



**POR**

**EL L.<sup>DO</sup> D. BARTOLOME**

**GARCIA DE VALDES, BENEFICIADO**  
de la Iglesia Parroquial de los Ss. Martires de esta  
ciudad de Malaga, heredero con beneficio de inventa-  
rio del licenciado Mateo de Martos, Clerigo  
Presbytero, que fue della.  
&c.

**EN EL PLEITO**

**CON NICOLAS DE HARO, MARIDO**  
y conjunta persona de D. Maria de Salamanca  
vecinos desta dicha ciudad.  
&c.

**SOBRE**

**LA PARTE DE HVERTA NOMBRADA**  
*delas tres Cruces en lo cercano desta ciudad, que quedò por  
fin y muerte del dicho Lic. Mateo de Martos  
entre los demas sus bienes.*



**POR**

**EL L.<sup>DO</sup> D. BARTOLOME**

**GARCIA DE VALDES, BENEFICIADO**  
de la Iglesia Parroquial de los Ss. Martires de esta  
ciudad de Malaga, heredero con beneficio de inventa-  
rio del licenciado Mateo de Martos, Clerigo  
Presbytero, que fue della.  
&c.

**EN EL PLEITO**

**CON NICOLAS DE HARO, MARIDO**  
y conjunta persona de D. Maria de Salamanca  
vecinos desta dicha ciudad.  
&c.

**SOBRE**

**LA PARTE DE HVERTA NOMBRADA**  
*delas tres Cruces en lo cercano desta ciudad, que quedò por*  
*fin y muerte del dicho Lic. Mateo de Martos*  
*entre los demas sus bienes.*





P O R

EL DO. D. BARTOLOME

GARCIA DE VALDES, BENEFICIADO  
de la Iglesia Parroquial de los Ss. Marites de esta  
ciudad de Malaga, heredero con beneficio de inven-  
tario del licenciado Marco de Matos, Clerigo  
Presbytero, que fue de ella.

&c.

EN EL PLIEITO

CON NICOLAS DE HARO, MARIDO  
y conjuente patron de D. Maria de Salamanca  
vecinos de esta dicha ciudad.

&c.

SOBRE

LA PARTE DE HVERTA NOMBRADA  
estas tres partes en la ciudad de esta ciudad, que quedo por  
su y nombre del dicho Lic. Marco de Matos  
entre los dichos sus herederos.

Núm. 1.



**SUPONESE** En el hecho: Que Sebastian de Vera en 13 de Agosto de 1598. otorgò su testamento, debajo de cuya disposicion murió, en el qual despues

de aver instituydo por vniversal heredero a Diego Merchan su hermano, se contiene la clausula del tenor siguiente.

*Demas de lo qual quiero y mando, que el dicho Diego Merchan mi hermano, durante los dias de su vida, no pueda vender; ni enagenar los bienes rayzes que de mi heredare. E si el susodicho, y los hijos que tiene, y adelante tuviere murieren sin tener hijos, o nietos, los dichos mis bienes los oyan y hereden los parientes mas cercanos que tuviere, con tal que no sean Frayles, y no otra persona alguna.*

En virtud del dicho testamento fue heredero el dicho Diego Merchan del dicho Sebastian de Vera su hermano, y entre otros bienes rayzes que el susodicho heredó, fueron cinco partes de ocho de la Huerta de los naranjos, que al presente se nombra de las tres Cruces, que son las que sobre cuya mitad al presente se litiga.

Murió el dicho Diego Merchan, dexádo por sus hijos y herederos legitimos a Jacinto Merchan, y a la dicha Maria de Salamanca, y a Diego, y Mateo de Martos sus nietos, hijos de Doña Magdalena Avo su hija, muger que fue de Mateo de Martos, entre los quales por Enero de 1621. se hizo particion de los bienes que dexó muriendo el dicho Merchan, y entre ellos de la dicha

Huer-



28  
Huerta que se diuidió y partió por bienes libres,  
no fuera vinculo, ni fideicomiso entre los  
dichos Jacinto Merchan, y D. Maria de Salaman-  
ca su hermana, que entonces era muger de Anton  
Sanchez Barbudo.

25  
El dicho Jacinto Merchan otorgó  
su testamento, debajo de cuya disposicion murió  
en doze de Septiembre de 1636: y en el instituyó  
por sus vniversales herederos a dos hijas suyas,  
y de D. Maria de Valençuela su muger, y por de-  
xarlas en la edad pupilar, testó por ellas, y les no-  
bró por sustitutos pupilares a dichos Diego, y Ma-  
teo de Marros sus sobrinos, hijos de dicha D. Mag-  
dalena de Ayo su hermana.

6  
Y por muerte de las dichas dos hi-  
jas del dicho Jacinto Merchan, que murieron en  
la edad pupilar, llegó el caso de la substitucion  
pupilar, y los dichos substitutos Diego, y Mateo  
heredaron la parte de huerta sobre que se litiga, y  
demas bienes contenidos en la herencia que  
quedó por muerte del dicho su tio.

7  
En carorze de Enero de 1644 Ma-  
teo de Marros, como padre y legitimo adminis-  
trador de los dichos Diego y Mateo sus hijos,  
aviendo heredado en virtud de dicha substitució  
pupilar, la parte de dicha huerta, que en la parti-  
cion referida n. 4. se adjudicó al dicho Jacinto Mer-  
chan, puso demanda a la dicha D. Maria de Salama-  
ca ( que entonces estava viuda ) de la otra parte  
de dicha huerta, que en dicha particion se adju-  
dicó a la su sodicha, suponiendo el demandante,  
que las cinco partes de ocho de dicha huerta, que

avian

avian quedado por muerte de dicho Sebastian de Vera el susodicho las avia dexado vinculadas, o gravadas a restitucion, y fidei commisso perpetuo, y que pertenecian a sus hijos por serlo de la dicha D. Magdalena de Avo hermana mayor de la dicha D. Maria de Salamanca. Fundando esta pretensio en la misma clausula del testamento del dicho Sebastian de Vera, referida al n. 2.

8 ¶ Conclufa la dicha demanda, se pronuncio en ella sentencia de definitiva, por la qual se declaro por libre, y no sujeta a vinculo, ni fidei comisso la parte referida de dicha huerta, y se dio por bien hecha la particion, y se absolvió de la demanda a la dicha D. Maria de Salamanca. Y aunque desta sentencia se apeló por parte del demandante, no se proseguio la apelacion, con que fue visto apartarse della, y consentir la dicha sentencia.

9 ¶ Murió vno de los dos substitutos pupilares, que fue Diego, sobrevivió Mateo, unico heredero en dicha parte de huerta que quedó por muerte del dicho Iacinto Merchan su tio, y este fue el dicho Lic. Martos Clerigo Presbytero, que mientras vivió poseyó dicha parte de huerta por bienes libres, que por tales se avian dividido por muerte del dicho Diego Merchan su abuelo, y los avia heredado en virtud de la dicha substitucion pupilar de las dichas dos hijas del dicho Iacinto Merchan su tio.

10 ¶ El dicho Licenciado Mateo de Martos en el testamento que otorgó en Malaga en 28. de Noviembre de 1662. debaxo de cuya



44  
disposicion murió; instituyò por su vniversal heredero al dicho Licenciado D. Bartolome Garcia de Valdes, Beneficiado de los Santos Martires, a quien en virtud del dicho testamento, y de informacion de la muerte del dicho Licenciado Martos se le dió la possession hereditaria de los bienes de la herencia, y en particular de la dicha parte de huerta, y la tomò judicialmente en treze de Enero de 1663. y en 22. del dicho mes se le diò y tomò el amparo.

11 ¶ En seis de Febrero de dicho año la parte de dicha D. Maria de Salamanca pareció ante la justicia, y contradixo la possession dada al dicho Beneficiado de dicha parte de huerta, y pidió se le diese a la susodicha, atento a averla dexado gravada, y sujeta a fideicommissò perpetuo y familiar el dicho Sebastian de Vera, en virtud de la dicha clausula del dicho testamento, de que hizo presentacion, y en vista della, sin mas conocimiento de causa, se mandò dar a dicha D. Maria de Salamanca, y con efecto se le dió la possession de dicha parte de huerta, y a su pedimiento se embargaron los arrendamientos della.

12 ¶ His in facto præmissis, la pretensió de nuestra parte es, que ha de ser reamparado en la possession hereditaria que judicialmente tomò de dicha parte de huerta, y se ha de revocar, y dar por nula la mandada dar a la dicha D. Maria de Salamanca, y que se ha de alçar y quitar el embargo hecho a su pedimiento en dichos arrendamientos.

13 ¶ Y atento que la clausula referida  
del

del testamento del dicho Sebastian de Vera, es fundamento vnico, y capital en que estriva la pre-  
tension de la parte contraria, para que con mas cla-  
ridad se proceda, en primer lugar se fundará por  
la nuestra, que en virtud della no pudo ser admi-  
tida la parte contraria por legitima contraditora  
de la possession hereditaria que se dió a la nue-  
stra, ni menos se le pudo dar a la contraria de la di-  
cha huerta, ni a su pedimiento embargar dichos  
arrendamientos.

14 ¶ En segndo, que los hijos y nie-  
ros de Diego Merchan, mencionados en dicha  
clausula, no son llamados al fideicomisso de  
bienes rayzes en ella contenido, y quando lo fue-  
sen ( que no se concede ) y heredassen dichos  
bienes en virtud de dicha clausula, cessó en  
ellos el gravamen de restituirlos por fideicom-  
misso.

15 ¶ En tercero y vltimo, que a la parte  
contraria en su pretension le obsta excepcion de  
cola juzgada.

