

FH 5753

FBI
578

Ayuntamiento de Madrid

Fol
5253

N. 15.



P O R
DON FRANCISCO RON-
quillo Briceño, Cavallero de el Orden
de Calatrava, Corregidor de esta
Villa de Madrid.

EN EL PLEYTO
C O N
LOS PATRONOS DE LAS
obras pias, que en la Ciudad de
Almeria fundò Doña Micaela
de la Cueva.

S O B R E
*La Tenuta de la agregacion de mayorazgo que de sus
bienes hizo Geronimo Briceño de Mendoza.*

53077





P O R

DON FRANCISCO ROMERO
Dulce Briceño, Cavallero de el Orden
de Calatrava, Conde de esta
Villa de Madrid.

EN EL PLEITO

C O N

LOS TATRONOS DE LAS
obras pias, que en la Ciudad de
Madrid fundó Don Miguel
de la Cueva.

2 O B R E

En virtud de la asignación de un tercio de los
rentas de la Casa de la Cueva.

HECHO DE EL PLEITO.

2

1



Educese el hecho de esta causa (que para su inteligencia es forzoso referir) à que Geronimo Briceño de Mendoza, y Doña Micaela de la Cueva su muger, obtuvieron de la Magestad de el señor Phelipe Segundo la facultad siguiente:

2 Por quanto por parte de vos Geronimo Briceño de Mendoza, nuestro criado, vezino, y Veintiquatro de la Ciudad de Granada, y Doña Micaela de la Cueva vuestra muger, nos ha sido hecha relacion, que demàs de los bienes de el mayorazgo que el Licenciado Geronimo Briceño, del nuestro Consejo, vuestro padre, ya difunto, instituyó en vos, teneis algunos bienes libres, muebles, raizes, y semovientes, juros, rentas, y heredamientos, los quales, y los que aveis heredado de Don Geronimo de la Cueva, Comendador de Carizosa, del Orden de Santiago, y Doña Beatriz de la Vega su muger, padres de vos la dicha Doña Micaela, y los que adelante tuvieredes, y adquirieredes, ò la parte que de ellos quisieredes, querriades meter, è incorporar en el dicho mayorazgo, para que sucediesse en todo ello Don Geronimo Briceño de la Cueva vuestro hijo mayor, y sus descendientes, y las personas à el llamadas por la via, forma, modo, condiciones, substitutions, en el dicho mayorazgo contenidas, ò con los que mas, ò menos vosotros quisieredes poner à los bienes que incorporaredes en el, y nos suplicasteis os diessemos licencia, y facultad para ello, ò como la nuestra merced fuesse.

3 Y Nos acatando los servicios que vos el dicho Geronimo Briceño de Mendoza nos aveis hecho, y esperamos hareis, y porque el dicho vuestro mayorazgo sea mas crecido, y aumentado, y de vuestras personas, y Casa quede perpetua memoria. Por la presente de nuestro propio motu, y cierta ciencia, y poderio Real absoluto, que en esta parte queremos vsar, y vsamos como Rey, y señor natural, no reconociendo superior en lo temporal, damos licencia, y facultad à vos el dicho Geronimo Briceño de Mendoza, y Doña Micaela de la Cueva vuestra muger, para que en vuestra vida, ò à el tiempo de vuestro fallecimiento, por vuestro testamento, ò postrimera voluntad, ò otra qualquiera vuestra disposicion, que quisieredes, podais meter, è incorporar en el dicho mayorazgo, que assi el dicho Licenciado Geronimo Briceño vuestro padre instituyó en vos, los bienes libres que à el presente dezis que teneis, y poseeis, y tuvieredes,

y

y possyeredes adelante, ò la parte que de ellos quisieredes poner, y pusieredes en èl, para que de alli adelante perpetuamente para siempre jamás queden metidos, è incorporados en el dicho mayorazgo, con las clausulas, vinculos, condiciones, prohibiciones, sumisiones, reglas, modos, sòstituciones en èl contenidas, ò con los que mas, ò menos vosotros quisieredes poner à los bienes, que segun dicho es, incorporaredes, q̃ Nos por esta nuestra Carta de nuestro propio motu, desde aora para entonces, y de entonces para aora los avemos por impuestos, è incorporados en el dicho mayorazgos, y vinculos de èl; y queremos, y mandamos que sean avidos, y tenidos por tales, &c.

4 En virtud de esta facultad, y hallandose con tres hijos, que fueron Don Geronimo, Don Christoval, y Don Iñigo, paslaron à fundar mayorazgo en ellos, y en todos sus descendientes por via de agregacion, y con perpetuidad, y por aumenro de el mayorazgo de el señor Geronimo Briceño, como se manifiesta de las clausulas de su fundacion, pues en la primera dicen: *Es permitido el acrescentar nuestras Casas, y mayorazgos.* Y prosigue: *Y por quanto para ello tenemos licencia, y facultad de el Rey Don Phelipe nuestro señor.* Y en la segunda: *Hazemos el presente acrescentamiento de mayorazgo.* Y en la tercera: *Por mayorazgo, y aumento de èl.* Y esto mismo repite en otras clausulas, y ponen el precepto de apellido, y Armas, con las clausulas, y condiciones contenidas en el mayorazgo de el señor Geronimo Briceño, y excluyen de la sucession, Clerigos, y Frayles.

5 En la clausula doze disponen: *Y si lo que Dios no quiera, ni permita por su infinita misericordia, en algun tiempo faltare sucession, y descendencia legitima de Nos los dichos Geronimo Briceño de Mendoza, y Doña Micaela de la Cueva, y de todos los dichos nuestros hijos, ansi por via de varon, como de hembra. Queremos, y mandamos, que quitado el mayorazgo, y vinculo antiguo de el Alcayde Iuan Briceño, abuelo de mi el dicho Geronimo Briceño de Mendoza, y de mi padre, que son las tercias, y hazienda, y Patronazgo de Villaquixada, con las dichas presentaciones de Beneficios, y sacando ansimismo las casas, y hazienda que me dexò vinculada Christoval Briceño mi tio, à que son llamados en el dicho su testamento los hijos, y descendientes de Francisco Briceño mi tio, hermano menor de mi padre, y de Doña Marina Pimentel su muger, señores de las Villas de Gramedo, y Moreque las, que de toda la demás renta de este dicho aumento de mayorazgo, se funde, y haga*

en

3

en la dicha Ciudad de Almeria un posito de mil fanegas de trigo para remedio de los pobres en tiempo de necesidad; y de la demás renta se casen buerfanos doncellas, que sean honestas, y recogidas, con que se dè doblado dote à las que fueren Hijasdalgo, y se saquen cautivos, y se vistan pobres en las Pascuas, y otras obras pias, conforme à lo que por nuestro testamento dispusieremos, y ordenaremos, &c.

6 En la clausula quince se reserva la facultad en la forma q̄ de ella consta, ibi: Item ordenamos el dicho aumento de mayorazgo, con condicion, q̄ reservamos en Nos, y en qualquiera de Nos facultad, y poder, para que durante los dias de nuestra vida, y de qualquiera de Nos podamos en este dicho mayorazgo, y aumento de èl, y bienes en èl señalados, condiciones, gravámenes, y sumisiones, y llamamientos, quitar, ò poner, añadir, ò menguar, trocar, ò cambiar en todo, ò en parte à nuestra voluntad, ò qualquiera de Nos, conforme à la facultad que el Rey nuestro señor nos dà, y à el poder que como instituidores, y fundadores de este aumento de mayorazgo tenemos derecho, &c.

7 Despues Don Geronimo Briceño de Mendoza en 28. de Agosto de 1590. otorgò poder para testar à Doña Micaela de la Cueva su muger, y las clausulas que conducen son, la primera, ibi: E cumplido, y pagado mi testamento, dexo por mis universales herederos en el remanente de todos mis bienes, derechos, è acciones à Don Geronimo Briceño de la Cueva, è Don Christoval Briceño de la Cueva, è à D. Inigo Briceño de la Cueva, mis hijos legitimos, è de la dicha Doña Micaela de la Cueva mi muger, para que sucedan en mis bienes, derechos, è acciones en el remanente, y en lo que quedare de los demás bienes, de que hizimos mayorazgo con licencia de su Magestad yo, è la dicha Doña Micaela de la Cueva, porque el dicho mayorazgo ha de quedar en su fuerça, è vigor, con las clausulas, condiciones, è vinculos, è llamamientos, è sumisiones en èl puestos, &c.

8 La segunda: Item ansimismo le doy el dicho poder, que por quanto en el dicho mayorazgo, aunque expressamos la orden de suceder en nuestros descendientes, sin declarar quando faltasse descendiente, è sucessor de nuestra descendencia, dexandolo para que lo declarariamos en el testamento que ordenassemos, por tanto doy el dicho mi poder à la dicha Doña Micaela mi muger, para que haga, è pueda hazer dicha declaracion, è llamamiento en caso que falte de nuestra descendencia sucessor; porque dende luego dexo à

B

su



su voluntad la dicha declaracion, y dexo nombrado el que ella nombrare, por lo auer comunicado con ella, è lo mismo para que pueda añadir, è quitar, è commutar los bienes en el dicho mayorazgo expressados, è lo revocar à su voluntad, conforme vâ dicho, è ordenado en la dicha escritura de mayorazgo. Asimismo le doy el dicho poder para que ponga en efecto, è instituya las memorias que con ella tengo comunicado, para que se hagan perpetuamente, señalando de nuestros bienes los que le pareciere para que sean perpetuas, &c.

