5. y que los instrumentos originales son aquella primera copia , que se dà à las Partes del Protocolo por el mismo Escrivano ante quien se otorgó el instrumento, leg. 2. ff. de fide instrum. Leg. fin. ff. quem admod. testam. aperiant. Leg. Census , & Monumenta, ff. de probat. L. 4. L. Pomponius , ff. famil. hæreciscund. Cap. 1. de fid. instrum. D. Covarr. Practic. cap. 19. num. 3. ubi Faria cum multis num. 9. Dom. Castill. lib. 2. Controvers. cap. 16. ex num. 1. usque 39. L. 17. tit. 25. lib. 4. Recop. Pareja de Edict. tit. 1. resol. 3. §. 1. num. 1. y que estos son autenticos , y se les dà entera fee , y credito. Dom. Castill. dict. lib. 2. cap. 16. à num. 5. Pareja dict. §. 1. cum plurim. ex num. 3. D. Covarr. dict. cap. 19. num. 3. & ibi prædictos Faria , sin que para su saca sea necessaria citacion , Pareja dict. resolut. 3. §. 3. num. 128. y si lolo se requiere esta para los traslados , que despues se sacan , y se dàn por otros Escrivanos , Pareja dict. §. 3. & Dom. Covarr. cap. 2 1.

493. Y que los traslados se pueden sacar , no solo del Protocolo , sino es tambien del original, Dom. Covarr. dict. cap. 2 1. num. 4. & ibi Faria , Pareja , dict. §. 3. Dom. Castill. dict. cap. 16. num. 5 1. ibi: Exemplum sumptum , aut transumptum , dici scripturam ,

que originali extrahitur , sive etiā ex Protocolo. De que se sigue , que aviendo sacado los traslados de los expressados originales , y para ello citadosse à el Autor de la señora Condela , son estos instrumentos legitimos , sin embargo de q no se hubiese hallado presente a la saca por parte de dicha Doña Ana Monica persona alguna , ex traditis à Pareja dict. §. 3. à n. 90. y que por consiguiente no se pudo hacer la dicha redargucion , ni esta obstante , ni puede obstar en cosa alguna , ni esta Parte ha necessitado de hazer comprobació de los dichos instrumentos , porq tiene en ellos fundada de derecho su intencion ; y si la contraria pretende , q son falsos dichos instrumentos , debe justificar la falledad , ex eis quæ tradit Dom. Covarr. dict. cap. 19. num. 9. & ibi Faria cum multis num. 5 1. Fontan. de Pact. claus. 13. à num. 13.

494. Y solo en el caso , que la redargucion se dirigiera contra los Escrivanos , que avian dado los dichos originales , por decir , que no lo avian sido , o que no constaba , que lo fuesen à el tiempo que los dieron , y organizaron , entonces fuera de la obligacion desta Parte el justificar , que lo avian sido , ex leg. 115. tit. 18. part. 3. & ibi Dom. Gregor. Faria dict. cap. 19. cum Pareja , & plurimis alijs num. 49. & § 1. con que no aviendo hecho en esta forma la redargucion , no se encuentra el motivo por dôde se pueda hazer cargo à esta Parte de comprobacion alguna , y mas quando de los

los dichos instrumentos no aparece vicio ni defecto alguno; y aunque à la dicha Escritura del año de 501 se le opone el de no tener firma de los otorgantes, como esto solo se dirixa contra la certeza del instrumento, esta se halla acreditada del Testamento de Fernan Perez, en que la confiesa, y hace relacion de ella.

