

N.P.  
S.XVII  
F-17

ALEGACION POR EL  
COLEGIO DE LA  
COMPAÑIA DE JESUS

Biblioteca  Valenciana  
Alegacion por el colegio  
  
31000002238759  
**XVII/F-17**



N. P.  
S. XVII  
F. 17

JESUS , MARIA , JOSEPH.



ALEGACION  
POR  
EL COLEGIO  
DE LA COMPAÑIA DE JESUS  
DE LA CIUDAD DE ORIHUELA,

EN QUE SE VINDICA LA REAL SENTENCIA  
de la passada Audiencia , pronunciada con Votos del Supre-  
mo Consejo de Aragon à los 12. de  
Mayo 1677.

DE LA IMPUGNACION DE DOÑA ANTONIA ROCA-  
mora y Heredia , Marquesa de Rafal , Conforte de Don An-  
tonio de Heredia , Corregidor  
de Madrid:

EN EL PLEYTO,  
QUE EN GRADO DE REVISTA  
pende en la Real Audiencia de Va-  
lencia:

S O B R E  
LA PROPIEDAD DEL LUGAR, Y CONDADO  
de la Granja , y las Possesiones de Benimira en el termino  
de Callosa, y de Benferri en el de Orihuela.

Nicolau Primitiu

210407  
L  
1111  
111

XVII  
F-17



Nicolau Primitiu





## INTRODUCCION.

1



UNQUE el Colegio de la Compañia de Orihuela no necesita para su defensa de la Real Sentencia de 12. de Mayo 1677. y sin ella tiene afianzada la posesion con otras quatro, dos del Consejo Real, y dos de esta misma Audiencia, que aviendose pronunciado sin motivos, no estàn expuestas à la cavilacion: ha parecido examinar la acusacion, que se le hace por parte de la Marquesa de Rafal, para no dexar sin respuesta una osadìa tan libre.

2 Supone la Marquesa (1), que si no se impugna, y se quita de por medio esta Sentencia, no puede aspirar à la sucesion de los bienes: y lo supone, y dice con razon. Porque canonizado una vez por ella el Vinculo de Don Juan Rocamora (n. 20.) en su testamento, por èl tiene expreso llamamiento el Colegio de la Compañia, y el caso vino con la muerte sin hijos del Gran Castellan (n. 32), como han declarado las quatro Reales posteriores Sentencias, y no puede dudarle la Marquesa.

(1)  
Ajustado num. 106. fol. 146.  
verf. X por conclusion.

3 Por esta causa es indecible el conato, con que se ha querido impugnar: y no ha dudado proferirse, que es *erronea*, porque los motivos, con que se pronunciò, son contra expresas disposiciones de Derecho (2), contra principios elementales (3), y tales, que se han de reconocer implicables (4).

(2)  
Ajustado fol. 146.  
(3)  
Ajustado num. 100. fol. 121.  
(4)  
Ajustado num. 109. fol. 158.

4 He mostrado en la Defensa del Colegio, que nada adelanta la Marquesa con tan voluntarias censuras, y pudiera añadir, que no deve ser oida en una acusacion, que se ordena à mostrar nulidad en aquella Sentencia. Porque aviendose pronunciado con Votos del Supremo Consejo de Aragon, y precediendo el remedio de las Letras *Causa videndi*, no estava sujeta à nulidad, por literales disposiciones de los Fueros (5).

(5)  
For. 30. Cur. anni 1626. fol.  
7. D. Mathcu de regim. Regni  
Val. cap. 12. § 4. n. 54. N. Bas  
in Theatro cap. 55. n. 98.

5 Ni pienso valerme de la autoridad, y veneracion, que merece una Sentencia, pronunciada con el prolixo, y maduro examen de once años de pleyto, por Senados tan Supremos, y respetables en España, tan atendida del Consejo Real, y de esta misma Audiencia quatro veces que la tuvieron presente, en varios, y distantes tiempos, para el examen. Porque aunque esta presumpcion es de sumo peso para qualquier

jui-

( 6 )  
Dom. Leo in *prapat.* tom. 1.  
plura apud Joann. Solorzan.  
tom. 1. de *Jure Indiar.* lib. 1.  
c. 24. n. 67. & tom. 2. lib. 2.  
cap. 17. n. 55. & lib. 4. cap. 12.  
n. 29.

4  
juicio desapasionado (6), espero mostrar la falsedad de la acusacion con solo el examen de la Sentencia, haciendo ver, que ella es su mas justa apologia.

## §. I.

6 **P**ero antes es preciso hacernos cargo del Hecho, y del vexado motivo de la Sentencia.

( 7 )  
Ajustado num. 1. fol. 3.

7 Don Juan Maza y Rocamora (n. 20.) Dueño libre del Lugar de la Granja, y de las Possesiones de Benimira, y Benferri, en el testamento, que hizo con su Muger à los 15. de Abril 1600. (7) legò estos bienes à Don Francisco Maza y Rocamora (n. 26.) su hijo, fundando en su cabeza un Mayorazgo regular: en falta de su linea, llamó à Don Juan Marcos Maza y Rocamora, su hijo segundo, y à todos sus descendientes. En falta de ellos, à Doña Violante Rocamora (n. 27.) su hija, y los suyos. En seguida à Don Francisco Rocamora y Rosel su primo hermano, y su linea. Y en falta de todos, quiso se fundasse en Orihuela un Colegio de la Compañia de Jesus, para la enseñanza de la Doctrina Christiana, y Gramatica. Impuso à los successores varios cargos, que no son del caso, y previno expressamente, que si el Testador *librasse, y diesse à Don Francisco estos bienes en contemplacion de matrimonio, aut alias, viniendo esse caso, sin nueva expresion, ni declaracion, de dichos cargos, y condiciones, vinculos, y pautos, succediesse, y tuviesse los bienes con ellos, & non alias.*

8 En seguida convenida boda entre Don Francisco (n. 26.), y Doña Isabel Maza y Vallebrera su Prima, se ajustaron las Capitulaciones: y en las que se han presentado con fecha de 13. de Agosto 1603. se lee, que los mismos Don Juan (n. 20.), y Doña Beatriz Ruiz su Muger, ofrecieron dar, y dotar à su hijo en contemplacion de aquel matrimonio, con el Lugar de la Granja, y las dos Possesiones: ofreciendo hacer donacion de las tres Possesiones de presente, y que Don Francisco tomasse possesiones de ellas luego que fuesse consumado el matrimonio, y acerca de esto, las obligaciones, y prohibiciones, pactos publicos, oportunos, y necessarios, firmando en ellos Doña Beatriz Ruiz y Rocamora.

9 Capituldse tambien, que el Lugar, y las dos Possesiones huviesse de servir para los hijos varones de aquel matrimonio, francos, y libres de toda obligacion, quedando en facultad de dicho Don Francisco darlo al hijo varon, que quisiere de aquel ma-

tri-

5  
trimonio. Y no se lee en todo el instrumento, que se declaraf-  
fen los llamamientos del Legado.

10 Contestan las Partes, en que este matrimonio se  
efectuò, aunque no consta del tiempo: y en que Don Fran-  
cisco (n. 26.) possedyò el Lugar, y las dos Possesiones.

11 Tambien convienen, en que muerto Don Francisco  
(n. 26.) entrò en su possesion Don Francisco Maza y Roca-  
mora (n. 31.), que sobreviviò unico varon de aquel matri-  
monio. Y muerto èste sin hijos en el año 1661. y sin testa-  
mento, les ocupò Doña Elfa Maza y Rocamora (n. 30.) su  
Hermana, y les possedyò hasta su muerte, acontecida en el  
año 1665.

## §. II.

12 **E**N el año 1661. en que murió intestado, y sin  
hijos Don Francisco (n. 31.) no hubo duda, ni  
pleyto alguno en la sucesion. En el Lugar, y en las dos Pos-  
sesiones entrò pacificamente sola Doña Elfa. En los libros de  
Don Francisco, entraron tambien de acuerdo, y sin pleyto  
la misma Doña Elfa, y Doña Isabel Maza y Vallebrera, Ma-  
dre comun, à quienes tocava la sucesion legitima por dere-  
cho de los Fueros. Asì se declarò à pedimento de entrambas  
por el Justicia de Valencia à los 11. de Diciembre 1661. y  
en su nombre se hicieron los inventarios de ellos (8).

13 En la muerte sin hijos de Doña Elfa, acontecida en  
el año 1665. y por la que sucediò pocos dias despues, de  
Doña Isabel su Madre, se excirò el litigio, que se terminò  
con la Real Sentencia de la duda.

14 Doña Isabel murió inestada, y se declararon here-  
deros suyos legitimos con titulo de proximidad, Don Joseph  
Calatayud, y otros muchos, expressados en la Sentencia (9).  
Los quales aviendo visto que por la muerte sin hijos de Doña  
Elfa avia ocupado el Lugar, y las dos Possesiones Doña Vio-  
lante Maza y Rocamora (n. 27.) llamada inmediatamente des-  
pues de toda la descendencia de Don Francisco (n. 26.) por  
Don Juan su Padre (n. 20.) en el Legado, que se ha notado;  
dieron demanda en la passada Audiencia contra Doña Vio-  
lante Posshedora, à los 22. de Diciembre de 1666.