**QUE LA PARTE CONTRARIA**  
*no pudo ser admitida por legitima contraditora a la  
possession que se dió al dicho Beneficiado, como a heredero  
del dicho Licenciado Martos, ni menos se le pudo  
dar la possession, ni embargar los rentos de  
dicha parte de buerta a su  
pedimiento.*

16 ¶ Indubitable es en derecho, que  
para que el sucession en el vinculo, o fideicommis-



lo perpetuo impida que se le dè la possession al heredero del difunto de los bienes pertenecientes a dicho vinculo, o fideicomisso, es necessario que prueve con testigos, que los tales bienes los possedyó el difunto por de vinculo, y sujetos a fideicomisso perpetuo, sin que aya menester presentar el titulo, o fundacion del vinculo. Assi lo afirma el Autor de la Curia Philipica, 1. tom. 2. p. 5. 28. sub num. 5. con las autoridades de Rodrigo Suarez, Covarruv. y de la l. 10. tit. 7. lib. 5. Recop. que alli cita.

17 ¶ Y la razon es, porque al que le compete algun remedio possessorio, o ya sea interdicto adipiscendæ, retinendæ, aut recuperandæ possessionis; este es legitimo contraditor para impedir la possession al heredero de aquellos bienes a que le compete, y en que tiene remedio possessorio, Anton. Gomez in l. 45. Tauri, n. 150. Y assi para intentarlo, y deducirlo en juyzio, por breve y sumario que sea, ha de legitimar su persona, ex his quæ docet Paz de tenuta, cap. 24. añ. 1. cum seqq.

18 ¶ Y como al sucessor en el vinculo o fideicomisso perpetuo, no solo le compete el remedio possessorio que introduxo la l. 45. de Toro, que es la l. 8. tit. 7. lib. 5. Recop. si no tambien los tres interdictos, adipiscendæ, retinendæ, & recuperandæ possessionis, vt docet Dom. Molin. de primog lib. 3. cap. 13. n. 6. Inde est, que sea legitimo contraditor, e impida al heredero la possessiõ de aquellos bienes que el difunto possedyó por de vinculo, y sujetos a restitucion.

19 noni ¶ Et ratio rationis est, porque en el difunto poseedor que fue de algun vinculo, o fideicomisso perpetuo concurren dos derechos de possession distintos, y separados, vnum circa bona libera, quæ tempore mortis possidebat, alterum circa bona subiecta vinculo, seu fideicomisso, l. tutorem, ff. de his quibus vt indign. ibi: *Discreta enim sunt iura, quamvis plura in eadem personam devenerint, aliud tutoris, aliud legatari.*

20 ¶ En quanto a los bienes libres, el sucessor en el vinculo, o fideicomisso no puede ser legitimo contraditor al heredero de la possession hereditaria que se dà en virtud del testamento, ex ædicto divi Adriani, de quo in l. fin. C. eodem.

21 ¶ En quanto a los que pertenecen al vinculo, o fideicomisso, como la possession civil y natural por ministerio de la ley passa al sucessor, es legitimo contraditor, mas necessita por lo menos entrar provando sumariamente, que aquellos bienes los possedyó el difunto por vinculados, y sujetos a restitution.

22 ¶ Veamos pues agora, si quando la parte contraria salió contradiziendo la possession hereditaria dada a la nuestra, como a heredero del dicho Licenciado Marros de dicha parte de huerta que quedó por fin y muerte del susodicho, provò con testigos que era vinculada, o sujeta fideicomisso perpetuo, y que como tal la avia poseido dicho Lic. Marros.

23 ¶ Y lo cierto es, que aunque presentò algunos testigos, ninguno dellos depuso  
 C afir.



afirmativamente, que dicha parte de huerta fue se vinculada, ni por tal se huviesse posse y do, todos se remiten al testamento del dicho Sebastian de Vera, sin mas causa, ni razon, que dezir la parte contraria, que el susodicho la avia dexado vinculada.

24 ¶ Vista, pues, la clausula del dicho testamento, que dexamos referida al num. 2. en ella (por mucho que se mire, y remire, y se ponderen sus periodos palabra por palabra) no es posible se pueda perceber contenga vinculo, o fideicommissio perpetuo, ni familiar, ni otra disposiciõ que trayga tractu succesivo.

25 ¶ Si no solamente vn fideicommissio momentaneo condicional, que para que tuviera efecto, o subsistencia, era necesario se cumpliera la condicion, sub qua fuit relictum, hoc est que el heredero en ella contenido, que fue Diego Merchan, el susodicho, y sus hijos muriesen sin dexar hijos, o nietos, con que aviendo muerto con ellos, faltó la condicion, ac per consequens, se extinguió el fideicommissio, y nunca tuvo subsistencia.

26 ¶ Textos son expressos la *lex facta*, s. *si quis autem*, ibi: *Aut agitur filius supervixit patri, & extinguit conditionem fideicommissi, aut non supervixit, & extitit conditio.* ff. *ad Trebell. l. filius familias, s. cum erit*, ibi: *Cum erit rogatus si sine liberis decesserit per fideicommissum restituere conditio defecisse videtur si patri super vixerint liberi*, ff. *de legat. 1. l. 1. C. de condit. incertis, l. Lutius*, ff. *de heredib. instituend. l. cum pater, s. volo*, ff. *de legat. 2. l. iuvemus, s. sint autem. C. ad Trebell. l.*

*quod certatum. C. de posthum. heredib. instit. Molin. de primogenijs, lib. 1. cap. 6. num. 16. late Castillo tom. 5. cap. 89. d. n. 15. cum sequentibus, cum alijs quos ibi refert.*

27 ¶ De forma, que ni por la informacion que diô la parte contraria, ni por el testamento, y clausula que presentô del dicho Sebastian de Vera, consta, que esta parte de huerta, sobre que se litiga, estè vinculada, ni sujeta a fideicomiso perpetuo, o familiar, ni que este vinculo, o fideicomiso tenga subsistencia, ni jamas la aya tenido, ni estado in esse productio.

28 ¶ Con que a la parte contraria no le pudo competere el remedio possessorio de la dicha l. 45. de Toro. Y por el configuiente, ni otro alguno, porque aquel remedio solamente compete, y lo concede la ley quando es cierto, y las partes convienen en que ay vinculo, o fideicomiso perpetuo, y solo se trata, o duda de la succession del, mas no quando la duda principal es, sobre si lo ay, o no lo ay, como en nuestro caso.

29 ¶ Con que nos hallamos en propios terminos de la doctrina del señor Molina de primogen. lib. 3. cap. 13. sub num. 41. ibi: *Idque verum mihi videtur, dummodo adeo certum, ac indubitatum sit bona, de quibus agitur maioratui subiecta esse, ut id indubium revocari non valeat.* Et paulo inferius, ibi *Tunc remedium possessorium, de quo in dicta lege Taur denegandum erit, resque ipsa, via ordinaria tractanda.*

30 ¶ Con la misma doctrina corre el  
Adi-



Adicionador de Molina, eodem num. en cuya  
comprovacion cita a Matienço, Velazquez de  
Avendaño, y a Perez de Lara, ibi: *Sed hoc ita si  
prius certum, & indubitatum sit bona, de quibus agitur  
maturatui esse obnoxia prout recenset Matiençius in l. 8.  
tit. 7. glos. 4. n. 1. Recopil. Velazquez de Avendaño in l. 45  
Tauri, glos. 1. n. 1. & glos. 8. n. 8. Perez de Lara in tract.  
de vita hominis, cap. 2. n. 51. & sic in praxi receptum vi-  
dimus.*

31 ¶ De aqui es, que todas vezes que  
en el Real Consejo de Castilla se entra pidiendo  
la possession de algñn mayorazgo, proponiendo  
el remedio possessorio de la dicha ley de Toro, si  
por la otra parte se contradize y alega, que los  
bienes no son de mayorazgo, ni sujetos a restitu-  
cion, se suspende el juyzio possessorio, y se trata  
solo en via ordinaria sobre si son libres, o de mayo-  
razgo, sin passar ad vltiora: ita Paz de tenuta,  
cap. 4. n. 7. ibi: *Ex quibus infertur, si in Regio Consilio  
tenuta sit proposita, & adversarius, oponat bona illa, de  
quibus agitur esse libera, & non restitutioni obnoxia prius  
de hoc esse pronuntiandum, antequam ad vltiora proce-  
datur, nam si bona libera sint de tenuta agi nulla ratione  
potest.*

32 ¶ Luego si en nuestro caso ay tanta  
duda como se avrá reconocido, sobre si esta parte  
de huerta que quedô por muerte del dicho Lic.  
Martos, es, o no vinculada, o sujeta a fideicom-  
misso familiar, sacamos por legitima consequen-  
cia, conforme a las Doctrinas referidas, que no  
compete a la parte contraria, ni le puede compe-  
tir el remedio de la dicha l. 45. de Toro, ni otro

alguno possessorio, ac per consequens, no pudo,  
 ni puede ser admitida por legitima contradictora,  
 ni pudo, ni puede impedir la possession dada a  
 nuestra parte de la dicha huerta, como a heredero  
 del dicho difunto. *Videas Nogueira l. 2. l. 25. n. 16. et Valer. Ve las quas Cong. 35. n. 50 cum.*

33 ¶ Ni menos se se pudo mandar dar  
 la possession en virtud de dicha clausula de testa-  
 mento del dicho Sebastian de Vera, porque como  
 queda dicho supr. n. 25. en ella solamente se con-  
 tiene vn fideicommissio momentaneo condicio-  
 nal, para en caso que el dicho Diego Merchan, y  
 sus hijos muriessen sin tener hijos, o nietos.

