



Ne scribam vanum, duc, pia Virgo, manum.

P O R

DON GASPAR MELCHOR DE LA
Riba Agüero, vezino del Lugar de
Gajano, num. 18.

C O N

DON JOSEPH DE GANDARILLAS,
vezino de la Villa de Santander,
num. 33.

S O B R E

EL MAYORAZGO FUNDADO POR GARCIA
Gonçalez de la Riba, num. 2. y bienes de la mejora de
Francisca de la Riba, num. 13.

A P R E

1



RETENDE Don Gaspar se le
absuelva de lo pedido por Don
Joseph; y que en caso que se
rescinda la permuta hecha por
Don Gaspar, y sus Tutores de
la vna parte; y Doña Antonia
del Mazo, num. 22. Don Ber-

nardo de la Mora, y Doña Maria Antonia de Cevallos, nu-
mer. 28. se le han de pagar todas las mejoras hechas en los
bienes, y se le han de restituir los bienes cedidos en la per-
muta; y ansimismo se ha de condenar à Don Joseph à la
restitucion de los bienes pertenecientes à la mejora de Do-
ña Francisca, num. 13.

§. PRIMERO.

*FUNDASE EL DERECHO DE DON GASPAR
à la recuperacion de los bienes permutados, y à la
deduccion de mejoramientos.*

2

DA motivo al pleyto presente, el que en dos
de Febrero de 1675. se otorgò dicha per-
muta entre Doña Antonia del Mazo, nu-
mer. 22. y Don Gaspar, num. 18. en que este diò à la refe-
rida 24500. ducados en censos, y esta à él los bienes, que
por la Executoria se le avian adjudicado del Mayorazgo de
la Riba, à que diò motivo la voluntad de Don Fernando de
la Riba, numer. 11. que quiso, que este Mayorazgo se con-
servasse en sus descendientes con el suyo, à que despues de
ellos llamò à los demás parientes.

3 Y aunque por ser permuta de bienes de Mayorazgo
sin Facultad Regia, esta no puede tener perpetua subsisten-
cia, D. Molin. de Prim. lib. 4. cap. 4. à num. 12. vbi Add. Castill.
lib. 5. capit. 65. numer. 3. Mier. de Maiorat. 4. part. quest. 1.
illat. 1. à num. 4. D. Lara de Annu. lib. 1. cap. 28. num. 26. y por
esto sea preciso reducir las cosas al estado q̄ tenian al tiempo
de

de la permuta, *tamen equum est*, que por ella, y à que el Mayorazgo no recibe diminucion, no ha de lograr utilidad con perjuizio de Don Gaspar Melchor, num. 18. De lo qual se infieren dos cosas correspondientes à este §. La primera es, que Don Joseph de Gandarillas debe restituir à Don Gaspar Melchor los bienes, que este diò en permuta; y la segunda, que ha de restituir el mayor valor, que tienen los bienes permutados por los mejoramientos hechos por Don Gaspar.

4 Es la permutacion vn contrato innominado, de que nace la accion *prescriptis verbis*, *Mantica de Tacitis, lib. 25. tit. 1. num. 5. Valeron de Transact. tit. 1. quest. 4. numer. 20.* en ella compite la condicion *ob causam non sequitam*, y assi, si dos cosas se permutan, aunque se transfiera el dominio *ex causa permutationis*, como en la venta, *tamen* es especial en la permutacion, que *si res permutata evincitur*, compite al permutante la accion para recuperar la cosa permutada *iure dominij*, *Leg. 1. Leg. 4. §. final. Leg. 8. Cod. de Rer. permut. Guzm. de Evict. quest. 29. num. 4. Rox. de Incompat. 5. part. cap. 6. num. 79.*

5 Aunque la cosa permutada estè en tercero poseedor, porque la condicion *ob causam non sequitam, sequitur possessorem*, *Leg. Si pecuniam, ff. de cond. ob causam*, en que se distingue de la venta, que como contrato de consentimiento, no se resuelve, *licet res vendita evincatur*; pero la permutacion es contrato innominado real, que *nisi res fiat accipientis*, no subsiste.