15 En ella expressaron, que por la citada Capitulacion  
Matrimonial, el Lugar, y las dos Possesiones avian parado  
libres en Don Francisco Maza y Rocamora (n. 31.). Que por

B

la

( 8 )  
Ajustado n. 16. fol. 34. n. 17.  
fol. 35.

( 9 )  
Ajustado num. 23. fol. 40.

la muerte intestada de este, y sin hijos, la mitad de los libres avian pertenecido à Doña Isabel Maza y Vallebrera su Madre, por expressa disposicion de los Fueros. Y que siendo ellos herederos legitimos sin disputa de Doña Isabel, les tocava su mitad; concluyendo, que devia darseles la verdadera posesion de ella.

16 Defendióse Doña Violante, con que à ella le tocavan integros estos bienes por el Vinculo de Don Juan su Padre en el citado testamento, el qual devia permanecer sin embargo de la referida Capitulacion: y que en todo caso no podian faltarle por la ereccion del Condado de la Granja, en que avia consentido Don Francisco Rocamora (n. 26.) su hermano, quando ganó la Gracia Real en el año 1628.

17 A Doña Violante coadyuvava el Gran Castellan de Amposta (n. 32.) su hijo, è inmediato successor en el Vinculo de Don Juan: y Don Geronimo, y Don Vicente Rocamora (n. 29. y 33.) ascendientes de la Marquesa emplazados entonces por Doña Violante, se opusieron à los Actores, y los primeros à la libertad de los bienes en Don Francisco (n. 31.), en que estrivava todo el medio de concluir de su demanda.

### §. III.

18 **E**N la dilacion de once años de pleyto, se altercò con el mayor conato el punto de la libertad de estos bienes en Don Francisco (n. 31.), que era la duda principal, no aviendola ni en que los herederos legitimos de Doña Isabel eran dueños de la mitad de los libres de Don Francisco, que tocaron à su Madre; ni en que no podia faltarles la mitad del Lugar, y las dos Posesiones, toda la vez que se considerassen tales.

19 En esta disputa el Senado de Valencia con Votos del Supremo Consejo de Aragon, declaró la causa en favor de Doña Violante, y contra los Actores en esta forma: *Pro-nuntiamus, &c. dictum Comitatum, & Oppidum de la Granja, cum omnibus pertinentiis, &c. & prædicta prædia rustica, &c. pertinuisse ad Egregiam Domnam Violantem Rocamora, & Maza, JURE VINCULI APPOSITI IN TESTAMENTO DICTORUM D. JOANNIS, ET D. BEATRICIS, UNA CUM FRUCTIBUS A DIE OBITUS DICTÆ D. ELFÆ, &c.*

20 Uno de los motivos, que expresó el Senado, fue decir:

7  
cir : que la declaracion de sucesion intestada de Don Francisco, que ganaron Doña Isabel, y Doña Elfa en el año 1661. (en que fundavan los Actores el derecho de la mitad) no pudo comprehender bienes vinculados , los quales no pueden considerarse recayentes en la herencia libre del Possehedor. Y siendo vinculados el Lugar , el Condado , y las dos Possesiones , no podia pertenecerles la mitad.

21 Que fuesen vinculados con el testamento de Don Juan , y con expreso llamamiento de Doña Violante para el caso , que avia sucedido , lo diò por tan constante el Senado, que no dudò de excluir de ello , aun la razon de dudar : *Ambigi non potest* , dixo. Y haciendose cargo de la pretendida revocacion por la Capitulacion Matrimonial , añadió : *Absque eo quod in dictis Capitulis Matrimonialibus derogatum videatur: cum nihil in donatione contineatur impossibile cum dispositis in Testamento , imò re attentè inspecta ambæ dispositiones in eundem finem conspirant.*

22 Mas este motivo , al parecer tan grave , y fundado, como mostrarè en su lugar , forma todo el cuerpo de la acusacion , llamandole la Marquesa *erroneo , contrario à expresas disposiciones de Derecho , à principios elementares , y manifiestamente implicatorio.*

23 Quiere que sean ciertas , y exemptas de toda disputa las tres proposiciones contrarias al motivo. Es à saber : la primera , que sin embargo de la expresa prevencion del Testador, *el Testamento , y sus leyes quedaron revocadas por la posterior Capitulacion.* La segunda , *que las leyes de la Capitulacion , son incompatibles con las del Testamento.* La tercera , *que las disposiciones del Testamento , y de la Capitulacion , no conspiran à un mismo fin.*

#### §. IV.

24 **P**ero antes de llegar al examen formal de estas proposiciones, es menester que la Marquesa se haga cargo de que para dirigir su acusacion necesita de hacer patentes dos supuestos inevitables. El primero , que la Capitulacion , que ha presentado , y en que funda toda su idea , sea cierta , autentica , y legitima en la forma , y tenor , que està en el pleyto. Porque si no lo fuere , cae por su fundamento la acusacion.

25 El segundo , que siendo cierta , sea el titulo , con  
que

que possedyò estos bienes Don Francisco (n. 26.), sin mediacion de otro alguno. Porque si despues de la Capitulacion mediò otro titulo de donacion entre Don Juan (n. 20.), y Don Francisco (n. 26.), es claro que en èl se pudieron alterar las condiciones : y con esta sola posibilidad , se desvanece toda la Censura de la Sentencia.

26 Por esta causa dividirè la defensa en tres partes. En la primera mostrarè, que la Escritura de la Capitulacion, que està en el pleyto , no es autentica , ni merece fè.

27 En la segunda, que aunque fuera autentica , despues de ella mediò titulo distinto de donacion , con que adquiriò los bienes Don Francisco (n. 26.).

28 En la tercera harè ver , que aunque fuera cierta la Capitulacion , como se ha presentado , y no huviera tenido mas titulo D.Francisco, serìa muy fundada la Real Sentencia.

## PARTE PRIMERA.

*Que la que se llama Capitulacion matrimonial en el Pleyto , no es autentica , ni merece fè.*

### §. I.

29 **P**Ara mostrarlo , supongo , que Don Geronimo (n. 35.) diò principio al Possessorio en la passada Real Audiencia, por su demanda de 1700. que siguiò con el Colegio hasta el de 1703. en que por copia , en virtud de Decreto de D. Eleuterio Torres, librada por Bruno Jover, passaron los autos al de Aragon , y despues al de Castilla (10) en donde se sentenciaron à favor del Colegio. Aqui yà no se tratò mas de ellos; y sus originales quedaron, ò de vieron quedar en el Oficio que regentava dicho Jover su originario.

30 El mismo instò despues el Plenario , por sus dos demandas de 1716. y 1718. tambien en la passada Real Audiencia, que contestò el Colegio el de 1735. pidiendo antes, que la parte de la Marquesa restituyesse al Oficio los originales de que se valia , y estaban en su poder (11) ; y confessandolo èsta, los presentò, ibi: *Porque en su poder estava el Proccesso original que se siguiò sobre la possession , y que presentandole , como le presentava en debida forma , quedavan suplidos los que por compulsa se remitieron al Consejo.*

Este

( 10 )  
Ajustado fol. 220. vers. 7 por  
Escritura.

( 11 )  
Ajustado num. 97. fol. 118.

31 Este hecho, y su confesion induce nulidad absoluta en dicho original, y en los instrumentos que contiene (12). Y lo es mas cierta, conftando eftàr diminuto en los instrumentos capitales, en que eſtriva la dificultad de todo el pleyto. Porque en èl eftavan las copias del teſtamento de Don Juan (13); la de Capitulacion por ante Pedro Juan Queixans en el Ramo 1. fol. 8. baxo el n. 3. (14.); y la otra por ante el miſmo Queixans en el Ramo 2. fol. 102. preſentada en el pleyto antiguo de demanda del Lugar de la Granja, que preſentò citra incertionem (15). Y viſto el original deſpues de reſtituido, ninguna de ellas ſe encuentra, como conſta por ſu inſpeccion.

32 Eſto ſupueſto, ninguna de las dos copias de Capitulacion que ſe hallan en autos, merece fè. No la que eſtà en el Ramo 2. del reſtituido fol. 196. y es la alargada en el Ajuſtado fol. 15. Porque aunque por eſtar oy en dicho Ramo, parece ſer una de las preſentadas en èl, no lo es en realidad, ſino otra diſtinta. La prueba es clara. De las preſentadas en el original, una era la ſencilla de Queixans, y otra del miſmo Queixans preſentada en el pleyto antiguo de demanda del Lugar de la Granja. Aſi lo dicen los pedimentos citados. Y eſta, como dice ſu conguerda, es copia de Enrich del año 1696. que copio la de Muñoz, y èſte la de Queixans en el de 1613. preſentada en el antiguo de demanda de las Villas de Moxente, y Novelda, y Caſtillo de la Muela, librada cinquenta y tres años antes que empezafſe el antiguo de la Granja, que lo fue el de 1666. Luego la que oy ſe halla en el Ramo 2. no es ninguna de las preſentadas en el original reſtituido.

