

269
C
1683 (2)
75



P O R
EL NOBLE D. FRAN-
GISCO DE VILANA, PADRE, Y LEGITIMO
Administrador de sus hijos, y de la quondam Doña Geronima
de Vilana, Vilamála, y Puigmari su muger, Señora
de las Baronias de Bestraca, &c.

C O N T R A
LOS NOBLES DON LVYS,
Y DONA MARIA DE CAMPORRELLS, Y
Ferrera, coniuges, &c.

A relacion del Magnifico D. Juan Colomer, Oidor desta Real Audiencia.

Escriuano Antonio Fabra.



V N Q V E con lo escrito sobre el
punto que oy se disputa en este
pleyto, y particularmente en el
Alegato ilustrado, y queda mani-
festada la infalibilidad de justicia,
y buen derecho de nuestro Noble
clientulo, sin necessitar de darse
satisfacion a lo que huevamente,
y con toda erudicion se ha dis-
currido en contrario, por ser los Señores, que han de juzgarle,
de la primera magnitud; cuyo magisterio, y ontereza, sabrá su-
plir

A

DTCA

plir la cortedad de los Abogados, insigniando la providencia de los Emperadores en la *l. unic. C. ut que desunt Advocatis partium, supleat Iudex.*

2 Y aun à los mismos Autores de la Alegacion contraria, les fiara esta parte su decision, porque su calidad, y grande doctrina, bastantemente afiançan, que supieran desnudarse del carinõ de Abogados, y vestirse de la rectitud de Iuezes, sin embarçarles el asilo unico de sus exemplares, porque saben muy bien que vna opinion puede ser provable en dos maneras, ò *ab intrinseco*, por la eficacia de la razon en que se funda, ò *ab extrinseco*, por la autoridad del que la tiene, ò enseña, Azor, *tom. 1. moral. lib. 2. cap. 16. vers. Ut in hac re*, D. Iuan Machado, y Chaves, en su perfecto Confessor, antes del 1. tom. en el discurso practico de la probabilidad de opiniones, *art. 2. §. 1. num. 3.* el Reverendissimo Padre Maestro Meia, *tom. 1. tract. de opinione probabili, quest. 1. num. 5.*

3 Que si bien antes fuesse provable, que podia regular el Iuez su dictamen por la opinion provable, dexando la mas provable, aunque la contraria se tuvo siempre por mas provable, segun enseñan el Eminentissimo Señor Cardenal de Lugo, *tom. 2. de iust. et iur. disp. 37. sectio. 10. num. 115.* El Padre Maestro Lumbier, en el tom. de las proposiciones nuevamente condenadas por la Santidad de Innocencio XI. desde el num. 91. esto se limitava quando la opinion es solo provable *ab extrinseco*, y la contraria, *ab intrinseco*, porque entõces no se le permitia al Iuez seguir la *ab extrinseco*, y dexar la provable *ab intrinseco*, Sperel. *decis. 24. num. 27.*

4 Pero oy cessa esta disputa, porque dicha proposicion de que pueda el Iuez seguir la opinion provable, y dexar la mas provable, es vna de las proposiciones condenadas, por perniciosas, y escandalosas, por la Santidad de Innocencio XI. con su Decreto Apostolico de dos de Março de 1679. cuyo tenor refiere el Padre Maestro Lumbier en el principio de dicho tratado.

5 Cumplieron con su obligacion los Abogados contrarios, aplicando todo su cuydado en la defensa de sus Clientulos, porque

que en qualquier Abogado es precisa esta atención, Franciscus Marc. decis. 644. num. 3. tom. 1. Xamm. de offic. Iud. & Ad-vocat. part. 2. quest. 3. num. 17. Caesar. de Afflic. contr. iur. cap. 270. à num. 1. D. Pedro Quel. Pilo contr. 35. à num. 61. Y no les quedava otro medio, que el de procurar enturbiar lo cristalino de nuestra justicia, despreciandola, y deste modo hazer passo à sus exemplares, prohibiendose el titulo de su publico Propugnaculo, y defensores de ellos.

6. Empero la gravedad, è interès grande de este pleyto, el anhelo de su derecho, à que se defienda su partido, la obligacion del que professa lo sagrado de nuestra Jurisprudencia, de diligèciar que no se mançille la pureza, y verdad de sus principios: *Satis enim indecens fuisse legum professori earum veritatem periclitantem deserere, & illi toto conatu auxilio non esse.* Dixo Ciceron lib. 1. de legibus, num. 32. Con la seguridad que ofrece San Agustin en el lib. 3. de Baptismo contra Donatistas, cap. 3. *nulla nos cerè deterrere auctoritas, à qua arendo quid verum.*

7. Obliga tercera vez, à tomar la pluma sobre este mismo punto, con la confiança, de que ha de ser del mayor agrado de el Real Senado esta discuffion, porque no se dize que es amator de sus deciffiones, que esto no fuera loable, sino amator de la verdad, y justicia.

8. En cuya consideracion vemos, que muchas vezes ha recedido de la opinion que antes siguiò, reconociendo con mayores fundamètos la contraria, Font. decis. 492. nu. 16. *ubi testatur de suo tempore, urgentioribus rationibus suadètibus, Senatù pluries sentèciam mutare vidisse,* y en la decis. 567. num. 7. dize lo mismo, Ramon conf. 3. num. 96. el Egregio Senador Xamm. part. 1. quest. 15. num. 75.

9. Haràse breve, y compendiofo resumen del caso, y de el Alegato ilustrado, y nueva evidencia de su justicia, y de la irrelevancia de los fundamètos de la contraria, y de que, aunque tengan alguna alusion à la materia, y parezcan asonantes; pero que de ningun modo son, ni pueden ser consonantes, apurada la verdad en los terminos en que hablan, y que los nuestros son pun-

tua-

tuales, individuos, y sin fallacia, ni collusion alguna, y à devocion de su dueño, y para mayor consuelo suyo, con la cõprehension de lo justificado de su pleyto, se escribe este discurso en idioma mas proporcionado à su inteligencia.

10 Gaspar de Puigmari, Señor que fue de los bienes contenciosos, en las capitulaciones matrimoniales de Estefania su hija con Pedro de Amell, le hizo donacion vniversal en contemplacion de dicho matrimonio de todos sus bienes, avidos, y por aver, reservandose el vsufruto el tiempo de su vida, y 1500 tt para testar, con pacto, y condicion, que si moria la donataria sin hijos, que no llegassen à edad de poder testar, solo pudiesse disponer de mil libras, y que lo restante de los bienes dados bolviessse, ibi: *Sic torne, y pervinga al dit Senyor Gaspar de Puigmari, si lla vors viurà, y si no viurà à son heren, ò successor vniversal, ò aqui a vrà volgut, y ordenat de paraula, ò per escrits, ò en qualse vol altre manera.*

11 Hizo su testamento dicho Gaspar de Puigmari, y en el instituyò heredero vniversal à Miguel de Puigmari, su hermano, grayandole con ciertos vinculos, y fideicomissos; murió el Testador, sobreviviendole la donataria, que murió sin hijos.

12 Por cuya causa se moviò este pleyto entre Doña Beatriz de Puigmari, hija primogenita de Miguel de Puigmari sobredicho, con otros, y continuandose por los successores de los mismos, fue definitivamente declarado à relacion del noble D. Francisco de Ribera, à los 14. de Deziembre 1672. à favor de la noble Doña Geronima de Vilana, Vilamala, y Puigmari, muger que fue de nuestro Don Francisco Vilana, adjudicandole la vniversal herencia, y bienes del dicho Gaspar de Puigmari, con individuacion de los que hoy se disputan, como nieta, y heredera de dicha Doña Beatriz, en fuerça de la disposicion testamentaria de dicho testador.

13 Optuvose el decreto de execucion, con la liquidacion de frutos de dichos bienes, con provision hecha, à relacion de el noble Relador à los 11. de Deziembre 1675. Desta provision se suplicò por vna, y otra parte, à *capitibus preiudicialibus*. De

cuyos meritos, oÿ se trata en el presente juicio de suplicacion; y en èl se opuso por la parte contraria, que los bienes de que se disputa, no fueron de Gaspar de Puigmari, y que assi no pudieron comprehenderlos los vinculos, que dispuso en su testamento, queriendolo fundamentar con la dicha donacion, y el pacto reversional de ella, diziendo, que el heredero que instituyò el testador consiguiò dichos bienes, no por el testamento, sino por la donacion, apoyando todo este discurso, con los dos exemplares del Senado, que alega en su favor. Respondiòse à estas deducciones en el Alegato ilustrado, que en suma se reduce à lo siguiente.

14 Que dicha oposicion se opone directamente à la sentencia hecha en el presente pleyto, donde *expresse*, è individualmente se adjudicaron estos bienes contenciosos à la Noble Doña Geronima de Vilana, y Puigmari, en fuerça del fideicomisso, dispuesto, y ordenado por Gaspar de Puigmari, en su vltimo, y valido testamento, porque *simul stare, & compari non possunt, dicta adjudicatio nominatim facta, & pretensa ex aduerso libertas bonorum*. Y es conclusion cierta entre los DD. y observada en nuestro Real Senado, que en la instancia del decreto de execucion de la sentencia no se admiten excepciones, que directamente la impugnan, sino que se han de remitir à la causa de suplicacion, y solo las modificativas pueden oponerse.

15 Y que dicha excepcion contraria es de las de la primera calidad, porque impugnativas de la sentencia, son aquellas, para cuya decision es menester entrar en meritos de lo juzgado, y con ellas se arguye de injusta la sentencia, sea, ò poco, ò mucho en lo que pretende vulnerarse, porque en aquella parte que se impugna, se culpa de injusta, y se llama modificativa solo, la excepcion, no, porque *in totum*, no impugna la sentencia, porque muchas vezes la comprehende toda, sino porque mira solo à su execucion, dexandola illesa en sus meritos, y justicia.

16 Sin que sea aplicable la limitacion, que pretende introducir la parte cõtraria contra dicha regla, de que no procede quando la justicia de la parte que pone la excepcion, es clara, y no-

toria, *praesertim in Senatu Supremo*, porque esta limitacion pudiera tener lugar, quando la justicia fuesse tan clara, y infalible, que *nulla tergiversatione posset celari, ita ut nec colorate aliquid posset opponi*, de lo que està tan lejos la oposicion contraria, que antes bien la infalibilidad evidente de justicia, està por nuestra parte, y que por lo menos no podia negarse, que seria muy dudosa la contraria, por la diversidad de opiniones entre los DD. y en sentir de los Senados, lo que basta para hazer dudosa qualquiera controversia, sin poder dichos exemplares influir notoriedad, por ser en diferentes casos, y porque *exemplis non est praesise indicandum*, y no ser nuevo en el Real Senado, por su innata recititud, dexar muchas vezes las opiniones que antes avia seguido, reconociendo mayor fundamento en las contrarias.

17. Y en quanto à la segunda opinion, que mira al recto, que el pacto reversional de dichas capitulaciones matrimoniales, fue que en caso de morir sin hijos la donataria, bolviessen los bienes dados al donante, si vivo fuesse, y sino, à su heredero, ò aquella persona, en favor de quien dispusiesse, el qual pacto contiene en si substancialmente la facultad de elegir el donante la persona que quisiesse para dichos bienes, en el caso de morir sin hijos la donataria, porque la facultad de elegir, no es otro que el poder dar à vno, y quitar à otro, entre los elegibles, y que aviendose reservado el donante la facultad de poder nombrar para la succession de dichos bienes la persona que quisiesse, podia instituir heredero à qualquiera del mundo, ni por la institucion de heredero quedava privado de la disposicion de dichos bienes, à favor de otro, ò por via de legado, ò de fideicomiso, ò de qualquiera otra manera; todo lo que precisamente contiene en si, libre, y ampla facultad de elegir.

18. Favoreciendo este discurso con diferentes decisiones del Senado, particularmente la de 14. de Julio de 1637. à relacion del Magnifico Geronimo Carau, Escribano Antonio Famada, que refiere Font. *decis. 150. num. 11.* con aquellas palabras, *ibi: Ex illis verbis, als fills, y hereus de aquella, non inducit praelectio absoluta heredum, sed tantum censetur concessa electio Franciscæ inter filias. &c.*

19. Ladé 17. de Deziembre 1673. à relation del quondam Don Ioseph Ferrer, y Vinyals, Not. Bas, ibi: *Quorum verborum vigore ex tacita mente testatoris, clarè colligitur, dictū fideicommissum non esse simplex fideicommissum, sed electivum, censerique datam electionem Maria Vergos, quod ex filiabus suis in conditione positis unam si voluisset, ommissa altera, vel ambas si maluisset heredes instituendo, totam uni dando, & alteri adimendo.*

20. Ultimamente conduce lo que declaró el Real Senado, en el pleyto de Benito Candell, y Iorge Domenech, en la misma Aula, á los 11. de Julio 1682. à relation del Magnifico Doctor Iuan Colomer, Not. Fabrega, porque el pacto de las Capitulaciones matrimoniales, sobre que recayò dicha Real sentencia, solo fue, de que heredando Ioseph de Candell su padre, à los hijos procreadores de aquel matrimonio, dixo: *Pro ut graduati extarent per dictum de Candell cum suo testamento, quoad liberam suam dispositionem.* Y dichas palabras no son mas comprehensivas, que las nuestras, ni tanto, porque en el caso de morir sin hijos nuestra donataria, absolutamente se reservò el Donante, la facultad de disponer de los bienes dados à favor de qualquiera del mundo, y de graduar aquel que le pareciere. En dicha Real sentencia se diò por constante, que en dicho pacto estava comprehendida, y embeyida la facultad de elegir: luego mucho mejor en el nuestro.