9 Doña Micaela de la Cueva en el testamento, debaxo de cuya disposicion murió, dispone en la forma siguiente: *Y por quanto en vna clausula de mayorazgo que hizo el dicho Geronimo Briceño, mi señor, juntamente conmigo, en caso, que lo que Dios no quiera, de todo punto falte, è faltasse nuestra descendencia, è sucesion, difiere la sucesion, è distribucion de los frutos de el dicho mayorazgo, por ordenarlo, è disponerlo por su testamento, y en el poder, que para poder testar por èl, lo refiere, è dà poder, è facultad para que en su nombre à mi voluntad lo disponga, è ordene. Por tanto, en virtud de lo susodicho en aquella via, è forma que ha lugar lo susodicho, digo, è ordeno, que en caso, que lo que Dios no quiera, ni permita, por su infinita bondad de todo punto faltare la sucesion, y descendencia de el dicho Geronimo Briceño, mi señor, è mia, assi por via de varon, como de hembra, de los dichos bienes incluidos, y contenidos en el dicho aumento de mayorazgo, se funde, è haga en la dicha Ciudad de Almeria vn posito de mil fanegas de trigo, &c.*

10 En virtud de la fundacion de Geronimo Briceño, y Doña Micaela de la Cueva, discurrió este mayorazgo en sus descendientes hasta Don Carlos Briceño de la Cueva, Marqués de Villanueva de las Torres, *num. 13.* que murió sin descendencia sucesible; por cuya vacante el Ilustrísimo señor D. Antonio Briceño Ossorio y Ronquillo, Conde de Gramedo, de el Consejo, y Camara, Comendador de Palomares en la Orden de Santiago, *n. 14.* puso demanda de Tenutâ à la porcion de bienes que agregó Geronimo Briceño, como transversal descendiente de el Alcayde Iuan Briceño el viejo, Señor de Piquillos, *num. 1.* padre que fue de el señor Licenciado Geronimo Briceño, que fue de el Consejo, y Asistente de Sevilla, marido de Doña Isabel Ossorio de Mendoza, *num. 2.* y padres de Geronimo Briceño de Mendoza, que hizo la agregacion.

11 La pretension que el señor Don Antonio Ronquillo intro-

4

troduxo fue, que se le diese la Tenuta, como à transversal de Geronimo Briceño, proponiendo, que este quiso, y tuvo deliberada y expressada voluntad, de que fenecida su descendencia, y antes de las obras pias, avia de aver otras personas llamadas que sucediesen que las que huviesen de ser, avia de declarar Doña Micaela de la Cueva, que esta, saltando à lo que debió, no lo hizo, que en tal caso entra obrando la disposicion de Derecho, por la qual tienen llamamiento los transversales mas cercanos, que siendolo el señor Don Antonio, era el suceso, y à quien se le devia dar la Tenuta, y primerola administracion.

12 Por los Patronos de las obras pias se ha hecho oposicion à esta pretension, diziendo, que en la fundacion que hizieron Geronimo Briceño, y Doña Micaela de la Cueva el año de 1580. no dieron llamamiento mas que à sus descendientes; y fenecidos estos, fundaron las obras pias: que Geronimo Briceño en el poder que dió à Doña Micaela no llamó otros sucesores: que lo dexó en la voluntad de su muger: que esta no dió llamamiento alguno, sino es que fundó obras pias, y que así ha llegado su caso, pidiendose declare no aver lugar la Tenuta; y tambien pidieron la administracion.

13 Aviendose visto se dió auto en que à las obras pias se le concedió la administracion, y sin fianças, en cuyo estado el señor Don Antonio se abstuvo de este litigio, y refutó, como *in proximè successurum*, que es el caso en que es valida la refutacion, *cap. 1. §. Si libellum, de alienat. feud. pat. cap. 1. §. sed etiam, per quos fiat investit.* Camerar. *in cap. Imperialem, fol. 15. col. 4. lit. R.* Galeot. *controuers. 44. num. 8. lib. 1.* Don Joseph Rosa *consult. 59. à princip.* la sucesion de este mayorazgo en Don Francisco Ronquillo Briceño su hermano, Cavallero de el Orden de Calatrava, Corregidor de esta Villa de Madrid, *num. 15.* quien continúa la causa, y ha interpuesto suplicacion, pidiendo reformation de el auto, y que à el se le de la administracion.

DISCURSO LEGAL.

14 **N**O se ha hallado (hablando con la veneracion devida) motivo que pueda aver aquietado el animo, tolerando el auto de administracion dado à las obras pias, esperando el proponer para la Tenuta los motivos de su exclusion; porque como la administracion en juizios de Tenuta se concede à el que tie-

ne

ne buen derecho para obtener en lo principal de este juicio, *leg. 11 ff. de leg. tutoribus*, Dom. Valençuel. *conf. 17. num. 2.* Don Joseph Vela *disert. 49. num. 68.* Don Iuan de el Castillo *de aliment. cap. 13. num. 21.* y no se encuentra razon para estimar buen derecho en las obras pias, por esso se ha interpuesto la suplicacion de el auto, y se expressaran los concluyentes motivos que à esta parte asisten para que à el se le conceda.

15 Siendo inelcusable el dezir antes el que aunque voluntariamente se haga vn supuesto incierto de que las obras pias tienen buen derecho para lo que intentan, no ay capacidad, ni aptitud para concederles la administracion, atendida la calidad de el juicio, y las pretensiones de las partes, porque las obras pias no piden Tenuta, ni pueden pedirla, porque no ay en ellas translacion de possession civil, y natural, como de bienes de mayorazgo, que es lo que el Consejo determina en las Tenutas, y para lo que se hizieron, conforme à la *ley 45. de Toro*, que es la *ley 8. tit. 7. lib. 5. Recop.* que transfiere la possession civil, y natural en el siguiente en grado; y à este, que se estima sucessor legitimo de el mayorazgo, es aquel que como dize Paz de Tenuta, *cap. 5. à princip. Mititur in possessionem maioratus, tanquam verus successor donec causa in Regijs Chancellarijs in proprietate terminetur.*

16 Y antes bien las obras pias le suponen extinto, y los bienes libres, y la jurisdiccion de el Consejo, *prout notum est*, no es para declarar si los bienes han quedado, ò no libres, sino es para dar la Tenuta de los bienes que estimare por de mayorazgo, porque solo para bienes de mayorazgo tiene jurisdiccion el Consejo, *leg. 9. tit. 7. lib. 5. Recop.* Dom. Molin. *lib. 3. cap. 13. num. 8.* Palac. Rub. *in leg. 45. Taur. num. 2.* Dom. Valençuel. *conf. 97. num. 222.* Lara *in compend. vite hom. cap. 2. num. 51.* Paz de Tenut. *cap. 4. à princip. Et cap. 24. num. 10. ibi: Tunc enim Regius Senatus iurisdictionem non habet, cum citra ius, Et maioratus nomen cognitio ei non competat, Et c.*

17 Y para dar la administracion à el que la introduce en bienes, que como de mayorazgo pide que se le de la Tenuta, que entonces si tuviera razon, ya ay aptitud para darfela; pero dar administracion à quien no pide Tenuta, ni introduce juicio capaz para que el Consejo à su favor determine, porque el mismo niega ser los bienes de mayorazgo, *Et per consequens* la jurisdiccion en el Consejo; esto no cabe, porque la accion, como dize Paz de Tenut. *cap. 28. num. 8. debet convenire Magistratui, apud quem pro-*

po-

ponitur; *Et secundum limites illius Tribunalis in quo produci-*
tur.

18 Y sea permitido el dezir, que será este el primer caso, en que à quien pretende no aver lugar la Tenuta, sino es que los bienes son libres, se le aya dado la administracion; y lo que por experiencia se puede afirmar, es, que quando litiga persona que pretende que no ha lugar la Tenuta, y se haze juicio de que en esto tiene razon; lo mas que se executa es, no darle la administraciõ à quien pretende que los bienes son libres, porque no ay aptitud, ni darsela à el que pretende la Tenuta, quando fuere constante que no puede obtener en ella, sino es passar à sequestrarlos.

19 Esto se ha dicho superabundantemente para la manifestacion, de que en ningun caso puede aver motivo que justifique el auto de administracion dado, y passando con el discurso à lo principal de la causa, respecto, pues, de que segun se ha manifestado, la controversia es en vn juicio de Tenuta sobre estar, ò no extintos los llamamientos, fenecido el mayorazgo, reducidos à la libertad los bienes que se han poseido vinculados: entra en esta controversia Don Francisco asistido de dos conocidas reglas; vna, que para conceder, ò negar la Tenuta, se atiende à el ser, estado, y naturaleza que los bienes tenian à el tiempo que se formò el litigio, *leg. mo-veor, Cod. si serv. exportand. vener.* Noguero *alleg. 28. num. 53.* Dom. Molin. *lib. 2. cap. 6. num. 57. vbi Add. vers. Qua retenta*, que refieren muchos, *Paz de Tenu. cap. 55. per tot.*

20 La otra, que no solo en el caso de ser segura nuestra razon, sino es en el de aver alguna duda, entonces es precisa obligacion de los señores luezes determinar, no la destrucciõ de el mayorazgo, sino es atender à su conservacion, Mieres *4. part. quest. 29. num. 19.* Castillo *tom. 6. cap. 143. §. vnic. num. 3. ibi: In dubio stare inductumque manere perpetuum maioratum dicendum est, non autem illum fuisse extinctum, &c.* Add. ad Dom. Molin. *lib. 1. cap. 4. num. 23. ibi: Quod si dubitetur, an maioratus sit extinctus, necne propter honorem, & dignitatem non esse extinctum pronuntiandum, &c.* D. Crespi *obseruat. 22. num. 11.*

21 Tampoco se necesita para obtener de entrar Don Francisco asistido de estas reglas, porque su razon es tan conocida, como lo manifestará este discurso, en el qual para mas brevedad, evitar confusiones, y llegar à el punto preciso de la causa, ha parecido hazer primero los supuestos que son sin controversia, y en que se afianza la razon, y los que se deven tener presentes para la deci-

C

fion

cion de esta causa, que consiste mas en ellos, que en lo que se ha de fundar por discursos, que son los siguientes:

SUPUESTOS LEGALES.

22 **T**odas las vezes que el Testador diò poder à el Comisario para que executasse, ò hiziesse alguna cosa, si este à quien se le diò el poder, ò facultad no lo executasse, la misma disposicion de Derecho lo dà por executado, como es literal de la ley 33. de Toro, que es la ley 7. tit. 4. lib. 5. Recopil. Noguier. allegat. 9. num. 7. Don Christoval de Paz de Tenuta, cap. 34. num. 85. ubi cateri.

23 Que en tal caso el mayorazgo queda fundado con llamamientos regulares, deviendo suceder el pariente mas cercano del genero mismo que se sucede en los mayorazgos regulares: proposicion que tiene la misma seguridad que la antecedente, y la comprobacion en las autoridades mismas de Noguierol, y Paz, y las que estos refieren.