33 A eſta calidad, que funda ſoſpecha de eſtar ſobrepuerta, ſe añade la de ſu foliacion, que tambien la funda; pues careciendo de la foliacion antigua, ſolo tiene la moderna, y con diſtinta tinta, que ocularmente la diſtingue de la antecedente, y ſubſiguiente.

34 Tampoco merece fè la incluida en la Executoria, que es la del Ajuſtado fol. 10. Porque ſiendo eſta copia de Capitulacion, traſumpto de otras, que deven parar en la preſentada en original; eſtando èſte en autos, y conſtando que no parecen las preſentadas en èl, no puede èſta tener fuerza para probar; porque le falta la raiz de donde la devia recibir (16). Deſuerte, que ninguna prueba, ſi ſu registro no ſe halla (17).

( 12 )

Pareja tit. 1. ref. 3. §. 1. n. 64. Undecima conclusio. Non solum apud nos, ubi Notarii . seu Tabelliones prothocola sub tã exacta custodia servare, & retinere debent, ut supra sæpius annotavimus, & maxime in ſecunda conclusione n. 42. verum etiam jure communi inspecto, Prothocolum cujuscunque instrumenti penes partem reperiunt, aut ab ipsa productum, nullius est momenti, ut probationem inducat: nec ex illo instrumentum authenticum desumi potest ad lris exercitiu iustaurandum, & prosequendum.

( 13 )

Ajuſtado fol. 219. verſ. Y en la reſpueſta.

( 14 )

Ajuſtado fol. 221. verſ. Pero eſte legado.

( 15 )

Ajuſtado fol. 219. verſ. A requirimiento.

( 16 )

Pareja tit. 1. ref. 3. §. 1. n. 2. Quoniam origo, & vis instrumentorum à Prothocolo seu Registro omnino accipienda est ut expreſſè cavetur in leg. 3. tit. 25. lib. 1. Recop. 11: So pena que la Eſcritura que de otra manera ſe diere ſeñalada, ſea en ſi ninguna, &c.

( 17 )

Idem n. 41. Sit prima conclusio quod instrumentum licet authenticum nullatenus probat quando ejus Prothocolum non reperitur.

C

Y

Y nuestro caso es mas estrecho; pues està en autos el processo, y no se halla en èl el original registro à quien devia corresponder èsta.

35 Sin que pueda decirse , que la de la Executoria viene por immediatas copias de la que oy se halla en dicho Ramo 2. del restituído; y que èsta es su original. Porque aunque lo parece por estar ambas sacadas en 5. de Julio 1613. de un mismo processo ; lo estàn dadas por diferentes Notarios , en virtud de Decreto de diferentes Oidores. Los Escrivanos que dieron la del restituído , fueron *Eurich* , y *Muñoz* ; el Oidor *Don Ramon Sanz* ; y el que diò la de la Executoria , lo fue *Muyuja* , y el Juez, *Don Amorison*. Luego èsta no viene, ni deriva de la otra : luego no es su original.

36 Mas, si se pregunta quien fue Luis Muyuja, y se consultan los registros del Colegio de Notarios de esta Ciudad , y Reyno , en donde se contienen los recibidos en èl, se hallarà, que desde el año 1550. hasta el de 1706. no se halla escrito ninguno de este nombre. Y esto basta para no ser creída su copia (18).

37 Las sobredichas excepciones inducen claramente la nulidad opuesta. Y aun dado que se negàra; no se puede dudar , que cada una , y todas juntas fundan sospecha de falsedad ; que es lo que basta en las causas Civiles para inducirla (19). Con instrumentos de esta calidad se ha fundado, y se funda contra el Colegio.

38 Pero demos que nada de lo dicho se quiera estimar, y solo atender las copias que se hallan, en la forma que estàn alargadas (20). Aun en este caso se deverà atender , que ni una, ni otra lo estàn sacadas de su original , sino de la copia que se dice presentada en el pleyto de demanda de Moxente, y Novelda. Y es patente , que copia de copias sin concurrir muchas circunstancias que el Derecho dispone , y aqui faltan; no es autentica, ni hace fè (21). Y tambien, porque lo estàn libradas el año 1613. sin citacion del Colegio , ni de otra persona de quien derive (22).

39 A esta calidad , que basta , se añaden los vicios , que en ambas copias , y variedades que en sus Capítulos reconoce el Colegio. En el segundo de la del restituído , se lee : *Item, que las tres Possesiones contenidas, y le bago donacion*. En la de la Executoria: *Y le bago donacion*. Y sobre que ni una, ni otra tiene perfecto sentido en las primeras palabras , faltandole visi-

ble-

( 18 )

*Leg. 115. tit. 18. part. 3. apud Pareja tit. 1. ref. 3. §. 2. n. 37.*

( 19 )

*Pareja tit. 1. ref. 3. §. 2. n. 64. vers. Quoties. Tamen in civilibus :: Sola suspitio falsitatis sufficit, & pro falsitate habetur, ut notant DD. in leg. ubi falsi. C. ad legem Corneliam de falsis. Et in cap. Inter dilectos de fide instrum. & c.*

( 20 )

*Ajustado fol. 10. y 15.*

( 21 )

*Cap. fin. de fide instrum. l. 2. ff. eod. tit. Autb. si quis in aliquo. Cod. de edendo, l. 3. C. de divers. rescriptis, Dom. Covarr. in practic. q. 21. n. 2. Paz de tenunt. cap. 26. n. 16. D. Salgado de supplicat. ad SS. part. 2. c. 26. n. 60. & omnes communiter.*

( 22 )

*Parej. tit. 1. ref. 3. part. 3. n. 122. Bas Theat. Jurisprud. cap. 2. n. 43. Et adhuc copia si ab aliis instrumētis jam à prothocolo lewatis sumantur Judicis auctoritate, & partibus citatis, solum poterunt prajudicium afferre partibus ipsis citatis, & earum successoribus; & non aliis: unde quoad citatos, & eorum heredes, & successores fidem facient; quoad alios non citatos, minime.*

blemente algunas que se le dèn; es substancial la diferencia de *hago*, y *haga*. Pues hablando en este Capitulo, y hasta las primeras firmas D. Francisco Vallebrera, el *hago* significaria, que el avia de hacer la donacion; lo que es contra el tenor del ajuste.

40 En el mismo Capitulo se lee en la del restituido: *Y acerca de esto las provisiones, y autos publicos, oportunos, y necesarios, &c.* En la otra: *Y acerca de esto las obligaciones, y prohibiciones, pactos publicos, oportunos, y necesarios, &c.*

41 En el Capitulo 4. de la del restituido dice, que el dicho Don Francisco. En la otra se lee, que el dicho Don Juan.

42 En el Cap. 7. de la Executoria se leen estas palabras: *La dexo doze mil libras, las quales han de salir del derecho que tiene;* todas estas faltan en la otra.

43 En el Cap. 8. ay el visible error en ambas copias, de situarse por dote Doña Isabel quince mil libras, quando en todos los demàs Capítulos estava convenida en doze mil, y aun de èstas se reservava dos mil para Parafernales, como se lee en los Capítulos 10. y 11. Con estas diferencias, y las que tiene el Colegio especificadas en su Escrito (23) quien tendrà por autenticas estas copias?

( 23 )  
Ajustado fol. 208.

44 Se añade para aumentar la sospecha, la conducta de la Marquesa en este grado, notada por el Colegio en sus Escritos, principalmente en el del Ajustado fol. 195. *verf. En lo segundo, y siguientes.* Pues aviendo presentado como cavales, y en forma varios instrumentos, por el cotejo se hallaron viciosos, y defectuosos en muchos requisitos necesarios para hacer fè, que estàn notados (24). Solo dirè uno. Presentò como integro el Testamento del n. 45. fol. 79. y cotejado se hallaron en original catorce *Items* con sus clausulas, que se avian omitido en la copia que presentò. Con esta experiencia, quien assegurará que las copias de Capitulacion no estàn sugetas à igual peligro?

( 24 )  
Ajustado n. 31. fol. 71. hasta el 89.

45 Para salir pues de sospecha, y apurar la verdad, el Colegio las ha redarguido de falsas formalmente (25); y no aviendose cotejado con los originales, quedan en estado de no hazer fè (26).

( 25 )  
Ajustado fol. 180.

( 26 )  
*L. 3. tit. 5. lib. 4. nov. e collect.*  
*Paz in praxi, p. 1. temp. 7. n.*  
*40. Pareja de instrum. edit. tit.*  
*7. resol. 8. n. 57. & omnes com-*  
*muniter.*

## §. II.

46 **C**ontra esta excepcion ha clamado fuertemente la Marquesa. Dice en primer lugar, que esta Capitulacion, tal qual està en las copias la reconociò, sin nota, la Real Sentencia del año 1677.