34 ¶ De forma, que en aquellas pala-  
 bras de dicha clausula, videlicet: *Y si el susodicho, y  
 los hijos que tiene, o tuviere, murieren sin tener hijos, o nie-  
 tos,* se contienen dos condiciones copulative, que  
 se devian cumplir para que se purificasse la dispo-  
 sicion, y tuviesse efecto el fideicommissio a que  
 fueron llamados los parientes mas cercanos, *l. si  
 heredi plures, ibi: Si heredi plures conditiones datae sint,  
 omnibus est parendum quia vnius loco habentur, ff. de con-  
 ditio. institut. l. si is qui ducenta, s. vtrum, ff. de rebus dubijs  
 & in terminis Casanar. conf. 1. sub 7. 1. ibi: Adest enim  
 in hac verborum conceptione duplex, vel triplex conditio,  
 quarum quaelibet adimpleri debet, & ex natura copulati-  
 va, lason in l. generaliter, n. 1. & 3. C. de instit. & substi-  
 tit. Ancharran. conf. 266. n. 3. cum alijs quos ibi re-  
 fert Casanate vbi supra.*

35 ¶ Con que era preciso que el dicho  
 Diego Merchan, y todos sus hijos muriessen sin  
 dexarlos, para que se cumpliesen las condicio-  
 nes, debaxo de las quales fue dexado el fideicom-



missio de bienes rayzes , y fueron llamados a el dichos parientea mas cercanos , para que tuviera subsistencia el dicho fideicommissio , y tuviesse efecto el llamamiento a dichos parientes ; dict. *l. si heredi plures, ff. de condit. institut. §. si plures, institut. de heredib. instit. l. si ita stipulatus fuerit, de verb. obligat. idem Casanat. conf. 4. num. 3. ibi: Et necessarium erat nullum ex predictis tribus fratribus, filios relinquere ex natura copulative.*

36 ¶ Taliter, que muriendo el dicho Diego Merchan, o qualquiera de sus hijos, dexando vn solo hijo, defecit conditio, *l. non est sine liberis 148. l. nam quem 149. ff. de verbor. signific. Mantica de coniecturis, ultim. volunt. lib. 11. tit. 6. num. 6.* Ac per consequens, faltó tambien , y caducó la disposicion contenida en dicha clausula, de la misma manera que si no se huviera escrito. Casanate dict. conf. 4. num. 8. ibi: *Cum Franciscus vnus ex fratribus decesserit Michaelis filio superstite prorsus defecit substitutionis conditio.*

37 ¶ Con que en el primer pedimiento que la parte contraria hizo , contradiziendo la possession dada a la nuestra, y pidiendo se le diera de dicha huerta, necessitava de justificar, que las condiciones estavan cumplidas , y purificada la disposicion de dicha clausula, id est, que el dicho Diego Merchan, y todos sus hijos huvicssen muerto sin ellos. Esto era incompatible con su pedimiento , pues es hija legitima y natural del dicho Diego Merchan, el qual como queda dicho murió dexando por sus hijos al dicho Iacinto Merchan, y a la parte contraria , y por sus nietos a Diego, y

Ma-

Mateo (que fue el dicho Licenciado Martos.) De que se reconoce, quan contra toda razon juridica se mandò dar la possessiõ de la parte de dicha huerta a la contraria en virtud de dicha clausula, cuya disposiciõ avia caducado por defecto de la condiçion, y no tenia mas validacion que si nunca se huviera escrito. Dom. Castillo *lib. 5. cap. 89. sub n. 17. ibi: Perpetuum namque est, ut semel defecta conditione dispositio conditionalis corruat, nec unquam facta fuisset. videatur.*

38 ¶ Que la dicha clausula no contenga fideicomisso perpetuo, ni otra disposiciõ que traiga tractu succesivo patet ex se ipsa, porque todas las vezes que el testador grava a su heredero a que restituya a otro la herencia, o otros bienes, si muriere sin hijos, muriendo con ellos ( que es lo mismo que passa en nuestro caso ) se desvanecẽ el gravamen, y la herencia, o bienes passan libres del a los herederos del gravado, *dict. l. ex facto, s. si quis autem, ff. ad Trebell. d. l. filius familias, s. cum erit, ff. de legat. 1.* Etiam, que estos hijos mueran luego, sin dexar otros, *l. cum uxori, C. quando dies, leg. addat.*

39 ¶ Y esta es regla asentada en derecho, Dom. Molin. *de primogen. lib. 1. cap. 6. n. 16. ibi: Consequenter, Et septimo se offert alia regula, quod scilicet quando alicui bona aliqua relinquuntur, ea lege, ut illa alteri restituat si sine filijs mortus fuerit, si ille cum filijs moriatur spiravit substitutio, etiam si filij eiusdem, si ne filijs illico mortui fuerint.* Y con la misma regla vâ el señor Don Juan del Castillo *lib. 5. cap. 89. n. 15. Dõde junta, y se podrà ver gran copia de Auto-*



res, que en propios terminos disputan nuestro caso, quos longum esset recensere.

40 ¶ Et ratio est, porque esta condicion (si sine liberis decesserit) refertur ad tempus mortis alicuius, y assi solo se atiende al principio de su primera existencia, sin que se atienda a lo que despues sucede, que es proprio en todas las condiciones, Bald. in Authent. sed & si quis, n. 6. C. de secund. nupt. & in l. precibus, n. 6. C. de impuber. Menoch conf. 413. n. 25. optime Peregrin. de fideicommiss. art. 29. n. 23. in fin. ibi: His addo, quod in conditionibus semper consideratur principium primæ existentiæ non considerato, quod postea sequitur.

41 ¶ Igitur en nuestro caso, aviendo muerto como murió con hijos el dicho Diego merchan, caducó, y espiró aquella substitucion fideicomissaria contenida en dicha clausula, en que mandó el testador, que si el susodicho, y sus hijos muriesen sin ellos, heredassen los bienes rayzes los parientes mas cercanos.

42 ¶ Rursus comprobatur ex eo, porque la clausula donde se contiene aquella condicion (si hæres decesserit sine liberis) segun la letra y oracion de que se compone, no puede comprehender el caso contrario, videlicet (de morir con hijos) y por el configuiente no se puede extender a el, aun quando probabiliter se pudiera presumir de la voluntad del testador; ita Casanate, dict. conf. 4. sub n. 35. ibi: *Conditio autem decedendi sine filijs non pot est nec propriè, nec impropriè secundum litteram comprehendere casum contrarium, decedendi cum filijs, igitur ad illum extendi non debet, etiam si probabiliter*  
de

de tali mente vel voluntate constaret, ut in terminis post præ  
dictos declarat Barret. conf. 63. n. 15.

43 ¶ Et ratio rationis est, porque no es possible apartarse de las palabras del testador, quando estas, o totalmente son repugnantes a lo que dellas se pretende inducir, aut omnino deficiunt, Aymon. Cravet. conf. 161. n. 3. Tiraquell. in l. si unquam, verbo libertis, n. 69. Mantie. de coniecturis, lib. 3. tit. 3. num. 18. Peregrin. de fideicommiss. art. 11. num. 4. cum alijs quos refert, & sequitur Casanate d. conf. 4. n. 32.

44 ¶ Doctrina que adecuada a nuestro caso, y en el corre con evidencia, pues en la clausula del testamento del dicho Sebastian de Vera, totalmente faltan palabras para inducir de ellas fideicommissio perpetuo, ni otra disposicion que tenga tractu successivo como de contrario se pretende.

45 ¶ De aqui nace el principio, y comun brocardico, nimirum, quod voluntas in mente retenta nihil operatur, y no basta que el testador quiera, si no que es necessario tambien que disponga, l. quidam cum filium, ff. de heredib. instit. l. quoties 9. ff. eodem, porque la voluntad totalmente abstraída, y separada de las palabras en qualquier disposicion dicitur in mente retenta nihil operatur.

46 ¶ Y la mente, y voluntad del testador con sus palabras, deven ad invicem convenire, l. nominis, § rei, ff. de verbor. significat. l. in ambiguo, ff. de rebus dubijs, Mantie. de coniecturis, lib. 3. tit. 5. num. 4. & in terminis Casanate d. conf. 4. n. 33.



47 ¶ Y no basta que la mente y voluntad del testador se induzga mediante ingeniosa, aguda, o prudente interpretacion, Mantica de coniecturis, lib. 3. tit. 2. idem Casanate d. conf. 4. nu. 35.

48 ¶ Y quando se trata de inducir nuevamente fideicommissio (que es lo que passa en nuestro caso, en que se pretende introducir vn fideicommissio que nunca ha tenido ser) primero y ante todas cosas se ha de atender, y estar a las palabras formales de la clausula, y a la letra expressa della, que a la mente, y voluntad del testador, Casanate d. conf. 4. n. 36. ibi: *Altera praedictae cantilinae declaratio est mentem atendi, quando agitur de fideicommissio inducto declarando, litteram vero quando agitur de fideicommissio formando, & inducendo, que es vna de las limitaciones a la l. inconditionibus, ff. de condit. & demonstrat.*

49 ¶ Y aunque el fideicommissio se dexa favore agnationis, que entonces es favorable, y se deve extender, y no restringir, tamen corre en el la regla y distincion sobredicha, videlicet, aut agitur de fideicommissio iam inducto, aut de novo inducendo: ita Casanate dict. conf. 4. n. 40. ibi: *Tamen hoc procedit, quando agimus de fideicommissio iam inducto declarando, non quando de fideicommissio inducendo, Pr. at. lib. 3. interpret. 3. dubit. 1. solut. 3. n. 8. 101. & 15. Menoch. dict. praesumpt. 67. num. 26. Ruger. conf. 33. num. fin.*

50 ¶ Et ratio est, porque quando se trata de induzir de nuevo fideicommissio, se atien de principalmente a la persona del gravado, cuius

ius respectu onus continet fideicommissum, y  
 y assi se ha de restringir y estar a la letra, y palabras  
 de la clausula, mas quando se trata solo de declara-  
 rar fideicommissum, que ya tiene subsistencia, y es-  
 tá in esse productum, tunc se deve atender a la per-  
 sona del substituto, cuius respectu non onus, sed  
 honorem continet fideicommissum, y entonces  
 attenditur mens, & voluntas testatoris, y corre cõ  
 llaneza la regla y disposicion de la *d. l. in conditioni-  
 bus, ff. de condit. & demonstr.* Hipolit. *Rimin. conf. 23.  
 num. 73.* Rugier. *conf. 43. num. 107.* Menoch. *dict.  
 præsumption. 67. num. 24.* Casanate *dict. conf. 4.  
 num. 41.*