21. Y examinada bien la materia, lo que contienen dichos pactos reversionales, es, que verificada la condicion de morir sin hijos la donataria, buélván los bienes al heredero del donante, siendo esta la pura, y mera verdad juridica.

22. Que es cierta, è infalible conclusion entre los DD. nemine discrepante, que aquel que tiene facultad de elegir persona para la eleccion de algunos bienes, puede imponer vinculos, substituciones, y otros cargos entre los eligibles, no solo quando la eleccion ha de ser de *incerta persona ex incertis*, sino aun también de *incerta ex certis*, de modo que assi en vn caso, como en el otro, el elegido ha de estar à los vinculos, y cargos impuestos respectivamente, *inter eligibiles*, aviendolo assi declarado el Senado,

Habens eligendi facultatem potest imponere vincula et conditiones cui liber electo.

do, à relacion del Noble Don Iuan de Magarola, à los 23. de Julio 1553. y à relacion del Magnifico Doctor Miralles, cuyas decisiones refiere Font. *decif. 467. num. 16.* y nuevamente à relacion del Noble D. Ioseph de Ferrer, en la sentencia y à referida, y modernissimamente en la de Candell, ibi: *Cum sit certum, quod si potuit directo dicto Francisco hereditatem adimere, directo instituendo dictam Catharinam, potuisse per fideicommissum ei substituere.*

ob 23 Podia dicho Gaspar de Puigmari elegir à quien quisiera para dichos bienes, quitandoles à su heredero, y dandoles à qualquier otro, disponiendo de ellos: no dispuso, sino que se contentò de la general institucion de heredero, y por consiguientemente para dichos bienes le eligiò, pues pudiendoselos quitar, no los quitò: Si, y conforme quãdo vno no haze testamento, es visto dexar los bienes al legitimo successor; pues pudiendo instituir heredero à otro, no lo hizo, en cuya consideracion, el q̄ tienefacultad de elegir, no haziendo testamẽto, es visto aver elegido los successores ab intestato, de lo q̄ necessariamente se sigue, q̄ el heredero de Gaspar de Puigmari quedò sugeto à toda la disposiciõ testamentaria, y à sus vinculos; pues podia dexar de hazerle heredero, y elegir otro qualquiera, para la successiõ de dichos bienes.

mi 24 Sin que pueda obstar lo q̄ en contrario se dize, que para q̄ el heredero de dicho Gaspar de Puigmari quedasse comprehendido en los dichos vinculos, era menester que *nominatim* expressasse, les imponia sobre los bienes dados, por quanto no era señor de ellos en el tiempo que viviò, sobreviviendole la donataria, para cuya satisfacion se distinguen diferentes casos, que puede tener la materia.

ob 25 El primero es, quando se haze donacion vniversal inter vivos para despues de los dias del donante, sin pacto reversional, en este caso es cierto, que si instituye heredero al mismo donatario, aunque con qualesquiera substituciones, y cargos, y el donatario acepte la herencia simpliciter, de ningun modo queda sugeto à dichos vinculos, sino es que se impongan, *nominatim*, sobre los bienes dados, y en este caso distinguen los DD. si hizo, ò no hizo inventario, si le hizo, *non tenetur ultra vires*

hare

nica al donatario heredero instituydo, y gravado, fundandoles en que era señor de los bienes dados por razón de la donacion, mientras él vivia, y no podia darle aumento de dominio la institucion de heredero.

29 En este tercero caso, es cierto, è indubitado, que en virtud de la institucion de heredero, aunque general sucede en dichos bienes, purificado el pacto reversional: *Quia ius illud disponendi de bonis donatis, verificato casu pacti reversionalis, est hereditarium, et in bonis hereditatis.* Provandolo con Rovito, Altimaro, Capycio Eatro, Carolus Anton de Luca, ad Franchis, Menoch. Pufar. Tondar, y Hodierna; y lo que mas es, con la provision que hizo el Ereditissimo Senador D. Joseph Aleny, facto verbo in Regia Audientia, à los 17. de Abril 1668. en el pleyto pendiente entre los Tutores de Don Manuel de Semmanar, contra Don Raymundo de Oms, Notario Forès, y es de advertir, que en el caso de dicha provision, el donatario sobrevivio al donante.

30 Dizele pues en dicha provision, ibi: *Verum spes succedendi in omnibus bonis donatis per nobilem Antonium de Oms maiorem nobile Antonio de Oms minori filio suo ex primo matrimonio, in capitulis matrimonialibus in vim pacti reversionalis si donatarius sine liberis decesserit, in dicta donatione conveni, quã quidem spem dictus nobilis Antonius de Oms maior reliquit nobili Aldoncia de Oms secunda uxori suae, inclusam in institutione heredis, facta in favorem dictae Aldonciae.*

31 Confirmasse este discurso con la instancia siguiente, que es inevitable; supongamos que el donante con pacto reversional premuere al donatario y instituye heredero universal à un tercero, y mientras este delibera si adira, ò no la herencia, muere el donatario, verificada la condicion del pacto reversional, en este caso, el dominio de los bienes dados, no puede estar penès heredem donatarij, porque por aver muerto sin hijos, *omnino extinctum fuit illius ius: in pendenti, non potest esse dominium*, luego en necessaria consequencia ha de estar el dominio *in hereditate iacente ipsius donatoris, quæ eius personam representat.* De otro

Ini disponendi de bonis donatis, verificato pacto reversionali, est hereditarium et in bonis hereditatis.

modo se seguiria el absurdo de ser los dichos bienes vacantes , y averse de aplicar al Fisco.

32 Así que *ius disponendi de dictis bonis in vim pacti reversionalis est hereditarium*, y con esta consideracion, aunque el donante en su testamento no expresse diziendo, que dispone de dichos bienes, es visto disponer de ellos à favor del heredero instituido, y por configuete se ha de dezir, q̄ el heredero *tenetur servare vincula, & substitutiones*, que ordenò el donante, porque *eo ipso*, que instituye heredero, es visto darle dichos bienes, y en la misma institucion son las substitutiones, y gravámenes. Con dichas substitutiones, y gravámenes, es visto elegirle, y nombrarle en dichos bienes.

33 Que siempre, y quando el heredero es visto ser elegido para los bienes dados, tenga obligacion de observar los vinculos, y gravámenes impuestos por el Testador en la institucion de heredero, lo declarò el Real Senado en las Reales sentencias y à referidas en 23. de Julio 1553. à relacion del Magnifico Doctor Miralles, y en la del Noble D. Joseph Ferrer, à favor de Doña Ana de Iunyent, y Vergòs contra Doña Maria Samsò, y Descallar, motivandose expressamente, ibi: *Quia tota dispositio habetur pro electione instituendo enim, & substituendo*. Es manifiesta la razon de lo dicho; porque la institucion de heredero no se forma solo de las palabras, *instituo à tal heredero mio*, sino de toda la clausula hereditaria, de modo, que son inseparables las substitutiones, y gravámenes de la misma institucion, porque con dichas condiciones, y no sin ellas es instituido heredero, sin ser posible considerarle tal sin ellas, como acto individuo del juicio, y voluntad del Testador.

34 Prueba admirablemente este discurso dicha Real sentencia de Vergòs, cuyas palabras se refieren en el Alegato ilustrado en el num. 41. porque dicho caso era en terminos nuestros, que el llamado era el heredero de Maria Vergòs, y con este motivo pretendia Doña Maria Samsò, heredera de la dicha, venir *ab alto*, llamada en el testamento de Gráida Bellafilla su aguela, sin aver de estar à los vinculos de Maria de Vergòs su madre, y tu-

vo repulsa, con el motivo, de que si era heredera de Maria Vergòs, se avia de entender con todos los vinculos, y condiciones; con que fue instituida heredera.

35 Que nuestro caso tiene especialissima razon, y con ella se haze evidencia de nuestra justicia, con el sylogismo que se seguirá, suponiendose dos cosas por constantes, y ciertas; vna en hecho, y otra en derecho. En hecho, que dicho Gaspar de Puigmari, donante, y testador, en la clausula hereditaria protestò, y declarò su animo, que era de disponer de todos sus derechos, y acciones presentes, y venideros de que podia disponer, ibi: *Drets meus, y accions mias qualse vols que sien, y ahont se vulla que sien, y à mi pertanguen ara, ò en lo esdevenidor, dels quals yo puch testar, deix, &c.* En derecho, que en virtud de dicho pacto reversional, podia dicho Gaspar de Puigmari en el caso de verificarse el pacto, quitarlo à su heredero, y darlo à otro, antes de su testamento, y en el mismo testamento, ò despues, haziendo las substituciones, ò gravamenes que quisiere, porque se reservò la facultad de disponer à favor de quien bien visto le fuera.

36 Con estas dos supposiciones resulta claro el sylogismo, es à saber, Gaspar de Puigmari haze la instituciò de heredero, declarando que la hazia de todos los derechos, y acciones presentes, y venideros, de los quales podia disponer, *arqui* de dichos bienes dados podia, y tenia derecho de disponer en caso de verificarse el pacto reversional, dandolo, y quitandolo à quien quisiere, luego de dichos bienes dados entendiò disponer, y dispuso para dicho caso, en toda la clausula hereditaria, y comprehenderlos en todos los vinculos, y gravamenes que en ella ordenò; pues los sugetò à la disposicion que hizo.

37 Ajustando à lo dicho, que Miguel de Puigmari heredero instituydo, no pudo jamàs pretender la successiion en dichos bienes dados, sino como à heredero de Gaspar de Puigmari, y con la calidad hereditaria, y siempre que vno, como heredero, v. g. de Pedro, quiere suceder en algunos por disposicion de algun contrato, ò acto antecedente, ha de estar à los

vinculos, gravámenes, y cargos hechos por dicho Pedro en su testamento, *etiam quoad bona non Petri, sed alterius, in qua succedere intendit, ut haeres Petri*, porque la calidad hereditaria es indivisible, y esta conclusion es cierta, y admitida por los DD. de primera classe, sin tener contradiccion.

38 Lo que es en tanto verdad, que si el Principe haze gracia à vno, de algun oficio, con la facultad de poder nombrar para èl, despues de sus dias, alguno de sus hijos, el que serà heredero suyo, este hijo heredero, aunque à Principe, *ab alto* tenga el oficio, pero como ha de venir con la calidad de heredero, ha de estar à todos los vinculos que se hallàren contenidos en la institucion de heredero, *etiam quoad dictum officium*, y de los emolumentos de aquel, *teneretur solvere as alienum patris*, por razon de la calidad hereditaria precisa, y necesaria para poder suceder en dicho oficio.

39 Quando vno estipula el usufruto de vna cosa para si, y para su heredero, quando viene el caso de suceder el heredero en dicho usufruto, aquel se juzga hereditario del estipulante, y con esta consideracion, *teneretur ad illius onera hereditaria*, y esta proposicion es tambien corriente entre los DD. y probada en dicho Alegato: luego pretender dicho Miguel de Puigmari, ser llamado en dichos bienes por ser heredero de Gaspar de Puigmari, y quererse escapar de las substituciones con que fue gravado, es contra toda la razon juridica, y el comùn sentir de los Doctores sin contradiccion.

40 Que à vista de lo sobredicho, no pueden obstar los dos exemplares del Real Senado, de que pretende favorecerse la parte contraria, porque en aquellos no se discutì la materia; *Et quod non est plene discussum, non potest dici iudicatum*, à mas de que en nuestro caso concurren diferentes circunstancias, como se han explicado, que no intervinieron en dichos exemplares, y que todo el fundamento contrario consiste en que dicho Miguel de Puigmari sucediò en dichos bienes *non ex iudicio testatoris, sed ex pacto contento in dictis capitulis matrimonialibus*, y desto no se sigue, que pueda escusarse de los vinculos que

252
am puso Gaspar de Puigmari en su testamento, como lo dà por constante Fontanella, acerrimo, y vnico defensor de la opiniõ contraria, de que *succeditur in vim pacti*: antes bien dize, y afirma, que el poder imponer vinculos, y gravamenes el donante, es en fuerza de dicho pacto, y reserva.