Es

( 27 )  
 Tradit latè noster Matheu de  
 Regim. cap. 12. §. 1. à n. 36.  
 ad 44.

47 Es clara equivocacion. Las Sentencias , como esta, conforme el estilo antiguo , contenian muchas partes , que se reducen à quatro. I. La relacion de la demanda , y de sus fundamentos. II. Las excepciones del Reo. III. Los motivos , ò causas de decidir. IV. La conclusion , ò termino de la Sentencia , que consiste en la condenacion , ò absolucion ( 27 ).

48 Las quatro partes estàn bien distinctas en nuestra Sentencia , la primera , desde el vers. *Quia Hieronymus Molina*, hasta el vers. *Ut hoc , & alia que in dicta supplicatione continentur*.

49 La segunda , desde este vers. hasta el primer *Attento*. La tercera , desde el primer *Attento* , hasta el vers. *Id circò , & alias*. La quarta , desde este vers. hasta el fin.

50 Con esta luz considerese atentamente la Sentencia , y se verá , que la relacion de la Capitulacion , en el articulo , en que se pretende fundar la libertad de Don Francisco ( n. 31. ) ( que es lo que unicamente se enuncia del contrato ) solo se lee en el libelo , ò demanda de los Actores , lo qual no es aprobacion de los Juezes.

51 Lo mas que puede hacer verosimil la Sentencia es, que hubo Capitulacion. Ni yo lo niego. Lo que dudo , y niego es, que el Senado tuviesse entonces presente una copia, como las que estàn en el pleyto. Lo cierto es , que los capitulos, que entonces se tuvieron presentes , eran tales , que con ellos se juzgò sin duda, no se derogava el Testamento de Don Juan ( n. 20. ) *Absque eo, quod in dictis Capitulis matrimonialibus derogatum videatur*. Los de estas copias son tales , que *por notorios , y elementares principios de Derecho*, derogan el Testamento, como pretende la Marquesa. Lueg para no imputar à tan graves , y Supremos Senados una crassa ignorancia *de principios de Derecho elementares , y notorios* , es menester persuadirse, que la Capitulacion , que tuvieron presente , era otra que la nuestra.

52 Añado , que la Sentencia ( ò por mejor decir , la demanda , y libelo de los Actores , que se refiere en la primera parte ) de todos los Capitulos , solo hizo mencion de uno. Y quien puede assegurar , que en los demàs , que contenia aquel instrumento , no avia clausulas, que pudieran obligar al Senado à juzgar , que con la Capitulacion no se derogava el testamento de Don Juan ( n. 20. ) y que nada avia incompatible en èl , y en la donacion ? Es pues visible, que por la Real Sentencia del año 1677. no se abona, ni afianza la fè de las copias de nuestro pleyto.

§.

13  
§. III.

53 **R**eplica tambien la Marquesa, que el Colegio en todos los pleytos no ha dudado de estas copias, antes bien ha presentado la Executoria del pleyto possessorio en el Real Consejo, en que està inserta una de ellas. Y siendo la presentacion del instrumento, confesion tacita de todas sus partes, (28) no puede aora reclamarla el Colegio.

54 Pero se responde, que no averse alegado formalmente hasta este juicio la excepcion de falsedad, ni reparado en la calidad del Instrumento, podrà ser culpable à los que han manejado el pleyto; mas no quitar la excepcion. Y la confesion tacita, que se quiere inducir de averse presentado por el Colegio una de las copias inserta en la Executoria (dexando aparte, que lo que se presentò fue meramente la Executoria, con la qual no tiene conexion la copia, que el Escrivano quiso añadir, sin arbitrio del Colegio, ni para unirla, ni para separarla, lo que basta en sentencia de muchos para excluir essa confesion (29)) no parece puede perjudicar, pues la presentacion la hizo un fencillo Procurador ad lites sin mas poder; y para que dañasse al Colegio, devia tenerle especial (30).

55 Demàs, que dañando essa confesion al Colegio tanto como pretende la Marquesa, por esso, en todo caso podria restituirsè in integrum contra ella, por el derecho que tiene de Menor, como lo ha suplicado con poder especial, y con las demàs calidades del Derecho (31).

56 Queda pues mostrado, que la copia de la Capitulation que està en Autos, no es tan cabal, que pueda fundar una quexa tan cruel contra la Sentencia.

PARTE SEGUNDA.

*Que aunque la Capitulation de los Autos fuera autentica, despues de ella mediò titulo distincto de donacion, con que adquiriò los bienes Don Francisco (n.26.).*

57 **A**unque las copias merecieran fè, con ellas solas no puede impugnarsè la Sentencia del año 1677. Porque despues de la Capitulation, mediò donacion

D

de

(28)

Ex Pareja de instrum. edit. tit. 7. resol. 2.

(29)

Jac. Cancer 1. var. resol. cap. 19. n.6. in fin. & alii apud Pareja d. tit. 7. ref. 3. n. 51. & seq.

(30)

Em. de Luca tract. de regalib. disc. 47. n. 5. & de Judiciis, disc. 23. n. 8.

(31)

Ajustado fol. 197. y 208. Per text. in l. 36. de minor. l. certum 6. §. pen. de Confess. cum similibus.

de estos bienes al mismo Don Francisco (n. 26.) con otras condiciones distintas de las de la Capitulacion. Y no constando del todo quales sean, con solas las de las copias nada se puede concluir, ni contra el testamento de Don Juan (n. 20.), ni contra la Sentencia, que le admite conforme à la donacion. La proposicion, que llevo assegurada, tiene algunas partes, que mostrarè con separacion.

### §. I.

58 **L**O uno es, que amàs de la Capitulacion, mediò distinta donacion de los bienes. Se prueba, de que se enuncia en varios instrumentos, aunque no se cita la Escritura. En la situacion de alimentos, y adofacion de censos otorgadas ante diferentes Escrivanos por Don Francisco Rocamora Donatario, y Doña Isabel su Muger à los 13. de Abril, y 30. de Enero 1604. (32).

( 32 )  
Ajustado n. 4. fol. 20. n. 6.  
fol. 22.

59 En los dos Codicilos del Donador à los 22. de Abril 1605. y 2. de Julio 1609. (33)

( 33 )  
Ajustado n. 8. y 9. fol. 23.

60 En la Real Sentencia del año 77. Pues en el vexado motivo se lee : *Absque eo quod in dictis Capitulis matrimonialibus derogatum videatur* ( Don Joannis testamentum ) *cum nihil in donatione contineatur impossibile, &c.* Y tantas enunciativas con la antigüedad del tiempo, sobran para prueba del hecho de la donacion (34).

( 34 )  
Aug. Barbosa 3. de jure Eccles.  
un. cap. 12. n. 91. D. Joannes  
Castillo 3. controv. cap. 23. n.  
7. Tristany decis. 38. n. 10.  
tom. 2. omnibus cumulatis N.  
Bas in Theatro cap. 57. n. 60.

61 Ni puede replicarse que la huvo ; pero que fue solamente la referida Capitulacion, la qual en sentencia de muchos, principalmente siendo otorgada en contemplacion de cierto matrimonio, es, y puede llamarse donacion (35).

( 35 )  
Arg. text. in l. si quis argentum  
35. §. fin. C. de donat. §. 2.  
inst. eod. tit. Hermafilla in l. 4.  
part. 5. n. 1. Jac. Cancer 1.  
var. cap. 8. n. 30. & n. 168.  
Fontanella de pactis, claus. 4.  
gloss. 9. part. 4. à n. 38. J.  
Castillo 2. controv. cap. 3. D.  
Alfonf. de Olea tit. 1. q. 6. à  
n. 4. Antun. in præf. 1. à n. 2.  
Cutelli de don. contemplat.  
Matrim. disc. 1. special. 17. à  
n. 34. & special. 32. per tot. &  
alii apud istos.

62 Porque esta unica evasion de la Marquesa se convence con muchos medios. El I. Que la Capitulacion en todos sus articulos està diciendo, que es una promesa de donar, sin transaccion presente de los bienes, ni de su dominio, el qual se difiere para quando estè consumado el Matrimonio. Cap. 1. Primeramente, que Don Juan Rocamora señale por escrito, y firmado de su mano, como es su voluntad de dotar à su hijo, &c. Cap. 2. Item, que las tres Possesiones le haga donacion en contemplacion, &c. las quales Possesiones, y Lugar de la Granja aya de tomar, y tome possession, luego que fuere consumado el matrimonio ; y acerca de esto las obligaciones, y prohibiciones, pactos publicos, oportunos, y necessarios, firmando en ellos la Señora Doña Beatriz Ruiz y Ro-

ca-

*camora*. Y la promesa de donar, no es donacion en proprio, y rigoroso sentido (36). Y aunque algunos la llaman tal, quando se halla aceptada, solamente lo hacen con respeto à la eficacia legal que tiene por sola la promesa aceptada, al derecho personal, que ha adquirido por ella el Donatario, y à que no puede ya alterarse por el Donador, ni gravarse el Donatario, si no consiente, como dicen todos los Autores, que van acotados, y muchos otros (37). Pero nunca se llama absolutamente donacion, ni los bienes, donados, que no passan al dominio del Donatario.