51. ¶ Y viniendo a las palabras indivi-  
 duales de la dicha clausula, donde prohibe el tes-  
 tador la enagenacion de los bienes rayzes, ibi:  
*Y mando, que el dicho Diego Merchan mi hermano, du-  
 rante los dias de su vida, no pueda vender, ni enagenar los  
 bienes rayzes que de mi heredare.* Ya se ve que esta  
 prohibicion de enagenacion no es real, perpetua,  
 ni absoluta, sino personal limitada y restringida a  
 la persona y tiempo de la vida del dicho Diego  
 Merchan, nam quando *alienatio prohibetur ad  
 tempus, permittitur post illud tempus;* y assi eo  
 ipso que el testador prohibió la enagenacion des-  
 tos bienes rayzes mientras viviera su hermano,  
 fue visto permitir la despues de la vida del, *l. pa-  
 ter, §. fundum, ff. de legat. 3. l. Imperator. ff. de postu-  
 lando, l. statum liberum, §. stichum, ff. de legat. 2.* Addi-  
 tionator. ad Molin. *de primogen. lib. 1. cap. 5. aut  
 num. 17. folio mibi 22.* idem Casanate *conf. 4.  
 num. 83.*



52 ¶ Y assi siendo como es esta prohibicion de enagenacion, puramente personal limitada, y restringida ad certum tempus, vitæ, scilicet hæredis, no se puede inducir, ni conjeturar della, que el testador tuviesse voluntad de hazer vinculo, ni dexar fideicomisso perpetuo, o familiar, ni otra [disposicion que traxese tractu suceffivo, nam lex loquens limitate ( vt in hoc casu locutus fuit testator) limitatum produxit effectum, vulgaris text. in l. in agris, ff. de acquir. rerum domin. l. cancelaverat, ff. de his quæ in test. delent. Surdus cons. 499. num. 3.

53 ¶ Tum, porque esta prohibicion de enagenacion fue para en caso que tuviesse efecto la substitution fideicomissaria, hoc est, si muriera sin hijos el dicho Diego Merchan, y aviendose desvanecido la substitution por aver muerto con ellos el susodicho, se desvaneciò el gravamen, y de la misma manera la prohibicion de enagenacion, que fue puesta para solo confirmar el fideicomisso condicional que dexò el testador, y no para ampliarlo, ni multiplicarlo, late Casanate dict. cons. 4. à n. 240. cum seqq. refert Castillo d. lib. 5. cap. 89. n. 40. & in terminis Fussar. de fideicommiss. substit. q. 437. num. 174. ibi: Limitatur tertio non procedere coniecturam, quando prohibitio esset facta personaliter hæredi, post alios Decianus cons. 103. num. 28. lib. 2.

54 ¶ Ni menos se puede inducir, ni sacar conjetura de perpetuidad de las palabras siguientes de dicha clausula, ibi: Y si el susodicho, y los hijos que tiene, o adelante tuviere, murieren sin tener hijos,

o nietos, porque aunque es verdad hubo muchos Doctores antiguos a quienes refiere Dom. Castillo d. lib. 5. cap. 89. n. 46. que llevaron, que todas las vezes que el testador vsa de estas palabras, *si decesserit sine filijs, & descendentibus*; aquella dicension *&*, stat augmentative, seu ampliative, & aliquid de bet operari, *lea tamen adiectio. ff. de legat. 3.* Y que assi inducen perpetuidad.

¶ Tamen, lo cierto es, que no ay diferencia, ora el testador diga (*si decesserit sine filijs tantum*) vel *decesserit sine filijs, & descendentibus simul.* Y en vno y otro caso corre con llaneza la doctrina que defendemos, videlicet, que de semejantes palabras no se induce perpetuidad, ita *Castill. dict. cap. 89. n. 47. cum alijs quos refert.*

¶ Y aunque es cierto, que la dicension *&*, stat augmentativæ, y no puede estar ociosa, sin dexar de obrar algun efecto, el que obra es estar a favor del heredero gravado, quo minus grave tur, porque las condiciones sub quibus relinquitur fideicommissum, son a favor del gravado a restituirlo, y en odio del llamado al fideicommissio, ita *Dom. Castillo dict. cap. 89. n. 47. ibi: Quia respon det, & verum esse, quod stat augmentative, sed hoc in fa vorem gravati, ut minus gravetur, non in odium, ut plus gravetur, cum conditiones semper aponantur favore gra vati, & in odium vocati, ex Bart. in l. illis libertis. ff. de co dit. & demonstrat.*

¶ Con que si en el caso, quando el testador vsa de las palabras referidas, scilicet, *si de cesserit sine filijs, & descendentibus* ( que es mas apre tado que el nuestro ) no se induce fideicommissio



21  
perpetuo, ni otra disposicion que traiga tractu  
successivo, como queda provado con la doctrina  
del señor Castillo, y las que refiere en el lugar en-  
tado: menos se podrá inferir de las contenidas  
en dicha clausula, referidas al núm. 54. donde so-  
lamente dixo el testador en sustancia, si muriere  
su heredero, y los hijos del, sin dexar hijos, o nie-  
tos, oracion que no es tan comprehensiva, como  
la en que se dize, si muriere sin hijos, o descen-  
dientes. *Y no son dignas de atencion las  
palabras siguientes de dicha clausula, ibi. Los di-  
chos mis bienes los ayan y hereden los parientes mas cerca-  
nos que taxiere, con tal que no sean Frayles, y no otra per-  
sona, para efecto de que dellas se pueda inducir  
fideicomisso perpetuo, porque solamente con-  
tienen vna substitucion fideicommissaria condi-  
cional, en que los parientes mas cercanos del tes-  
tador son llamados por fideicomisso a dichos  
bienes, en caso que el heredero, y sus hijos mu-  
riessen sin dexarlos, murieron como se ha dicho  
dexando hijos y nietos, con que no llegò el caso  
de el llamamiento, y espiró la dicha substitucion.*

59 *Quia el dicho llamamiento con-  
tenido en dicha clausula, y palabras en ella refe-  
ridas, fue restringida per verba taxativa al caso re-  
ferido, idest, si el dicho Diego Merchan, y sus hi-  
jos muriesen sin ellos. Y assi dichas palabras ex-  
cluyen toda extension, y de ninguna manera pu-  
dieron comprehender fideicomisso perpetuo,  
ni successivo, Craveta *conf.* 98. *num.* 4. Ancharran.*



21  
perpetuo, ni otra disposicion que traiga tractu  
successivo, como queda provado con la doctrina  
del señor Castillo, y las que refiere en el lugar en-  
tado: menos se podrá inferir de las contenidas  
en dicha clausula, referidas al núm. 54. donde so-  
lamente dixo el testador en sustancia, si muriere  
su heredero, y los hijos del, sin dexar hijos, o nie-  
tos, oracion que no es tan comprehensiva, como  
la en que se dize, si muriere sin hijos, o descen-  
dientes. *Y no son dignas de atencion las  
palabras siguientes de dicha clausula, ibi. Los di-  
chos mis bienes los ayan y hereden los parientes mas cerca-  
nos que taxiere, con tal que no sean Frayles, y no otra per-  
sona, para efecto de que dellas se pueda inducir  
fideicomisso perpetuo, porque solamente con-  
tienen vna substitucion fideicommissaria condi-  
cional, en que los parientes mas cercanos del tes-  
tador son llamados por fideicomisso a dichos  
bienes, en caso que el heredero, y sus hijos mu-  
riessen sin dexarlos, murieron como se ha dicho  
dexando hijos y nietos, con que no llegó el caso  
de el llamamiento, y espiró la dicha substitucion.*

59 *¶ Quia el dicho llamamiento con-  
tenido en dicha clausula, y palabras en ella refe-  
ridas, fue restringida per verba taxativa al caso re-  
ferido, idest, si el dicho Diego Merchan, y sus hi-  
jos muriesen sin ellos. Y assi dichas palabras ex-  
cluyen toda extension, y de ninguna manera pu-  
dieron comprehender fideicomisso perpetuo,  
ni successivo, Craveta *conf.* 98. *num.* 4. Ancharran.*



conf. 356. n. 3. Menoch. lib. 4. pr. presumpt. 69. n. 4. Peregr. art. 29. n. 15. ff. de legat. 3. l. si plures. ff. de legat. 3. ibi: Ita que si quis velit non omnes gradus onerare legatorum praestatione, sed aliquos ex his, nominatim gravare debet. l. celsus. s. quod alicuius, ff. de legat. 2. Peregrin. de fideicommiss. artic. 16. num. 39. Casanate conf. 55. num. 34.

60 ¶ Tum, porque el gravamen de restituys a dichos parientes mas cercanos, solamente se impuso nominatim al dicho Diego Merchant, y assi no se pudo extender al dicho Licenciado Martos, que fue su nieto, l. si plures. ff. de legat. 3. ibi: Ita que si quis velit non omnes gradus onerare legatorum praestatione, sed aliquos ex his, nominatim gravare debet. l. celsus. s. quod alicuius, ff. de legat. 2. Peregrin. de fideicommiss. artic. 16. num. 39. Casanate conf. 55. num. 34.

61 ¶ Ni de las palabras (con tal que no sean Frayles) se puede inducir que el testador tuviesse animo, ni voluntad de hazer vinculo, ni dexar fideicommissio perpetuo en su familia, si no solo excluir a los Monasterios para que por cabeza de sus parientes mas cercanos (siendo estos Frayles) no heredassen los dichos bienes rayzes, quia verba intelligenda sunt dummodo pariant effectum, & novum non ducant fideicommissum l. pater. s. filia. ff. de legat. 3. & in terminis Vincent. Fusar. conf. 64. num. 9.