6 Por esto evinciendose los bienes del Mayorazgo permutado agit Don Gaspar Melchor à los censos, que diò en permuta por ellos, *Et potest agere*, no solamente contra los poseedores, en que estuviessen, sino tambien contra Don Joseph de Gandarillas, por los que estuviessen en su poder, y por los que huviesse vendido, se le huviesse redimido, y tambien por aquellos que se entregaron à su padre, quien los huviesse vendido, ò huviesse percibido el precio de la redencion.

7 Porque los bienes de Don Joseph, numer. 32.

como quien estava obligado à restituir los censos subrogados en lugar de los permutados, estàn obligados à su conservacion, y el interessado tiene hypoteca en ellos *pro alienatis, vel consumptis*, desde el tiempo que dicho Don Joseph, numer. 33. entrò en ellos, *Leg. Mulier, §. Sed enim, ff. ad Trebellianum*, Mier. de Maiorat. 4. part. quest. 39. num. 6. Gaspar Thesaur. Forens. lib. 2. quest. 84. D. Castill. de Aliment. cap. 45. à num. 20. y siendo Don Joseph, num. 32. heredero de su padre, como tiene reconocido, *tenetur* à todas las cargas, y obligaciones de dicho su padre, *Leg. 2. Cod. de Hared. action. Leg. Licet, Cod. ad Legem Falc. D. Olea de Cession. iur. tit. 4. quest. 6. num. 1.*

8 Y aunque la Ley divide las acciones passivas entre los coherederos, y Don Joseph, num. 33. excepciona aver quedado otros por muerte de su padre, no le aprovecha esta excepcion, porque poseyendo bienes paternos, que como vò dicho, estàn hypotecados à la restitucion de los bienes permutados, su obligacion es *insolidum*, por ser, como es, la hypoteca individua, *Leg. final. Cod. Si unus ex plur. her.* assi la expresa, como la tacita, Hermosill. in *Leg. 32. gloss. 3. tit. 5. partit. 5. à num. 38.* Cencio de Cens. quest. 96. numer. 4. D. Olea dict. quest. 6. num. 17. Noguera. allegat. 4. à num. 44. D. Amaya in *Leg. 2. Cod. de Annon. & tribut. numer. 91.* de suerte, que no puede el referido excusarse de la reconvenccion puesta sobre la restitucion, y reintegro de los censos que se dieron por los bienes del Mayorazgo, que el referido, y Doña Isabel de Cevallos reivindican en este pleyto.

9 Es asimismo cierto, que aviendo dicho Don Gaspar Melchor hecho considerables mejoras en los bienes, que se reivindican, debe el que obtuviere la reivindicacion antes, y primero, que pueda ocupar la possession de los bienes, pagar al referido los mejoramientos, que huviesse hecho en dichos bienes; porque estos mejoramientos son propios del que mejorò, Faria ad Covarrub. lib. 1. cap. 8. num. 8. Giurb. ad Mesan. cap. 15. gloss. 11. num. 1. Garcia de Expens. cap. 6.

3
numer. 22. Peg. in Ord. in Procem. tom. 1. gloss. 43. numer. 2.
por ellas compite retencion al expendente, Leg. Paulus, ff.
de doli excep. Guzm. de Evict. quest. 20. num. 26. Salgad. de
Reg. 4. part. cap. 7. num. 75. D. Olea tit. 4. quest. 7. num. 32.
Peg. dict. gloss. 43. num. 101. qui dat plures.

10 Aunque esté condenado por sentencia à esta restitu-
cion, non aliter venit spoliandus, que pagadas las mejoras
deducibles en execucion de la sentencia, Marinis lib. 2. ca-
pit. 133. numer. 18. Guzm. dict. quest. 20. numer. 30. Salgad.
dict. cap. 7. num. 80. Peg. dict. gloss. 43. num. 105. Giurb. de-
cis. 60. num. 4. Hermosill. in Leg. 9. gloss. 3. num. 115. tit. 2.
partit. 5. aunque los mejoramientos sean iliquidos, debien-
do liquidarse en la execucion, Cyriac. Controv. tom. 1. con-
trov. 195. num. 1. Piñeyro de Emphyt. 2. part. disput. 3. nu-
mer. 41. Peg. ubi supr. num. 107. bastando para lo referido
liquidarse en execucion de la sentencia, dandose termino
competente para ello, Giurb. decis. 60. num. 18. Peg. dict.
gloss. 43. numer. 110. Amato Variar. tom. 1. resolut. 14. nu-
mer. 44. bastando para lo referido constar de los mejoramien-
tos in genere, lo que no parece se duda en contrario.