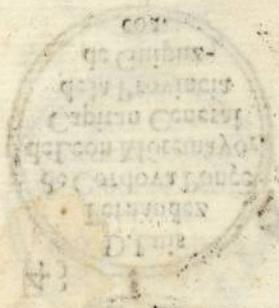
495. Para justificar, que el Fernan Perez de Ayala (17) fue hijo legitimo de Alfonso de Mótemayor, y Doña Elvita Ponce, (11) demas de los instrumentos antecedentes, se valió el D. Juan de Cordova (39) de los Testamentos presentados por la otra Parte en el Juicio de Tenuta, de Alfonso Fernandez, (11) y del Padre de este, (7) y oyse vale esta Parte de los traslados, que por la señora Condesa se han presentado en este Juicio, y que dice ser de los referidos Testamentos, sin embargo de que los tiene redarguidos: y opone la señora Condesa, que no es compatible con la redargucion el valerse de estos instrumentos para probar la filiacion, y que si en el concepto de esta Parte son falsos, de ninguna forma la puede probar con ellos; y esto tiene facil respuesta, pues la señora Condesa por el mismo hecho de presentarlos confiesa ser cierto todo lo que contienen; y cõteniendose en ellos la referida filiacion se la viene à confessar à esta Parte, Pareja tit. 7. resol. 3. per tot. y esta Par-

te de lo que se vale es, de la dicha confessio, que lo puede hazer sin embargo de qualesquiera defectos, que tenga el instrumento, Pareja. dit. tit. 7. resol. 3. ex n. 34 con que no ay la referida incompatibilidad, de la misma forma, q no la huviera, si esta Parte huviera pedido, que la señora Condesa declarasse sobre dicha filiacion, y la huviese confessado.

496. De todo lo qual hasta aquidicho, y ponderado, se convence, que no ay mas Fundacion hasta el de la (11) que la del Adelantado, (5) y que la de Alfonso (11) fue agregacion, por incorporacion, & per modum unius, y que el Mayorazgo es uno, individuo, e inseparable, y que en virtud de ello recayò como tal en la linea de la señora Condesa, en fuerça de la exclusion de la representacion, privando de su succession à la linea primogenita, y que esto està executoriado, y contra ello no se pue de ir, ni contravenir, ni la señora Condesa lo puede impugnar, como tambien, q dicho Mayorazgo es de expressa, rigorosa, y formal agnacion, y que por consiguiente toca à esta Parte como varon unico, y octavo nieto agnado, legitimo descendiente del Fundador, y que en consecuencia dello se debe ordenar à la Sra. Condesa à su restitucion, con frutos, en la forma q esta Parte pretende por su demanda; y asi lo espera. S. I. O. V. D. C.

Lic. D. Sebastian Joseph
de Ballesteros.