62 ¶ Tum, porque para q̄ de la exclusiõ de Religiosos, o Sacerdotes resulte coniectura de que el testador tuviesse animo, y voluntad de hazer vinculo, o dexar fideicommissio perpetuo, se requerira que cõ esta coniectura concurriesen mas virgentes, videlicet, que el testador cuydasse en su testamento de conservar la agnacion, prefiriesse la masculinidad, pusiesse precepto de apellido, y armas, passar a hazer muchos grados de sub-

21  
Substituciones y llamamientos, ita Casanate *conf.*  
20. n. 39. *Et* n. 59. *Et* in *conf.* 15. n. 38. Castillo d. lib. 5.  
cap. 89. n. 65.

63. ¶ Y verdaderamente en nuestro ca-  
so pudiera cesar todo genero de dificultad, y es-  
erupulo, con solo el celebrado *conf.* 21. de Oldrald  
quod incipit: *Thema tale est*, en el qual no solo en  
propios terminos, sino mucho mas rigurosos, y  
de mayor dificultad q los de nuestro caso aquel  
docto y grande Abogado resolvió este punto en  
favor de nuestra parte.

64. ¶ Factum igitur illius consilij, ita se  
habet, vn quidan instituyó por sus herederos a  
vn hermano, a vn sobriño hijo vnico de otro her-  
mano predifunto, y a tres sobrinos, hijos de otro  
hermano predifunto, in stirpes, idest, a cada vno  
en la tercera parte de sus bienes, y los substituyó  
ad invicem, en esta forma: *Si aliquis heredum meo-  
rum sine filijs, aut nepotibus, aut de incept decendentibus  
Et masculis mori contingerit eius portio debolvatur ad co-  
heredes superstites, vel eorum heredes. Dum tamen sint  
masculi, Et ex masculis secundum rectam lineam descen-  
dentibus.*

65. ¶ Excluyó totalmente a las muge-  
res, y a los descendientes dellas, mandandoles  
ciertos legados, y dió fin a la clausula, añadiendo  
estas palabras formales: *Volo quoque, quod si omnes  
predictos heredes absque filijs, aut nepotibus, Et de incept  
masculini sexus, descendantibus ex masculis, ut dictum est  
supra mori contingerit bona mea ad Romanam Ecclesiam  
debolvantur.*

66. ¶ Post mortem testatoris, murió  
el



el sobrino, hijo vnico del hermano predefunto,<sup>13</sup>  
 instituydo en vna tercia parte, dexando quatro  
 hijos destos, murieron los tres sin dexarlos, y el  
 vno dexando vna hija por su heredera, a quien assi  
 mismo la instituyò por tal vno de los hermanos  
 de su padre, que murieron sin hijos, salen los sub-  
 stitutos varones descendientes dellos, pidiendo  
 la parte de bienes que esta hija heredó de su pa-  
 dre, y rio. Resuelve Oldrado, que aquella substi-  
 tucion fideicommissaria espiró en la persona del  
 vnico sobrino que murió dexando quatro hijos,  
 a los quales passaron dichos bienes libres del gra-  
 uamen, y no sujetos a fideicommissio, ni resti-  
 tucion.

67. ¶ Y esto non alia ratione, sino por-  
 que aquellas substitutiones fideicommissarias, y  
 llamamientos que hizo el testador, fueron condi-  
 cionales, sub illa conditione (*si sine filijs, & descen-  
 dentibus masculis decederet haeres gravatus.*) ex prædi-  
 ctis iuribus, scilicet, ex l. ex facto, s. si quis autem, ff. ad  
 Trebell. l. filius familias, s. cum erit, ff. de legat. 1. Y de-  
 mas textos doctinas que quedan apuntadas, vt  
 videre est apud eundem Oldradum, in dict.  
 conf. 21.

68. ¶ Oldrado en este consejo es el  
 norte por donde los demas Doctores se han go-  
 vernado en esta materia, y todos convienen en q  
 es la misma verdad, y que corre sin dificultad, ni  
 controversia en el caso que en el se propone, Ca-  
 sanate, dict. conf. 4. n. 9. ibi: *Cum de decisio[n]e Oldradi,*  
*conf. 21. Nullus vnquam (in terminis in quibus loquitur)*  
*dubitaverit. Et in n. 3. ibi: Quibus tamen non obstan-*  
 tibus

lib. 21  
tibus non debet in presenti specie diuifissima, & receptis-  
fima de cõfona Oldrado nec di.

lib. 69. Pues si en el consejo de Oldrado donde el testador se explayó a hazer tantas substituciones, expressos, y repetidos llamamientos de varones, descendientes de varones, excluyó las hembras, y puso enixamente su cuydado en favorecer su uagnacion, conjeturas todas que parecian inducian disposicion perpetua, y sucesiua. Entramen muriendo el heredero gravado con hijos espiró en el la substitucion fideicommissaria, y se desvanecieron los llamamientos, y demas gravámenes de restituyr, non alia ratione ( como se ha dicho ) nisi quia prædictæ substitutiones fuerant factæ sub illa conditione ( si sine liberis decesserit ) ex prædictis iuribus.

lib. 70. Pues porque en la clausula de testamento de Sebastian de Vera, donde aunque mas se despabite el discurso, y se canse el entendimiento, no se hallará palabra, ni diction de que se pueda formar conjetura, ni menos inducir, q el testador tuuiesse animo, ni voluntad de fundar vinculo, ni dexar fideicommissio perpetuo a su familia : No ha de correr con mas llaneza la decision de Oldrado en su consejo, y las reglas que se sacan de los textos referidos? supr. n. 26.

lib. 71. Tum, porque para apartarse del dicho conf. 2. de Oldrado, y limitar las conclusiones y reglas de dichos textos, no bastan, ni son suficientes qualesquier conjeturas, sino es necesario que estas sean muy claras y urgentes, Casan. dict. conf. 4. n. 165. & 167. Dom. Castillo dict. lib.



5. cap. 89. n. 8. ibi: Et contrario tamen, quod Oldradus placitum predictum indistincte accipi debeat, nec etiam ex coniecturis ab eo recedi possit, ut patet cum Oldradus ipse loquatur ubi aderant eadem, vel similes, & fortiores, & urgentiores coniecturæ, quam illæ ex quibus Doctores excitantur communiter aut excitari possunt, & sic hoc non esset limitare, sed destruere opinionem Oldradus constanter defendunt per multi in is interpretes, quos in unum congregavit Ladovic. Casanat. conf. 4. n. 45. § 167. ff. m. d. l. i. n. 72. 1070. § 10.

¶ Y con la misma doctrina queda Casanate. dict. conf. 4. n. 204. ibi: Nam respondeo primum falsum esse posse, ex quibuslibet coniecturis (non magis quam in presenti specie urgentibus) ab Oldrado recedat contra communem illam Doctorum sententiam relatam supra nam. 365. cum Oldradus, & qui eum sequuntur loquantur ubi aderant eadem vel similes, & fortiores, & urgentiores coniecturæ, & sic hoc non esset limitare, sed destruere decisionem Oldradi, ut considerat Paris. conf. 31. num. 21. volum. 2. Craveta conf. 98. n. 1. Socin. tun. conf. 4. col. 1. lib. 1. de verbor. A. non dicitur quod in casu

73. § 10. De forma, que para que mediante coniecturas se pueda inducir fideicomisso perpetuo, o sucesivo, es necesario que estas sean claras, evidentes, y que se comprendan de palabras expresas del testador, ita Casanate dict. conf. 4. num. 214. ibi: Quia non alias ex coniecturis inducitur fideicommissum, quam si sint sufficientes, & necessariae, & colligantur ex verbis, & expressis per testatorem per verba inducentia dispositionem.

74 ¶ Y la limitacion que dieron algunos Doctores a las reglas que se facan de los textos referidos supra n. 26. videlicet, que no corre su

su disposicion quando el testador se divirtió a ha-  
 zer muchos grados de substitutiones favore ag-  
 nationis ( demás que en dicha clausula del testa-  
 mento de Sebastian de Vera se contiene vna sola  
 substitution ) es imaginaria, y carece de funda-  
 mento juridico : ita en terminos de nuestro caso  
 Peregrin. de fideicommiss. art. 29. n. 38. ibi : *Et limita-  
 tio quam ad hæc iura ( nimirum text. in d. l. ex facto, §. si  
 quis autem, ff. ad Trebell. l. filius familias, §. cum erit, ff. de  
 leg. 1. ) tradiderunt tenentes contrarium, ut non procedant,  
 quando testator ad plures substitutionum gradus divertit  
 favore familiae & agnationis est ex capite, & hominum cõ-  
 sideratione, non legis autoritate susulta, & ideo à iuris  
 regula, & determinatione recedere non licet.*

75 ¶ Y es digno de reparo el que haze  
 este Autor vbi supr. di. n. 38. videlicet, que los  
 fideicommissos tuvieron principio en tiempo  
 del Emperador Augusto, §. 1. in instit. de fidei. heredi.  
 Y entonces fueron muy frequentes, y desde Au-  
 gusto al Emperador Cenon, Autor de la l. iube-  
 mus, C. ad Trebell. passaron 470. años, siglos en  
 que florecieron aquellos grandes, y celebrados  
 Iuris Consultos Papiniano, Cœvola, Paulo, Vi-  
 piano, y otros muchos, los quales conocieron la  
 naturaleza de los fideicommissos perpetuos fa-  
 miliares de las prohibiciones de enagenaciones,  
 favore familiarum, & agnationum, como consta  
 de la l. cum ita, §. in fideicommisso. Y de la l. peto, §. à fra-  
 tre, & in l. unum ex familia, & ex pluribus alijs legibus,  
 ff. de legat. 2.

76 ¶ Et tamen indistintamente estable-  
 cieron que estos fideicommissos por defecto de  
 la



la condicion ( *si sine liberis* ) se desvanecian, sin que hallemos caso ( apud hos magnos viros ) en que favore familiae aut agnationis, aut propter prohibita alienationem aliter responderetur, aut stabilitum fuisset.