42. Vltimamente, que quando todo lo dicho no hiziesse evidente la justicia de esta Noble parte, como se cree, empero por lo menos avia de ser muy dudosa la materia contra la noble parte contraria; con que negarse la execucion de la Real senten- cia que insta esta noble parte, seria contra lo que enseñan los DD. y estyla el Senado, y que esto es pretender multiplicar es- pecialidades en el *ius*, y en el *recto*.

43. Esto es en suma lo contenido en dicho Alegato illus- trado, y para evitar toda prolixidad, dexan de repetirse sus doctrinas, haziendose relacion à el; y porque de muchas dellas serà preciso valerse en este discurso.

44. Contra dicho Alegato, se ha escrito la nueva, y docta Alegacion juridica, y con su evasion se harà nueva evidencia de la justicia que assiste à nuestro noble Clientulo, deduciendola assi del realce que se darà à lo que yà se avia ponderado à su fa- vor, como de la misma Alegacion contraria, discurrendo con individuacion por cada vno de sus numeros.

45. Dizese en el num. 1. de dicha Alegacion, que queda fundamentada su pretension con las doctrinas de Font. *de pact. cl. 4. glos. 5. num. 56. & cl. 7. glos. 3. part. 3. ex num. 48. & decis. 468. num. 1. & 469. num. 11. 12.* Y de las Reales sentencias, la primera que refiere Font. *en d. glos. 5.* desde el num. 57. la segun- da del Suptemo de Aragon, que copia Font. en dicha *part. 3. num. 63.* la tercera, y quarta son los dos exemplares de que se ha hecho mencion, y se harà en adelante en este discurso.

46. Empero es de advertir, que Font. en los lugares citados no disputa nuestro caso, y era el de que el donante en el pacto re- versional, solo avia hecho mencion de su persona, y de aquel en cuyo favor dispusiera entre vivos, ò en el vltima voluntad, y assi mismo las dichas dos Reales sentencias primeras, lo que ro-

to *caelo*, dista de nuestro caso, en que se halla concebido el pacto reversional, en caso de morir sin hijos la donataria para si, si viviera, o para su heredero, o para aquel en favor de quien dispusiere, que si Fontanella se huviera hallado en el caso de heredero, y fuera este el de dichas dos primeras sentencias, ni Fontanella huviera hablado como hablo, ni en ellas se huviera decidido lo que se decidiò, por lo que con toda extension se discurre à en los numeros siguientes; ni son quatro los exemplares que tiene en su favor, sino dos, porque los primeros no percutieron nuestra question de si el nombrado por el donante, en virtud del pacto ha de estar, o no à los vinculos del testamento; y tambien es cierto, que disputada la materia decidieran en nuestro favor, de modo, que dos son, y no quatro los exemplares que puede allegar à su favor la parte contraria.

En el num. 2. 3. y 4. en justificacion de dichos dos exemplares, y de su pretension supone, que hecha la donacion, y siendo esta perfecta, no admite pacto, gravamen, o condicion, que despues quisiese hazerse; que el donante haziendo la donacion con la retencion de usufructo, y clausula de *constituto*, se desnuda del dominio de las cosas dadas, y se trãsiere al donatario, *ex tunc*, de manera, que no puede disponer dellas, ni vienen en la restitution del fideicomisso. Y en el num. 5. forma su argumento, diciendo: Que siendo nuestra donacion en dicha forma de heredero, despues instituydo en primer grado, sea, o el donatario, o otro qualquiera, adquire dichos bienes no en fuerza de la testamentaria disposicion, sino del pacto reversional contenido en la donacion, segun la doctrina de Fontanella (como ya se ha dicho, y se verà Fontanella no habla en estos terminos.)

Quiere se en el numero 6. y 7. engrasar la fuerza, y eficacia deste argumento de aquella (à su modo) invencible razon, q si dieramos que en la donacion se huviera expressado persona alguna en quien huvieran de venir los bienes, en caso del pacto reversional, pueniendo el donante, era certissimo que à dicha persona *ex tunc* se huviera adquirido derecho irrevocable por la estipulacion del Notario en la donacion, y juramento del

del donante, sucediendo el caso del pacto reversional, de ma-
nera que el expresado se entenderia *ex tunc*, donatario de dichos
bienes, porque dize que es trivial, que por el juramento se ad-
quiere derecho al ausente, *presertim in donatione, cum in ea specia-*
le sit quod absenti actio queratur, per text. in l. quoties, C. de donat.
qua sub modo.
48 En el num. 8. forma la parte contraria la menor de su
pretensio tylogismo, diziendo, el nombramiento de heredero
que hizo en su testamento Gaspar de Puigmari donante, *ex quo*
habuit effectum propter pramorientiam illius, retrahit debet ad tem-
pus donationis, & reputari debet à principio, idest à contractu donatio-
nis, ius ipsi quæsitum, ac si in eo fuisset nominatus, ita ut non possit dici
non tum ius, & diversum quod stipulatum fuit à principio, para esto
alega muchas doctrinas en el num. 9. y 10. la de Fontanella en
la decis. 469. num. 11. y 12. y à Ramon. *conf. 85. num. 4.* y en el
num. 11. y 12. alega otras doctrinas de Font. y decisiones del Real
Senado, en prueba de que el donante ex intervalo puede decla-
rar, empero no añadir à la donacion.
49 En el num. 13. saca su conclusion diziendo, que la per-
sona del heredero instituydo por el donante, se ha de reputar
como donatario, en fuerza del pacto reversional, y adquirir los
bienes dados por la donacion, y no por el testamento, *ac si in ip-*
sa donatione, ex tunc fuisset expresse nominatus per donatorem, ac si tunc
non tui veret, y que assi no pudieron entrar dichos bienes dados
en el vinculo que instituyò el Testador, *tam ex defectu voluntatis,*
quam potestatis.
50 Este argumento es el vnico fundamento de toda la pre-
tension contraria, y antes de entrar en su evasion, serà bien pas-
sar por las doctrinas que dà por constantes en los numeros ante-
cedetes, que yà hemos referido. Es verdad, que la hemos confes-
sado, y confessamos, que si la donacion es pura, y perfecta, y sin
otra añadidura, no puede despues de hecha el donante añadirle
gravamen, ò otra disposicion alguna, y que hecha con la refer-
vacion de usufructo, y clausula de constituto, passa el domi-
nio de las cosas dadas al donatario, sin que queden comprehen-
didas

didas en el fideicomiso que haze el donante en su testa-
 mento, empero negamos que en nuestro caso el heredero sea
 donatario, y que el donante pierda la *testamenti* faccion, *super bo-*
nis donatis, (como se dize en la Alegacion contraria al fin del
 num. 3.) porque la *testamenti* faccion se entiende en dos mane-
 ras, *actiua*, y *passiua*, *actiua* es la que consiste *in facultate*,
 & *iure faciendi testamentum*, la *passiua*, en la facultad de poder
 adquirir *ex testamento*, *ex l. factio 3. ff. de testam. & qui test. facere*
possunt, & *ibi repetentes*, §. *testes autem instit. de testam. §. testamen-*
ti autem factio de heredum qualitate, & *diferent.* & *ibi Institucista*,
 Conan. lib. 9. com. cap. 3. nu. 1. & *seqq.* Brisson. lib. 6. de *verb. signi-*
fol 218. verbo factio testamenti.

De modo, que la *testamenti* faccion *actiua*, es de por si
 abstrahida de la calidad de los bienes, sobre que se dispone, y
 aun de los bienes agenos, y del donatario puede disponer el
 donante en su testamento si le instituye heredero (con la indi-
 viduacion de casos de aver hecho, ò no inventario en el nu. 26.
 de nuestro Alegato ilustrado) y indistinctamente lo confiesa
 la Alegacion contraria, y es principio cierto, y sabido, *quod res*
aliena potest legari, segun el §. *non solum 4. instit. de legat.* Luego
 el donante no pierde la *testamenti* faccion en los bienes dados,
 aunque en perjuizio del donatario no puede disponer de ellos,
 porque esto no es de la *testamenti* faccion.

Confessamos tambien, que por el juramento se acq-
 uiere accion al donatario ausente, pero negamos la especialidad
 del numero 7. y que sea especial en la donacion el acq-
 uirirse accion al donatario ausente, porque si en la donacion no
 ay Notario que accepte, Nuncio, ò carta escrita al donatario ac-
 ceptando la donacion, no se le adquiere accion alguna, Canc.
par. 1. cap. 8. num. 36. con los siguientes, y latamente Hermosi-
 lla ad Gregor. Lopez *glos. 1. l. 4. tit. 4. par. 5. num. 7.* con muchos
 siguientes. La especialidad que algunos quisieron notar, es solo
 en orden al segundo, ò tercer donatario, ò otra persona à cuyo
 favor se dispuso algo en la misma donacion, segun el tex. en la
l. quoties 3. C. de dona. qua sub modo, y en estos terminos hablan los

DD. que cita la Alegacion contraria en el nu. 7. y explica Her-
mosilla en dicho lugar num. 231. Las doctrinas de la Alegacion contraria en el nu. 8. son
generales, quando vno nombra para algunos bienes en fuerza de
la facultad que le dió su primitivo dueño, y este no es nuestro
caso, ni el que trata Ramon en dicho conf. 85. num. 4. y Fontanel.
en la decis. 469. de que se haze mencion en los num. 9. 10. 11. y
12. de dicha Alegacion, ni procede lo q se dize, que el nōbra-
miento de heredero desde q tuvo efeto, se ha de reputar, como
si en la misma donacion se huviera hecho, con que totalmen-
te se desvanee la consequencia que infiere de su sylogismo pa-
ra su fomento en el num. 13.

Y entrādo en lo fuerte de la dificultad, y evidencia
tantas vezes assegurada, serā preciso bolver à repetir las palabras
formales del pacto reversional, que son las siguientes. *Si empe-
rò la dita Estephania filla sua morirà, lo que Deus no vulla, sens los
dits infants no pervenint à edat de poder testar en los dits casos, y
quiscun de ells no puga testar, ni à ses voluntars fer, sino tant sola-
ment de mil lliures de dita moneda Barcelonesis; y lo restant de dita
donaciò, y heretament sic, torne, y pervinga als dits Gaspar de Puig-
maris, si llavors viurà, y si no viurà, à son hereu, ò successor unuer-
sal, ò à qui haurà volgut, y ordenat de paraula, ò per escrit, ò en qual-
seuol altre manera, &c.*

Dicho pacto, y sus palabras segun el curso natural, buē
discurso, y razon juridica, no contienen en si mas que vna ex-
plicacion, y expressiō de que el donante en caso de morir la
donataria sin hijos, quedasse dueño de los bienes, y de la libre
disposicion de ellos, siendo sinonimas las clausulas, *para si*, (aū-
que con la añadidura si entonces viviere) *para su heredero*, ò *para
quien dispusiere*, es à saber, *para si* se reservò la actualidad de re-
cibir dichos bienes, si era vivo al tiempo de verificarse la con-
dicion, si era muerto passasse dicho drecho en lo univēsal de
su sucession si acaso sobre ellos espcialmente no huviere dis-
puesto, porque muerto el donante no podian llevarse los à la
otra vida, de manera que en substancia quiso, dezir el donante,

que

q̄ en caso de morir sin hijos la donataria, bolvissen los bienes à aquel à quien quisiere darles; ni puede aver entendimiento humano, que pueda comprehendet esta materia de otro modo, ni Jurisconsulto que discrepa del, porque lo summo de dicha reserva recayò sobre el libre alvedrio del donante sin poderse advertir persona cierta, ni incierta de ciertas, cuya afecciõ pudiese moverle à hazer particular disposicion en favor de aquella, y este discurso, y razon tan natural, avia de bastar para la decision del caso, aunque falte ley, *l. scire oportet, §. sufficit de excusat. tutor. Riminald. iun. cons. 778. à nu. 1. & cons. 479. n. 25. Larrea decis. 47. num. 6. Redenssch. cons. 88. num. 7.* pero no falta ley.