63 Lo II. Porque en essa duda, si la promesa de donar puede passar por donacion, prescindiendo de la propiedad de la palabra, que dexo notada, en todo caso no puede dexarse de admitir como segura la distincion del Señor Olea (38), à saber, quando la promesa de donar es toda la substancia del negocio; y despues de la promesa nada solemne resta que hacer, no aviendo de añadirse en la donacion actual cosa alguna, ni en el modo, ni en la substancia, ni en los accidentes, podrá passar la promesa de donar por donacion. Pero si despues de la promesa resta que hacer precisamente en qualquiera de los referidos capitulos, la promesa no es donacion, como resuelve con Flores de Mena, Gamma, Jayme Cancer, Fontanella, el Señor Castillo, Tonduto, y otros.

64 Con esta distincion se vè claro, que nuestra Capitulation no es donacion. Porque despues de ella restava la actual donacion, que devia hacerse, entregandose la possession despues de consumado el matrimonio, con pactos publicos, oportunos, y necessarios, en que devia firmar Doña Beatriz Ruiz. Luego las enunciativas, que convencen la donacion, no pueden referirse à este solo contrato, y para su verdad necessitan que mediaffe otra presente, y propria donacion.

65 Lo III. Porque las palabras formales del Cap. 2. que acabo de referir, con las demàs, que contiene, significan, que se avia de otorgar Escritura publica de donacion, y entrego de possessions despues de consumado el matrimonio, con firma de Doña Beatriz Ruiz. Y esta circunstancia acredita, que aquella promesa en nuestro caso no puede passar por donacion, como lo funda latamente el Señor Castillo (39), y en propios terminos Fontanell (40), y el Card. de Luca (41).

(36)

*L. 1. l. fin. §. Hujus Titius, de donat. l. Furatus 35. §. 1. de mortis causa donat. Jac. Cancer 1. var. c. 8. à n. 30. Hermosilla d. l. 4. tit. 4. part. 5. gloss. 1. n. 1. & 2. Antunez d. pral. 1. à n. 2.*

(37)

*Donat. Anton. de Marinis 1. var. resol. cap. 298. n. 1. 2. 3. 4. Jac. Cancer 3. var. cap. 7. n. 124. Tondutus quest. & resol. Civil. cap. 50. n. 9. & 10.*

(38)

*D. tit. 1. quest. 6. n. 47.*

(39)

*Lib. 5. contro. cap. 67. à n. 48.*

(40)

*De pactis, claus. 4. gloss. 9. var. 4. n. 33. vers. Ex his forsan, ubi decisum à Regio Senatu Barcinonensi refert, hæc habet: Quia promissio illa non erat nuda, & simplex, sed imò factum aliquod exterius requirebat: erat enim promissio probata testibus, de donatione faciendâ in Scriptis altero peculiari instrumento extra Capitula matrimonialia, quo casu impossibile erat, quod promissio illa vim haberet perfectæ donationis, cum id penderet ex vera, & reali donatione postea in Scriptis faciendâ, &c.*

(41)

*Tract. de donat. disc. 48. n. 12. in verbis: Adhuc tamen intrabat dicta regula de secundo actu perficiente ex voluntate partium, dum promissum est fieri debere donationem, unde propterea alterius actus confectio expressè reservata est.*

66 **D**Ixe tambien , que mediò donacion con distintas condiciones. En esta parte tenemos prueba de Instrumentos referentes , y en execucion de ella , que acreditan con evidencia ser la donacion de que hablan , distinta de la Capitulacion.

( 42 )  
Ajustado fol. 19.

67 En la Escritura de Abril 1604. (42) los Donatarios confiesan , que quando contraxeron *facie Ecclesie*, Don Juan (n.20.) les hizo donacion de estos bienes , y que entonces *trataron , y concordaron* la resposion de 400. lib. annuas en dos pagas durante su vida ; y refiriendose à ella , *por lo tanto , & alias*, poniendo en execucion dicho trato, y concordia, se obligan à su resposion. En la Capitulacion no se tratò , ni concordò tal ; antes bien en el Cap. 14. quedaron reducidos los alimentos à 350. lib. Luego despues de la Capitulacion hubo donacion con este trato, concordia, ò convenio, en cuyo cumplimiento se obligan.

( 43 )  
Ajustado fol. 22.

68 En la Escritura de Enero de 1604. (43) los mismos Donatarios confiesan la donacion al mismo tiempo quando *contraxeron facie Ecclesie*, con el cargo de corresponder los censos , que aceptaron , y prometieron corresponder , y quitar , &c. *Cuyo trato fue hecho entre ellos* : y que *por lo tanto , & alias*, se obligan à su resposion. En la Capitulacion no ay tal trato; antes bien se quieren suponer los bienes *libres, y francos de toda obligacion*. Luego mediò donacion con èl , y en su virtud se obligan.

( 44 )  
Ajustado fol. 23.

69 En el Codicilo del año 1609. (44) Don Juan donador (n.20.) haciendo memoria de su testamento , y donacion de estos bienes, que hizo à Don Francisco (n.26.) su hijo, dice que se los diò *juntamente con los censales, que se adosò*. En la Capitulacion ni aun mencionada està la adofacion , como queda dicho. Luego la donacion efectuada , lo fue con este cargo. Luego el Donador en este Codicilo habla de èsta , y no de la Capitulacion.

70 En esta adofacion se deve reparar la uniformidad de disposiciones del Donador, y Donatario, la qual muestra, que la donacion efectuada , lo fue en conformidad de lo dispuesto en el testamento. Pues el Donador al n. 4. de este fol. 6. en donde pone la clausula protestativa , previene este cargo : *Con el cargo , y pacto , que sea tenido , y obligado à pagar todos los cen-*  
sa-

Jales; en su Codicilo afirma, que hizo la donacion con el, *le di en el matrimonio el Lugar de la Granja, y las heredades de Benimira, y Benferri con los censales*: y el Donatario confiesa la donacion con el mismo cargo, y en su virtud se obliga, *por tanto, & alias, &c.* El Donador en su Codicilo, y el Donatario en su Escritura son referentes: y visto yà que la Capitulacion no es su relato, es preciso confessar se refieren *imediate* à la donacion de que hablamos, y *mediate* al dicho Capitulo 4.º del Testamento.

71 Finalmente, la misma Sentencia del año 77. està persuadiendo, que hubo Capitulacion, y donacion distinta, y aun con leyes, y condiciones diversas. Las palabras del motivo controvertido lo significan. Pues nombra con separacion los Capítulos, y la donacion. A los Capítulos añade el relativo *dictis*. A la donacion no pone la menor relacion; indicio claro de que es distinta, pues à ser la misma, hubiera añadido, *dicta, predicta*, ù otra voz equivalente.

72 Mas: de los Capítulos assegurò, que no *derogavan el testamento*; de la donacion, *que nada tenia imposible con él*. Luego es verosimil, que lo dixo de la donacion distinta, que estava vestido con otras leyes, segun convencen las Escrituras ponderadas.

73 A estas pruebas positivas se añade la verosimilitud. Pues por una parte en el estilo de los Fueros, en los contratos de esta especie, despues de la Capitulacion mediava otra Escritura de constitucion, ò donacion presente; y por otra parece, que el matrimonio de Don Francisco con Doña Isabel (n. 26.) se contraxo muchos meses despues de la Capitulacion: pues los alimentos que en ella devian correr desde el matrimonio en la Escritura del n. 4. fol. 20. solo se contaron desde Navidad 1603. Y hablando las enunciativas de la donacion hecha al tiempo del matrimonio, deven explicarse de donacion distinta, y no de la misma Capitulacion otorgada en Agosto 1603.

74 Ni es reparable, que los Contrayentes en el Cap. 14.º la llamen donacion, *que dicha donacion hace*. Lo uno, porque aviendo en ella tanta discrepancia de palabras, y aun de clausulas, como quedan notadas al n. 39. quien nos assegurará de que dice así? Lo otro, porque siendo no mas que promesa, y concebida en terminos, en que no puede estimarse donacion; no es del caso el nombre que le dieron los Contrayentes

( 45 )  
 Rota post Salgadum in labry.  
 dec. 27. Em. de Luca de donat.  
 disc. 24. n. 11. & 12. & disc.  
 61. n. 24.

tes imperitos (45). Queda pues convencido, que posteriormente hubo donacion distincta, en cuya virtud se transfirió el dominio al donatario, y que ésta fue el titulo con que poseyó los bienes, y no la Capitulacion, como pretende la Marquesa.