77. *Authent. de restitut. fideicommissis, nos igitur*, donde sin embargo de las substituciones reciprocas, y de la prohibicion de enagenacion, la condicion ( *si sine liberis* ) obró su efecto, que fue extinguir el fideicommissio, Peregrin. *dict. art. 29. n. 38. in fin. in 2. ob. 78.* Y Casanate *dict. conf. 4. sub n. 167.* despues de aver referido quinze decissiones de diferentes Tribunales superiores, y nueve del Reyno de Aragon, en casos mas dificultosos que el nuestro, y semejantes al contenido en dicho *conf. 21. de Oldrado*, refiere el qd decidió el Emperador Iustiano *in d. authent. de restit. fidei. nos igitur*, ibi: *Sed ut omnis subducatur difficultas, idem in fortiori casu, eiusdem.* *Et fortioribus coniecturis concurrantibus iudicavit Imperator, in authent. de restit. fideicommiss. de quo supr. n. 123. ut sic impium, Et contra rationem videatur et tot sententijs resilere, cum sapius iudicata vim legis habeant.*

79. *Authent. de restitut. fideicommissis, nos igitur*, Y que en nuestro caso (aun quando las huviesse, que no las ay) no basten conjeturas para inducir que el testador tuviesse animo, ni voluntad de dexar fideicommissio perpetuo, ni successivo, es expreso texto de *l. i. C. de condit. incert. cuius verba ita se habent: Cum testatorem fideicommissum Italiano ab eo quem pro parte heredem instituerat ita reliquisse proponas, si sine liberis institutus diem obiisset*

isque nepotem quem ex filia suscepit heredem instituerit conditionem adscriptam fideicommissio defecisse manifestum est, nisi alia defuncti voluntas evidenter probetur.

80 ¶ En la especie deste texto el testador gravô a su heredero, a que si muriessse sin hijos restituyesse a otros por fideicommissio, la herencia: el heredero gravado muriô dexando vn nieto hijo de vna hija predifunta, dudose si avia faltado la condicion sub qua relicto fuit fideicommissum, juzgaron los Emperadores Severus, & Antoninus, que faltô la condicion, y se extinguió el fideicommissio. Hasta aqui está decidido nuestro caso en favor de nuestra parte.

81 ¶ Aora se deven ponderar las palabras vltimas del texto, ibi: *Nisi alia voluntas defuncti evidenter probetur.* Que segun ellas, los Emperadores para apartarse de la regla, no se pagaron de coniecturas, sino de voluntad evidente y clara del testador, pues aquellas palabras excluyen todo genero de coniecturas, y solo admiten evidencias.

82 ¶ Et ratio est, quia recurrere ad coniecturas est refugium intentionis ambiguae, Angelus *conf. 191. in fin.* in re autem dubia, ex aliqua coniectura faciliter trahimur ad altervtram partem, iuxta illud Terent. *Cum animus est indubio facili momento huc, atque illuc impellimur.* Y assi las coniecturas solamente han lugar, quando ay duda, o question circa factum. *Manri. de coniect. vltim. volunt. lib. 1. tit. 1. n. 12,*

83 ¶ Y quando la clausula del testamento del dicho Sebastian de Vera es tan clara, y ma-  
ni-



16

nifiesta, y que el caso que en ella se contiene, se comprehende en los casos, y doctrinas que dexamos apuntadas supra n. 26. omitir lo claro y evidente, y aquello que patet ad sensum, & quærerẽ inditia, & coniecturas est potius infirmitas intellectus, vt ait Nata, *cons. 123. n. 1.* refert Mantic. vbi supra n. 11.

84 ¶ Quia coniectura dicitur esse rationale ventigium, veritatis latentis, porque donde es necessario valerse de coniecturas, veritas non est per se nota. Luego donde la ley requiere verdad clara y evidente per se nota es visto excluir la que se conoce y alcança mediante coniecturas, nam admissio vnius est exclusio alterius, vt sunt vulgata iura.

85 ¶ Y finalmente, no solo en propios terminos de nuestro caso, sino en muchas dificultosos, escriuieron Casanate el *conf. 4.* Vincentio Fuffar el 64. Esforcia Oda el 66. Azavedo el 15. Y otros muchos Doctores, vt videre est apud predictos, y todos concluyen en favor de nuestra parte.

**QUE LOS HIJOS Y NIETOS DE DIEGO Merchan no son llamados en la clausula del testamento del dicho Sebastian de Vera, y caso lo sean, no se continuen en ellos el gravamen de restituir los bienes rayzes que el testador impuso a el dicho su padre.**

86 ¶ Question ardua, y dificultosa es en.

entre los Doctores, an filij possit in conditione  
 consecratur possit in dispositione, hoc est, si el reo  
 stador gnato o su heredero a que restituyese la her  
 rencia sub alla conditione (si murieret sub hys) muer  
 re, cō ellos, queda el fideicommissario en el luydo.  
 Entra aora la duda, si estos hijos son llamados  
 a esta herencia, o fideicommissio, y la obra drañ  
 en fuerça de btestamento o del difunto, como la  
 obra viera el fideicommissario si se cumpliera la  
 condicion, o idest, si el heredero muriera sub  
 hijos, si el obra o obra. I. non el req. ita non est

87. §. 1. Verdaderamente la disputaron Man  
 rica de conectynda. l. 1. tit. 2. per totum. Peregrina de  
 fideicommiss. art. 28. Vincentius Fussarius de fideicom  
 miss. subst. q. 437. Anton. Gabriel de fideicommiss.  
 conf. 4. no olo on, anemissu. Y p. 28

88. §. 1. Verdaderamente es tan difícil, q no  
 ay texto, ni rason de quantos por via y otra parte  
 se trae, que quite el animo, ni satisfaga al enten  
 dimiento, ni videre est apud predictos, y así divi  
 didos dos Doctores en contrarias partes, alteri  
 asserunt, alteri negant.

89. §. La mas recibida, y comun opinion  
 es, que los hijos ex eo solo que sean puestos en  
 la condicion (si sine liberis decesserit) no es visto ser  
 llamados al fideicommissio, si no que los bienes  
 del quedan libras a los herederos del padre gra  
 vado, y por su muerte los heredan ex testamento,  
 aut ab intestato.

90. §. Ita Dom. Molin. de primog. lib. 1. c. 6  
 n. 1. donde asienta por mas cierta, comun, y reci  
 bida esta opinion, y queda con ella. Y Manuel



Costa in cap. si pater, de testament. part. 1. vers. si absque<sup>17</sup>  
liberis, n. 54. despues de averla disputado, y traído  
copia de Autores que la siguiéron, dize estas pa-  
labras, ibi : *Ex quibuss omnibus constat, hanc esse verio-  
rem & receptiorem sententiam.*

91 ¶ Y Fontanela de patris nupt. claus. 4.  
glos. 24. n. 1. tocando muy expofesso esta questió  
vállano en que como no aya otras coniecturas  
filij in conditione possiti non censentur vocati,  
ibi : *Omnes concordant, quod si non adsint coniecturæ non  
adsit vocatio secus e contra.*

92 ¶ Y aunque Mantica en el lugar ci-  
tado n. 16. despues de aver respondido a los tex-  
tos y demas fundamentos que se ponderan por la  
opinión contraria, y desestimadolos quedô con  
ella, fundado solo en la ponderacion que ex pro-  
prio Marte nuevamente hizo del texto in L. i. ubemus  
§. sin autem, C. ad Trebel. en cuyo caso se decide, que  
la condicion (*si sine liberis*) naciendo postumo fal-  
ta, de aqui infiere, que ex eo quod posthumus fa-  
ciat deficere conditionem, necessarium sequitur  
vt intelligatur substitutus per fideicommissum.

93 ¶ Y prueva esta consecuencia ex eo,  
que el postumo non habetur pro nato, nisi quan-  
do agitur de proprio commodo ipsius, ex vulgari  
texto in l. qui in utero. ff. de statu homin. igitur, si al tiẽ-  
po que muere el padre habetur pro nato, es señal  
que se trata de su proprio commodo, y este no  
puede ser otro, si no es ser llamado al fideicom-  
misso, mediante la condicion (*si sine liberis.*) Este  
es en suma el vnico fundamento, aunque por mas  
dilatadas razones, de que se pagô, y dexô llevar

aquel doctissimo varon, quizà por ser parto de su mismo ingenio.

94 ¶ Nihilominus tamen (tanti Doctoris pace) en nuestro corto dictamen nos parece tiene facil respuesta nimirum, que el que muere dexando a su muger preñada, no muere sin hijos, *l. si quis prægnantem. ff. de regul. iuris*, no para que luego postumus, seu vter faciat deficere, conditionem (*si sine liberis*) sed ad effectum vt suspèdatur dispositio, vsque quo, aut posthumus nascatur, aut fæmina abortum faciat, si posthumus in lucem ædatur, conditio (*si sine liberis*) deficit, si vero abortum fæmina fecerit conditio adimpleta erit, ita glos. in d. l. si quis prægnantem.

95 ¶ Y assi no fue necessario que en la especie de aquel texto, posthumus haberetur pronato tempore mortis patris; ad hoc, vt deficeret conditio, quia tunc nec deficit, nec extet, si no tan solamente se suspendió la disposicion, mientras pendia su natiuidad, de la misma manera que quando el postumo es preterido en el testamento de su padre, no se puede diferir la herècia a los herederos ex testamento, nec ab intestato, non ex testamento, quia potest rumpi nativitate posthumi præteriti, non ab intestato, quia potest accidere quod fæmina abortum faciat, & tum diferatur ex testamento, *l. ventre præterito. ff. de acquirend. hæredit. l. si filius hæres. ff. de liber. & posthum.*

96 ¶ Et tandem Antonio Gomez *tom. 1. variar. cap. 5. de subst. fideicom. num. 42.* discurre por los fundamentos de nuestra opinion, y refiere gran copia de Autores que la llevaron, y resolu-



18

tivamente queda con ella, ibi : *Sed his non obstantibus ego teneo contrariam sententiam, imo quod tales filij, vel descendentes, ex filio gravati, non censeantur vocati per testatorem, nec tacite substituti, & per consequens bona erunt libera, & non vinculata, nec subiecta restitutioni, & ipse filius gravatus poterit liber in vita, vel morte alienare ea, quod probatur ex sequentibus iuribus, & rationibus.*

Y esta opinion corre con mas llaneza, y menos dificultad entre transversales, que es lo que passa en nuestro caso, vt tenuere plures, quod refert Fuffarius d. q. 437. n. 5.