24 Que quando se comete la eleccion de personas para la sucesion, si aquel à quien se comete la eleccion no la executa, no por esso quedò caduca la facultad, sino es que se admite en aquellos que podian, ò devian ser elegidos: sucediendo esto mismo, aunque la persona que tuvo la facultad vsasse de ella en contraria, ò diversa forma de lo para que se la diò el Testador, Ciriac. controu. 548. num. 64. Vnde si Dominus Bernardinus non observasset mandatum D. Ioannis, non resolvitur dispositio, sed lex ipsa adimplet admittendo omnes, qui poterant, vel debebant eligi, & nominari, ut probant textus adducti, in 6. quest. num. 45. & praesertim textus in leg. si quis in testamento, l. 6. Cod. de fideicom. liber. & probat text. in leg. 1. & ibi Bald. in repetitione sub num. 11. in 10. oppositione, ff. de leg. 2. nec redditur inanis ordinatio primi testatoris ob non factam electionem, ut in specie tradit Surd. cons. 375. ante num. 22. dispositio enim haredis non tollit dispositionem defuncti, nec illi prauidicat, sed pravalet, & locum obtinet illa primi testatoris, leg. si mihi Sempronius, 403. alias 100. & ibi Bart. & leg. si fundus, sub conditione, 83. alias 81. in princip. ubi Albericus, Bart. & alij, & leg. huiusmodi, 86. alias 84. §. 1. ff. de leg. 1. & c.

25 Comprueban tambien la proposicion antecedente, para que vel nullatenus facta nominatione, vel male facta, se presume llamado el pariente mayor, y mas cercano, D. Molin. lib. 2. cap.

4. à num. 42. Fusar. *quest.* 505. num. 3. Ciriac. *contron.* 414. à num. 2. Tonduto *lib.* 1. *resolut. civil. cap.* 51. num. 6. Card. Luca *de fideicommissis. disc.* 183. num. 4. y en lo general es cierta proposicion el que *dispositio alicuius arbitrio remissa non tamen caducatur, si ille non declaravit, quia declaratio fieri debet arbitrio boni viri, vel Iudicis, Rot. Rom. decis.* 376. *part.* 15. *recent. num.* 6. Sc. D. Iuan del Castillo *cap.* 182. num. 2. *apud quem plurimi.*

26 Que para que se presuma estar por el Testador fundado mayorazgo, ò fideicomisso, y dados llamamientos para la sucesiõ de èl basta qualquier aõto, demonstracion, ò palabra de donde se manifieste, ò deduzga la voluntad del Testador, Peregrin. *de fideicommissis art.* 1. num. 46. *ibi: Et præterea omne verbum significans legitimum Testatoris sensum legare, aut fideicommittere volentis, sufficit ad inducendum legatum, Sc. fideicommissum, siuè sit preceptivum, veluti iubeo, præcipio, siuè præcarium, quale est rogo, volo, fideicommitto: sit text. elegans, in leg. omne verbum, Cod. comm. de leg. optim. text. in leg. in legatis, Cod. de leg. ibi: Nihil interest, quis talem voluntatem casus verborum exceperit, aut quis loquendi usus effuderit, Sc.*

27 Y en el *art.* 11. en el num. 12. lo repite, diziendo, *ibi: Receptum enim fuit, ut omne verbum significans legitimum Testatoris sensum fideicommittere volentis, utile, atque validum sit explorata iuris antiqui observatione, leg. omne verbum, Cod. communia, de legat. S. sed non usque, instit. eod. Sc. leg. legatis, Cod. de legat. Sc. in pulchro casu scripsit Decio cons.* 289. *Alva cons.* 11. *in fine, Sc.*

28 Con quien conviene D. Iuan del Castillo *cap.* 114. num. 34. *ibi: Verba denotantia desiderium sufficiunt ex mente testatoris ad inducendum fideicommissum, Sc. qualibet alia etiam depravativa, dummodo fideicommissum importare possint, saltem secundum eorum propriam significationem, Sc. antea dixerat, num.* 4. Sc. 5. Sc. *seq. sufficere, quod verba secundum propriam, vel impropriam significationem voluntatem ostendant, ut illa servari debeat, ac fideicommissum induci, Sc.*

29 Que para los mayorazgos, ò fideicomissos, se atienda solo à la voluntad del Testador, *leg. in conditionibus, ff. de condit. Sc. demonstrat. leg. fideicommissa, S. item si quis, de legat.* 3. Iulio Caponio *discept.* 59. num. 6. *ibi: Sola namque voluntas spectatur in fideicommissis, Sc.* Don Iuan del Castillo *lib.* 4. *cap.* 8. Sc. *lib.* 5. *cap.* 114. num. 31. *in fine, ibi: Et in fideicommissis sola voluntas spectetur, Sc.*

Que



30 Que se dize voluntad manifesta aun aquella que se deduce de presumpciones, o congeturas, aunq̃ falten las palabras de expresion de su fundacion, Don Iuan del Castillo lib. 4. cap. 8. num. 2. ibi: *Et ij quidem omnes conveniunt unanimiter voluntatem testatoris predominari, & totum facere, & ad unguem servandam non solum expressam, sed etiam tacitam, atque ex coniecturis desumptam, leg. licet Imperator, ff. de legat. 1. post principium, ubi Bart. & alij, leg. si quis locuples ad finem, ff. de manumiss. testam. leg. cum proponebatur in fin. leg. qui solidum, §. 1. ff. de legat. 2. leg. Titius, §. 1. ff. de liber. & posth. leg. inter vestes, ff. de aur. & arg. legat. leg. 28. tit. 9. part. 6. in vers. Otrou dezimos, & maxime in illis verbis, o otras semejantes de ellas, porque puede ser entendida la intencion: Et ita post alios multos adnotarunt, & comprobarunt Ioan. Cephal. dict. cons. 590. num. 4. & seq. lib. 4. & cons. 37. num. 14. lib. 1. Portius Imolens. in cons. 41. num. 3. Ruin. in cons. 179. n. 5. lib. 2. Menoch. in cons. 95. num. 104. lib. 1. Mant. de coniect. ultim. volunt. lib. 3. tit. 3. num. 2. & 10. Iosephus Ludonicus dict. decis. Perusina, 61. num. 23. Marc. Ant. Peregr. de fideicommiss. art. 11. num. 2. Grassus dict. §. testamentum, quest. 76. num. 2. Mieres in initio secunda partis, num. 3. Caesar. Barcius decis. Bononia, 6. num. 10. Ioan. Vincentius Hondedeus in cons. 69. num. 7. & tribus seqq. & in cons. 71. num. 30. lib. 1. Petr. Surd. dict. cons. 110. num. 12. lib. 1. Leander Galganetus dict. quest. 50. num. 6. Expressum enim dicitur, quod tacite venit ex mente; atque ex coniecturis desumpta, observari quoque debet, atque ad unguem adimpleri, sicut expressa, &c.*

31 Iulio Caponio disceptat. 59. num. 6. ibi: *Fideicommissum ex coniectura voluntatis suppleri potest, & si verba deficiant, l. quidam, in test. 30. leg. cum pater, 77. §. cum imperfecta, 22. ff. de legat. 2. Masc. de probat. cons. 776. num. 6. Sola namque voluntas spectatur in fideicommissis, etiam si ex verbis commodè concipi non possit dum tamen ex coniecturis colligatur, leg. quamvis is, C. de fideicommissis, Mant. de coniecturis, lib. 8. tit. 1. num. 18. & 25. nam illa quæ ex coniecturis colligitur evidens, & manifesta dicitur, leg. licet Imperator, & ibi Bart. num. 10. ff. de legat. 1. Gadd. 4. ac pro expresso habetur, quod ex coniecturis resultat, Cephal. cons. 479. num. 12. & sic ut fideicommissum inductum censeatur, ac debeatur, sola voluntas testatoris sufficit, etiam coniecturata, nedum ex scripto, & expresso, sed etiam signis, & nutu demonstrata ad text. in leg. nutu, ff. de legat. 3. ac illa etiam minus solemniter servatur*
Pe-

Peregrino artic. 1. num. 44. leg. à fratribus, 127. leg. ab omnibus, 104. in princip. ff. de leg. 1. leg. ubi iure, 19. §. 1. ff. ad S. C. Trebell. Et. Capic. Latr. consult. 9. à num. 3.

32 Y Don Christoval de Paz de tenuta, cap. 29. à num. 19. funda esta misma conclusion, y dize en el num. 24. *Coniecturatam mentem defuncti pro expressa haberi*; y en el num. 19. *At in iure non solum voluntas dicitur illa, quæ expresse profertur, sed etiam ea, quæ ex coniecturis deprehenditur, leg. à fratris posthumo, de legat. 1. Et ibi Gloss. verb. Voluntas, quæ ait voluntatem impletam dici, siue ex verborum proprietate, siue ex interpretatione deducatur, iuxta text. in leg. hæres, §. 1. ff. ad S. C. Trebell. Et leg. cum proponeretur, de leg. 2. Et leg. fideicommiss. §. item si quis, de leg. 3. Et leg. 1. C. de testam. milit. iuncta gloss. verb. Probatur, Et c.*

33 Pegas de maiorat. cap. 5. num. 374. ibi: *Et in maioratibus, Et fideicommissis semper prævalet voluntas etiam deducta ex coniecturis, licet deficiant verba sufficientia ad illud relinquendum, Et erigendum, leg. cum proponebatur, 66. de legat. 2. leg. hæres mei, §. cum ita, ff. ad Trebell. leg. cum virum, C. fideicommiss. text. notabil. in leg. quisquis, ff. de verb. sign. leg. cum virum, C. de fideicommiss. Mantic. de coniectur. lib. 8. tit. 1. num. 23. vers. Sed advertè, Et c.*

34 Que por la voluntad deducida en la forma antecedente, no solo se dè fundacion, ò disposicion perfecta de fideicomisso, ò mayorazgo, sino es extension del ya fundado, Julio Capon. discept. 59. num. 8. ibi: *Et non tantum inducitur, sed etiam extenditur, Et ampliatur fideicommissum ex coniecturis, Dec. cons. 287. num. 5. Et 7. Tuscul. littera F. conclus. 260. num. 18.*

35 Y mas quando son consanguineos de los fundadores del mayorazgo los que pretenden incluirse en la sucession de el; porque estos à lo menos tienen la presunta y tacita voluntad, Marc. Ventur. cons. 46. num. 162. ibi: *Quasi venientes ab intestato habeant pro se tacitam testatoris voluntatem, argumento lege conficiuntur, ff. de iur. codicill. prout sic declarat Menoch. in cons. 45. num. 41. Et sic hac limitatio de servire solum potest pro coniectura, quod testator ex animo, Et deliberatè fecerit secundum testamentum, in quo instituerit venientes ab intestato, non autem indeliberatè, Et contra, vel præter voluntatem suam, quod Et clarè aperit Salicet. in leg. hac consultissima, C. qui testam. facer. poss. quem refert, Et sequitur Corn. in cons. 319. num. 2. col. 3. post medium, vers. Solent enim, lib. 1. Et c.*