56 *ólq* Veamos que nos enseña el drecho en caso que vno forme el pacto reversional à favor del que quisiere? Que? Digalo el Emperador en la *l. secundum responsum 4. Cod. de contrahen. & commi. stipulati.* donde fue el caso, que vna avia estipulado la mitad de su dote quando muriesse, para quien quisiere dexarla, dudòse que sentido podia tener esta estipulacion, y respondiò el Emperador, segun la sentencia de Vlpiano, que devia entenderse como si se huviera dicho, *reddi sibi.* son las palabras del Emperador, como se siguen, *ibi: Secundum responsum Domitij Vlpiani perfecti annone Jurisconsulti amici mei, ea qua stipulata est cum moreretur; partem dimidiam dotis cui vellent relinquere reddi sibi cum moreretur eam partem dotis stipulata videtur.*

57 Luego son sinonimos los terminos de estipular para si, ò para quien quisiere darlo, y solo el donante en nuestro caso quiso reservarse dueño absoluto del drecho de disponer de dichos bienes en el caso de verificarse el pacto reversional, prueba admirablemente este discurso Canc. *variar. 1. cap. 8. num. 195. vers. Et in, &c. ibi: Et in nostro casu sumus in claris, quod donator per dictã reservationem tantum sibi soli prospicere voluit cum in vita ad se bona reuertit voluit, & cum ipse de dictis bonis gaudere non poterit, quia mortuus erit ius illud reservatum deuenire voluerit in eum in quem ipse disposuerit instar illius qui post mortem suam stipulatus sit reddi eum ipse voluerit, & eo etiam casu sibi stipulari visus sit, & est textus expressus in l. secundum res-*
pon-

ponsum, 4. Cod. de contrah. & committ. stipul. quem ad hoc ibi ponderant Bald. Angel. & Alex. d. cons. 232. lib. 3. num. 6. Quando Gaspar de Puigmari hizo dicha donacion que fue à los 9. de Março 1591. y se previno con el pacto reversional, le era incognito el heredero que avia de instituyr, y la persona en quien dispondria, siendo el testamêto hecho à los 9. de Deziembre 1600. y assi no podia considerarse afeccion alguna, en orden à ellos, quia affectio erga incognitos non prasumitur, l. qui filiabus. ff. de legat. 1. & ibi Bartol. Socin. in l. civibus. num. 12. in 4. conclus. ff. de reb. dub. Mantio. de coniect. ult. vol. lib. 8. cap. 6. num. 23. Rota decis. 309. num. 15. & 16. par. 6. recent.

Afectio erga incognitos non prasumitur

Y solo en dicho pacto reversional contemplò su persona, y es cierto, que la persona contemplada es quien deve atenderse, l. fideicommissa, §. interdum. ff. de legat. 3. Surd. decis. 182. num. 16. Larrea decis. 33. ex num. 39. Gonzalez ad regul. 8. Cancel. glos. 6. §. 2. num. 38. Rota decis. 38. par. 8. recent. Hodiern. ad l. hac edictal. quast. 1. num. 70. & quast. 49. Fontanel. decis. 368. num. 21. luego dichas clausulas, para si, para su heredero, y para quien quisiere, vienen à convertirse con su misma persona absolutamente sin restriccion de si viviera, ò no viviera con la libre potestad de disponer de dichos bienes, como si para si solo se lo huviera reservado.

Persona, cuius contemplatione actus geritur semper debet accendi

60 Apuremos mas la ponçoña al vaso, nuestro caso no es el de Fontanella, ni el de las primeras decisiones, porque en ellas no estava concebido el pacto en favor del heredero, y esto ya tiene diferente inspeccion, y como se ha dicho, Fontanella no huviera hablado del modo que hablò, y haráse evidente con los discursos siguientes, que justificaràn mas el antecedente.

61 Sea el primero, si vno estipula, ò se le haze donaciõ para si, y para sus herederos, de ningun modo se entienden estos suceder en los bienes dados por la donacion, ni pretender fideicomiso en ellos, sino que los tendrà como herederos, si el Testador no dispusiere de otro modo, Socin. iun. cons. 56. lib. 2. Mari. Anguis cons. 108. num. 5. Torniol cons. 26. num. 85. & 87. Corne. cons. 258. num. 14. lib. 4. Canc. var. lib. 1. cap. 1. num. 196. cum seq.

Donatio facta Petro et heredibus suis non induit aliqd fideicommissum, in pmo. ad heredem Petri

Asi

(Añsi lo declarò el Real Senado á relacion del Magnifico Doctor Rafael Nabona, en favor del Doctor Olaguer Vila à 19. de Diciembre 1682. Escrivano Texidor, diciendo que en el caso que se disputava la palabra, *fuis*, no dezia mas que *heredibus*, en aquella donacion, y con este motivo se dieron por libres los bienes sin vocaci6n de los herederos, y con exclusion de fideicomisso) Font. *de pact. claus. 4. gloss. 9. part. 3. num. 48.* Mantica *de taci. & ambig. convent. lib. 13. tit. 21. num. 21.* Hermos. ad Gregor. Lopez *gloss. 5. lib. 6. tit. 4. part. 5. num. 51. fol. 339. in no vis.* y es de advertir lo que dize Socino en el lugar citado, y refiere Mantica, *hanc sententiam carere probabili dubitatione*, luego la expressi6n de herederos en las donaciones no les dà llamamiento, *ex propria persona, sed donatarij*, y solo es para explicar la libertad que se le dà al donatario para disponer de los bienes dados, contemplando solo su persona en los herederos, y por consiguiente hemos de dezir lo mismo en nuestro caso, y que no se le quiso dar vocaci6n al heredero, *ex propria persona, sed donantis*

62 Secundo, porque como se ha dicho, y es cierto por nuestro pacto reversional, lo primero que se ha de atender es la disposici6n particular que hiziera el donante, sin atender à si vno es, ò no instituido heredero, y así la expressi6n del heredero en dicho pacto no contiene mas de lo que *tacite inerat*: porque no disponiendo expressamente el donante, *ex ipsa iuris dispositione*, se incluia el heredero en dichos bienes, y siempre que se expreme aquello, que *iam tacite inest, eo modo quo inest, nil operatur*, Canc. *var. part. 1. cap. 1. num. 225. & 246.* Sperel. *decis. 169. à num. 50.* Altograd. *cons. 9. num. 18. & cons. 54. num. 121. tom. 1.* Font. *decis. 585. num. 14.* Luego el heredero no tuvo vocaci6n particular en este pacto, sino aquella, que por drecho de sucesor vniversal le podia competar.

63 Tercio, porque se ha de regular siempre el acto por la mente, y voluntad del Agente, *l. non omnis, ff. Si certum petatur, l. in agris, ff. de acquirend. rer. dominio*, Valenz. *cons. 112. nu. 74.* Argell. *de legit. contrad. q. 10. num. 36.* Ramon *cons. 36. num. 10.* Font. *decis. 505. num. 60.* la mente del donante en dicho pacto nunca pudo ser de llamar al heredero, premaximè siendole in-

Ad regulam per voluntatem Agentis

122
cognito, & non de certo genere personarum.
64 Pruevale con la consideracion de tres casos, que al proposito pueden advertirse. El primero es, quando el donante dispone de los bienes en favor de otro, que el heredero, para el caso de verificarse el pacto. El segundo, es quando dispone expressamente, & *nominatim* de dichos bienes à favor del heredero. El tercero es, quando no dispone *nominatim*, ni en favor de otro, ni del heredero, sino que haze su institucion general de heredero. En el primer caso yà se ve que en el pacto no quiere darle cosa alguna, ni en el segundo disponiendo especialmente de dichos bienes en favor del heredero; porque por la especial disposicion quedava comprehendido el caso en la clàusula vltima de dicho pacto, ò *à quien quisere*, si es el tercer caso, *iam ex iuris dispositione uti heres, & successor vniversalis*, sucedia en dichos bienes, y assi no tenia que llamarle, particularmente en la donacion, supuesto que yà se lo tenia *ex sua natura* el heredero el suceder en dichos bienes, no aviendo dispuesto el Testador en favor de otro; sino que hizo mencion de dicho heredero, en la forma que *iam inerat à iure*, como à successor vniversal, luego por ningun camino puede reconocerse razon alguna en el donante para dezir que quiso hazer donacion al heredero en la forma que se mencionò.

65 Quarto, porque aunque es verdad, que haziendose la donacion à vno, & *suis*, se entienden llamados los descendientes ex propria persona, particularmente en capitulaciones matrimoniales, segun la opinion recibida en Cataluña, Peguer. *decis.* 19. *part.* 2. *Canc. part.* 1. *cap.* 1. *num.* 158. & *cap.* 8. *num.* 106. *Font. de pact. cl.* 4. *gloss.* 9. *part.* 3. *num.* 30. *cum seqq.* donde refiere muchas decisiones de nuestro Senado, y *decis.* 55. *n.* 11.

66 Pero si la donacion es hecha à Pedro, & *suis*, & *quibus voluerit*, en este caso no se entienden llamados los descendientes, ni los herederos, ex propria persona, ni otros qualesquiera, sino que la diction, *suis*, es lo mismo q̄ *heredibus*, y las siguiètes, *quibus voluerit*, son explicativas de la libertad de poder disponer *ad libitum* la persona à quien se hizo la donacion, *Canc. part.* 1.

Donatio facta Petro et suis inducit fidem in favore suorum

Donatio facta Petro et suis quibus voluerit no inducit fidem in favore suorum

cap. 8. num. 104. & 109. Font. cl. 4. gloss. 9. part. 3. à num. 45. & decis. 55. per tot. Molin. de Ricu nup. lib. 3. q. 14. num. 11. Monte. decis. 19. num. 6. Cardin. de Luc. de feudis, lib. controuer. Boscoli fol. 335. & de seruit. lib. 4. tract. de emphyt. disc. 29. à num. 3. Camil. de Medicis conf. 47. num. 8. y assi lo decidiò el Senado repetidas vezes à 26. de Abril 1616. à relacion del Noble Don Iuan de Magarola, Escriuano Pastor, entre los hijos de Antonio Broquetes, y à los 25. de Junio 1638. entre Iacinto Parèz de vna, y Ioseph Bru de otra parte, à relacion del Noble Don Felipe de Viñes, Escriuano Ferrer, ibi: *Quia donatio fuit facta Petro, & suis infantibus, & cui uellet, quæ ultima uerba operantur bona donata libera eidem Petro remansisse*, y modernamente en el año 1680. à relacion del Noble Don Miguel de Cortiada, oy meritiſſimo Regente en el pleyto entre Isidio Arquer de vna, y Iuan, y Esteue Alemany de parte otra, confirmada por el Magnifico Dotor Ioseph Aleny, en grado de suplicacion, y novissimamente à relacion del Magnifico Rafael Nabona, à favor del Dotor Domingo Vila, contra los conyuges Camps, y Vila, à los 22. de Octubre 1682. Escriuano Emanuel Texidor.

67. Pues si el que dà à vn tercero, y à los suyos, y à quien quisiere, se cree, quiso dar al donatario plena libertad para la disposicion de sus bienes, con mayor razon hemos de dezir en nuestro caso, q̄ reservandose el donante en caso de cumplirse la condicion del pacto reuersional *para si*, si entonces viviere, ò para sus herederos, ò para quien quisiere los bienes dados, no pretendiò otra cosa que explicar la libertad de poder disponer de ellos à todo su libre alvedrio, sin atencion alguna à heredero, ò à otra persona sin embaraço de la expressiõ, *si tunc uixerit*, es à saber, que el donante si viviere tenga la actualidad, y goze de dichos bienes, y sino el que el quisiere, y en cuyo favor dispusiere libremente, como lo observò grandemente Canc. *var. resolut. 1. cap. 8. à num. 194. vers. Si igitur*, ibi: *Si igitur predicta uera sunt in donatore, qui donauit donatario, & cui uellet, & uisus sit uoluisse donatorem transferre ius proprietatis in donatarium, & non constituere eum nudum Ministrum multo magis procedent*

in donatore, qui dictam facultatem non concessit alijs, sed sibi ipse
seruavit cum in dubio non visus sit ius suum velle arctare, & se no-
dum ministrum voluisse constituere persona incerta, ut in simili ra-
ciocinatus est, Ancar. cons. 22. num. 3. istudque discrimen satis aperte
sentit Surd. decis. 272. num. 21.

68 En tanto es verdad lo sobredicho, que sin discrepancia
los Doctores para enseñar que vno queda con la libre disposi-
cion de los bienes, excluyendo la vocacion ex propria persona
de los herederos, y de los hijos, dicen que es lo mismo dezir,
pro suis heredibus, quibuscumque quibus voluerit, vel quibus dederit,
Becci. cons. 83. num. 21. & 22. Jacob de S. Gregor. tract. de feudis,
verbo, & quibuscumque heredi. Decius cons. 390. quoniam num. 8.
Socin. iuni. cons. 92. presupposito, in princ. lib. 3. Bald. quest. 45. de
rer. di. vis. Cavalc. decis. 32. in 3. part. verbo claus. quibus dederit,
Cardin. Luc. de feud. lib. 1. contro. vers. Boscol. fol. 635. & de ser. vi.
lib. 4. tract. de emphyteut. disc. 29. à num. 3. Canc. 1. part. cap. 8. à
num. 104. plures cumulat; Mancius no. vicer in tract. de testam. tit.
13. quest. 5. num. 31. Luego entendieron los Doctores vniforme-
mente, que haziendose mencion en la donacion, ò otra qual-
quiera disposiciõ de los herederos in genere, ò de quien quisiere, estos
no tienen vocacion de ningun modo, sino como se ha dicho,
solo sirven dichas clausulas de expresar, y explicar la mayor li-
bertad de aquel, en cuyo favor se haze la disposicion.