11 Pero se dize, que segun la Ley 46. de Toro, los mejo-
ramientos hechos en bienes del Mayorazgo, ceden à el, sin q̄
el successor tenga obligacion à pagar su estimacion al que los
hizo, D. Molin. de Prim. lib. 1. cap. 26. num. 15. Garcia de Ex-
pens. cap. 13. num. 45. Et de Coniug. ac quest. numer. 78. Castell.
lib. 5. cap. 65. num. 90. Azeved. in Leg. 6. tit. 7. lib. 5. Recopil.
num. 2. Aguil. ad Rox. 1. part. cap. 7. à num. 104. vbi plures
Mier. de Maiorat. 4. part. quest. 33. y que assi, aunque Don
Gaspar Melchor huviesse hecho mejoramientos en los bie-
nes del Mayorazgo, ceden à el, de suerte, que Don Joseph,
num. 33. no puede deducirlos, ni pedir su estimacion, sin
embargo, que no sea poseedor del Mayorazgo; porque la
Ley 46. de Toro, no solo tiene lugar en el successor, sino
tambien en el tercero expendente, Garcia dict. capit. 13. nu-
mer. 45. Castell. dict. capit. 65. numer. 101. versicul. Du-
bium.

12 Para responder à esta objecion, *videndum est*, que derecho tiene Don Gaspar Melchor para esta deduccion *iure communi*; y despues verèmos si esto està corregido por la Ley 46. de Toro.

13 *Iure communi*, es cosa cierta, que las impensas necessarias hechas por el poseedor de la cosa, se le deben pagar por el dueño, que reivindica, *Leg. Domum §. Cod. de Reivindic. Leg. 9. de Acquir. rer. domin. Leg. In fundo de reivindic.* aunque el poseedor sea de mala fee, *Gutierr. lib. 3. quest. 68. num. 17. Garcia de Expens. cap. 23. num. 50. Faria ad Covarrub. lib. 1. cap. 8. num. 24.* en tanto grado, que no solo el poseedor de buena fee no compensa con los mejoramientos los frutos de estas mejoras; pero ni el poseedor de mala los compensa, sentencia recibida en los Tribunales de Castilla, *Elcobar comput. 13. Mier. de Maioratib. 4. part. quest. 32. num. 5. Garcia dict. cap. 23. num. 50. Faria dict. capit. 8. num. 24.*

14 En quanto à las impensas vtiles es constante, que *iure communi* el poseedor de buena fee las puede recuperar, y el señor, que reivindica, las debe pagar, *Et non aliter viene à los bienes, que reivindica, Leg. Dominus, §. In conducto, ff. Locati, Leg. In fundo de reivind. Leg. 24. tit. 8. partit. 5. Gutierr. Practic. lib. 3. quest. 69. numer. 3. Castill. lib. 5. cap. 65. num. 8. Amato tom. 1. resolut. 14. num. 60. Piñeyro de Emphyt. 2. part. disput. 3. num. 48.* en el poseedor de mala fee se distinguen casos, *Peregrin. de Fideicommiss. artic. 50. à num. 20. Castill. dict. capit. 65. numer. 78. Amato dict. resolut. 14. num. 17. Garcia de Expens. cap. 2.*

15 *Iure verò Regio*, y despues de la Ley 46. de Toro, nadie duda, que el poseedor de buena fee recupera las impensas necessarias, sin las quales *res conseruari non potest*, *Castill. dict. cap. 65. num. 101. versic. Pro necessarijs*; pero en quanto à las impensas vtiles, es cuestionable entre los AA. pues *Garcia de Coniugal. ac quest. num. 99.* à que parece se inclina *Castill. dict. cap. 65. num. 101. versic. Dubium*, fue de sentir, que el poseedor del Mayorazgo, que rei-

4

vindica, no tiene obligacion à pagar al poseedor de buena fee, que expendió, el valor de las impensas vtilis, ni segun la equidad, que se considera, de que se pague la estimacion de los mejoramientos, segun el tiempo presente, aunque se huvielle mas expendido, que es como se considera en estos pagamentos, Marinis tom. 2. capit. 133. numer. 2. Peg. dict. gloss. 43. num. 48. Amat. dict. resolut. 14. numer. 63. Guzm. dict. quest. 20. num. 15.