36 Y por vltima se supone, que como funda Don Christoval de Paz de tenuta, en el cap. 29. por todo el, compete el juizio de tenuta;

ta, y se le deve dar à aquel que su substitucion, ò llamamiento le deduce *ex tacita, seu prasunta, vel elicitamente, seu voluntate testatoris, vel ab animo disponentis*: y concluye en el numero final, diciendo, ibi: *Concluditur ergo vocatum, & substitutum tenuta interdictum possessorium proponere posse, siue explicitam habeat substitutionem, siue implicitam, ex interpretatione mentis, & voluntatis institutoris primogenij: cum taciti, & expressi in prasenti casu idem sit iudicium, iuxta superiorem interpretationem, & distinctionem: & quia dispositiones non solum à voluntate expressa pendent, sed etiam ab animo disponentis: & sic coniectura locus est, quæ fuit doctrina Bald. in leg. 1. num. 3 1. ff. de rer. diu. & in leg. 2. num. 6. C. de iur. emphit. ubi Iason num. 160. idem Bald. in leg. ultim. C. de liber. caus. Alex. conf. 15. num. 12. lib. 5. Iacob. de feudis, verb. Isti investiti, vers. An autem filius, Curt. de feud. 3. quæst. princ. in princip. vers. Postremo, Dec. conf. 269. num. 4. Tiraq. de retract. linag. §. 32. gloss. 1. num. 74. Covarr. var. lib. 3. cap. 5. Molin. lib. 1. cap. 3. num. 22. Emanuel Cost. de succes. Regn. num. 63. vers. In Regni autem successione, &c.*

37 Estos son los supuestos, que ha sido forçoso hazer, y nos hemos constituido en los mas rigurosos terminos de ellos, porque los de esta causa nos son mas favorables; y ay voluntad deliberada, cierta, y precisa de Geronimo Briceño, para que antes que las obras pias huviesse de aver suceffores, sin que en el punto de averlos, ò no tuviesse arbitrio, ni estuviesse conferido en la voluntad de Doña Michaela de la Cueva su muger; porque lo que à ella se le cometiò, no fue el si los avia de aver, ò no; sino quales huviesssen de ser: y no aviendo, està declarado quales huviesssen sido, ò huviesssen de ser, entran las leyes del Derecho dando por llamados à los parientes.

Prosiguese con los fundamentos legales.

38 **L**A Regla por donde se ha de decidir este pleito, es por la clausula segunda, referida *suprà num. 8.* del poder para testar, que otorgò Geronimo Briceño, y por lo preciso de su contenido, siguiendo la decision del texto *en la ley in ijs, ff. de condition. & demonstr. cap. nos quidem, de testament.* discurriendo por sus clausulas, y palabras: y la primera que se ofrece ponderar, es la en que dize dà el poder à Doña Michaela de la Cueva para que haga.

39 De este modo de expresion, y de esta palabra, ò clausula *Para que haga*, se manifesta, que es palabra, ò clausula dispositiva, ò preceptiva; y las de esta calidad importan necesidad, Prosper.

Fagn.

Fagn. in cap. vestra, de cohabit. Clericor. num. 2. ibi: Verba imperatiui modi equipolere verbis preceptiuis, ut hic patet, Et in cap. nullus, 3 2. distinct. y en el cap. si quis, de regular. num. 63. ibi: Procedit per verba imperatiua, quæ de sui natura præceptum important; nam quod imperatur, necesse est fieri, cap. fin. §. quod præcipitur, 1 4. quest. 1. Et cap. integritas, 3 2. quest. 1. Decio in cap. nam concupiscentiam, num. 25. de constitutionibus.

40 No dudandose, que en siendo dispositivas, ò preceptivas las palabras, se induce de ellas con precision el llamamiento, y la fundacion, ò el fideicomisso, Peregr. de fideicom. art. 1. num. 51. ibi: Dispositiua autem, Et præceptiua verba absque dubio semper inducunt fideicommissum, siue testator cum grauato loquatur, siue cum honorato, uti est text. in leg. miles ad sororem, in princip. Et leg. cum pater, §. donationis, ff. de leg. 2. Et utrobique notarunt Bart. Et DD. Et in dubio sermo ad heredem refertur, leg. si seruus, §. qui margaritæ, ff. de leg. 1. quare ex præmissis satis constat non mediocrem attributum fuisse fideicommissis fauorem, ut in eis quaq; voluntas non solemnitis, vel etiam coniecturata, ac verbis quamvis non præceptiuis, sed precarij, Et desiderij causa expressis, sufficiat pro valida, Et efficaci adiuris etiam necessitatem, explosa iuris antiqui obseruatione, Et c.

41 Y que la palabra *haga*, sea palabra preceptiva, y que induzca obligacion, es proposicion, que se comprueba por la autoridad de la Rot. Roman. en la decis. 186. part. 11. recent. Rub. num. 6. que es la misma que la 522. de Celio Bichio, y en ella se dize: Verbum enim fiant cum sit præceptivum, Clement. exhibi de Paradiso, vers. Item ordo, de verb. signif. Parisio cons. 19. num. 132. lib. 2. prout subsequens verbum dicat importare videtur præcisam obligationem, Et spontaneum excludere, demás de dictarlo así la razon; pues qualquiera reconocera, que la palabra *haga*, puesta en qualquiera disposicion, es dispositiva, preceptiva, y imperativa, y que de necesidad se ha de reducir à efecto.

42 A la palabra *haga* añade el testador la palabra *pueda*, ibi: Por tanto doy el dicho mi poder à la dicha Doña Micaela mi muger para que haga, y pueda hazer dicha declaracion, è llamamiento, en caso que falte de nuestra descendencia successor, Et c.

43 La question de si la clausula *pueda hazer*, induzca necesidad, ò se quede en terminos de voluntad; de genero, que aquel con quien se habla, y à quien se dirige, este obligado à executar, ò quede en su voluntad el hazerlo, es muy conocida, y con diversidad en autoridades, y en casos, y circunstancias; y lo cierto es, que la palabra

8
bra potest, nõ siẽpre importa simple potestad, y libre voluntad, ò arbitrio, sino es necesidad, y obligacion à la execucion, eleccion, ò nominacion, Marcio Venturino *cons. 2. num. 148.* ibi: *Hac tamen in vniuersum firmari potest conclusio, quòd non semper verbum potest, importet simplicem potestatem, & liberam voluntatem, seu arbitrium, sed & necessitatem, si id suadeat subiecta materia, ad text. Gloss. in leg. 2. Cod. ubi in rem actio. & in leg. observare, §. post hac, ff. de offic. Procons. Socin. Iun. in dict. leg. Gallus, in princip. n. 3. vers. Tertio advertè, ff. de liber. & posth. Euerard. in loco à subiecta materia, n. 17. Corset. in suis singularibus, in verb. Potest. Causalcan. decis. 21. num. 17. part. 2. Castillo cap. 114. num. 36. Ciriac. controu. 207. num. 19. aut praesumpta mens, & intentio testatoris, ad text. in leg. fideicommissa, §. hac verba, ff. de leg. 3. & ut per Castill. ibi num. 39. in princip. & in vers. In summa, ubi quod licet regulariter verbum potest, actum voluntarium denotet, aliquando tamen secundum subiectam materiam, & naturam rei, de qua agitur importat necessitatem, ut per text. iunct. gloss. in leg. 1. in verb. Dare potest, ff. de iurisd. omn. iud. & in leg. si mandauero, §. fin. ff. mandat. resoluit Ioannes Gratianus reg. 484. num. 6. fol. 200. & reg. 485. & c.*

44 La autoridad mas propia de esta materia, es la de Ripa en la ley ex facto, in princip. num. 4. ff. ad Trebell. donde fue de sentir, que en vna disposicion en que el testador dezia, que queria que su heredero, si muriesse sin hijos, pudiesse dexar por heredero à vno de sus hermanos, quedava inducido preciso fideicommisso, aunque no eligiesse.

45 Esta autoridad de Ripa afirmando, que en tal caso ay necesidad respecto de la substancia, hoc est, respecto de el elegir, y que ay facultad en el accidente respecto de la persona que ha de ser nombrada, siguieron Mart. Venturin. *cons. 2. num. 150.* ibi: *Et in indiuiduo de his verbis, quòd quis possit facere heredem, extat decisio Ripae in dict. leg. ex facto, in princ. num. 4. ff. ad Trebell. ubi determinat per ista verba: Volo, quòd haeres meus si moriatur, sine liberis possit vnum ex fratribus suis heredem facere induci fideicommissum, non obstante, quòd verbum possit designet liberum arbitrium, quia illud importat necessitatem in restituendo, & libertatem, cui ex fratribus restituri vellet, & Ripam sequuti sunt Surd. cons. 375. sub num. 8. Ciriac. controu. 207. num. 20. & controu. 548. num. 10. cum seqq. ubi id ipsum comprobatur auctoritate Bald. in leg. vnum ex familia, §. si de falcidia, ante num. 1. ff. de legat. 2. ubi quod facultas est respectu personae, & necessitas, respectu substantiae, & actus ele-*

electionis, quem sequitur Bardellod. in cons. 191. num. 79. &c.

46 Ciriaco controuers. 548. à num. 9. ibi: Tamen prædicta non videntur sufficientia ad infringendam hanc dispositionem, & inducendum vitium captatorium, quia illa importat fideicommissum ipsorum filiorum eligendorum à Domino Bernardino, & necessitatem eligendi, facultatem autem tantum dispensandi, prout sibi placuisset, ut in specie determinat Ripa in leg. ex facto, 17. in princip. num. 4. ff. ad Trebell. his verbis.