## PARTE TERCERA.

*Que aunque la Capitulacion fuera cierta, y la unica donacion de estos bienes, seria sin embargo fundada la Real Sentencia del año 1677.*

75 **H**emos llegado al articulo mas fuerte, en que la Marquesa piensa aver hecho clara demonstracion de su quexa. Pero no puedo dexar de notar lo destemplado de su impugnacion. Porque capitula al motivo de *erroreo*, y *contrario a principios elementares*, y de *Derecho notorio*; siendo afsi, que la duda principal de su assumpto, toca solamente en si la Capitulacion Matrimonial derogò, ò no el Testamento, lo qual no es question de Derecho, sino de *hecho*, y *voluntad*, en que no se pueden manejar con seguridad, ni aplicar sin riesgo las reglas de Derecho (46). Y afsi, aunque la Sentencia huviera errado en la expresion de este motivo, no mereceria la Censura, que temerariamente se le impone.

( 46 )  
 L. 12. §. fin. de leg. 1. L. Lucius  
 21. de leg. 2. L. Libertis 18. de  
 alim. & cibar. legat. Em. de  
 Luca tra8. de donat. disc.  
 49. n. 2. de legat. disc. 48. n. 12.  
 & 13. & alibi passim.

76 Pero veamos los fundamentos de la Acusacion. Dice, que por la donacion, sin relacion expresa al Legado, y testamento, quedò revocado el Legado, y sin mas vinculo los bienes donados, que el que expresó la Capitulacion, los quales son literalmente incompatibles con los del Legado, y testamento.

77 Añade, que esta incompatibilidad es clara. Lo I. Porque por el testamento estàn llamados por via de Mayorazgo todos los hijos de Don Francisco (n. 26.) varones, y hembras, de qualquier matrimonio. En la Capitulacion, solos los hijos varones del matrimonio con Doña Isabel, y no por ley de Mayorazgo.

78 Lo II. En el testamento està llamado el primogenito. En la Capitulacion el varon que eligiere Don Francisco.

79 Lo III. Los bienes donados deven ser *francos*, y *libres de toda obligacion* para el Donatario, y sus hijos varones. En el Testamento no podian quedar *libres* en el Donatario, y en sus hi-

hijos , quando devian seguir las demàs vocaciones , y llamamientos del Mayorazgo.

§. I.

80 **M**As sin embargo de todas estas consideraciones , pienso que tuvo gravísimos motivos el Senado para juzgar , que en la Capitulacion no se avia derogado el Testamento.

81 Porque el Testador en el previno , que *si los tales Lugares de la Granja , heredades de Benimira , y Benferri se los librassemos , y diessemos en contemplacion de matrimonio , aut aliàs ; viniendo este caso , queremos , que sin nueva expresion , y declaracion de los dichos cargos , y condiciones , vinculos , y pactos , que abaxo se declararán , suceda , y tenga dichos bienes , & non aliàs.*

82 Con esta prevencion ( que en las Alegaciones precedentes se ha comparado muy bien à la protestacion , y à las clausulas derogatorias ) parece claro , que no obstante no averse repetido en la Capitulacion las leyes , y vinculos del Testamento , ni averse hecho relacion à el , deve juzgarse permanentemente la voluntad del Testador , de donar los bienes con las leyes del Testamento. Porque no solo en duda se deve responder por la permanencia de la voluntad , y contra la mutacion de ella (47) ; sino tambien es literal , averlo querido assi , aunque faltasse la expresion de las leyes del Testamento. Y no pudiendo negarse , que como dueño de los bienes que legava , pudo imponer essa ley (48) ; tampoco se podrá poner en duda , que en la Capitulacion concurren voluntad , y poder en el Donador , para obligar al Donatario à las leyes , y vinculos del Testamento.

83 Y mas quando esta prevencion la hizo , con clausula *non aliàs* , que es irritante , y remueve la voluntad del acto , no haciendose segun la forma de la prevencion (49). A que es conseqüente , que D. Francisco Donatario , no pudiesse aspirar à tener los bienes por la donacion , si no se sugetava à las leyes , y vinculos del Legado , y Testamento , como en las donaciones modales (50).

84 Sin tanta prevencion , responden los Consultos , que si el Testador dixo en su testamento : *Quod Titio infra legavero , id neque do , neque lego* ; aunque despues legue à Titio , no se le deve el legado. Y si huviera prevenido : *Cui bis infra legavero , semel deberi volo , vel semel ei hæres dato* : legando despues dos

( 47 )

*L. Cum hic status , 32. §. Pœnitentiam , 3. de don. inter , l. nam ad ea , 89. de cond. & demonstr. cum sim. Mieres p. 1. de major. q. 42. à n. 1. Castillo de alim. cap. 37. à n. 1. & alii communiter , præsertim Roderic. Suarez in repet. l. quoniam , C. de inoffic. testam. q. 8. à n. 9.*

( 48 )

*L. 1. ad l. Falcid. l. verbis legis , 120. de V. S. cum similib.*

( 49 )

*Aug. Barbof. claus. 81. Card. de Luca tract. de donat. disc. 18. n. 10. & de hered. disc. 16. n. 6. & alibi passim.*

( 50 )

*L. 1. & 2. Cod. de don. que sub modo , l. 2. C. de don. ob caus. Cyriac. controu. 229. & 240. Card. de Luca tract. de donat. disc. 19. n. 2. Antun. de donat. in prælud. §. 1. n. 7. & 46.*

veces à uno , ò cantidad , ò cosa , solo se le deve uno de los legados. Afsi lo difinieron Pomponio , Ulpiano , Ariston , y Hermogeniano ( 51 ). Pues si essa sencilla prevencion influye en los legados futuros , y obliga , à que se regulen por la primitiva voluntad , dexandoles sin mas efeto , que el que el Testador previno : por què la de nuestro caso , que està concebida con clausula irritante , no influirà en la donacion , y Capitulacion , dexandola en aquel estado , y calidad que el Testador tenia tan literalmente prevenida?

( 51 )  
L. Si mibi , 12. §. fin. l. si ita sit , 14. de leg. 1. l. Si quis , 22. de leg. 3.

( 52 )  
D. Covarr. in rubr. de testam. 2. p. n. 21. Anton. Gomez in l. 17. Taur. n. 24. §. 1. var. cap. 12. n. 4. Jac. Cancr. 3. var. resol. c. 20. n. 55. §. c. D. Molina lib. 4. de primogen. c. 2. n. 19. D. Castillo de aliment. s. 37. ferè per tot.

85 Si la donacion se huviera hecho con expressa relacion al Testamento , nadie dudaria , de que seria execucion suya , y que embeveria sus leyes , y calidades ( 52 ). Pues si essa literal prevencion dispuso , que se guardassen los vinculos del Testamento , aunque no se expressassen en la donacion ; por què nos opondrèmos à essa abierta voluntad , y querrèmos que por la falta de declaracion , que el Testador mismo quiso no fuese necessaria , se entienda derogado el Testamento?

86 El Señor Don Luis de Molina no llevaria esse parecer. Porque tratando del caso , en que despues de fundado , como aqui , Mayorazgo de ciertos bienes en testamento , passa el Testador à entregarlos à aquel , en cuya cabeza se avia fundado , sin referirse al testamento , ni à sus Leyes , resuelve por la permanencia del Mayorazgo , y dà por cosa muy rara , que pueda resolverse mudada la voluntad ( 53 ). Estas son sus palabras : *Rarò namque continget fieri traditionem , ita ut à majoratu ejus Institutor discedere videatur : quod si ab illo non discedat , semper traditio ex causa præambula testamenti facta censenda erit.* Y si afsi discurre en terminos de qualquier sencilla fundacion de Mayorazgo : què diria de aquel , que se avia fundado con la expressa condicion de què èl , y sus leyes se entendiessen puestas en la donacion futura , aunque en ella no se declarassen?

( 53 )  
Lib. 4. de primogen. c. 2. n. 20. vers. Sed quamvis.

87 Luego el Senado tuvo gravissimo fundamento para juzgar en nuestro caso , que con la Capitulacion matrimonial no se derogò el Testamento , ni el Mayorazgo.

## §. II.

88 **I**gual fundamento tuvo para assegurar juntamente , que *in donacione* ( entendiendola por aora de la Capitulacion , contra lo que dexo fundado en la segunda parte ) *nihil continetur impossibile cum dispositis in testamento.*

Por-

Porque deviendo se entender, que el Senado habló en este motivo con relacion al concreto de la causa que se tratava, en ella nada se descubria incompatible.

89 Para mostrarlo reduciré la prueba à la de este sylogifmo. No son incompatibles aquellas disposiciones, que llaman à una misma persona à la sucesion de los bienes. En el caso, que avia sucedido, y diò motivo à este pleyto, la sucesion de los bienes por ambos titulos, tocò à Don Francisco Maza y Rocamora (n. 26.). Luego en el caso sucedido nada hubo entre la donacion, y el Testamento incompatible. La proposicion mayor parece evidente, hablando de la substancia de las disposiciones, pues no cabe incompatibilidad en unido concurso de los dos titulos.