16 Dando el motivo, de que no pudiendo los bienes del Mayorazgo enagenarse, *etiam in evidentem utilitatem*, no pueden estar obligados à la estimacion de las mejoras, ademàs, que la Ley 46. de Toro estan general, que comprehende todas las hechas en los bienes de Mayorazgo, y por qualesquiera personas; y assi no solamente las hechas por los succellores, sino por otros qualesquiera.

17 Sin embargo de lo referido, la contraria opinion es mas cierta, mas conforme à equidad, y à la Ley 46. de Toro, y se halla practicada en los Tribunales de Castilla.

18 La razon es, porque supuesto que el poseedor de buena fee deduce las impensas vtilis *iure retentionis* contra el verdadero señor, en cosa indiferente, *ut supra probatum est*, no ay limitacion legal, que le prive de este beneficio, por ser los bienes de Mayorazgo; pues la Ley 46. de Toro, que se deduce en contrario, solo trata de los edificios hechos por el poseedor del Mayorazgo, sin que *ullum verbum* se encuentre en ella contra el poseedor de buena fee; y dicha Ley, sin disputar sobre ella, es correctoria de Derecho comun, en que se estatua, que el successor *ad tempus* recuperava las impensas hechas del fideicomissario, Leg. Dominos 61. ff. de legat. 1. Leg. Mulier. §. Sedenim, ff. ad Treu. Peregrin. de Fideicommissis. artic. 50. num. 59. Castill. tom. 5. cap. 65. num. 14. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 26. numer. 14. y assi dicha Ley no es extensible a los casos, y personas en ella no expessadas, Mier. de Maioratib. 4. part. quest. 33. Sanch. Moral. lib. 4. capit. 1. dub. 30. numer. 5. Gaiet.

Practic. lib. 3. quest. 7. numer. 5. Hermosill. in Leg. 9. gloss. 2. tit. 4. num. 38. part. 5.

19 Sin que sea de momento, que la Ley 46. de Toro use de palabras indefinidas, *scilicet*, Casas del Mayorazgo, y que así *equippollet universali* à todos los expendientes, y à todos los bienes, *Leg. Si pluribus 44. ff. de legat. 2. Leg. Si servitus 22. ff. de Servit. urbanor.* D. Covarrub. lib. 1. capit. 13. pues quando la indefinida se pone à materia odiosa, y perjudicial *non equippollet universali*, *Leg. 2. Leg. 19. ff. de Liber. Et posthum.* D. Covarrub. dict. capit. 13. numer. 5. vbi Far. num. 13. Salgad. in *Labyrinth. 2. part. cap. 9. numer. 6.* además la indefinida *ex vi verborum* no es universal, sino per *interpretationem benignitatis gratia*, Far. vbi *supr. num. 22.* Mantic. de *Tacit. lib. 7. tit. 5. numer. 12.* Cyriac. tom. 1. *controvers. 81. numer. 12.* y cessa la benignidad, y interpretacion, quando por ella se priva al expendente de su derecho.

20 *Ulteriùs* la indefinida nunca *equippollet universali*, quando en vno de los extremos, que puede comprehender, ay diversidad de razon. *Leg. Quasitum, §. Illud, ff. de legat. 3.* Mier. de *Maiorat. quest. 33. numer. 16.* y es constante, que en el tercero poseedor expendente milita diversa razon, que en el poseedor del Mayorazgo; pues este, sabiendo, que ha de passar à sus hijos, y parientes, se presume averlo hecho *animo donandi*, y para conservacion de su familia; pero en el tercero, que posee *affectu domini*, cessa este motivo, presumiendose averse expendido para el mayor valor de la alhaja que posee, de que no es justo se le prive en mas, que en el valor que tenia quando se enagenò, de que es consiguiente, que la Ley que hizo mencion del poseedor del Mayorazgo, *ad personas diversas non porrigatur.*