47 Sed ex facto tractatum vide, an per hæc verba; volo, quod hæres meus, si moriatur sine liberis, possit unum ex fratribus suis heredem facere, inducatur fideicommissum, videtur, quod non; quia verbum possit designat liberum arbitrium, leg. spe audiui Casarem cum glos. ff. de officio Præsidis ad verbum possit respondetur, quod importat necessitatem in restituendo, & libertatem cui ex fratribus restituere vellet, ut dicitur in cap. dilectus, de Præbendis, & ad terminos magis proximos adducebant textum in leg. placet, ibi: Posse posthumum heredem facere iuncta glos. quæ exponit posse fidem debere supra de liber. & posthum. hæc tenet Ripa, & idem voluit Bald. in leg. unum ex familia, 67. aliàs 69. §. si de falcidia ante num. 1. ff. de leg. 2. Vbi quod facultas est respectu personæ, & necessitas respectu substantiæ, & actus electionis quem sequitur, Bardel. cons. 191. num. 79. Surd. cons. 375. sub num. 8. &c.

48 Siendo cierto que la palabra *Potest* en las vltimas voluntades, como es esta, induce necesidad, y precisa obligacion de hazer aquello que el Testador dispuso por la palabra *Possit*, Glos. in leg. sæpè audiui, de offic. Præsid. & ibi Bart. & in leg. Gallus, de liber. & posthum. num. 4. Auiles in cap. 3. Prætor, glos. puede, in princip. Marc. Venturin. cons. 2. num. 149. ibi: Porro in vltimis voluntatibus, in quibus omne verbum significans legitimum testatoris sensum legare, aut fideicommittere volentis, sufficit ad inducendum legatum, seu fideicommissum, siue sit præceptuum, siue præcarium, leg. omne verbum, Cod. commun. de legat. leg. in legatis, Cod. de legatis, &c. Don Geronimo Palma allegat. 149. num. 36. Seraphino de privileg. iuram. privileg. 33. num. 71. ibi: Et sic capitur pro verbo debet, &c. Gratian. discept. 630. num. 4.

49 Es puntual autoridad con los textos, y autoridades, que de ella consta la de Pegas de maiorat. cap. 5. num. 365. ibi: Attamen hæc procedunt in contractibus legibus, aut statutis, in quibus verbum *Potest* significat liberam facultatem. At verò in vltimis voluntatibus verbum *Possit* importat necessitatem, & præcisam obli-

E

obli-

obligationem faciendi, quod testator disposuit, & si non fecerit habetur pro facto maioratus, ut est textus, in leg. fideicommissa, 11. §. hac verba, ff. de legat. 3. ibi: Hac verba filij rogo, ut pradia qua ad te pervenerint pro tua diligentia diligas, & vera eorum agas, ut possint ad filios suos pervenire, licet non satis exprimant fideicommissum, sed magis consilium, quam necessitatem relinquendi, tamen ea pradia in nepotibus post mortem patris eorum vim fideicommissi, videntur continere; & Gotofred. super text. & gloss. inquit Possit verbum trahitur ad necessitatem, nec nudam potentiam demonstrat, sed factam planè. Ex quo textu duo ducuntur fundamenta. Primum, quod verbum Possit producit praeceptum, & non arbitrium. Secundum, quod gravamen positum cum isto verbo Possit, inducit fideicommissum in vocatorum favorem, ut etiam tenent Alciat. conf. 13. num. 1. Riminald. Jun. conf. 700. num. 15. Mantica. de coniect. ultim. volunt. lib. 8. tit. 1. num. 12. Rot. apud Bich. decis. 608. num. 3. & in terminis Commissarij resoluit, Noguer. allegat. 9. num. 57. & seqq. & c.

50 Quien passa en el num. 366. à satisfacer à Castillo, que en el cap. 114. dixo, que la palabra *Potest* no inducia necesidad, ex vi verbi, aunque la inducia, ex tacitamente Testatoris, ibi: Et ultra dicta non obstant que Castell. & alij citati pro parte contraria dicunt: nam loquerentur sine lege iuris communis, & contra dictum textum, & isti Doctores non negant, quod in §. hac verba, verbum Possit, inducit necessitatem, sed potius ita resolvunt, & solum dicant, quod verbum Possit importat necessitatem ex tacitamente Testatoris, & non ex vi verbi, & c.

51 El caso en que habla Pegas es el mas adaptable à el nuestro, y el en q se resolvió aver quedado fundado mayorazgo, aunq aquel con quien el Testador hablava se explicasse con la palabra *Pueda dexar*, num. 362. ibi: In quodam testamento disposuit Petrus, his verbis: Por orde outorgo, quero, & cansinto, mando, & he minha vontade, que à minha quinta de tal parte à possa deixar, & mandar por via de morgado à qualquier filho, ou neto seu, com as limitações, & condições, & vinculos, que elle quicer, & em qualquier morgado que ficer. Quaesitum fuit, an maioratus fuisset erectus, vel ex his clausulis teneretur facere in cōsanguineos, vel possit Commissarius disponere in extraneorum favorem: & resolvi, quod non, & bona esse maioratus, & haberi pro facto, si nolluerit facere. Et in alia simili scriptura secundum meam opinionem iudicatum fuit in gradu revisionis in causa, André de Almeida con D.

Lui-

Luiza, Escriptão Domingos Dias do Couto, ex Noguerol alleg. 9. num. 57. &c.

52 En el numero siguiente 363. se explica, y dà la razon de diferencia, ibi: *Et merito ita resolvi, & in dicto casu ita iudicatum fuisse arbitror qualiter aliud sit dicere, maioratum facio, si Titius voluerit, quia expressim substantia dispositionis est Titij, aliud do facultatem, vel potestatem Titio, ut faciat maioratum, quia voluntas est mea, sum causa efficiens, & tanquam mandatarius Commissarius ius exequitur mea facultate, vel delegatione, ut per hac verba inquit, Carpio de executor. testam. lib. 2. cap. 3. num. 6. & seqq. & cap. 22. num. 12. &c.*

53 Que es lo que aqui formalmente sucede; porque Geronimo Briceño lo que dexò en la voluntad de Doña Micaela de la Cueva fue, el declarar què personas huviesen de suceder; pero no el que huviesse de aver, ò no personas que sucediesen, porque el que las huviesse fue deliberada voluntad suya, prevenida ya, como el dize en el poder quando fundaron el mayorazgo, dexando la declaracion de las personas para quando otorgassen el testamento; y esto es la declaracion de las personas que huviesen de ser; pero no el dexar de declarar; de fuerte, que como se dixo *suprà num. 45.* la libre voluntad fue respecto de la persona; pero necesidad respecto del acto de eleccion.

54 Y discurriendo Ciriaco en la *controuersia 207.* en vna disposicion, que contenia, que acabada la legitima descendencia pudiesse el vltimo poseedor legitimar à vn bastardo, dize, *num. 16. ibi: Bonaque predicta hereditatis D. Iacobi iure fideicommissi debentur Domino Iosepho vigore ipsius legitimationis, quia verba illa, permite, & concede che posa, licet regulariter importet liberam facultatem, ut de verbo permitto, est textus in leg. non quidquid, 40. in principio, ff. de iudic. Rebus. in leg. duobus, 237. col. 4. vers. Et non quidquid, ff. de verbor. significat. & de verbo concedo, est textus in leg. Paulus, 47. §. Patroni, ibi: Concedo tibi liberantes tamen si factionem, ff. de bonis libertor. & textus in leg. Princeps, 21. ubi Rebus. column. penultim. ff. de verbor. significat. & de verbo Possit, est textus in leg. 1. Cod. quomodo, & quando Iudex, leg. saepe, 8. ff. de offic. Præsidis.*

55 Tamen ratione adiuncti, & subiecta materia variant significationem, ut per Alex. in leg. si quis ante, 10. sub num. 14. ff. de acquir. posses. Rebus. locis citatis, & de verbo Possit: *Quòd aliquando importet necessitatem, tradit Alex. in leg. Gallus, 29. in princip. num.*

num. 3. ff. de liber. & posthum. Surd. decis. 286. num. 3.

56 Et ideo in proposito important necessitatem in restituendo fideicommissum legitimo, vel alteri electo, facultatem verò in eligendo quem velit legitimare, vel cui restituere, ut in specie determinat Ripa in leg. ex facto, 17. in princip. num. 4. ff. ad Trebel. per text. in leg. placet, 4. ibi: Posse posthumum heredem scribere, iuncta glos. in verbo Posse, quæ exponit adest debere, ff. de liber. & posthum. ex quo subiecta materia, & disposita per Testatorem ita suadent, &c.

57 La Rota en la decis. 263. de la part. 15. de las recentiores de Rufo fue corriente, con que la palabra Possit inducia necesidad en las vltimas voluntades, num. 19. ibi: Siquidem optima responsione huic obiectioni satisfactum fuit, quòd nempe dictum legatum relictum est sub his verbis, quòd possit impendi pro reparanda Ecclesia, qui modus loquendi in vltimis voluntatibus importat necessitatem, secundum glos. in leg. sæpe audiui, §. verb. Necessitatem, vers. Etiam in voluntatibus, ff. de offic. Præsidis, leg. observat. 4. vers. Post hoc impres. ubique glos. in verbo Debet, ff. de offic. Præsidis, & in leg. unum ex familia, 69. §. fin. ubi Bart. de legat. 2. idem Bart. in dict. leg. Gallus, 29. in princip. num. 4. vers. In vltimis, verò voluntatibus, Gratian. discept. Forens. cap. 630. num. 3. & pluribus, &c. Y lo mismo en la decis. 140. de Celio Bichio, num. 2. ibi: Et est doctrina originalis Hostiensis in cap. exposuisti, 34. col. 1. verb. Poteris, de Præbend. ubi verbum Poteris, apostum in dicto text. exponit pro debebis, iuxt. text. in cap. ad dedecorem, de instit. & Hostiensem sequitur, ibidem Ioan. And. sub num. 2. vers. Et exponit, Socin. in cap. sicut unire, num. 91. de exces. Prælat. &c.

58 Es fuerçase la necesidad que tuvo Doña Micaela de nombrar con las autoridades de Pedro Surdo conf. 375. num. 8. ibi: Et prædicta procedunt non solum, quando dictum est, quòd Possit, & debeat relinquere, sed etiam quando dixit, quòd possit instituere, vel relinquere, quia nihilominus importabit necessitatem, & erit fideicommissum inductum, ut probat Ripa in dict. leg. ex facto, in princip. num. 4. quinimò fortius verum est, quando rogat, & velit talem instituere, nam etiam tunc vertitur in fideicommissum, ut probat Rota dict. decis. 640. num. 26. & seq. ubi verba erant vulgari idiomate concepta Lo prego che voglia, licet de Ripa mentionem non faciat, nam verba sunt collata in necessitatem respectu substantiæ, ut scilicet bona transeant ad aliud, sed in voluntatem

quo

quo ad facultatem eligendi, cap. dilectus, de Prabend. Ripa loco practato, sed melior est textus in leg. cum quidam, ff. de legat. 2. § c.