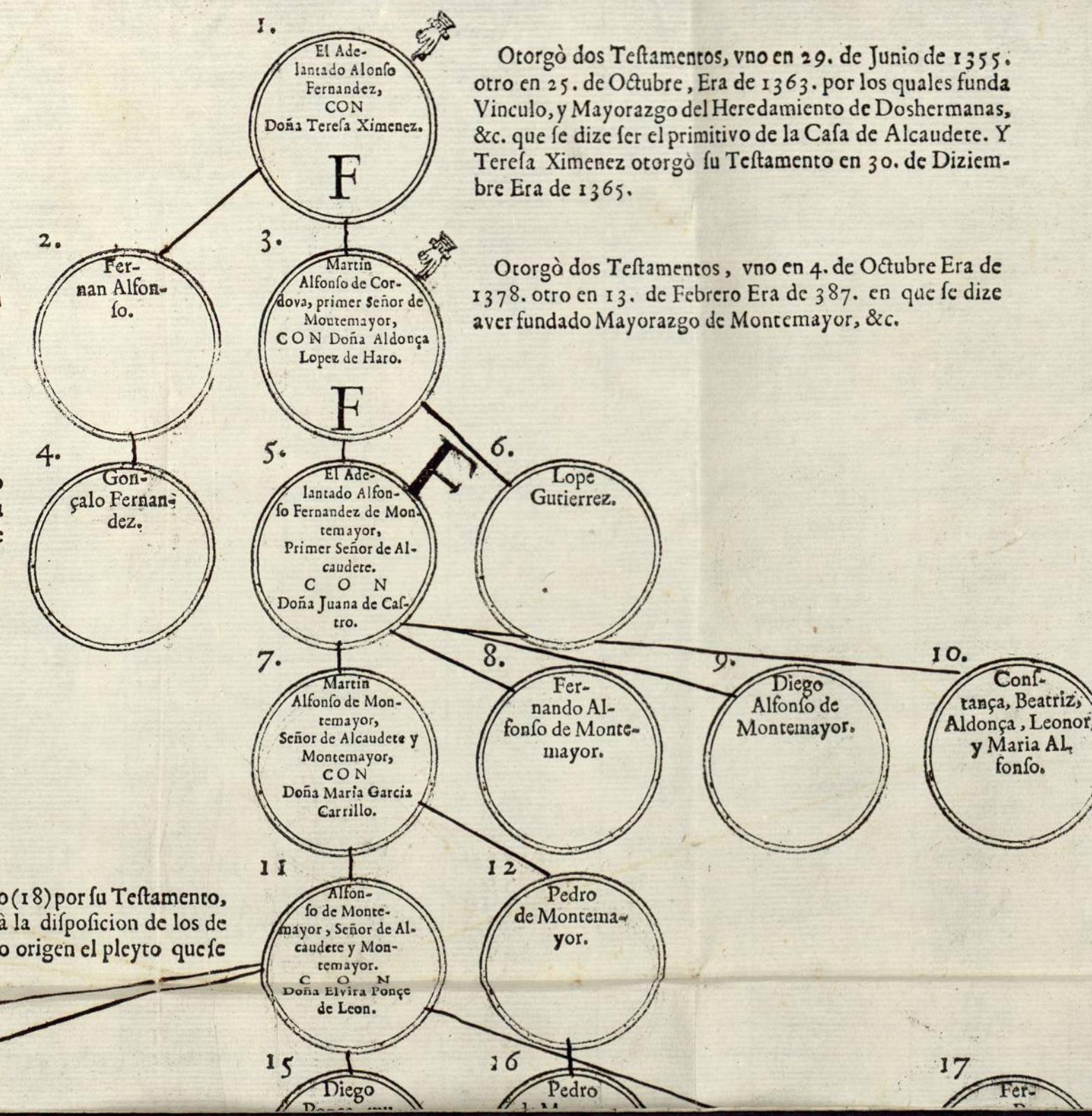
Lic. D. Estevan Mauricio
de Arilla. Lic. Don Silvestre
Rodriguez Alvar.



El de la (1) por los mismos Testamentos fundò Vinculo , y Mayorazgo de Cañete en cabeza de el de la (2)