21 Ni es de momento, que sin Facultad Regia no se puedan opignorar los bienes de Mayorazgo; pues el poseedor de buena fee expendente solo pretende la retencion de lo que expendiò en la misma alhaja mejorada, sin disputar la question de hipoteca, que se disputa en el tercero mutuante al poseedor de Mayorazgo, para mejorar sus bienes;

nes; por cuyos motivos, y otros que expresan los AA. *magis communiter* subscriben à esta opinion, Mier. de *Ma-ioratib.* 4. part. *quest.* 32. Gutierr. *Pract.* lib. 3. cap. 68. à nu-mer. 2. vbi latè refert fundamenta D. Molin. de *Primog.* lib. 1. cap. 10. num. 15. Add. ad Molin. lib. 1. capit. 26. numer. 15. versic. *Illud.* Pinell. in *Leg.* 1. Cod. de *Rescind. vendit.* 2. part. cap. 3. num. 1. por ella se decidió en el pleyto del Marqués de Villafinda, con Diego Balmaseda, sobre las Hazeñas de Simancas, siendo esta opinion tan cierta, que dixo Gutierr. *dict.* *quest.* 68. num. 11. que este beneficio de ducción por las impensas vtilis, no solo competia al poseedor de buena fee, sino tambien al que las hizo con noticia de ser los bienes de Mayorazgo; y que no los podia retener; pues contra *naturam est*, y contra la natural equidad, *quem cum alterius iactura locupletari.* *Leg.* 14. de *Condit. indebit.*

22 De todo lo qual se evidencia, que en el caso que se rescinda la permuta hecha de consentimiento de los interesados, para mayor conveniencia de ambas familias, la persona que obtuviere los bienes permutados, debe pagar à Don Gaspar Melchor las impensas vtilis, y necessarias hechas por el referido en beneficio de dichos bienes, sin que hasta tanto pueda entrar en possession de ellos.

§. SEGUNDO.

FUNDASE EL DERECHO DE DON GASPAR

Melchor à los bienes de Doña Francisca de la Riba

Aguero, num. 13.

23 **L**A referida en su testamento de 20. de Diciembre de 1645. dize: Que su marido le encargò mejorasse à Don Fernando su hijo, num. 20. en el tercio, y quinto de sus bienes, y que assi lo hazia, para el, y sus successores, de mayor en mayor, prefiriendo siempre el varon à la hembra, le huviesse, y here-

C

dasse,

dasse, con condicion, que dentro de 10. años viniessse à vivir à Santander. Que si en este tiempo muriessse, ò no viniessse, gozasse la mejora Doña Angela de Revilla su nieta, num. 26. hijo de Don Francisco de Revilla, y Doña Ana del Mazo, para que en la forma referida, ella, y sus successores la huvies- sen; y que interin no venia dicho Don Fernando, gozasse el vsufructo dicha Doña Angela.

24 La misma Doña Francisca en su codicilo de 28. del mismo mes, declara: Que si Don Fernando no viniessse dentro de 10. años, quedasse excluso de la mejora, y succediessse Doña Angela; y à su falta Doña Francisca su hermana, numer. 27. y lo mismo se entendiessse en quanto al vsufructo de la mejora; y à falta de las susodichas, venga la dicha manda en la misma forma à Doña Antonia del Mazo su madre.

25 En virtud de estos instrumentos, dize Don Joseph de Gandarillas, num. 33. que en el testamento quedò fundado vn Mayorazgo regular en cabeza de Don Fernando, y sus descendientes, y en su defecto en todos los de las hijas de la Fundadora; porque siempre que ay llamamientos graduales, contemplacion de familia, llamamiento de primogeniros, se induce en Mayorazgo perpetuo, *Giurb. de Feud. §. 1. gloss. 8. num. 22. Peg. Forens. cap. 3. numer. 166. Castill. lib. 4. cap. 9. en cuyo caso los llamamientos particulares se entienden puestos demonstrationis gratia, y para preferir à los nominados, no empero para que con su extincion se extinga el Mayorazgo, D. Castill. lib. 2. cap. 22. numer. 58. tom. 6. cap. 143. §. unico, num. 14. cap. 166. num. 26. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 4. num. 34.*

26 Y assi aunque no se hallan nominados mas que Don Fernando, y Doña Angela, no por esso el Mayorazgo dexa de ser perpetuo, y de succeder en el los demàs descendientes de Doña Francisca, de que es el mayor, y de mejor linea Don Joseph, num. 33.