59 Pegas de maioratibus, cap. 7. num. 227. ibi: Et tantummodo: hac nominatio potuerat habere locum, si fundatrix dixisset concedere facultatem, ad hoc, ut posset nominare unum ex filiis, quem voluisset eligere, cum verbis Pudeffe nomear em ò filho que quizer: Quæ verba sunt termini, cum quibus leges explicant liberam facultatem nominandi esse datam ad hoc, ut libere eligatur, quem ex filiis voluerit, leg. cum quidam, 24. ibi: Rogo restituas libertis mers quibus voles, leg. unum ex familia, §. sed etsi, §. illic: Rogo fundam cui voles, aut quibus voles ex familia relinquo: §. §. rogo, 7. ibi: Restituas ex libertis cui voles: §. §. si de falcidia, leg. cum pater, 77. §. à filia, ibi: Cui vellet ex liberis suis prædia, cum moreretur restitueret, ff. leg. 2. leg. utrum, 7. §. 1. ff. de reb. dub. Molina lib. 2. cap. 5. Mieres part. 1. quæst. 48. n. 11. Castillo lib. 5. cap. 87. num. 3. §. seqq. §. est text. in leg. cum quidam, ff. leg. 2. Paz de Tenut. cap. 34. num. 106. Pereira decis. 8. num. 8. §. c.

60 Es muy digno de que los Señores tengan presente este caso à otros, en que generalmente se discurre por los Doctores, porque aqui se esta en terminos de fideicomissario, con quien habla el Testador, y à quien dà el poder; y la palabra Pueda dada à el fideicomissario, induce necesidad en el, Noguero alleg. 9. num. 57. ibi: Virtute mandati habuit precisam obligationem instituendi maioratum, non obstante quod D. Ioanna uteretur verbis, pueda hazer, y otorgar el dicho vinculo, y mayorazgo, &c. Nam verbum Pueda, relatum ad Commissarium necessitatem inducit, leg. fideicommissa, 11. §. hæc verba, de legat. 3. Glos. in leg. sæpè, verbo Necesitatem, ff. de offic. Præsidis, Bald. in leg. Gallus, num. 4. ff. de liberis, §. posthumis, §. ibi Ias. num. 27. §. magis in termis Ripa in leg. ex facto, in princip. num. 4. ff. ad Trebell. Vbi, quod si testator dixit, volo quod hæres meus si moriatur sine liberis, possit unum ex fratribus suis heredem facere, dicitur is hæres positus in necessitate restituendi, §. in libertate quem ex fratribus voluerit eligendi, Craueta cons. 440. num. 15. lib. 3. Menoch. cons. 408. num. 50. §. 51. lib. 5. §. c.

61 Ay formales textos en los quales se halla establecido quedar obligado el fideicomissario, ò heredero à nombrar sucessor, à dexar mayorazgo, ò à otro qualquier acto, sin que pueda escusarse de hazerlo; y que si no lo hiziere, quede hecho, y estos son la ley etiam, 118. de legat. 1. ibi: Etiam hoc modò cupio, ut des opto, ut

F

des

des credo te daturum, fideicommissum est; la ley 121. de el mismo titulo, ibi: Et eo modo relictum exigo, desidero, ut des fideicommissum est, &c. Y la ley unum ex familia, §. fin. de legat. 2. ibi: Item Marcus Imperator rescripsit, verba quibus testator, ita cauerat, non dubitare se, quacumque uxor eius haeres instituta capisset, liberis suis redituram, pro fideicommisso accipienda, &c.

62 Son tambien formales textos la ley fideicommissa, 11. §. hac verba, de legatis 3. ibi: Hac verba Te fili rogo, ut pradia quae ad te pervenerint, pro tua diligentia diligas, & curam eorum agas, uti possint ad filios tuos pervenire, licet non satis exprimant fideicommissum, sed magis consilium, quam necessitatem relinquendi, tamen ea pradia in nepotibus post mortem patris eorum vim fideicommissi videntur continere, &c. Y la ley Pamphilo, 37. de el mismo titulo, ibi: Pamphilo liberto hoc amplius, quam codicilis reliqui, dari volo centum: scio omnia, quae tibi Pamphila relinquo, ad filios meos per ventura: cum affectionem tuam circa eos bene perspectam habeam. Quaro, an verbis supra scriptis Pamphili fideicommissum sit, ut post mortem filijs defuncti centum restituat respondendi, secundum ea quae proponerentur, non videri quidem, quantum ad verba Testatoris pertinet, fideicommissum Pamphili, ut centum restitueret, sed cum sententia defuncti à liberto decipi satis in humanum sit centum ei relictum filijs testatoris, debere restitui, quia in simili specie Imperator noster Divus Marcus hoc constituit, &c.

63 En estos textos, como se ha visto, aun ay mucho menos que los que expresa el poder de Geronimo Briceño; y sin embargo se tuvo por preciso el fideicomiso, porque para esto basta que en alguna forma se conozca deseo de el Testador que no deve defraudarle la fee, ò confianza que tuvo de el heredero, ò testamentario, Marcio Venturino cons. 2. num. 150. ibi: Hinc inferitur ex subiecta materia, quod cum ex verbis huiusmodi relatis ad gravatum eliciatur testatoris voluntas, quod bona perveniant ad eum cui testator disposuit dari posse, ad textum in leg. fideicommissa, §. hac verba, ff. de legatis, 3. Roland. in cons. 30. num. 9. lib. 4. Surd. post Ias. & alios, ibi allegatos in cons. 375. num. 6. vers. Idque procedit, propterea ne fides, quam testator de haredo suo praesumpsit, eum decipiat fideicommissum validum ex his resultat, ut per Peregrin. dict. art. 1. num. 48. in principio: Et prout in specie de verbis potestatem designantibus relatis ad gravatum, tradit Peregrin. ipse dict. articul. 10. num. 12. in fine, allegando Bartol. supra citatum,

tum, in leg. sepè, ff. de offic. Prasidis, Et eodem art. 1. num. 49. versi. Similiter verba potestatis, ubi multos allegat, Et c.

64 Sin que obste lo en que en contrario se haze fundamento grande de que Geronimo Briceño lo dexò à la voluntad de Doña Micaela de la Cueva; y que asì aviendo pendido de su voluntad, pudo èl hazer, ò no llamamientos, y que no aviendolos hecho, no puede nadie pretender: porque en tanto tuvo voluntad Geronimo Briceño en que huviesse personas que sucediesse, en quanto fuesse voluntad libre de Doña Micaela; y no aviendo esta querido, no ay disposicion por las reglas generales de lo que se dexa *ad voluntatem, vel ad libitum alicuius*, no passa en disposicion hasta que este vñe de la facultad que se le dà de que puede vñar, ò no vñar.

65 No es de fundamento la propuesta antecedente; antes bien de conocida desestimaciõ, passandole à figurar otra especie diversa de la ^{de} nuestro caso, queriendo que sea la de estarle en vna disposicion conferida en la libre voluntad de vn tercero, lo qual no es en esta forma; porque las clausulas no se truncan para la inteligencia de ellas, sino es que se ha de atender à el todo de su tenor, y à lo que fuesse latamente de el Testador, *leg. Mevia, de manumissis testamento, leg. vnum, §. omisso, de legat. 2.* Don Iuan del Castillo *cap. 6. num. 42. Et cap. 50. à princip. ad ferè per totum.*

66 Y la clausula, que es forçoso repetir aqui, lo que dize es; ibi: *Item, assimismo le doy el dicho poder, que por quanto en el dicho mayorazgo, aunque expressamos la orden de suceder en nuestros descendientes, sin declarar quando faltasse descendiente, è successor de nuestra descendencia, dexandolo para que lo declarariamos en el testamento que ordenassemos, por tanto doy el dicho mi poder à la dicha Doña Micaela mi muger, para que haga, è pueda hazer dicha declaracion, è llamamiento en caso que falte de nuestra descendencia successor, porque dende luego dexo à su voluntad la dicha declaracion, y dexo nombrado el que ella nombrare, por lo aver comunicado con ella, Et c.*

67 De esta se infiere con evidencia lo que ya queda insinuado *suprà num. 45. Et num. 46.* que el aver, ò no personas intermedias que huviesse de suceder entre los descendientes, y el caso de las obras pias, no pendio, ni quedò à la voluntad de Doña Micaela, sino es quales fuesse las personas que huviesse de suceder; pues expresa que quando hizieron el testamento tuvieron ya previsto, y discurrido el dar providencia de sucesores quando

do faltassen descendientes, y que lo dexaron para quando ordenaron el testamento; y en consecuencia de esto dà poder à Doña Micaela, para que haga, y pueda hazer la declaracion, y llamamiento con la circunstancia de averlo comunicado con ella, y que assi dexa nombrado à el que ella nombrare; de fuerte, que lo dexado en su voluntad no es el declarar, ò no, sino es las personas que quisiere declarar; y assi dize, que dexa nombrado à el que ella nombrare, porque lo comunicò con ella, assimilandose esto à la ley *Teopompus, de dote præ legata*, en que dize el texto: *Sciens mentem meam*, manifestandose que ya avia deliberacion, y voluntad cierta de el Testador, que avia de declarar el fideicomissario, ò persona de quien se hazia la confiança.

68 Y assi en vano se haze fundamento en la clausa, *dexo à su voluntad la dicha declaracion*, porque esto no es dexar à su voluntad la substancia de declarar, sino es la persona, y lo comprueba la clausula *por lo aver comunicado con ella*; de fuerte que se dan aqui dos razones exclusivas de la libre voluntad de Doña Micaela. Vna, la suspension de la declaracion para quando hiziesen testamento. Otra, el dezir que ya con ella lo tiene comunicado, y quando las palabras de el Testador estan proferidas por el por modo de razon, ò de causa, inducen precisa disposicion, Bartul. in leg. qui volebat, in fin. ff. de haredibus instituendis, § in leg. si socer, § Lucius, num. 4. ff. de soluto matrimonio, Surdo cons. 67. num. 15. § cons. 96. num. 16. Rolando cons. 23. num. 15. lib. 4. Fusario cons. 169. num. 13. Altogrado cons. 92. num. 19. Francisco Radenasco cons. 29. à num. 23. per plures.