90 La menor tambien parece cierta. Porque Don Francisco (n. 31.) fue unico hijo varon de aquel matrimonio, y así à èl solo pertenecian los bienes, en fuerza de la Capitulacion, sin dependencia de la eleccion de su Padre, que no tiene lugar, quando solo uno es eligible (54). Al mismo le tocava la sucesion por el Testamento, por primogenito del Donatario. Luego por ambos titulos devió suceder en estos bienes D. Francisco (n. 31.); y así en el suceso que precedió aquel pleyto, dixo con gran razon el Senado, que *nada avia entre los dos titulos incompatible.*

91 Las contradiciones, y notas que pondera la Marquesa, no lo son de incompatibilidad. La Capitulacion, dice, solo llama à los hijos varones de aquel matrimonio. El Testamento llama à todos los hijos varones, y hembras de Don Francisco de qualquier matrimonio, y à muchos mas. Pero esto es mayor extension de llamamiento; no incompatibilidad. Porque si el Testamento llama à todos los hijos de Don Francisco por via de Mayorazgo, claro està que llamó tambien à los varones de aquel matrimonio, y con prerogativa, porque fue el primero, como reconocen ambas Partes.

92 El Testamento, replica, llama à los hijos por mayoría. La Capitulacion, à solos los varones, por eleccion. Mas èsta no es absoluta incompatibilidad. Porque no solo cessa la diferencia, quando es unico el varon, como queda prevenido; sino tambien quando el Padre no elija, en cuyo caso entra regularmente el Primogenito, como dispone el Testamento (55). Pudiera inducirse incompatibilidad en el caso que huviera muchos varones, y el Padre usando de su liber-

F

tad,

( 54 )

*Per text. in l. Utrum, 9. de assign. libert. l. unum, 67. in prin. cum §§. seq. de leg. 2. Dom. Covarr. 1. var. resol. cap. 15. Ant. Gomez in l. 17. Tauri, n. 19. D. Molina lib. 2. de primogen. cap. 11. à n. 3.*

( 55 )

*D. Molina lib. 2. de primog. c. 4. n. 42. & omnes communiter.*

(56)  
 Ex D. Molin. d. lib. 2. cap. 5.  
 n. 3. alter Molina de inst. disp.  
 594. n. 1. & 2. D. Castillo 5.  
 contro. c. 67. à n. 3. Torre de  
 majorat. Ital. p. 1. cap. 27. n. 18.

(57)  
 Arg. text. in l. Si legatum, 10.  
 cum duabus §§. de adm. legat.  
 cum similibus.

(58)  
 Roxas de incompat. p. 6. c. 1.  
 n. 15. & 16.

(59)  
 L. 75. de evict. l. 69. §. 3. de leg.  
 1. l. 90. l. si cum fundum 126.  
 l. 169. de V.S.

(60)  
 L. Pomponius 44. lin. laqueum  
 55. de acquir. rer. dom. l. 2. §.  
 Item feras, de acquir. poss. §.

(61)  
 L. 21. §. Senatores qui. Ad mu-  
 nicipal.

(62)  
 L. 11. C. de exact. tribut. lib. 11.

(63)  
 L. 14. de Legat.

(64)  
 L. 15. de serv. urb. prad.

tad , eligiessse al segundogenito , pospuesto el primogenito, como puede (56). Entonces diria resueltamente, que si el primogenito pretendia incluirse por el Testamento , no tendria razon , por tener à su favor el segundogenito la calidad de la eleccion , mas poderosa que la primogenitura , por la expresa voluntad del Donador , que prevalece por ultima , à la del Testamento. No siendo pues , absolutamente contrario uno, y otro modo de suceder , no puede por esto inducirse incompatibilidad absoluta , ni derogacion de todas las demàs leyes del Testamento (57).

93 Insiste , y pondera la Marquesa , como argumento irrefragable, que en la Capitulacion los bienes se aseguran *francos , y libres de toda obligacion* à Don Francisco Donatario , y à sus hijos varones de aquel matrimonio. Esto literalmente se opone à la ley del Testamento, pues quien quiso *libres* los bienes en el Donatario , y en sus hijos , claro està que no pudo quererles sugetos à mayorazgo (58).

94 Mas esta consideracion , que tanto se exagera , à mi corto juicio , es debilissima. Los bienes se aseguran *francos , y libres de toda obligacion* pecuniaria , como de censos, hypotheccas , creditos , y otros cargos que pudieran apocarles , ò minorarles , en daño del Donatario , de su muger , y de los menesteres del matrimonio. Mas no libres de vinculo , ò de cargo de restituirles por fideicomisso , ò mayorazgo. Lo que me parece patente con sola esta reflexion.

95 Se aseguran *libres para Don Francisco , y sus hijos en una misma clausula , y en un mismo tenor de palabras*. Nadie dirà , que Don Francisco les tenia *libres* , quando les recibia gravados para sus hijos varones de aquel matrimonio. Luego la *libertad*, de que habla el Capitulo , no significa libertad de disponer de los bienes , sino de pagar por los bienes , deudas , y obligaciones.

96 El nombre de *libre , y libertad* es equivoco , y tiene tantas significaciones , quantos respetos , en las cosas , à que se atribuye. El fundo , ò predio se llama *libre* , en quanto no deve servidumbre (59). Las fieras *libres* , quando no estàn ocupadas (60). Asì se lee *liber commeatus* (61) : *libera custodia* (62) : *libera legatio* (63) : *liber prospectus* (64). Y asì de innumerables.

97 En nuestra Capitulacion nada precisa , à que *libres* se refiera à la libertad de disponer de los bienes. Porque poniendose con respeto à las obligaciones , es mas natural , y con-

for-

forme , que se refiera à libertad de deudas pecuniarias , en las  
quales es comunissimo , y legal el nombre de *libertad* , ò *libe-*  
*racion* (65).

( 65 )  
L. 3. de condit. sine causa , l.  
37. de oper. libert. l. fin. de ac-  
ceptilat. cum sexcentis aliis.

§. III.

98 **M**Ostrado , que en la Capitulacion nada ay in-  
compatible , ni derogatorio del testamento,  
resta solo examinar<sup>s</sup>, si assegurò con razon el Senado , que  
considerado atentamente el tenor de las dos disposiciones, *am-*  
*bas conspiran à un mismo fin*. En lo qual apenas alcanzo ra-  
zon de dudar. El fin de la Capitulacion fue , sin duda , el re-  
gular de semejantes ajustes , esto es , el decoro , y convenien-  
cia del matrimonio , el lustre , y comodidad de los que se ca-  
savan , y la seguridad de bienes , y patrimonio para los hijos  
de aquel matrimonio (66).

( 66 )  
Fontanella de passis , claus. 4:  
gloss. 1. pluribus cumulatis Ep.  
Rocca disp. 108. ferè per tot.  
Em. de Luca tract. de donat.  
disc. 2. & alii passim.

99 A estos fines se oponen las renunciaciones ocultas, re-  
trocesiones , y otros tratos fraudulentos , que suelen hacer los  
Donatarios en fraude de los matrimonios , que se anulan juf-  
tamente (67).

( 67 )  
Em. de Luca tract. de donat.  
disc. 2. cum seq. Cutel. de do-  
nat. contempl. matrim. disc. 2.  
special. 9. For. 96. Cur. anni  
1585.

100 Mas en el legado yo no hallo menos estos fines; an-  
tesbien en la fundacion del Mayorazgo les considero mas lle-  
namente cumplidos. Porque con sola la ley de la Capitula-  
cion, ni està tan seguramente socorrido el matrimonio, ni tan  
atendidos sus hijos. Pues no aviendo mas atadura , que la de  
la Capitulacion ; no teniendo hijos , el Donatario era libre, y  
podia dissipar los bienes , privando de sus comodidades , y  
rentas à la Muger. Si tenia solas hijas , podria usar de la mis-  
ma libertad , porque el llamamiento favorecia solo à los hijos  
varones.

101 Por el contrario, con la ley del Mayorazgo, que tu-  
vièssè , ò no hijos , estava igualmente atado à no dissipar los  
bienes. Por èl no solo se socorrian los hijos varones de aquel  
matrimonio , sino tambien las hijas. Y aviendo literalmente  
prevenido en la fundacion , que las condiciones , y leyes del  
Mayorazgo se entendièssen puestas en la donacion por causa  
de matrimonio , que de los bienes legados hicièssè en vida,  
aunque no se declarassen ; parece manifiesto , que ambas dis-  
posiciones conspiraron al mismo fin , y que el Testador en las  
del Mayorazgo tuvo presente el mismo de la Capitulacion,  
con ventajas (68).

( 68 )  
Ex his quæ Baldac. in obser-  
vat. ad Josephum Ramon de-  
cif. 24. n. 6. vers. Eoque clarius,  
tom. 4.

§.

## §. IV.

102 **C**ON lo alegado , se puede fatifacer lo demàs que junta la Marquesa. Dice , que si el Testador hace donacion en vida al Donatario de la cosa legada, cessa ya el legado , y passa al nuevo titulo de donacion, cuyas leyes por consequencia son las que se deven solamente atender (69). Mas esta regla , que es segura en qualquier Legado sencillo ; no tiene aplicacion al de la question. Ni quizàs se enconrrarà Autor alguno , que hable en estos terminos. Porque teniendo prevenido el Testador con clausula irritante, que las leyes del Legado se entendiesen repetidas en la futura donacion , aunque no se explicassen , el acto de donacion, aunque se haga sin relacion al testamento, y à sus leyes, no induce mutacion de voluntad : antesbien deve decirse , que aquellas leyes , aun no explicadas, se hicieron parte de la donacion misma (70).