97 ¶ Assentada pues esta opinion, videlicet, que los hijos ex eo solo, que sean puestos en la condicion *si sine liberis*, no es visto ser llamados a el fideicomisso, ni gravado el padre a restituirlo a ellos, corre sin dificultad en nuestro caso, que los hijos de Diego Merchan no fueron llamados a los bienes rayzes que el susodicho heredó de Sebastian de Vera su hermano, porq muriendo como murió el dicho Diego Merchan cō hijos, faltó la condicion *si sine liberis*, y los dichos bienes quedaron libres del aserto fideicomisso, y como tales los heredaron, y partieron entre si los dichos hijos del dicho Diego Merchan.

98 ¶ Y quando sin perjuyzio de la verdad, nos allanaramos a la opinion contraria, videlicet, que los hijos in conditione positi censeantur vocati, y que assi los del dicho Diego Merchan huvieron, y heredaron los bienes rayzes en virtud de la clausula referida del testamento del dicho Sebastian de Vera. Tamen non ex eo sequitur, que quedassen gravados a restituir dichos bienes.

bienes entre si mismos, ni a los demas descendientes del dicho su padre.

99 ¶ Nam licet filij in conditione (si sine liberis) positi censeantur dispositive vocati, non tamen ex eo censeantur gravati, porque son llamados active, tantum, & non passive, ita Peregrin. de fideicommiss. art. 29. n. 26. ibi: *Ampliat tertio, quamvis filij in conditione positi fuissent dispositive vocati, nam adhuc per eorum existentiam substitutum excluderent, neque quoad eum censeantur gravati, nam ex eo quod active sint, vocati, non inferitur, ut passive videantur gravati.* Y esta doctrina la comprueba con la de otros muchos Doctores que en este lugar refiere, vt videre est apud ipsum.

100 ¶ Tùm, porque el testador no hizo otra substitution mas de a su heredero, en caso que muriese sin hijos: luego no se puede inducir substitution a los mismos hijos que el testador no hizo, nam testator solum attendit tempus mortis hæredis, non vero tempus mortis positorum in conditione, ita Alexander conf. 139. n. 3. lib. 6. Menochius. conf. 740. num. 2. & conf. 761. num. 3. in fine.

101 ¶ Tùm, quia conditio aposita institutioni, non censeatur repetita in substitutione, l. sub conditione. ff. de hæredi. instit. l. si quis hæres ita, ff. de acquirend. hæreditate, Mantica de coisectue. vltimar. volunt. lib. 10. cit. 6. & alij quam plures quos refert, & sequitur Fussarius de substit. fideicommiss. q. 441. n. 3. igitur si conditio non est repetita in substitutos expresse vocatos, multominus erit repetita in positos in conditione.

Tùm



102 ¶ Tum, quia fideicommissum est onus, *l. coheredi, §. cum filia, ff. de vulgar. & pupillar.* & quando verba testatoris possunt habere effectum absque eo, vt producatu novum fideicommissum non est inducendum novum fideicommissum, *l. filiam, ff. de legat. 3.* & vt verba inducant fideicommissum debent esse clarissima, & illud de necessitate inferre, ita plures, quos refert & sequitur *Fussarius ubi supra, n. 4.*

103 ¶ Y aunque no saltaron algunos Doctores que llevaron lo contrario, a quienes refiere *Fussario dict. q. 441. n. 2.* tamen este Autor dize, y afirma, que es cosa impia in iudicando, & consulendo, defender, que possiti in conditione, licet videantur tacite vocati censeantur gravati.

104 ¶ Y la misma doctrina, aun en terminos mas rigurosos que los de nuestro caso, nimirum, quod filij in conditione possiti, licet videantur vocati ad fideicommissum, non tamen censeantur gravati, defiende *Casanate, d. conf. 4. à n. 254. cum seqq.*

105 ¶ Y que sin mas vrgentes conjeturas, que ex eo solo, quod filij dispositive sint vocati, non censeantur gravati, defiende el señor D. Iuan del Castillo, *d. lib. 5. cap. 89. à n. 37.* donde refiriendo, y aprovando a *Casanate, d. conf. 4. n. 254.* y a otros muchos Doctores en el n. 38. dize estas palabras, *ibi; Nihilominus tamen communis Doctorum limitatio, & sententia prima supra relata defendi iuridice potest si modo non ex hac sola coniectura, quod filij fuerint prius vocati adducamar vt eorundem gravamen indu-*

296

K

atur

catum, sed etiam alia quoque, vel alia simul coniecturæ con-  
currant, ex quibus induci iuridice possit, vere namque, ex  
eo dumtaxat, quod active sunt vocati, inferri non potest con-  
cludenter, ut passivo videantur gravati.

106 **¶** Con que quando se concediera  
que Jacinto Merchan, hijo del dicho Diego Mer-  
chan, huviesse sido llamado a esta parte de huerra  
que se litiga, y la huviesse adquirido en virtud de  
de dicha clausula de testamento del dicho Seba-  
stian de Vera su tio, no por esso se sigue fuesse  
gravado a restituirla a sus dsccendientes, ni a los  
demas parientes del dicho Sebastian de Vera, ni  
que passasse adelante el fideicomisso, y assi como  
bienes libres la heredaron las dos hijas del dicho  
Jacinto Merchan, y de ellas en virtud de la substi-  
tucion pupilar, la heredó el dicho Lic. Martos  
que instituyó a nuestra parte por su vniversal he-  
redero, dexando la dicha parte de huerra entre  
los demas bienes sin imaginacion que fuesse vin-  
culada, ni sujeta a fideicomisso.

107 **¶** Y en nuestro caso cesa tambien  
la coniectura, o presuncion a que atendieron al-  
gunos Doctores que refiere el señor Castillo *dict.*  
*lib. 7. cap. 89. n. 59.* videlicet, quando los bienes del  
fideicomisso son muy preciosos, e illustres, y  
dignos de que se conserven en la familia, porque  
la dicha parte de huerra sobre que se litiga, y toda  
ella ( aunque es fundo de estimacion ) está afecta  
a censo perpetuo emphiteutico, que se paga al  
Conde de Puerto llano, con que no es capaz de  
poderla vincular, prohibir su enagenation, ni gra-  
varla a fideicomisso perpetuo, que traiga tractu  
successivo.



QUE A LA PARTE DE DICHA D. MARIA  
 de Salamanca le obsta en este pleito excepcion  
 de cosa juzgada.

Ya se supuso en el hecho, que por muerte de Sebastian de Vera heredô Diego Merchan su hermano, cinco partes de las ocho de que se compone toda la dicha huerta, y que estas cinco partes, por muerte del dicho Diego Merchan se partieron y dividieron entre la parte contraria, y Jacinto Merchan su hermano, y por muerte del susodicho esta mitad de cinco partes la heredaron dos hijas suyas, y por aver muerto estas en la edad pupilar, la heredô el dicho Licenciado Martos, que entonces era menor, y estava en la patria potestad de Mateo de Martos su padre.

109 ¶ Y asimismo se supuso a el n. que el dicho Mateo de Martos como padre, y legitimo Administrador del dicho Licenciado Martos, sobre la otra mitad de dichas cinco partes, que tocô en la particion a la dicha D. Maria de Salamanca, le puso de manda, pretendiendo que todas dichas cinco partes estavan vinculadas, y sujetas a fideicomiso perpetuo en virtud de dicha clausula de testamento del dicho Sebastian de Vera, y que assi avia de restituir al dicho Licenciado Martos su hijo, como a hijo de hermana mayor, la dicha mitad de cinco partes que entonces poseia la contraria, y al presente poseen sus hijos.

En este pleito se pronuciô sentencia definitiva, por la qual se diô, y declarô por libre

libre, y no sujeta a vinculo, ni fideicomisso, la dicha mitad de cinco partes que de dicha huerta tocó en la particion refrida a la parte contraria. Y aunque se apeló desta sentencia, no se profiguió la apelacion, con que passó en cosa juzgada, que está le obste a la parte contraria, patet ex sequentibus.

111 **¶** Tùm, porque las tres identidades que se requieren para que obste la cosa juzgada, videlicet identitas causæ, personarum & rerû iuxta l. cum queritur cum duabus sequentibus, ff. de exceptione rei iudicatæ, concurren en nuestro caso, en quanto a las personas son las mismas, pues se litigó entre la parte contraria, y el dicho Licenciado Martos a quien representa la nuestra como su heredero, quia hæres, & defunctus reputatur vna eadem persona, §. 1. autent. de iure iurand. à mort. prestito, cum vulgatis.

112 **¶** Tùm, porq es la misma causa agendi, aquella, que está, pues en aquella por parte del Licenc. Martos se pidió en virtud de dicha clausula del testamento del dicho Sebastian de Vera, suponiendo que dichas cinco partes de huerta las dexó vinculadas, y sujetas a fideicomisso, que es lo mismo que en esta pide y pretende la parte contraria, fundando su pretension en dicha clausula.