69 Y no solo inducen disposicion, y fideicomisso, sino es que dan extension de el ya fundado para que sucedan los demás parientes, Marta cons. 60. num. 13. ibi: *Sed verba ita prolata per modum rationis ampliant fideicommissum precedens, § inducunt verum fideicommissum*, Croto in §. divi, num. 27. vers. Aliquando, § quando post Soc. § alios relatos, Paulo de Castro in cons. 302. num. 5. volum. 1. Curcio Iunior in cons. 43. num. 11. Socin. cons. 43. num. 1. § seqq. § per totum, volum. 3. Parisio cons. 52. num. 16. vol. 3. Alciato in dict. §. divi, num. 49. Mantica de coniecturis ultimar. voluntat. lib. 6. tit. 14. num. 23. Surdo in cons. 96. num. 21. § 43. § seqq. vol. 1. Ergo supradictum fideicommissum est ampliandum ad limites rationis, ne exeant familiam, § nomen ipsius testatoris, ita ut dicti descendentes ex feminis non sint vocati, quia non sunt de familia, nec de nomine ipsius testatoris, &c.

Ni

70 Ni pudiera ser esto en otra forma que en la que se ha referido, de que Geronimo Briceño tuvo deliberada voluntad de que durasse el mayorazgo en mas personas que en los descendientes antes de las obras pias, dexando à Doña Micaela que expreisasse las personas que con ella tenia comunicado; pero no el dexar à su voluntad libre el aver de llamar, ò no personas; porque el dexarlo assi à su voluntad libre, tiene resistencia en derecho, y se estimara voluntad captatoria, que es inadmissible; porque *iura testamentorum, & dispositionum debent per se firma esse, & non pendere à voluntate, & arbitrio alieno, leg. illa institutio, ff. de heredib. instit. leg. captatorias, Cod. de testam. milit. Peregrin. de fideicommiss. art. 33. à num. 51. Menoch. conf. 408. à num. 5. Surd. conf. 380. à num. 25. Marta de succes. legal. part. 4. quest. 4. num. 18. Fusario de substitut. quest. 503. num. 50. apud quem plurimi Ciriaco controuers. 548. num. 6. Duran. in tract. de condit. & mod. impossibilib. part. 3. cap. 4. num. 21. & seqq. latissimè Castillo lib. 2. controuers. cap. 6. per tot. donde en el num. 30. dize, que despues de la ley 31. de Toro, que es la 5. tit. 4. lib. 5. Recop. Nec in arbitrium quidem, nec etiam in liberam voluntatem ultima dispositio conferri potest.*

71 Procediendo esto, no solo en la institucion vniversal, sino es tambien en qualquiera legado, ò disposicion particular, *leg. captatoria, ff. de legat. 1. Glos. in leg. illa institutio, de heredib. institut. Peregrin. de fideicommiss. art. 33. num. 52. que dize proceder, tam in institutionibus, & relictis vniversalibus, quam in particularibus, atque in legatis, & fideicommissis, Fusario quest. 503. num. 3. Dom. Covarrub. in cap. cum tibi, de testam. num. 7. & seqq. Surd. conf. 380. num. 26. Cancer. lib. 3. variar. cap. 20. num. 83. D. Iuan del Castillo lib. 2. cap. 6. num. 35. vbi plures.*

72 Y lo que es permitido, es dexar en la potestad de otro la declaracion de la voluntad, pero no dexar en la voluntad de otro la disposicion. Es cierta esta proposicion, fundala Don Iuan de el Castillo lib. 5. cap. 182. num. 3. ibi: *Substantia tamen dispositionis in voluntatem alterius committi non potest, quamvis declaratio possit, ut dixi: atque ex Ruino, & alijs tradit Peregr. de fideicom. art. 33. num. 58. vbi, quod si testator iussit, per heredem suum dari certam quantitatem aliquibus, quos Titius nominauerit, non valet relictum, si verò iussit dari ab eo, cui reliquit, prout sibi in secreto commissit, tunc valet relictum sicuti post Bart. Ruin. & alios, ibidem notauit Mantica de coniectur. lib. 3. tit. 1. num. 15. in fin. vbi, quod ultima voluntas potest pendere ex alieno arbitrio de-*

clarato, non autem declarando, siquidem tota voluntas in alienum arbitrium non confertur, prout explicat Aretinus, ibi relatus Surd. etiam in cons. 380. num. 9. 10. § 11. lib. 3. § num. 49. § tribus seqq. ubi cum alijs multis distinxit, quod substantia dispositionis in voluntatem alterius committi non potest, declaratio tamen voluntatis valide potest, ut constat num. 11. § 8. in fin. ibi: Secundò respondetur, quòd in presenti facto substantia substitutionis non est collata in arbitrium, seu voluntatem heredem, sed sola declaratio, nam testator protestatus est heredem esse plenè informatum de ipsius voluntate, &c. Idem quoque, quòd scilicet declaratio voluntatis possit alteri committi, sed non substantia dispositionis, latius probabit Simon de Pratis lib. 1. interpretat. 1. dubit. 3. solut. 5. ex num. 4. usque ad num. 11. fol. 26. § 27. &c.

73 Antecedentemente en el lib. 2. en el cap. 6. por todo el fundò, y comprobò latamente, y con muchas autoridades esta misma proposicion, y señaladamente en el num. 20. pone la especie de la institucion, ò disposicion en que el Testador dixo, que instituita à los que Ticio quisiesse, que es lo que las obras pias quieren aya hecho Geronimo Briceño de llamar à la sucession despues de sus descendientes los q quisiesse llamar Doña Micaela, y esto es lo que tiene impossibilidad civil, ibi: *Nunc verò, § secundò loco instituendum est institutionem illam; quos Titius voluerit heredes instituo, vel aliter quocumque modo in alterius voluntatem collatam, captatoriam non esse, ut supra dixi, vitiosam tamen reputari, § à iure improbatam, quoniam satis constanter veteres decreuerunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere non ex alieno arbitrio pendere, &c.* Marcio Venturino cons. 2. num. 165. ibi: *Quarta est ratio, quia idem videmus in institutione, cū testator dicit instituo quos Titius voluerit, quæ quidem institutio dicitur captatoria, § non valet, quia nullius particulariter interest, qui possit Titium cogere ad eligendum, ut dicit Bart. in leg. illa institutio, de hered. inst. quem ibi sequuntur DD. § Paul. de Castr. in leg. captatorias, Cod. de testam. milit. vers. Alio modo, § quòd idem sit in casu proposito, § etiam sic in fideicommissis allegat Cuman. in leg. pen. ff. de legat. 2. ubi Castr. in fin. idem tenet, § eundem Cuman. in leg. cum quidem, la 2. eod. tit. subiicitque Alciat. Nec habet ista conclusio (quòd ego sciam) aliquem contradicentem, § hac num. 31. vers. Quarta ratio est, &c.*

74 Respecto, pues, de que como se ha fundado, y ninguno verificado en la jurisprudencia negará, que la disposicion de Gero-

nimo Briceño de dexar en la voluntad de Doña Micaela el nombrar, ò no personas que sucediesen despues de sus descendientes, es viciosa, y reprobada, es de presumir, que lo que quiso fue lo que podia hazer; esto es, no el dexar à su voluntad el nombrar, ò no personas; porque esto fuera conferir en voluntad agena la substancia de la disposicion, sino es el dexar el accidente de la persona que huviesse de suceder, que es lo que pudo hazer, y mas quando dize lo tiene con ella comunicado, aprobando el que ella nombrare, siendo ciertas dos proposiciones. Vna, el que *nemo eligit viam, per quam subvertatur eius voluntas, vel dispositio, leg. 3. vers. Nec credendus, de militar. test. leg. quoties, 13. ff. de reb. dub. leg. quoties, ff. de verb. oblig. cap. Abbat. & ibi Glos. verb. Potius, de verb. signif. Barbos. axiom. 160. num. 3.*

75 Otra, el que siempre se presume que el Testador quiso aquello que cupo en su potestad, y que las leyes le permitieron, *leg. Lucius, §. pen. ff. ad municip. Bart. in leg. si quis sub conditione, ff. de condit. instit. Bald. in leg. fin. §. in computatione, Cod. de iur. de liberand. Marta cons. 180. num. 2. ibi: Testator non præsimitur voluisse, quod de iure non potest, &c. Ciriaco controu. 550. num. 17. ibi: Et testator non censetur voluisse, id quod facere non potest, por lo literal del texto en la *leg. Lucius, 21. ya referida, §. fin. ff. ad municip.* que dize, *ibi: Cum ad ea, qua mandari possunt, voluntatem dedisse videaris, &c. Capicio Latro consult. 82. num. 82. ibi: Secundò intelligitur, quod quis non velit disponere, nisi iuxta potestatem sibi à iure attributam, nam voluntas semper præsimitur esse talis, qualis est potestas, ut per Bald. in leg. in testamento, col. 4. num. 14. de milit. testam. &c.**

76 Asegurase de el todo el concepto de aver avido voluntad expressa de Geronimo Briceño, de que despues de sus descendientes huviesse de aver mas sucesores, y despues de ellos huviesse de entrar las obras pias, considerando atentamente lo que dize en el poder en la clausula primera, y segunda, en las quales expressa, que el mayorazgo que avia fundado con Doña Micaela de la Cueva: *Ha de quedar en su fuerza, y vigor.* Y despues supone, q̄ en aquel mayorazgo, aunque expresaron la orden de suceder en sus descendientes, no lo declararon quando faltasse, *dexandolo para que lo declararian en el testamento que ordenassen;* y en este concepto da el poder à Doña Micaela con la palabra: *Por tanto,* que significa usar de aquella reserva, y reducirla à efecto, *para que haga, e pueda hazer dicha declaracion, e llamamiento en caso que fal-*

te

te de nuestra descendencia sucessor, porque dende luego dexo à su voluntad la dicha declaracion, y dexo nombrado el que ella nombrare, por lo aver comunicado con ella, &c.