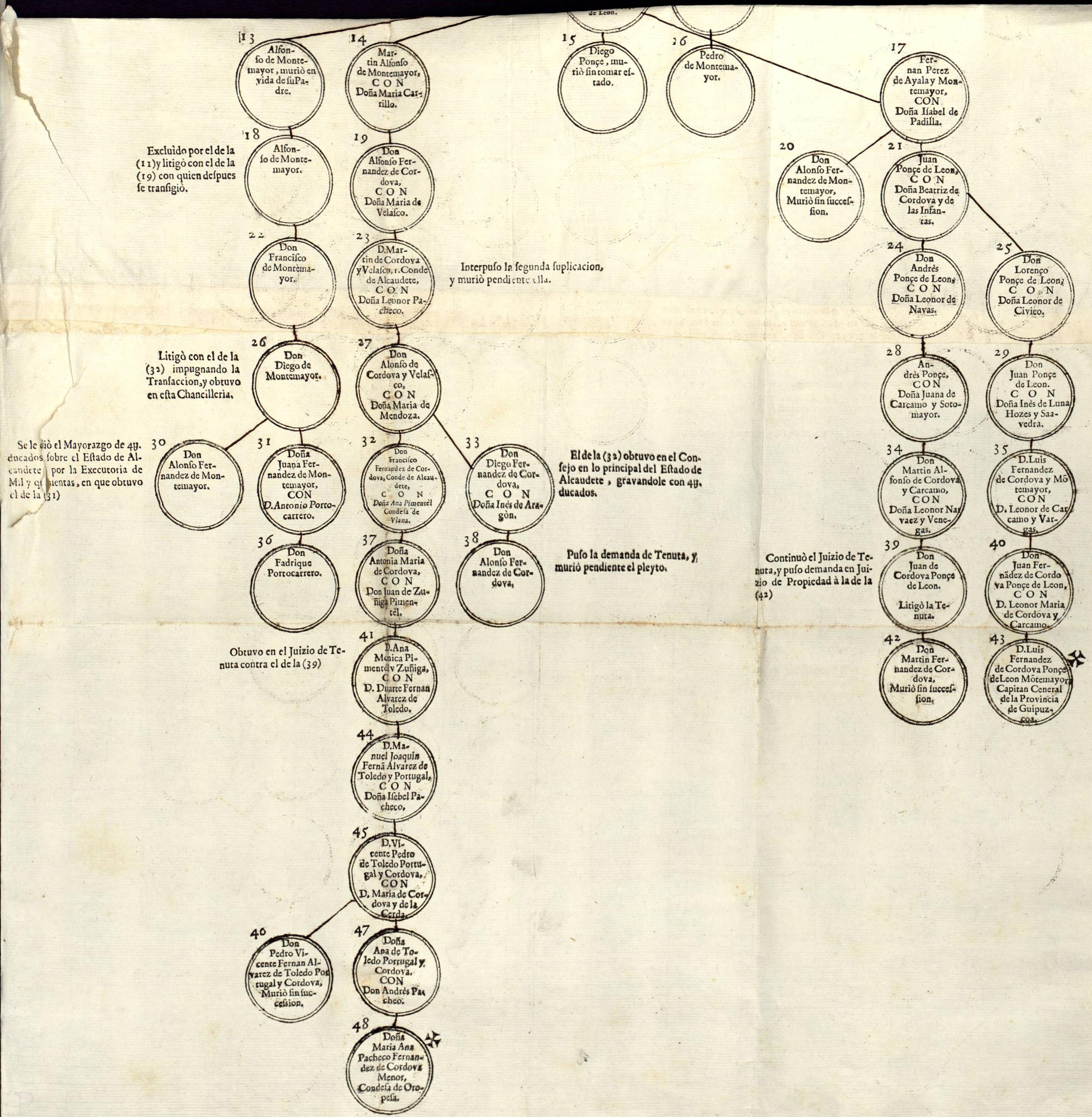
El de la (5) por su Testamento de primero de Agosto de 1390. fundò Mayorazgo de la Villa de Alcaudete , &c. en cabeza de el de la (7)

Este excluyò à su nieto (18) por su Testamento, por dezir era conforme à la disposicion de los de las (5) (7) de donde tuvo origen el pleyto que se trasgiò.



Otorgò dos Testamentos, uno en 29. de Junio de 1355: otro en 25. de Octubre , Era de 1363. por los cuales funda Vinculo, y Mayorazgo del Heredamiento de Doshermanas, &c. que se dice ser el primitivo de la Casa de Alcaudete. Y Teresa Ximenez otorgò su Testamento en 30. de Diciembre Era de 1365.

Otorgò dos Testamentos , uno en 4. de Octubre Era de 1378. otro en 13. de Febrero Era de 387. en que se dice aver fundado Mayorazgo de Montemayor, &c.



13
All
to the Moon
is a
natural
and
dis.

14
All
the Moon
is a
natural
and
dis.

15
Explanatory of the
titles
(1) con diversa dulcibus
et suauibus.

16
All
the Moon
is a
natural
and
dis.

17
Explanatory of the
titles
(2) con diversa dulcibus
et suauibus.

18
All
the Moon
is a
natural
and
dis.

19
All
the Moon
is a
natural
and
dis.

20
Explanatory of the
titles
(3) con diversa dulcibus
et suauibus.

21
All
the Moon
is a
natural
and
dis.