69 Confirmase lo dicho, porque segun confiesa la misma
parte contraria en su Alegacion, num. 41. si el pacto reversio-
nal huviera sido concebido *pro donatore*, absolutamente no te-
nia dificultad la materia en orden à poner los vinculos, y gra-
vamenes en los bienes dados, pero no quando con las palabras,
si tunc vixerit, veamos agora si tiene mas vn caso que otro, si
el pacto fuera absolutamente por si, que pudiera hazer el do-
nante? Que? podia inter vivos disponer de los bienes dados pa-
ra el caso que se verificasse la condicion del pacto reversional,
podia instituir heredero à quien quisiera, ò disponer particu-
larmente por via de legado, ò fideicommissio, quitando los
bienes dados al heredero, y dandoles à quien bien visto le
fuera.

Con

70 M Con nuestro pacto reversional, *si tunc vixerit, vel eius heredi, vel cui voluerit*, puede hazer lo mismo, porque *inter vivos*, podia disponer de dichos bienes, podia hazer testamento, instituyr heredero, à quien quisiere, quitarlo al heredero, darlo à otro por legado, ò por fideicomisso, luego la misma potestad queda radicada en vn caso que en otro, sin poderse considerar diversidad alguna, y el drecho no atiende à las palabras, sino à la mente de los contrayentes, Bellon. iun. *conf. 58. num. 6. & 7. Canc. par. 3. cap. 7. num. 277. Burat. decis. 640. num. 1. & 25. Olea de ces. iur. tit. 6. quest. 10. nu. 9. Redenatch. conf. 36. Bonden. collect. legal. 8. num. 53, y el efeto, y no el modo ha de considerarse, cap. in tantum de simon. l. 3. Cod. de institut. & substit. Gonzal. ad Reg. 8. Cancell. glos. 55. num. 12. Carleval de iudic. lib. 1. tit. 1. disput. 2. num. 1186. Rojas decis. 521. nu. 9. Font. decis. 621. n. 7.*

71 Quinto, porque dicho pacto està formado, no à favor de persona alguna, sino del heredero del donante, de modo, que solo esta calidad hereditaria, y de heredero, es la que contiene dicho pacto; pruevase esta verdad inevitablemente con aquella cierta instancia, en que convienen los Doctores. Dase la comission Apostolica, ò se le haze delegacion de alguna causa ò pleyto à algun Prebendado, dudase si muriendo este Prebendado cessa la delegacion, ò comission, ò si passa al sucessor en la Prebenda, y se responde, que si la comission es hecha sin nombrar persona mas que la Dignidad, passa la comission al sucessor en ella, porque se entiende solo conternplada la Dignidad, y no la persona, *cap. quoniam Abbas de offic. deleg. & ibi Barbosa num. 6. Gonzal. num. 3. Merla tom. 2. disput. 4. dud. 33. num. 567. Xammar de offic. iud. par. 1. quest. 12. desdel num. 44. Ripoll ad Peguer. rub. 5. num. 12. Marefcot. lib. 2. var. cap. 7. Rota de execut. lit. Apost. par. 2. cap. 7. nu. 34. cum seqq.* luego siendo el pacto reversional para si, y para su heredero, en el no se contemplò persona, sino la calidad de heredero.

72 Toda la subsistencia del heredero, como heredero, y por su naturaleza, consiste en representar la persona del difunto, §. 1. *auet. de iur. armor. prestit. l. cum à matre, Cod. de rei vind.*

Commissio facta dignitati abiq. expressione personae transit ad sucessorem

Commissio facta dignitati abiq. expressione personae transit ad sucessorem

l. hares 22. de usucap. l. fin. Cod. de impuber. & alijs substis. Math. Berline. pract. concl. tom. 1. cap. 75. num. 8. Carleval. de iud. tom. 2. tit. 3. disp. 9. num. 2. Andreol. controu. 23. num. 22. Bonden. collect. 1. num. 35. Pau. Rub. de test. cap. 92. num. 86. Fontanel. decis. 433. num. 3. D. Pedro Quesada. Pil. contr. 23. num. 4. Luego querer que buelvan los bienes à su heredero, es lo mismo que dezir, que buelvan al donante, y queden en su succession, mediante la persona del heredero.

73 Realcemos mas este discurso con otro rumbo, siempre que se estipula, ù dà al Oficio, ò Dignidad, sin poderse contemplar la persona que la obtiene, ò obtuviere, es visto darse à la Dignidad, y lo dado queda en ella, y no en la disposicion de la persona, es texto expreso en el *cap. requisisti de testam. & ibi Abbas, & Covarr. Latè Barbof. de offic. & potest. Episcopi. part. 3. alleg. 116. & in dict. cap. requisisti, Mantica. decis. 150. num. 5. Cevall. commun. contr. commun. quest. 278. Girona de privileg. num. 568. Font. de pact. claus. 7. gloss. 2. part. 9. num. 78. Loterius de re benefic. lib. 2. quest. 9. num. 56. & 57. Rota Rom. decis. 144. num. 14. part. 5. recent. & decis. 76. nu. 15. cum seqq. part. 6. Luego siendo el pacto reversional à favor del heredero del donante, sin poderse contemplar afeccion à persona alguna, sino à la mera calidad de heredero, lo que este por ella puede conseguir, ha de quedar à la disposicion, no del que fuere heredero, sino en el cuerpo de la herencia, y por consiguiente dichos bienes hã de seguir donde fuere la herencia.*

74 Con lo dicho quedará satisfecho si se opusiere, que nuestro pacto reversional es con aquella calidad de bolver los bienes al donante, si viviera, porque siguiendo las otras clausulas, ò à su heredero, ò à quien quisiere; y quedando con ellas con la libre facultad de disponer, y sirviendo al nombre de herederos, las palabras aquellas, ò à quien quisiere, para explicacion de la mayor libertad que quiso tener el donante (porque no pudieron ser por otra cosa) es cierto que dichas palabras, *si viviera*, no son limitivas, ni restrictivas, ni de todas ellas se puede inferir limitacion por el brocardo comun, que *inducta*

ad

*Donatione facta dimitto
absq. expressione illius
termini, remanet
donatus in illa.*

ad augmentum restrictionem producere nequeunt, l. si à milite, §. i. ff. de milite. testam. cum vulgat fino que deve entenderse dicho pacto en la forma referida para el donante si viviera, la actualidad de la adquisici6n de sus bienes, y el premuerto à su vniversal successi6n, ò à favor de quien dispusiere.

75. Affi mismo queda convencida la illacion contraria, que pretende hazer quando en el pacto reversional huviera nõbrado cierta persona, porque entonces cessa toda dificultad, y las razones arriba ponderadas, y queda persona cierta à quien se le adquiri6 derecho en virtud de la donacion, segun Larrea *decis. 39. & 40. & à separatis, & prorsus diversis neutiquam fieri valet illatio, l. ultim. in fin. ff. de calumniator. l. Papinianus exuli, ff. de minor. cum vulgat.*

76. Sexto, potque como se ha dicho en dicho pacto reversional, el donante nõ contempl6 la persona del heredero, si solo la calidad hereditaria, y de heredero, porque no dixo que bolviessen à la persona que nombraria por heredero, sino ibi y *sino viurà, à son heren, &c.* Siendo esto assi, es impossibile segun buena Iurisprudencia, la retracci6n que pretende la parte contraria, porque nõ estam6s en terminos de declaracion, sino de disposici6n, y instituci6n principal de heredero, y es principio sabido, que la ficci6n translativa, ò la retracci6n, pide dos extremos habiles para q̄ pueda tener lugar, es à saber, *à quo, & à quem à quo*, es el vltimo de perfeccionarse el acto *ad quem*, desde donde tom6 principio, Bart. *in l. si is qui pro emptore, num. 3. 52. & 53. Alberic. num. 9. ff. de usucap. Mantic. de tacit. & ambig. conventis, lib. 14. tit. 46. nu. 20. Costa de retrac. cap. 7. num. 1. Balboa ad cap. 40. de appellat. num. 31. Salgado de protec. reg. part. 2. cap. 2. nu. 32. Carleval. de iud. tom. 2. tit. 3. disp. 23. num. 12. Prato discept. forens. cap. 33. num. 31. tom. 1. Quesad. Pil. contr. 45. num. 12.* con los siguientes.

77. Inhabil se juzga el extremo aquel, en que el acto no pudo hazerse en aquel tiempo, Bart. *in dict. l. is qui pro emptore, nu. 4. Cuman. num. 7. 8. & 9. Deci. in l. contract. 28. num. 23. ff. de regul. iur. Costa de retrac. cap. 7. nu. 2. Gutierrez. hb. 2. pract. quest. 23.*

num.

num. 2. & 3. Carleval. ubi proxime num. 14.
78 Faltale pues à la pretensa retracciõn el extremo ha-
bil ad quem, que es quando se convino el pacto, porque enton-
ces era imposible de drecho, que pudiera aver heredero del
mismo que hizo el pacto, y que el heredero concurriera con el
mismo donante, quia viventis non est hereditas, l. 1. ff. de heredit.
& act. vendi. l. in suis, ff. de liber. & postumis, l. qui superstitis de
acquirenda hereditate, Caltrenf. conf. 453. nu. 1. vol. 1. Cravet. cõf.
23. num. 9. Andreol. controver. 68. num. 33. & contr. 69. num. 22.
Cyriac. contr. 5. num. 170. & contr. 88. num. 7. Amat. resolut. 84.
num. 70.

79 Profigue el mismo Amato en el num. 71. diciendo, ibi:
Ex quo inferitur per Bart. in l. si quis filio, ff. de usufruct. accrescendo,
quem communiter sequuntur Decian. Alexand. Ias. Socin. Covarr.
Rub. Alci. quos refert, & sequitur Gratian. de success. §. hereditas,
quest. 4. num. 3. quod si quis instituat patrem, & filios, & heredes filij
non concurrunt equaliter in ea hereditate cum patre, sed ordine suc-
cessivo post mortem patris, ut verificetur illud verbum, heredes, quia
pater vivus non posset habere heredem.

80 Septimo, porque siempre que se dà, ò se manda alguna
cosa por vno, digamos al heredero de Pedro, este heredero es
visto adquirir, y tener aquella cosa iure hereditario, y que qui-
so aquel que la diò, ò mandò con la calidad de heredero
de tal, dársela si, y conforme dispusiera de su herencia Pedro,
remitiendose à su disposicion, Fufar. de substitut. quest. 630. num.
5. ibi: Limitatur secundo quando emphyteusis fuit concessa pro se hæ-
reditibus, & successoribus, & sic emphyteusis est hereditaria, vel in
alijs casibus in quibus emphyteusis est hereditaria, nã tunc fideicommis-
sario est restituenda, Ruin. conf. 161. num. 1. lib. 1.

81 Idem Fufar. quest. 631. num. 1. ibi: Quando feudum est me-
re hereditarium, & si ad heredes extraneos transitorium, & tunc ve-
nit sub fideicommisso, & erit restituendum. Et num. 8. ibi: Declaratur
secundo, & procedat quando feudum est receptum pro heredibus, & in
casu quando gratuatus est heres universalis, secus si feudum est tale
quod pertineat ad filios licet non sunt heredes universales.

Re-

Donatio facta heredi
sui Petri, et de heredi-
tate Petri, si quis
venit sub fideicommissum

82 Regens Scipio Rovitus *conf.* 104. num. 7. ibi: Nam clausula illa, pro se, & herede, in concessione facta à Rege, si-ve de feudo, si-ve de emphyteusi, si-ve de officio operatur, ut successor in eo non possit nisi cum qualitate hereditaria illud habere, & proinde tanquam heres tenetur ad omnia onera hereditaria, ut de feudo tradit Andreas, cap. 1. §. ob quoque, col. 1. de succes. feudi, & in cap. 1. an agnati, col. 1. & in cap. 1. §. huius autem generis, ex quibus scilicet feudum amittatur, Camer. in cap. 1. quest. 1. num. 22. vers. Et si quæris an apponatur, & de emphyteusi. latissimè Caldas Pereyra de iure emphy. lib. 2. quest. 22.

83 Tondut. qq. civil. cap. 184. num. 8. ibi: Et faciunt à simili quæ traduntur per DD. de eo qui succedunt in feudo hereditario, vel de filio cui fuit acquisitum tanquam heredi patris, sic enim tenentur solvere debita, & prestare fideicommissa antecessorum, quia bona illa acquiruntur sub qualitate hereditaria. Regens Capyc. Latro com. 79. num. 64. & 65. ibi: Notissimi enim sunt termini, quod natura feudi hereditaria, & ut possit in eo imponi omnes cum Regio assensu, & filius succedens teneatur ad onera iuxta text. in l. cum à matre, Cod. de rei vindicat. itaut non possit se iuvare beneficio inventarij, Andreas, & alij in cap. 1. an agnati, Camer. in l. Imperial. §. praterea fol. 96. Minad. *conf.* 10. alios cumulat Ioannes Franciscus de Ponte de potest. Prorregis si de assen. Reg. super d. §. 31. num. 17.