77 Y despues en el fin de la clausula dize: *Afsimismo le doy el dicho poder para que ponga en efecto, è instituya las memorias que con ella tengo comunicado, para que se hagan perpetuamente, señalando de nuestros bienes los que le parecieren para que sean perpetuos, &c.*

78 De aqui se saca por ilacion precisa, y sacará qualquiera prudente juicio aver sido clara la voluntad deliberada de Geronimo Briceño para tres cosas; vna para el llamamiento de sus descendientes; otra de llamamiento de personas despues de extinta la descendencia; otra de que huviesse de aver obras pias; y si no es queriendo entorpecer la razon à los hombres, no puede pretenderse que la voluntad de Geronimo Briceño huviesse sido limitada à que en su mayorazgo sucedieffen sus descendientes solos, y despues las obras pias, porque para esto no era necessario nada de lo que dize en el poder, y clausulas de èl referidas, y es opuesto directamente à lo que de ellas resulta; pues considerò, y quiso sucessores descendientes; fenecidos estos quiso sucessores, los que avia comunicado con Doña Micaela, y ella avia de declarar, y afsimismo quiso despues obras pias; y assi es conocido error el pretender que de los descendientes quiso transito preciso à las obras pias, sin el intermedio de otros sucessores.

79 Conocese bien por lo ya referido, y el todo de la clausula, y concepto de el Testador, que quiso, el que fenecidos sus descendientes durasse el mayorazgo en otras personas, y estas no aviendo Doña Micaela expressado las que avian de ser, presume el derecho, y dà por llamados los parientes mas cercanos, *suprà num. 24. & 25.* y siempre para su comprehension, y extension, y duracion del fideicomisso, ò mayorazgo, se dà la mas lata significacion que se puede, Peregrin. *de fideicommiss. art. 1. num. 38.* optimè Iulio Caponio *discept. 59. num. 8. ibi: Et non tantum inducitur, sed etiam extenditur, & ampliatur fideicommissum ex coniecturis hocque non tantum procedere, si coniectura ex scriptis in testamento, sed etiam si aliundè desumantur, ac de testatoris voluntate constet, nec mirum, nam ut fideicommissum valeat à propria verborum significatione recedere debemus, ita ut non solum pro isdem benigniorem, ac latam interpretationem faciendam esse omnes ferè DD. uno ore doceant, sed in dubio illa stare, ac ut valeant potius, quam pereant*

in-

indicandum esse concertant, ibi extitisse fideicommissi conditionem magis dicendum est ita ponderatum, &c.

80 Ay tambien en esto que ponderar el modo, y fin con que se pidiò la facultad, ibi: *Querriades meter, è incorporar en el dicho mayorazgo para que sucediesse en todo ello Don Geronimo Briceño de la Cueva vuestro hijo mayor, y sus descendientes, y las personas à el llamadas, por la via, forma, modo, condiciones, sosituciones en el dicho mayorazgo contenidas, ò con los que mas, ò menos vosotros quisiereades poner à los bienes que incorporarades en el, y nos suplicasteis os diessemos licencia, y facultad para ello, ò como la nuestra merced fuesse, &c.*

81 Y el modo con que se le concediò, que fue, ibi: *Para que de alli adelante perpetuamente para siempre jamás, queden metidos, è incorporados en el dicho mayorazgo, con las clausulas, vinculos, condiciones, prohibiciones, sumisiones, reglas, modos, sosituciones en el contenidas, ò con los que mas, ò menos vosotros quisiereades poner à los bienes, que segun dicho es, incorporarades, que Nos por esta nuestra carta de nuestro propio motu, desde aora para entonces, y de entonces para aora los avemos por puestos, è incorporados en el dicho mayorazgo, y vinculos de el, y queremos, y mandamos que sean àvidos, y tenidos por tales, &c.*

82 De esto se comprueba que no tuvieron facultad Geronimo Briceño, y Doña Micaela para desagregar de el mayorazgo de el señor Geronimo Briceño los bienes que incorporavan, y que fuesen los llamamientos mas limitados, y en diversas personas: porque ya no fuera agregacion perpetua, como fue la facultad à que devieron estar, siendo nulo lo que excediendo de ella se vlassse, *ex cap. 1. §. profecto, de leg. Corradi, cap. cum dilecta, 22. de rescriptis, cap. si cui, de electione in 6. leg. diligenter, ff. mandati, Dom. Valenquel. cons. 3. num. 42. D. Molin. lib. 4. cap. 5. à num. 10. Dom. Salgad. in Labyrinth. 2. part. cap. 4. num. 15.*

83 Ni se excluye esto si se dixere que la facultad misma dize, ibi: *O con los que mas, ò menos vosotros quisiereades poner*; porque no mira à el hazer temporal, ò perpetua la agregacion, pues esta era, y avia de ser perpetua, como lo era el mayorazgo à que se hazia, fino es à que sin alterar la substancia de la perpetuidad se pudiesen poner otras condiciones, ò calidades, ò modos que no estuviessen en el mayorazgo à q̄ agregavan, lo qual era factible, y podian executar, siendo compatibles con la perpetuidad de la agregacion.

84 Y es de notar, que aqui se está en el caso propio de dudarse si del genero q̄ en el mayorazgo de el señor Geronimo Briceño, estaban llamados, no solo los descendientes, sino es los transverfales, lo estarán tambien en esta agregacion, ò si las clausulas de ella tienen incompatibilidad, ò contrariedad a las de el mayorazgo à que se haze la agregacion, porque Geronimo Briceño, que agregó, huviesse querido calidad contraria; esto es, que en su agregacion succediesen solo los descendientes: y en esta duda favorece tanto el Derecho la compatibilidad, como funda Roxas *de incompatibilitate, part. 4. cap. 5.* que se ha de dar la interpretacion quanto quepa en la posibilidad, para que puedan conciliarse, y tener vnion; y dize en el num. 22. ibi: *Declara, seu extende undecimo. Etiam si contrarietas, aut repugnantia resultet, ex vi alicuius alternativa, quia debet resolvi in copulativam, ut contrarietas evitetur, vel possit dissolvi, &c.* Y en el 23. ibi: *Extende, seu declara duodecimo, & si perplexitas sit cum dictione taxativa, veluti, tantum, dumtaxat, & his similibus: quia nihilominus si aliquomodo possunt concordari, & correctio vitari, dictiones predictae non obstant, quippe dictio taxativa non operatur inter casus concordantes, aut conducibiles, &c.*

85 Y en el 29. ibi: *Si aliquo probabili modo possibile est, quod perplexitas, atque incompatibilitas dissolvatur, & sic quod possint conciliari, atque conformari leges, conditiones, seu vocationes, utriusque maioratus, ex verosimili mente disponentium, aut per quamlibet ex causis supra in hoc capite relatis, tunc diuidi non debent maioratus, nec reijcienda sunt dispositiones aggregati, neque eius cui aggregatur, sed tanquam una, eademque dispositio, siue unicum primogenium haberi, ac in eo succedi posse, resolvunt D. Molin. lib. 1. cap. 8. num. 35. Flores Diaz de Mena ad Gam. decis. 262. Don Ioan. à Castillo cap. 10. à num. 17. Addent. ad Molin. lib. 1. cap. 8. super num. 35. vers. Secundus casus est, &c.*

86 Creese que à la vista de la causa se excitaron dos dudas; vna, que Geronimo Briceño en el poder que dà à Doña Micaela dize se le dà, ibi: *E lo mismo para que pueda añadir, è quitar, è commutar los bienes en el dicho mayorazgo expressados, è lo revocar à su voluntad, conforme vâ dicho, è ordenado en la dicha escritura de mayorazgo, &c.* y que assi pudo muy bien disponer Doña Micaela en obras pias, pues pudo revocarle.

87 A que se responde con gran facilidad en dos formas. Vna, que Doña Micaela no le revocò; antes bien se quedò en el modo que

que estava fundado con el llamamiento expreffo de los descendientes, y afsi no vsò de revocacion. La otra, que tampoco pudo vfar en quanto à mayorazgo, aunque fi en quanto à bienes, y otras cosas, de que es prueba real, que en el mismo poder expreffò su voluntad Geronimo Briceño, y dexò dispuesto que el mayorazgo que avia fundado con Doña Micaela de la Cueva, quedasse con su fuerça, y vigor, pues dixo, ibi: *Ten lo que quedare de los demás bienes, de que hizimos mayorazgo con licencia de su Magestad yo, è la dicha Doña Micaela de la Cueva, porque el dicho mayorazgo ha de quedar en su fuerça, è vigor, con las clausulas, condiciones, è vinculos, è llamamientos, è sumisiones en èl puestos, &c.* Con que tan ageno estuvo de permitir que se revocasse el mayorazgo, que antes bien ordenò, y dispuso que durasse, y tuviesse firmeza.

88 La otra duda, ò discurso fue, preguntar si Doña Micaela huviesse nombrado à vn estraño, si podrian entonces los transverfales impugnar aquella nominacion, ò declaracion.

89 No se discurre que esto conduzca para el pleito, porque si nombrasse à estraño, ò à quien le huviesse parecido, seria entonces disputa entre el pariente, y el estraño sobre si la nominacion fue bien, ò mal hecha; y esto antes bien supone la existencia de el mayorazgo, que es lo mismo que nosotros queremos; pero inferir de el poder nombrar à estraño, que no huviesse querido Geronimo Briceño suceffor intermedio entre sus descendientes, y las obras pias, es facar el argumento contrario; pues antes bien lo quiso si se supone que Doña Micaela podia nombrar à estraño.

90 Por estas consideraciones espera esta Parte aver de obtener determinacion favorable en la administracion, y en la Tenu-
ta, sin atender à el pretexto de la piedad que se toma por las obras pias; pues lo que el Derecho estima por piedad, es, que se guarde la voluntad de el Testador, y por impiedad el que se receda de ella, porque de su inobservancia aya de resultar beneficio à las obras pias, Paulo Rubeo *in practicabilibus resolutionibus, siue de testamentis, cap. 21. num. 135.* ibi: *Quando non aliud ex verisimilimente, & coniecturata voluntate disponentis apparet, cum voluntas testatoris sit potentior, quam favor pie cause, & religionis, vt post Castrensem, & alios ratiocinatur. Rota coram Cardin. Verosp. Junior. in caus. Bononien. fideicommissi, de Blanchettis, 26. Ianuarij 1632. §. & licet, vers. Cum favor pie cause non possit dici potentior voluntate testatoris, &c.* Y en el cap. 71. num. 220. ibi: *Ne-*
que

Lic. D. Gabriel de Espinosa.
Rivadenejra.

Es
os
a-
o
il
la
o
d
o
r
a
h
i
n
o
n
n
n
o
o
n
n
e
p
la
el
o
o
n
n
a
p
o
l
r
e

BIBLIOTECA HISTORICA MUNICIPAL



1200008239

Ayuntamiento de Madrid