(69)  
Per text. in l. 22. de leg. 2. l. filia legatorum 11. C. de legat. cum similibus, quæ tradunt D. Covarr. D. Molina, Jacobus Cancer, & cæteri allegati supra n. 38.

(70)  
Arg. text. in l. affe, toto 77. de her. inst. leg. 38. de cond. & dem. monstr. cunctis, quæ diximus supra à n. 82.

(71)  
Vulgari definitione legati, l. legatum 36. de leg. 2. cum similibus.

(72)  
Ex l. perfecta donation 4. C. de don. quæ sub modo, juxta communem distinctionem firmatam à D. Alfonso de Olea tit. 2. q. 7. Card. de Luca de notat. disc. 2. & aliis passim, & tract. de fideicom. disc. 134. cum pluribus seqq.

(73)  
Jac. Cancer. l. var. resol. c. 8. n. 146. & 147.

(74)  
Ex Quésada dissert. 19. n. 93.

103 En el Legado sencillo , si el Testador dona en vida la cosa , passa à hacer lo que no quiso , ni pensò en el Testamento ; pues su voluntad fue , de que se prestasse el Legado despues de su muerte (71). Pero con la prevencion de nuestro caso , mostrò ya su voluntad de donarlo en vida , y previno las leyes que queria tuviesse la donacion , aunque no se explicassen. Luego la donacion , ni puede decirse novedad para el Testador , ni motivo que derogue su voluntad.

104 Tampoco se acomoda à nuestro caso la regla , de que llamados en la Capitulacion Matrimonial los hijos , como hijos , se les adquiere derecho irrevocable , que despues ya no puede quitarle , ni gravarle el Donador (72). Porque no tratamos de gravarles despues ; sino de mostrar , que no tuvieron desde el principio llamamiento , sino sugeto à las leyes del Mayorazgo , que estava ya fundado en el Legado precedente ; por lo qual devemos atender à lo que quiso el Donador , no à lo que pudo pensar el Donatario , segun la corteza de las palabras (73).

105 Por lo mismo no es tampoco del caso , que no aviendo explicado en la donacion las leyes del testamento , no las pudo aceptar el Donatario ; y no acceptandolas , no pudo quedar obligado à ellas (74). Porque siendo leyes , que estavan conexas con la donacion , en tal forma , que sin ellas no tenia el Donador animo de donar , por fuerza de la claus. non

alias;

*alias*; la acceptacion de la donacion, de que no se duda, lo fue virtual de estas leyes, por mas que estuvieran ignoradas, porque no le era libre admitir la donacion, y deshecharlas (75).

106 Demàs, que aunque no se explicassen en la Escritura, las pudo saber el Donatario, y aceptarlas, con solo no reclamar de ellas (76); principalmente no siendo tan duras para el Donatario, que exediesen mucho à las expressadas en la donacion, por las quales estava ya gravado à disponer de los bienes en sus hijos varones (77). Y sabiendo, que el Donatario mismo se adozò los censos en la Escritura del Supuesto 3. fol. 22. que es una de las leyes del testamento; que violencia puede causar, que huviesse admitido, sabiendolas, y no reclamando, las otras menos pesadas:

107 Finalmente, la observancia es prueba tambien de la acceptacion (78). Y aviendola avido constante de las leyes del testamento en la succession de estos bienes, como se ha mostrado en la precedente Alegacion, deven juzgarse por bastantemente acceptadas, aunque falte relacion de ellas en la Escritura.

108 Desconfiando la Marquesa de estos medios, recurre al otro, de decir, que el Legado se revocò por el Codicilo de 1605. que es menos subsistente. Porque entendiendose hecha la donacion, ò por la Capitulacion de 1603. ò por la donacion subsequente de 1604. enunciada arriba en los instrumentos del §. 2. fol. 16. con leyes de Mayorazgo aceptado, como lo muestran la obligacion de censos, alimentos, sus cartas de pago, y arrendamièto de la Granja del mismo año 1604. y que por ello quedò irrevocable, como la donacion misma (79); es inutil el pretender revocacion por el dicho Codicilo, posterior à todo.

109 Y està tan lexos de revocarlo, que por el mismo se convence, que quedò irrevocable. En èl, y tambien en el de 1609. confiesse el Testador, que tenia dados estos bienes à Don Francisco su hijo: y esta confesion lo hace irrevocable, aun faltando, como aqui falta, la clausula de constituto, ò donacion, à que se refiere, en dichos Codicilos (80).

110 Lo que parece revocacion en dicho Codicilo, no lo es, por dos motivos. El I. Porque el Testador expressa, que hace la revocacion, por averle yà dado los bienes legados en contemplacion de su matrimonio: lo qual no es corregir, ni mudar de voluntad, sino expressar, que està yà anticipadamente cum-

G

pli-

( 75 )

Ex latè traditis à D. Castillo  
5. *controvers.* c. 107. n. 68. &  
69. D. Larrea *decis.* 6. n. 14.  
D. Salgado *in labyr.* p. 2. *cap.*  
6. à n. 15. *ad* 32.

( 76 )

Francisc. Roccus *respons.* 42.  
n. 7. & 8. *tom.* 1. *Capitius* La-  
tro *consil.* 33. n. 19. & cum  
Avenidaño, & Theodoro, Fon-  
tanella *claus.* 4. *gloss.* 8. n. 27.  
28. & 29. Card. de Luca *de*  
*donat. disc.* 56. n. 10. & 11.

( 77 )

Per ea quæ Em. de Luca *tract.*  
*de donat. disc.* 14. n. 17. *disc.*  
23. *sub.* n. 12. & *disc.* 56. n.  
10. & 11.

( 78 )

Ex Fontanella *d. gloss.* 8. n. 29.  
Jac. Cancer. 1. *var.* c. 8. n.  
33. Card. de Luca *de donat.*  
*disc.* 48. n. 15.

( 79 )

Ut tradunt omnes *supr.* citat:  
n. 52.

( 80 )

Tellez *in leg.* 17. *Tauri*, n. 24.  
Molina *de primog. lib.* 4. *cap.*  
2. n. 13. *Imo*, non solum ex  
*superius adductis majoratus,*  
*seu meliorationis irrevocabili-*  
*tas causabitur; sed etiam ex*  
*confessione facta ab ipso majo-*  
*ratus Institutore, qua profite-*  
*tur majoratus successorem, vel*  
*melioratum, res in majoratu,*  
*vel melioratione contentas pos-*  
*sidere. Hæc namque confessio*  
*etiam absque clausula consti-*  
*tuti, præcedente causa habili*  
*ad translationem possessoris,*  
*sicut ipsum constitutum, suffi-*  
*ciens est.*



(81)

*In quadam Romana coram Arguelles 22. Martii 1656. commemorata à Card. de Luca tract. de legat. disc. 54. à n. 1. ad 6. qui licet eam reprober, magis id facit ex facto, quam ex jure.*

plida, como en terminos mas fuertes decidiò la Rota Romana (81).

(82)

*D. Molina lib. 1. c. 1. n. 17. ubi Add. & lib. 4. cap. 11. n. 46. Paz de tenuta, c. 57. n. 174. Castillo 3. controvers. c. 15. n. 44. & 45. D. Salgado in labyr. p. 3. c. 15. n. 37.*

III El II. Porque la revocacion la hizo con respeto solo à Don Francisco: *Item, dice, case, revoque, y anule la cláusula del llegat, que fa en favor de Don Francisco, &c.* Y añadió, en este, y los demás Codicilos, *que todo lo demás contenido en el Testamento, lo loa, aprueba, y ratifica, y confirma, quiere reste en su fuerza, y valor.* El Mayorazgo que contenia el Legado, hacia no solo en favor de Don Francisco, sino tambien de todos los que estavan llamados, deviendo venir cada uno por derecho propio en su caso, como si huviera otros tantos legados (82). Luego aviendose revocado sencillamente, *en quanto hacia à favor de Don Francisco*, quedaron intactos los propios llamamientos que en el tuvieron sus hijos, Doña Violante, y los demás hasta el Colegio de la Compañía.

III Por todo lo qual, y demás que añadirà la erudicion de los Señores que lo han de ver, juzgo por muy voluntaria la acusacion de la Real Sentencia del año 77. sub censura, &c,

*Juan Bautista Ferrer.*





uadam  
elles  
me  
re  
d  
s  
m

Bonaire, 58- bjc



<sup>t</sup>  
en 26 de Noviembre 1734 se notificó  
á Ferris Procurador del Sr. Anto-  
nio Ribera presente dentro de  
ocho días la alegación en desecho en  
los autos, con el Dueño de Paterna