27 Que quando segun el testamento huviera alguna
du-

duda; no la ay en el codicilo; pues se halla substituida Doña Antonia del Mazo, num. 22. su abuela; y aunque no estan llamados sus descendientes, en los Mayorazgos el llamamiento de vna persona es lineal, comprehensivo de los descendientes. *Leg. Cum avus de Condit. & demonstr. Castell. lib. 3. cap. 15. num. 53. lib. 5. cap. 92. num. 59. Larr. decis. 54. num. 7. Aguil. ad Rox. 5. part. cap. 4. num. 28.* no solamente en descendientes, sino en llamamiento de transversales. *Covarrub. Practic. cap. 38. num. 12. vbi Far. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 37. Rox. de Incomp. 5. part. cap. 4. à num. 22. vbi Aguil. num. 29. Noguier. allegat. 9. num. 59.*

28 Y assi aviendo sido llamada Doña Antonia en el codicilo, se entienden comprehendidos en la substitucion sus descendientes, para incluirse en la mejora, como de Mayorazgo, y toca à Don Joseph, num. 33. su succession, y vindicacion de los bienes à ella pertenecientes.

29 Sin embargo de estos fundamentos, el derecho de Don Gaspar, y que los bienes de dicha mejora son libres, y no vinculados, parece mas cierto, assi atendido el testamento de Doña Francisca, como su codicilo, como lo fundaremos separadamente.

30 Es constante, que en el testamento no ay palabra de Vinculo, ni Mayorazgo, sino solamente vnos llamamientos graduales en Don Fernando; y Doña Angela, numer. 20. y 21. y sus descendientes, en cuyo caso *constans est apud omnes*, que el Mayorazgo que se entiende constituido por los llamamientos graduales, solo induce vn fideicomisso temporal, restringido à los descendientes de los llamados.

31 Porque como pueden los Fundadores hazer fideicommissos temporales, y perpetuos. *Leg. 27. Taur.* si el fideicomisso estuviere puesto à ciertas personas, no las trasciende, antes se restringe à ellas. *Leg. 39. de Condit. & demonstrat. Leg. 73. ff. de Haredib. instituend. tenent in terminis D. Molin. lib. 1. cap. 5. numer. 38. vbi plenè*

Add.

Add. Azeved. *consil.* 18. *numer.* 2. *Castill.* *lib.* 2. *capit.* 22. *numer.* 44. *¶* 57. plenè *Aguil.* ad *Rox.* 1. *part.* *cap.* 2. à *num.* 33. *Bayo in Prax.* *lib.* 2. *quest.* 6. *idem* *Castill.* *tom.* 6. *cap.* 143. *numer.* 32. *Angul.* *in Leg.* 11. *gloss.* 4. *numer.* 13. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recopilat.*

32 Aunque en el modo de suceder la Fundadora vse del llamamiento de primogenitos de la familia de mayor en mayor, y otras semejantes; porque esta indefinicion *stat* à los llamados, y no al fideicomisso; y por esto no estiende el fideicomisso, *neque ultrà vocatos extenditur.* *Leg. Cum Pater* 77. *§. Hereditatem de legat.* 2. *Leg. Plures* 98. *de legat.* 3. Add. ad *Molin.* *lib.* 1. *capit.* 5. *numer.* 22. *Azeved. dict.* *consil.* 18. *num.* 2. *Aguil.* ad *Rox.* *dict.* *cap.* 2. *num.* 36.