84 Procede esta doctrina aun en terminos mas fuertes quando el Rey dà à vno el officio, y para su hijo heredero, porque aun en este caso, el heredero ha de estar à lo dispuesto por el Testador, y pagar sus deudas de los emolumentos, y frutos de dicho officio, Rovito *conf.* 104. num. 7. & ibi: Ratione illius qualitatis hereditaria tenetur ad onera imposta per defunctum si vult habere officium, sequitur Regens Tapia in Constit. officia quæ personis, n. 30. p. 2. iur. Regni, fol. 126 col. 2. & nouissimè Montan. in repetitione cap. Imperialem, §. praterea ducatus, nu. 31. & seqq. prosequitur magistraliter materiam ipse Rovitus *conf.* 106. per tot. Et ibi Blasius Altimar. eius nouissimus additionator.

85 Pulchrè Noguero. alleg. 19. num. 52. ibi: Quando pater officium impetrat pro se, & vno, vel duobus heredibus, tunc enim officium

H

ficium

*Si Rex donat officium hereditario
Patri, ealy filij et heres ce.
netur satisfacere debita
hereditaria Patri etiam
ex ratione officij.*

ficium est hereditarium respectu illius concessionis, & prorogationis, & filijs ex facto patris possunt praiudicari, quia ad succedendum debent esse heredes patris, & non possunt illius factum impugnare, & in his terminis loquitur Regens Constant. in lib. 1. Cod. de filijs offic. lib. 12. num. 61. & 62. pag. 287. & num. 142. cum seqq. pag. 307. Rouit. cons. 104. & 106. lib. 2. qui dicit ita fuisse decisum in causa Iulij Cesaris Guadagni tabellionis R. C. cuius officium fuit confiscatum in praiudicium filij nominandi, quia cum deberet esse heres patris, illi praiudicarunt crimina patri obiecta, sequitur Montan. in tract. de regia. num. 52. pag. 177. num. 27. pag. 193. num. 38. pag. 308. late eandem conclusionem probat, quod in officio concesso pro se, & herede, vel duobus heredibus nominandis, potest pater filijs praiudicare, Rota apud Burac. decis. 863. per tot. ubi omnes pradieta conclusiones confirmantur, loquitur enim in officio accepto à patre, & posito in capite unius ex filijs cum facultate tamen disponendi ad voluntatem ementis, & nominandi possessorem, & cum emens intestatus decederet, fuit in Rot. dubitatum, an officium pertineret ad filium possessorem, vel heredes ab intestato, & resolutum fuit per plura fundamenta, officia semper pertinuisse ad ementem, & in eo successisse ceteros filios tanquam heredes ab intestato, & in feudo concesso patri, & filijs, quod delictum patris illius noceat, Gallup. in methodo feudali, par. 4. cap. 5. num. 69.

86 Salgad. in labyrint. credit. par. 2. num. 13. ibi: Quando officium conceditur Titio cum facultate nominandi unum ex filijs, vel liberis, tunc filius nominatus habet officium iure proprio, & ex propria persona, & succedit in officio absque qualitate heredis, pro-ut late Montan. in tract. de regal. offic. num. 27. pag. 193. & num. 28. 30. 43. quo casu filius nominatus non tenebitur creditoribus patris nominantis cum officium habeat ex providentia Regis, absque qualitate hereditaria, ita per Montan. ubi proxime, nu. 43. & per Pont. cons. 109. vol. 2. & secus sic quando filius, aut successor memoratur in facultate sub expressa, vel tacita qualitate heredis.

87 Regens Capyc. Latro decis. 6. à num. 21. ibi: Quia in facultate concessa Ioanni Baptista Crispo nominandi in specie dicitur, nominandi heredem in dicto officio, & quamvis in potestate nominandi concessa alicui tam inter vivos, quam in ultima voluntate absque men-

mentione heredis facta mentione, idē nominatus videatur habere officium à Rege concedente, mediante tamen persona nominantis, iuxta tradita per Hizengir. cap. 1. num. 50. de pact. in fi. de Pont. de potest. Prorreg. tit. de assens. Regis, §. 2. num. 50. & cons. 109. sub num. 4. & 5. volum. 2. Freccia de subf. lib. 2. q. 53. Gregor. in repetit. feud. cap. 54. num. 57. quod refert, & sequitur Dominus Reg. Rot. cons. 104. num. 3. & dicitur novum officium in personam nominati ad instar usufructus qui est diversus in persona filij ab eo qui fuit in persona patris, ut per Rot. qui ceteros colligit in loco supra citato, num. 2. & ex suis non teneri ad onera per patrem imposita: quando tamen conceditur potestas nominandi unum heredem in dicto officio, pro ut fuit in casu nostro, tunc cessat difficultas, quia non potest illud habere absque qualitate hereditaria.

88 Ferdinandus Arias de Mesa, lib. 3. cap. 49. num. 26. ibi: Tertius effectus est, quod si quis à Principe impetret officium pro se, & herede, vel cum potestate nominandi unum heredem; quamvis ad instar usufructus novum dicatur in persona nominati, tamen illud heres non poterit habere absque qualitate hereditaria, ex latè traditis à Regente Rot. cons. 104. num. 7. & cons. 106. lib. 2. Capyc. decis. 6. num. 22. & ideo tenetur ad onera per nominantem imposita, Frec. lib. 2. de subfeud. auct. 1. quest. 53. num. 4. quemadmodum cogitur illud officium conferre, & in legitima imputare.

89 D. Pedro Quelada Pilo dissert. 19. num. 67. ibi: Nominatus filius ad officium tanquam heres patris, tenebitur ad onera hereditaria, & illud in legitimam tenetur imputare.

90 Novissimamente Manfreda ad Capyc. Latro in d. decis. 6. obser. 6. con decision del Senado de Napoles del año 1676. que refiere en el numero final, dize en el nu. 26. ibi: Sed hac in re semper mihi placuit distinctio relata per Dominum Regentem nostrum, ut si concessio pro herede prolata sit, an nominantis onera nominatus teneatur illo stante, nam absque hereditaria qualitate officium haberi haud potuit, at si pro uno filio suè alterius vitæ concessio caneret contrarium affabrè tenendum est, cum immediatè à Rege illud obtinuisse censeatur ob qualitatem hereditaria non expressam, hancque distinctionem probant ibidem Domi. Reg. noster in decis. 26. num. 18. Staibari.

in eadem resolut. 59. Salgado in labyrinth. credit. part. 2. cap. 27. num.
13. Noguero. in alleg. 11. num. 105. & in alleg. 19. num. 53. Valenz.
in cons. 155. Arias de Mesa, var. resol. lib. 3. cap. 49. num. 16. Men-
tan. in §. præterea ducatus, & num. 31. Meroll. in citat. disput. 6.
cap. 8. difficult. 17. num. 499. & diffic. 18. num. 506. de Marin. ad
Rever. in obser. 376. num. 1. & obser. 382. num. 2. & obser. 185.
num. 2. quo loco in fine sic esse intelligendos Maurum in allegatione 75.
& de Georg. loco allegato scribit, & videatur ad propositum Rovic.
in indicato cons. 104. tom. 2. & ibi doctus Altimar. nu. 12.

91 En el num. 27. ibi: Inde inseruit, quod concessio officio data
facultate in vita, aut in morte ^{nomi-} heredem si officarius facinus tale com-
mittat, quo officio priuandus veniat, nominatus officio priuatur in
nihil refragante nominationem præcessisse delicto propter heredita-
riam qualitatem concessioni iniunctam; sin vero concessio cum potestate
nominandi aliam prolata fuisset; aliter tenendum est Rovic. in adducto
cons. 104. & 106. tom. 2. Reverter. in decis. 375. 440. & 516. &
ibi de Marin. Meroll. in citat. cap. 8. difficultat. 19. quast. 2. ex num.
543. & Dom. Consil. Rocch. in citat. tract. de offic. 23. num. 49.

92 El mismo Manfrella en la obser. 26. num. 3. ibi: Quod li-
cet alij contrariam statuunt ita ut nominatus nominantis creditoribus,
& legatarijs teneatur inter quos sunt Rovicus in decis. 72. Sciban.
loco allegato, & alij laudati per nos in citata obser. 6. num. 25. illorum
dictum applicatur in concessione siue ampliatione cum qualitate here-
ditaria, quapropter recedendum numquam est à distinctione quam Do-
minus noster Regens dat ex num. 15. ad 19. & in indicata decis. 6. si-
quidem, vel officium concessum, aut ampliatum fuit pro herede, & eo
casu ad nominantis onera teneri nominatū propter qualitatem heredi-
tariam in concessione, siue ampliatione positam indubium est, & deci-
sum indicat allegatus Doctor Sciban quia absque hereditaria quali-
tate illud habere haud potuit, ac si concessio, vel ampliatio pro alterius
vita, nullo vocabulo heredis expresso, eo casu contrarium fatendum
est, quia nominatus censetur officium acquisivisse ab ipso Rege, & hanc
distinctionem sequuntur affabre Arias de Mesa var. lib. 3. cap.
49. Sciban. loco indicato, D. Consiliarius Roc. in cit. tract. de of-
ficij, ampliatic. rub. 3. num. 45. & alij quos reprobatis Mauro Georgio,
&

¶ *Thoro; ex d. Reg. de Marinis allegávimus in obser. 6. nu. 26.*

93 Esta doctrina es conforme à la mente del Real Senado en la provision hecha por el Magnifico Dotor Joseph Aleny à 17. de Abril 1668. Escrivano Forès, en el pleyto entre los Tutores del Noble D. Emanuel de Semmanat de vna, y el Nob. Don Ramon Doms de otra, de que se tratarà en los numeros siguientes.

94 Este solo argumèto, y discurso bastava à allanar la materia, y còstituyria en los terminos de notoria, y evidente, porq̄ assi como se supone por dichos DD. de q̄ la donacion, ò concession fue *ab alto*, para aquel à quien se hazia, y sus herederos, es la reservacion en nuestro pacto, à favor del mismo donante si viviera, ò de su heredero, y porque el heredero no podria entrar à gozar de aquella gracia, sino siendo heredero, y como à heredero, se dà por constante, q̄ el drecho de entrar en dicha gracia, es hereditario, y con esta consideracion tiene obligacion de pasar por la disposicion del difunto, y satisfazer sus deudas de los bienes dados al heredero, ù de la gracia hecha à el, à diferencia de quando la facultad de nombrar es sin la calidad de heredero; luego en nuestro caso ha de ser tambien cierto, que el drecho que puede adquirir el heredero en virtud de nuestro pacto reversional, es, y ha de ser hereditario, y por dicha razon deve pasar por los vinculos dispuestos, y ordenados en la clausula hereditaria, pues es constante, que todo lo que es hereditario està sujeto à la restitution del fideicomisso, *l. Imperator, §. fin. ff. de legat. 2. Valeron de transact. tit. 5. quest. 6. num. 24.*

95 Si la opinion de vn solo Dotor quando no tiene contradiccion tiene fuerça de ley, Xamm. *de offic. Iud. par. 1. quest. 15. num. 80.* Larrea *alleg. 82. num. 6.* Sperel. *decis. 85. num. 25.* Ciarlin. *controu. 44. num. 29.* que diremos de dicha conclusion, en que convienen tantos, y tan celebres DD. y de los mayores que celebra nuestra Iurisprudencia, sin hallarse vno en contrario, quando la parte contraria no le ha sabido hallar?

96 Permitasenos anticipar los numeros de la Alegacion contraria, para confusion de la respuesta que se ha pretendido

dar à este argumento en el nú. 74. diciendo, *quicquid sit de opinione Doctorum qui ad eas muniendas allegantur*, de modo que no alegan Dotor en contrario, y dizen, que dichos Dotores hablan en terminos, que el estipulador en tiempo de su muerte, *actu, vel spe transmissibili habebat bona, siue res de quibus loquuntur Doctores*, lo que no procede assi en nuestra especie. Las mismas dotrinas contrarias convencen esta respuesta, porque todas ellas vnicamente se fundan en la qualidad *hereditaria*, que ha menester aquel para entrar en dichos bienes, y no si era, ò no era señor de ellos, porque esto no lo soñaron, ni lo imaginaron, y eran grandes Iurisconsultos en quienes no podia haber esta equivocacion, y si tal huvieran pensado, es cierto, que huvieran expressado esta circunstancia, y no omitido, dando por constante, que aviendoles de adquirir con dicha qualidad hereditaria, se hazian aquellos hereditarios, y dicha razon igualmente comprehende todos los casos, y no admite la distincion de *si habebat, vel non habebat*.