113 **¶** Tùm, porque asimismo se litiga al presente sobre vn mismo cuerpo, y vna misma cosa, que son dichas cinco partes de huerta que dexó el dicho Sebastian de Vera, con que nos hallamos en nuestro caso con todas tres identidades



dades, y no es necesario que concurren verè, & realiter, si no que basta con que concurren interpretative, ita Bartul. relatus à Surdo, *conf. 312. sub n. 25. ibi: Bene dixit Bart. in l. ad eandem, s. 1. Quod identitas. rerum, personarum, & causa concurrere debent vere, vel etiam interpretative.*

114 ¶ Idem tenet Dom. Salgado de retention. Bullar. 1. p. c. 12. n. 20. ibi: *Vnum tamen utile valde notare debes, quod ad hunc effectum ut obstat exceptio rei iudicatae sufficit ad identitatem horum trium, quod vel sit vere, vel interpretative, & ante eum eandem doctrinam docuit Castillo, cum alijs plurimis quos refert lib. 3. cap. 104. num. 26. ibi: Et sufficit identitas personarum, aut rerum vera, vel interpretativa, ut obstat exceptio rei iudicatae prout Latius Surdus explicat dict. conf. 312. n. 11. & 26.*

115 ¶ Y entonces se dice tratarse interpretative de vna misma cosa, y serlo quando entre vnas mismas personas se buelve de nuevo a controvertir la question, o duda que ya està controvertida y decidida, aunque la cosa de que se trata sea penitus diversa. *J. Iuhanus, ff. de exceptione rei iudicat. optime Salgad. de retent. Bullar. dict. 1. p. cap. 12. n. 21. ibi: Interpretative autem, eadem res dicitur, quando inter easdem personas, eadem questio quæ decisa est renovatur, & si de alia re, penitus diversa tractetur.*

116 ¶ Luego si en el pleito que entre el Licenciado Martos, y la parte contraria se figvió, se trató sobre si la mitad destas cinco partes de huerta era, o no vinculada, y se declaro por libre, y esto mismo se buelve a litigar al presente,

por lo menos sobre vna misma cosa interpretati-  
ve, ya litigada, y decidida, se repite segunda vez  
el juyzio.

¶ 117. Tùm, porque entonces obsta la  
excepcion de cosa juzgada, quando en el juyzio  
posterior se trata aquello mismo que se trató  
en el juyzio anterior, l. *si quis cum totum*, vers. *Et  
quidem*, ibi: *Et quidem ita definire potest, toties eandem  
rem agi, quoties apud iudicem posteriorem id quaritur  
quod apud priorem quæsitum est*, ff. *de except. rei iudic.*  
sed sic est, que en este juyzio se trata, sobre si las  
dichas cinco partes de huerta las dexó sujetas a fi-  
deicommissio perpetuo el dicho Sebastian de Ve-  
ra en virtud de la dicha clausula. Esto mismo se  
trató en el juyzio anterior, luego obsta la cosa juz-  
gada, etiam si agatur de re diversa, ita Salgado  
*dict. cap. 12. 1. p. sub eodem n. 21.* vbi post plures Au-  
thores quos refert hæc verba asserit, ibi: *Qui om-  
nes asserunt, quod si in secundo iudicio disceptandum est id,  
quod per primam sententiam in iudicatum transactam fue-  
rat terminatum licet de re agatur penitus diversa dicitur  
eadem res, vt rei iudicate obstet exceptio.*

¶ 118. Tùm, porque si en el primer jui-  
zio se declaró por libre la mitad de dichas cinco  
partes de huerta que perteneciò, y posseia la par-  
te contraria, fue visto declarar assimismo por li-  
bre la otra mitad que entonces posseia el dicho  
Licenciado Martos, sobre que al presente se liti-  
ga, porque o todas cinco avian de ser libres, o su-  
jetas a fideicommissio, *ratione connexitatis.*

¶ 119. Tùm, porque en aquel primer  
juyzio, alegando como alegò la parte contraria,  
que



que dicha su mitad era libre, y no sujeta a fideicom-  
 misso perpetuo, fue visto confessar tambien que  
 lo era la que posseia el Licenciado Martos, con  
 que en aquel juyzio y sentencia se comprehea-  
 dieron ambas mitades de dichas cinco partes, y  
 todas se declararon por libres, racione connex-  
 itatis.

120 ¶ Tum, quia racione connexitatis  
 aut iuris complaciti, sententia extenditur ad res  
 non expressas in ea, ita Salgad. *de protect. Reg. 4. p.*  
*cap. 10. à n. 98. cum seq. usque ad 117.* Luego si estas  
 dos mitades se componen de dichas cinco partes  
 que quedaron por bienes del dicho Sebastian de  
 Vera, la sentencia que se pronunció en la vna mi-  
 tad, declarandola por bienes libres, comprehen-  
 dió tambien la otra mitad, en quanto a la calidad  
 de ser bienes libres, y no sujetos a fideicommissio  
 perpetuo; quia quæ non possunt, nisi connexe  
 produci, non possunt nisi connexe tolli, Dom.  
 Salgad. *de retent. Bullar. 1. p. cap. 13. n. 26. ibi: Connexa*  
*etenim & individua aded reputantur idem, ut nihil fieri*  
*possit contra vnum, quin fiat contra alium, & in eum in-*  
*ferat præiudicium.*

121 ¶ Tum, porque entonces obsta la  
 cosa juzgada, quando en el segundo juizio se cõ-  
 traviene a lo determinado en el primero, ita Sur-  
 dus *d. conf. 312. n. 8. ibi: At ubicumque secundam iudi-*  
*tium venit ad recessionem eius, quod in primo est determi-*  
*natum obstat exceptio rei iudicatae.* Et paulõ inferius,  
 ibi: *Sicuti quando in secundo iudicio examinatur, id quod*  
*iam fuit decisum in primo.*

122 ¶ Sed sic est, que lo que se exami-  
 nó

nô en la demanda primera que se figurió entre el dicho Licenciado Martos, y la parte contraria, fue si el dicho Sebastian de Vera, conforme a dicha clausula de su testamento dexo sujetos a fideicomiso perpetuo sus bienes raizes, que fueron estas cinco partes de dicha huerta, esto mismo se examina aora, luego obsta la cosa juzgada: *idem tenet Dom. Castillo d. lib. 5. cap. 104. n. 27. ibi: Ita etiam rei iudicatæ exceptio obstat ubicumque secundum iudicium venit ad rescisionem eius, quod in primo, est determinatum. Et quando examinatur id quod iam fuit decisum in primo.*

123 ¶ Tum, porque el primer juyzio y este dependen de vna misma origen y causa, que es la clausula del dicho testamento de Sebastian de Vera, y si conforme a ella quedaron dichos bienes sujetos a fideicomiso sucesivo, o no, y en este caso obsta la cosa juzgada, aunque se litigue sobre diferente cosa, Castillo, *d. c. 104. n. 28. ibi: Quod rei iudicatæ obstat exceptio licet ad rem diversam agatur si pendet ex eodem fonte, Et eadem est origo, hoc enim potissimum in exceptione rei iudicatæ est, ut totum á causa id est origine petitionis pendeat. Et paulo inferius, ibi; Et e contra si vere agitur de re diversa, sed eadem est origo petitionis dicitur per interpretationem eadem res, Et rei iudicatæ obstat exceptio.*

124 ¶ Eadem Doctrinam amplectitur Dom. Salgad de retent. Bullar. *d. p. 1. c. 12. n. 23. ibi: Et quod rei iudicatæ obstat exceptio licet ad rem diversam agatur si pendeat ex eodem fonte, atque eadem sit origo hoc enim potissimum in exceptione rei iudicatæ erit, ut totum á causa, id est origine petitionis pendat, adeo ut si*



*eadem res ex alia causa petatur, quam ex illa ex qua pri-<sup>23</sup>mitus petita fuit, id est, si alia est origo petitionis, rei iudicata non obstat exceptio, & dicitur diversa res, & per contrarium si penitus agatur de re diversa, sed eadem est origo petitionis dicitur per interpretationem eadem res & rei iudicate obstat exceptio.*

125 ¶ Con lo que hasta aqui se ha discurrido en este informe, se ha hecho demonstracion de los fundamentos en que estriva la pretension de nuestra parte, y queda asentado, que a la contraria en este caso no compete el remedio de la 45. de Toro, ni otro possessorio.

126 ¶ Y que por el configuiente, no pudo, ni puede ser admitida por legitima contraditora, ni impedir la possession dada a nuestra parte de la dicha huerta, como a heredero del dicho Lic. Marros.

127 ¶ Y asimismo que fue nula, y de ningun valor, y efecto la possession que se mando dar a la parte contraria, y el embargo a su pedimiento hecho de los arrendamientos de dicha huerta.

128 ¶ Que la clausula de testamento de dicho Sebastian de Vera, solamente contiene vn fideicomisso momentaneo condicional, q para que tuviesse efecto era necessario se cúpliesen las condiciones, id est, que Diego Merchan, y sus hijos muriessen sin dexar hijos, o nietos.

129 ¶ Que aviendo muerto qualquiera dellos con hijos faltaron las condiciones, y se extinguió, o por mejor dezir, no tuvo consistencia el fideicomisso, y quedó la dicha clausula como

si nunca se huviera escrito, y los bienes en ella contenidos, passaron libres, y no sujetos a restitucion a los herederos del dicho Diego Merchan.

130 ¶ Que dicha clausula no contiene palabras de que se pueda inducir vinculo, ni fidei commisso perpetuo familiar, ni otra disposicion que traiga tractu successivo.

131 ¶ Que la prohibicion de enagenacion que en ella se contiene, es personal y limitada al tiempo de la vida del dicho Diego Merchan, con que es permitida despues de la vida del suso dicho, y aun quando fuera absoluta, no era bastante coniectura para inducir fideicomisso perpetuo, y successivo.

132 ¶ Que los hijos, y nietos del dicho Diego Merchan no fueron llamados a los bienes rayzes contenidos en dicha clausula, y quando tacitamente lo fueffen, no por esso fueron gravados a restituirlos a los demas descendientes del dicho su padre, ni a otros parientes.

133 ¶ Y finalmente, que a la parte contraria obsta excepcion de cosa juzgada, con que nos parece clara y evidente la justicia de nuestra parte, y que mediante ella se espera vencerá en esta causa. Salva in omnibus, &c.

Licenciado Don Leonardo  
de Galvez y Ayala.