33 Aunque aya palabras de perpetuidad, porque estàn estas à los llamamientos, en tanto permanecen, en quanto estos duran. *Leg. Id vestimentum* 25. *ff. de Peculio.* *Leg. Debitor* 32. *ff. de Pign.* Add. ad *Molin.* *dict.* *capit.* 5. *numer.* 33. *Matut. disquis.* 12. *Aguil. ubi supr.* *num.* 35. y fenecidos los llamados, y los descendientes de ellos, que estàn substituidos, cessa el fideicomisso, y en el vltimo quedan los bienes libres, y tocan à sus herederos, *ex testamento, vel abintestato.* *Leg. Qui solidum* 78. *§. Pradium, ff. de legat.* 2. *Leg. Pater filium* 38. *§. Fundum, de legat.* 3. *Angul. dict.* *gloss.* 4. *num.* 13. *Castill. dict.* *cap.* 22. *num.* 44. *Aguil. dict.* *cap.* 2. *num.* 28. *¶* *seqq.*

34 Sin que obste lo que se propuso por razon de dudar; pues procede quando en la fundacion ay palabra *Mayorazgo, ò Vinculo*, en que los llamamientos *stant demonstrative*, y no *taxative*, y assi el Mayorazgo es perpetuo. *D. Castill. dict.* *cap.* 22. *num.* 57. *Barbos. vot.* 126. *num.* 167. *Torr. de Maiorat.* 1. *part.* *cap.* 9. *num.* 2. *Molin. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 13. *Peg. de Maiorat.* *tom.* 1. *cap.* 2. *num.* 6. *Noguer. allegat.* 25. *num.* 104.

35 Es la razon de disparidad, porque sola la palabra *Mayorazgo, ò Vinculo* incluye en si pluralidad de substi-

ruciones, y tantas quantas personas ay en la familia, descen-
 dientes, y transversales, *ordine successivo*, segun la nomi-
 nacion, y prelacion de las lineas; y qualquiera Fundador,
 que dize haze Mayorazgo, *Et si aliud non dicat*, se entiende
 llamar à tantos, quantos parientes pudiesse tener *in infini-
 tum*, subrogandose vnos à otros para la conservacion de la
 perpetuidad, con cuya naturaleza es visto el Fundador con-
 formarse. D. Molin. *lib. 1. capit. 4. numer. 14.* D. Castell. *dict.*
capit. 22. numer. 57. Et 64. Torr. *de Maioratib. 1. part.*
capit. 9. numer. 32. Peg. *de Maioratib. tom. 1. capit. 5. nu-*
mer. 33.

36 Y así la nominacion de personas puesta à la palabra
Mayorazgo, que incluyó toda la familia, no fue para darles
 llamamiento, sino para darles prelacion à los no nominados.
 D. Vela *dissertat. 49. num. 38.* Torr. *dict. capit. 9. numer. 16.*
 Molin. *dict. cap. 4. à num. 30.* D. Castell. *dict. capit. 22. à nu-*
mer. 57. cuya opinion es certissima en Castilla, sin embargo,
 que de ella se apartò Matute *disquis. 12. Et mordicus tenet*,
 defiende la contraria Peg. *de Maiorat. tom. 1. cap. 5. à nu-*
mer. 32. Et à num. 80.

37 Pero quando en la disposicion no ay mencion de
Mayorazgo, ni de Vinculo, y se trata de constituir por los
 llamamientos, y substitutions, no ay termino colectivo,
 inclusivo de todos los parientes *in infinitum*. ni mas substi-
 tucion, que de los expressamente nominados; y como estas
 substitutions no estienden el fideicomisso, queda sola-
 mente restringido à los llamados, y faltando, quedan los bie-
 nes libres, porque no ay substituto à quien el disponente
 mande se restituyan. *Leg. Cum Pater 77. §. Libertis de legat. 2.*
 Peg. *de Maiorat. tom. 1. cap. 5. num. 32. versic. Adque.* Sal-
 gad. *in Labyr. 4. part. capit. 10. numer. 1.* Gregor. *in Leg. 2.*
tit. 15. part. 2. verbo: El mas propinquo, versic. Undè. Aguil.
1. part. cap. 2. num. 32.

38 De suerte, que registrada la disposicion hecha en el
 testamento de Doña Francisca, hallamos vna simple mejora

hecha en Don Fernando, con gravamen de fideicomiso, y sus descendientes, y de Doña Angela, y los suyos, con sucesion gradual entre ellos, sin que Doña Francisca, *ultra fuisset progressa*, ni usasse del termino colectivo de substitutiones, que es *Mayorazgo, ò Vinculo*, ni la materia es tal, que sea facil à elevarse à ser Mayorazgo perpetuo, ni ser para el lustre de la familia descendiente, y transversal, consiguientemente solamente se conservò el fideicomiso en los nominados, y sus descendientes, sin que en los demás hermanos huviesse Mayorazgo, ni concepto de tal.