97 Nuestro donante quando murió no tenia el drecho de nombrar, y disponer de dichos bienes, para quando viniere el caso de verificarse el pacto reversional? No ay dificultad, pues à la letra lo canta el pacto; Preguntasse mas, el donante no tenia los bienes dados al tiempo de su muerte, pues se avia reservado el usufruto? es infalible, aunque feneciese el usufruto por su muerte mientras vivia la donataria. En las dotrinas de los Dotores alegados, si tenian los bienes aquellos, cuyos herederos eran llamados, no fenecia su drecho por su fallecimiento? es cierto, luego no ay discrepancia alguna entre nuestro caso, y las dotrinas alegadas, y siempre insta la qualidad hereditaria en nuestro favor, y en total exclusion de la pretension contraria, à mas que como se provarà en los numeros siguientes, nuestro donante se ha de reputar como dueño, y no nudo ministro, y commissario.

98 El que tiene vn oficio por el Rey, no es dueño ni propietario del oficio, sino aquel de quien es oficial, el Angelico Dotor Santo Thomas *in opusc. 21. ad Duc. Brabantia. dub. 5.*

Soto

*Obtinens officium regale
non est propriarius
illius sed solum Rex.*

Soto de iustit. & iur. quest. 6. art. 4. Faber in §. 1. instit. quibus mod. ius patrie potest. sol. vicur. Afflict. in cap. 1. notabilis sexto. nu. 42. hinc finitur lex Conrad. Rauden. cons. 37. num. 45. Ramon cons. 6. nu. 47. y solo viene à considerarse, como vn usufructuario, Mastril. de Magistr. lib. 1. cap. 28. num. 22. Galeota respons. 12. à num. 99. Thoro in C. rer. iudic. cap. 51. Amicangel de regal. offic. quest. 11. num. 14. & 15. Manfell. in obser. ad decis. Capyc. Latro obser. 6. num. 24.

99 Quando la providencia de vn tercero en orden à beneficiar el heredero de otro, se juzga toda à favor de aquel de quié ha de ser heredero, que razon ha de aver para pensar que el mismo dueño que llama à su heredero, no le ha de querer de aquel modo, y forma que mas favorable le sea á sí?

100 Octavo, porque quando vno estipula para sí, y para su heredero el usufructo, aunque este sea personalissimo, que feneze con su persona, y sea nuevo el usufructo del heredero, empero es hereditario, y passa con los cargos de aquella herencia, Bart. in l. stipulatio ista 38. §. si quis ita in fin. Alciat. ibidem in §. sed si quis, num. 13. Castrensi. num. 3. ff. de verbor. obligat. Frecc. auctor. 13. §. post. num. 9. vers. Si tamen conceditur, Phanuc. de in-ve. tar. part. 6. num. 48. & seqq. Staiban. contr. forens. cap. 59. num. 44. Leornatd. de Philip. in alleg. inserta per Reg. Galeota resp. 12. Reg. Rovit. cons. 104. num. 8. Et ibi Blasí. Altimar. nu. 2. & cons. 106. num. 5. Botiller. de succes. ab intest. theoremm. 52. num. 11. Capyc. Latro decis. 26. num. 18. Arias de Mesa var. lib. 3. cap. 49. nu. 22. cum seqq. De tal manera, que deve el heredero notarle en el inventario de su difunto, Phanuc. de in-vent. quest. 243. num. 48. & seqq. Mesa d. cap. 49. num. 24. Latro dict. num. 18. Blasí. Altimar. ad cons. 104. Reg. Rovito num. 3. Bien era usufructuario nuestro donante, y así se aplica grandemente esta doctrina, y có mayor razon siendo el donante en tiempo de la donacion, dueño, y propietario de dichos bienes.

cony fundy daty Pedro et here. dny suy & ansis ad heredey cu oneribz hereditarij

101 Hasta aora hemos probado, y bien, que en nuestro pacto reversional, el heredero no puede hazer papel de donatario, por su persona, ni à él es aplicable en manera alguna la decision

tion

cion de la *l. sequens questio. ff. de legatis 2.* ni la *l. perfecta, Cod. de donat. quæ sub modo*, porque la primera dize, que lo dispuesto por el Testador no comprehende lo yà dado, *quod est extra causam sui patrimonij*; la segunda, que despues de hecha la donacion, no puede el donante añadir pacto, ni condicion, porque nuestro caso *toto cælo distat* de la disposicion de dichos textos, como de lo dicho con evidencia se vè; y aunque fuera assi, como en contrario se pretende (lo que estrenuamente se niega) de ningun modo podia tener cabimiento la proposicion contraria de que el heredero no avia de estar à los vinculos del Testador donante, antes bien por naturaleza, y substancia del mismo pacto reversional avia de estar à ellos, fuesse, ò no donatario el heredero, de manera, que *tantum abest*, que nuestra proposicion sea contraria al pacto reversional, que antes bien es conforme à el, como se hará otra vez evidencia con lo siguiente.

102 Toda la proteccion contraria ynicamente se çanja en la doctrina de Fontanella (equivocandola) veamos que dize Fontanella sobre este particular, *claus. 4. gloss. 5. num. 65.* respondiendo al argumento que le hazia Cancer, sobre el poder poner vinculos en los bienes dados, no atreviendose à negar esta proposicion, sino dandola por constante dize: *Imò totum illud quod est posse testatorem te eligere, & nominare in testamento, vinculaque, & gravamina apponere effectus sunt reservationis, ex eo quod facta illa sit, & eo modo facta, & concepta quo locum habere potuerit appositio gravaminum, & vinculorum.* Luego dicha reserva no impide, antes bien fomenta los vinculos que haze el donante en su testamento.

103 Llamar el donante à su heredero para los bienes reservados, en todo caso, *& ad minus*, avia de ser reservarse la eleccion del que avia de suceder en ellos en fuerza del nombre de heredero, como queda provado con las decisiones del Senado yà referidas, y ponderadas en el resumen del Alegato ilustrado antecedentemente: quien tiene la eleccion puede entre los elegibles hazer los vinculos que quisiere, como lo confiesa la misma parte contraria en su Alegacion, en el num. 15. y siguientes, y con es-

ta consideracion en dichas decisiones se diò por constàre la subsistencia de los vinculos, y todo esto ha de estar, y està embebido precisamènte en el pacto reversional, por èl puede elegir, en esta facultad de elegir està entrañada la de poner vinculos entre los elegibles, luego ha de estar el heredero à dichos vinculos, y esto en fuerça de la misma reservacion. De que se tratarà con mas extencion en los numeros siguientes, quando se dè evasion à los argumentos contrarios sobre este particular.

104. Fueron reservados dichos bienes para el donante, si viviera, ò sino para su heredero; el heredero que instituyò Gaspar de Puigmari donante, como fue heredero? con los pactos, vinculos, y condiciones que dispuso en su testamento, y clausula hereditaria, y no sin ellos, de manera que no puede considerarse heredero de Gaspar de Puigmari sin dichos vinculos: por ser individua dicha disposicion, è institucion de heredero, como confiesa la parte contraria en el nu. 57. y la acceptacion de qualquier acto ha de ser con todas las calidades de èl, Tiraquel. *de retract. conuent. ad fin. tit. num. 4. & seqq.* Grat. *discep. forens. cap. 301. num. 57.* Seraphin. *decis. 540. num. 5.* Capyc. *Latro decis. 104. num. 29. cum seqq.* Ciarlin. *contr. 95. num. 29.* Luego es imposible poder entrar en los bienes dados el heredero, *samquam heres*, escusandose de los vinculos, porque si se escusa de ellos, y à no es heredero de Gaspar de Puigmari, y como segun las decisiones del Senado, y à referidas, toda la disposicion testamentaria es eleccion, ibi: *Quia tota dispositio habetur pro electione.* Luego si el instituir heredero es elegir, y esto es lo que se reservò el donante, no puede escusar el heredero passar por los vinculos de la institucion, segun el tenor del pacto reversional, como se justificarà mas en la satisfacion à los argumentos contrarios sobre este punto.

105. Nueva evidencia ofrecemos dar à la materia, con la misma satisfacion de los discursos contrarios, que todos cargan sobre el debil exe, de que es donatario el heredero, y desde el num. 14. quiere dar satisfacion el papel contrario à las decisiones del Senado referidas sobre la facultad de poner vinculos, y

favorece este nuestro argumento, diciendo, que no es del caso, sino equivoco, y fallaz, sin hazer diferencia de quando el heredero instituido es el donatario, ò tercero, suponiendo que en este particular de si el donante puede poner vinculos sobre los bienes dados, tiene dos inspecciones; la vna de *voluntad*; y la otra de *potestad*; y que todas dos faltan en nuestro caso; la de *potestad*, por lo que tiene yà dicho, y que quanto à la *voluntad*, no se presume que el donante quiso gravar en los bienes dados, como ajenos, sino en los propios, y que para que se crea averlo querido hazer el Testador, era menester q̄ *nominatim*, lo expresara, y en prueba de estas proposiciones gasta muchas paginas, siendo assi, que su doctrina la hemos confessado, porque en si, es verdadera, negamos solo la aplicacion, porque yà se ve, que son diferentes los terminos de nuestro caso à los de dichas doctrinas; pues ni estamos en caso de que el donante disponga de cosa ajena, ni nuestro heredero es donatario, ni lo ha sido, y aunque lo fuera, avia de entrar con la calidad de heredero, en quiẽ estava embebidos los vinculos, y toda la disposicion del Testador, y por lo menos la facultad de elegir, y de poner vinculos entre los elegibles, en fuerza del mismo pacto reversional.

106. Individuando mas el examen del discurso contrario en sus dos inspecciones, hallaremos que en todas dos claudica notoriamente: en quanto à la *potestad*, queda yà provada su claudicacion, y constara mas por lo que se sigue.

107. Vamos à la *voluntad*, y concluirẽmos la confusion de vna, y otra inspeccion, repitiendo el sylogismo (que llama el Sumulista *ad hominem*) dandole algun contrapeso mas, à que la parte contraria disimulandole no ha respondido, y no sin providencia, porque no tiene respuesta, ni satisfacion, que à averla tenido en la verdad apurada, ò en la opinion aparente, no se le huviera escondido à la alta comprehension de tan grandes Maestros.

108. Es pues el sylogismo; Gaspar de Puigmari donante, y Testador, tenia libre la disposicion de los bienes dados en el caso de purificarse el pacto reversional, para darles à quien
qui-

quiere, ò al heredero, ò quitandosles à favor de qualquier otro, dicho Gaspar de Puigmari en su testamento, y en la clausula hereditaria antes de entrar en la ordinacion de ella, expresó su voluntad, diziendo, ibi: *Drets meus, y accions mies qualsseuols que sien, y abonise vulla que sien, y à mi pertangan, ara, ò en lo esdeuenidor, dels quals jo puch testar, deix, &c.* Luego dicho Gaspar de Puigmari donante, y Testador *nominatim, & expresse*, en dicha clausula hereditaria, declaró su animo, que disponia del drecho que tenia, para disponer de dichos bienes en favor de los contenidos en dicha clausula hereditaria.

109 La mayor de este sylogismo prueva à la letra el mismo pacto reversional; explayemonos vn poco en la prueva de esta mayor, y de la potestad del donante, reservòse en dicho pacto la facultad de disponer en favor de qualquiera contra su heredero mismo; de modo, que podia dar dichos bienes, cumplida la condicion à Pedro, y à Iuan, y à qualesquiera otros, ò juntos, ò vnos despues de otros, porque todos aquellos eran à favor de quienes disponia el donante, segun el tenor de dicho pacto, y pues podia contra el heredero hazer dicha disposició en los bienes dados, es cierto, que podria tambien hazerlo en la clausula hereditaria, y con el mismo heredero, pues aquellos eran en favor de quien disponia, negando el beneficio al heredero, ò limitandosele, porque si podia quitarlelo todo, mucho mejor avia de poder estrecharsele, Ramon. *conf. 95. num. 12.*

110 La menor, son palabras del mismo Testador, y que estas incluyen la disposicion *nominatim*, de dichos bienes, es evidente, porque el Testador tenia dados en la donacion hecha à su hija todos sus bienes, drechos, y acciones, avidos, y por aver, y assi solo tenia vn drecho actual, y de presente, que era la reserva de mil, y quinientas libras para testar, y solo podia considerarse por drecho *de futuro*, el del pacto reversional en caso de su verificacion, y por consiguiente dicha protesta del Testador, y declaracion de su voluntad de querer disponer en dicha clausula hereditaria de todos sus drechos, y acciones presentes, y venideros, no podia verificarse sino en el drecho de dis-

po-

poner purificado el pacto reversional, y assi dicha disposicion se ha de reputar por especial, como si expressamente, & nominatim huviessse dicho el Testador, que disponia del pacto reversional, Bellon. iun. cons. 29. num. 32. & cons. 58. num. 102. Rqjas decis. 278. num. 2. Cyriac. controu. 662. num. 39. Donad. de renunt. cap. 4. num. 8. cum seqq. Rota Roma. decis. 453. num. 26 par. 9. Pau. Rub. in annot. ad decis. 90. par. 9. num. 217. cum seqq. Tondur. qq. ciuil. lib. 2. cap. 200. num. 8.