39 No tiene duda lo referido, y solo se puede dezir en contrario, que por el codicilo se extendiò el fideicomiso à Doña Francisca, num. 27. y en su defecto à Doña Antonia su madre, *ut supra diximus*; pero por este codicilo, atendida su verdadera inteligencia, no se extendiò el fideicomiso à los descendientes de Doña Antonia, num. 22. La razon es, porque aunque està llamada Doña Francisca, numer. 27. en quanto à la mejora, y en quanto al usufructo, y despues de ella Doña Antonia su madre, està solo lo està en quanto al usufructo, siendo distinto el llamamiento al Mayorazgo, que al usufructo; porque este se extingue siempre con la muerte, sin passar reliquias à los hijos, ni constituir linea, *S. Finitur, institut. de usufruct.* Gama decis. 386. optimè Rox. *de Incompatib. 8. part. cap. 5. num. 58. qui expressè asserit*, que el usufructuario del Mayorazgo no se entiende llamado à la sucesion; pero en la mejora puede constituirse linea, porque el poseedor del Mayorazgo es señor de èl. D. Molin. *de Primog. lib. 1. capit. 19. à numer. 1.* Gutierr. *Practic. lib. 3. quest. 81. num. 7.* Giurb. *decis. 69. numer. 37.*

40 Pero quando se pueda entender, que Doña Antonia fue llamada, no solamente al usufructo, sino à la mejora, *adhuc* Don Joseph, num. 33. no se puede incluir en la sucesion como de Mayorazgo; porque aunque regularmente, *ut diximus*, en ellos son los llamamientos lineales,
fallit,

fallit, quando de la fundacion se deduce, que el llamamiento fue personal, *quo casu*, no passa à los descendientes, y esto se colige, quando aviendose llamado algunos à la sucesion, y sus descendientes, se passò despues à llamar à otro, sin hazer mencion de descendientes, *quo casu*, esta omision se presume fue consulto para que los descendientes no succediessen en el Mayorazgo, Aguil. ad Rox. 5. part. cap. 4. numer. 37. ibi: *Nunc limitabis Authoris sententiam, quando institutor plures vocavit cum suis descendentibus expressè ad successionem invitatis, in alio autem nominato vocationem filiorum eius ex causa caute cum cura omisit, quia videtur eos excludere eum de filiis, & descendentibus cogitaret in aliorum vocationibus. Et numer. 38.* dize se decidió assi en la Chancilleria de Granada en vn Mayorazgo de Antequera.

41 Lo que en nuestro caso se evidencia; pues Doña Francisca à la sucesion de la mejora llamò à Don Fernando, y sus descendientes, y despues à Doña Angela, y los suyos; pero en el llamamiento de Doña Francisca, y en el de Doña Antonia no hizo mencion de tales descendientes, porque quiso hazer estos llamamientos personales, y no lineales.

42 De todo lo qual se infiere, que Don Joseph, numer. 33. ni en el testamento, ni en el codicilo tiene llamamiento para incluirse en la sucesion, siendo preciso para lo que intenta mostrar *se vocatum esse. Leg. 1. Cod. Quor. honor. Larr. decis. 33. numer. 33. Peg. de Maiorat. tom. 2. capit. 10. numer. 1.* y consiguientemente ser los bienes libres, y tocar à la herencia del ultimo successor; y assi se espera. Salvo, &c.

Lic. Don Juan Basilio
de Arellano.



Ne scribam vanum, duc, pia Virgo, manum.

P O R

DON GASPAR MELCHOR DE LA
Riba Agüero, vezino del Lugar de
Gajano, num. 18.

C O N

DON JOSEPH DE GANDARILLAS,
vezino de la Villa de Santander,
num. 33.

S O B R E

EL MAYORAZGO FUNDADO POR GARCIA
Gonçalez de la Riba, num. 2. y bienes de la mejora de
Francisca de la Riba, num. 13.

A P R E