III En nuestros mismos terminos de donacion inter vivos, transferido el dominio, reservandose el donante la facultad de poner vinculos, dize Tondur. qq. Ciuil. cap. 110. desde el nu. 24. ibi: *Quarta ratio, quia licet pater nominatim, & in indiuiduo bona donata in substitutione non expressisset, tamen per generalem substitutionem bona illa censetur comprehendere voluisse, sicut enim per institutionem vniuersalem donator censetur heredem ad bona donata elegisse, Menoch. cons. 1130. num. 15. Fontanel. decis. 171. num. 24. & nos ostendimus in q. Ciuil. cap. 50. num. 20. par. 1. ita per substitutionem vniuersalem donator censetur personas substitutas elegisse ad bona donata in consequentiam facultatis eligendi per ipsum reseruat;* Fontanel. de pact. claus. 4. glos. 5. n. 64. in omnem euentum sufficit, quod certitudinarie ex mente testatoris colligi possit ipsum voluisse substituere in bonis donatis, Peregrin. d. artic. 6. num. 6. & bene probat Hector Capyc. decis. 44. num. 26. veluti dum testator dicit se disponere de bonis quomodocumque, & qualitercumque ad se spectantibus, satis enim dicitur expressum, quod necessario importatur ex verbis, & in puncto determinat Argel. cons. 341. num. 3. vers. Non obstat, Caualean. de usufr. num. 104. & sic cum donator nominatim disposuerit de bonis donatis, non potest de eius voluntate dubitari, cum ad hoc sufficeret verba generalia: de eius potestate, cum possit donator nominatim super bonis donatis fideicommissum imponere, &c.

III El mismo Tondur. en dicho cap. 110. num. 40. ibi: *Et licet Testator loquutus fuerit de bonis suis, perque verba censetur bona donata exclusa a dispositione cum non essent in patrimonio Testatoris; tamen in casu proposito clara est Testatoris intentio, ut omnia in fideicommissio comprehendantur, licet sola coniectura sufficerent: ut*

concludit addit. ad Ludouisum decis. 102. num. 10. qua intentio Testatoris probatur ex eo, quod bona donata cum non donatis possidebantur ab eodem Testatore, qui usufructum vita durante reseruauerat, quo casu bonorum suorum appellatione omnia continentur, teste Menoch. lib. 4. praeump. 107. num. 19. & 20. bonorum quippe meorum appellatione significat, non solum illa quorum ad me spectat plena proprietatis, sed etiam illa quibus fruor, & qua possideo, l. meorum, & ibi DD. ff. de verb. signi. Vnde si pater filio medietatem bonorum suorum donauerit reseruato sibi usufructu, deinde alteri filio tertiam partem bonorum suorum etiam donauerit, reponenda erant in cumulo bonorum, etiam bona primo loco donata dum fiat calculus illius tertiae partis, bona quippe donata bonorum suorum appellatione continentur, ex eo quod donator tunc temporis illorum frui-tionem, & possessionem obtinebat, Bertrand. cons. 153. num. 2. vers. Qua si ita se habeant, vol. 3. par. 1. Barri. de succes. lib. 2. tit. ult. in fin. recentio enim usufructus differt executionem usque ad mortem donantis, & sic bona donata videntur adhuc esse in bonis donatoris, Menoch. cons. 1006. num. 57. 58. & 59.

113 Aun en terminos menos fuertes que los nuestros, y al caso, lo observò Fusar. de substic. q. 550. num. 13. & 14. ibi: Quinto fortius hoc dicendum esset si institutio facta esset, ut fieri solet verbis multum vniuersalibus de omnibus bonis, iuribus, & actionibus, nam sermo vniuersalis tantum operatur quo ad omnia comprehensa sub genere, quantum specialis quo ad comprehensa sub specie, l. si duo in fin. ff. de administrac. Tutor. & ibi Bartol. l. si chorus, ff. de legat. 3. glos. in l. si quis mihi bona, §. iussum, ff. de acquirend. heredi. Bart. in l. sed etsi quis, §. quæsitum, ff. si quis cautionibus, Ripa in l. 1. nu. 51. & seqq. ff. de vulgar. & pupil. ergo omnia dicentur comprehensa in heredis institutione, ita in specie Paris. cons. 7. num. 60. & 63. lib. 3. Menoch. cons. 210. num. 33. & cons. 1130. num. 10. & c.

114 Y en el num. 17. dà la razon: Quia iuris appellatione venit facultas aliqua agendi, vel disponendi, l. qui in potestate iuncta, l. filius, fam. ff. de testamen. l. apud Iulianum, §. si quis alicui, ff. de legat. 1. como assi lo obseruaron al proposito Menoch. cons. 210. nu. 32. Tondut. qq. Civil. cap. 184. num. 10.

L La

115 La consecuencia se sigue legitimamente, de que dicho Gaspar de Puigmari en dicha clausula hereditaria dispuso *nominatim* del derecho de dichos bienes dados en el caso del pacto reversional, y que dispuso de derecho que era suyo, y solo esta consideracion, aunque no huviera otra alguna, bastara à afiançar la declaracion favorable en el punto contencioso.

116 Prosigue la Alegacion contraria desde el num. 37. diciendo, que las decisiones que lleva Fontanel. en la *decif.* 467. num. 11. y 12. y en la de Iunyent, y Sampso, aquellos que tenian la eleccion eran dueños de los bienes dados, y que assi no es de admirar que se declarasse en ellas, à favor de los vinculos contenidos en la institucion de heredero, lo que faltava en nuestro caso, pues el donante quando hizo el testamento no era señor de dichos bienes.

117 Contra esta evasion clama la mente del Real Senado en dichas decisiones, porque el motivo de ellas no se fundò en el dominio, sino en que, llamar à los herederos (digamos de Pedro) para la herencia de vno, no es visto contener mas que darle la eleccion de aquel, queriendo sujetar sus bienes el que les dà, à la disposicion del que elige, reputando por eleccion toda la disposicion testamentaria, y la razon de esto es manifesta, y clara, porque el que tiene facultad de elegir, y nombrar para algunos bienes, puede elegir, y nombrar vno, y muchos los que quisiere entre los elegibles, *l. si quis testam.* 16. *Cod. de fideicom. libertat. l. unum ex familia, §. si duos, ff. de leg. 2.* vbi omnes DD. & ita vti indubitatum docet Tondut. *qq. Civil. cap. 51. num. 1.* pues si esto es en vn tercero que dà la eleccion à otro, y quiere tener por eleccion toda la clausula hereditaria, con quanta mas razon hemos de dezir en nuestro caso, en que no es vn tercero el que dà la eleccion, sino el mismo dueño absoluto, que en la donacion que haze, se reserva su eleccion, y libre disposicion à favor de quien quisiere?

118 Ni cabe en la mas leve cõprehension quererle considerar nudo ministro al mismo dueño originario de los bienes, obfervolo grandemente *Canc. p. 1. cap. 8. n. 124. vers. Si igitur,* cuyas

palabras, aunq̄ queden referidas antecedentemente, son dignas de repetirle, ibi: *Si igitur predicta vera sunt in donatore, qui donauit donatario, & cui uellet, ut uisus sit, uoluisse donatorem transferre ius proprietatis in donatarium, & nō constituere eum nudum ministrū, multo magis procedent in donatore, qui dictam facultatem non concessit alij, sed sibi ipsi reseruauit, cum in dubio non uisus sit ius suum uelle arētare, & se nudum ministrum uoluisse constituere persona inferta.*

119 Admirable es al caso la doctrina de Tondut. qq. civil. cap. 50. num. 32. hablando de vn donante que se reseruò el usufructo de los bienes dados, y dize assi, ibi: *Cum donator tunc temporis illorum fruitionem, & possessionem obtineret, Bertrand. conf. 153. num. 2. vers. Quae si ita se habeant, vol. 3. part. 2. quem citat, & sequitur Barri. de success. lib. 2. tit. ult. in fin. ex eo quia retentio ususfructus differt executionem usque ad mortem donantis, & sic bona primo loco donata uidentur adhuc esse in bonis illius, Menoch. conf. 1006. nu. 57. 58. & 59.* y esta misma doctrina enseña en el cap. 110. num. 40. cuyas palabras quedan arriba referidas.

120 No sabemos de donde sacò la Alegacion contraria, la proposicion (que no prueba) de que el que tiene facultad de elegir para poder gravar al electo à favor de los elegibles, aya menester tener dominio en los bienes, porque tal cosa no dicen los Doctores, antes bien absolutamente enseñan, que el que tiene facultad de elegir, *potest grauamina imponere ad fauorem eligibilium*, sin acordarse de la calidad de dominio, y con razon, porque hablaron como Jurisconsultos; pues que el poder poner gravámenes, y vinculos entre los elegibles, es todo eleccion, y si los ponen, hazen lo que pueden, y lo que el drecho les permite, que es el elegir con ellos.

121 Equiuocò la Alegacion contraria los terminos, porque lo que dicen los Autores sobre este particular, que es menester dominio, es solo en quanto à aquella proposicion de que si vno que tiene facultad de elegir, necessita de expressar que usa della, ò si con la institucion general se entiende usar de la facultad de elegir, y en este caso entra la distincion si es *Dominus, aut nudus*

299
minister, que si es Dominus, es visto aver elegido, si es nudo com-
missario, como el usufructuario no; como es de ver en todos los
DD. que tratan la materia, y que puede alegar la parte contra-
ria, y Fusar. en el *cons. 129. Tondut. qq. civil. cap. 50.* desde el nu.
20. pero no dizen, que el que tiene facultad de elegir, necessite
para poner vinculos entre los elegibles de dominio.

122 Atentamente examinado este punto en nuestro caso,
queda sin dificultad, porque nuestro donante era absoluto señor
de dichos bienes, quando hizo la donacion, y se reservò el usu-
fructo, y el disponer de ellos en caso de verificarse el pacto; y
assi, como se ha dicho, no puede ser nudo ministro, como lo es,
yn simple usufructuario, sino que se ha de reputar como señor
para este efecto, por las doctrinas de Tondut. yà referidas en el
cap. 50. num. 32. y en el *cap. 110. à num. 40.* y es admirable al pro-
posito lo que dize el mismo Tondut. en el mismo *num. 40.* *ibi.*
*Quia Testator voluit esse Dominus bonorū donatorum usque ad mor-
tem suam ad effectum disponendi de illis tamquam de proprijs.*

123 Por lo menos no puede negarse, que el donante tuvo
derecho para disponer de dichos bienes en el caso del pacto, de
darlo à quien quisiera, y con esta consideracion quedò dueño
in habitu de los bienes dados, *licet non in actu*, lo que basta para q̄
queden incluidos en los vinculos dispuestos para el Testador,
como magistralmente lo enseña Canc. *var. 1. cap. 8. à num. 185.*
*vers. Nam preterquam, & à num. 187. ad 189. à vers. Verum ope-
ratur etiam, & hoc facit totum, &c.* Omnino videndus Ferrer *ad*
Constitut. Hac nostra, temp. 3. deol. 9. à num. 268.

124 En cuya cõformidad dize Tondut. en el dicho *cap. 110.*
*num. 15. ibi: Verum quando pater idemque donator nullam fecit reser-
vationem facultatis substituendi, supradicta conclusio locum habet, vi-
delicet quod necessarium facienda est mentio substitutionis super bonis*
*donatis. Secus est quando prout in casu nostro donator sibi talē faculta-
tem reservavit, tunc enim nulla requiritur mentio specialis bonorum do-
natorum, quinimo substitutio verbis generalibus facta etiā bona dona-
ta comprehendit, ut dicunt omnes DD. mox citati.* En este caso el
donante quedò sin el dominio, reservandose la facultad de po-
der

der poner vinculos en los bienes dados, no obstante lo qual dize Tondut. que disponiendo generalmente en su testamento, ordenando sus vinculos, y substitutiones, quedan en ellos comprehendidas las cosas dadas,

125 No obstante, que el binubo pierde la propiedad de los bienes que le dexò su consorte, luego que casò segunda vez, y passa à los hijos del primer matrimonio, l. *fœmina*, Cod. *de secund. nupt.* & ibi DD. Castill. lib. 1. *contr. cap. 9. à num. 126.* Sperl. *decif. 22. à num. 19.* Rojas *decif. 371. num. 3.* Canc. *var. 1. cap. 5. num. 32.* Fontanel. *claus. 5. glos. 8. par. 4 num. 42. ¶ par. 11. nu. 35. ¶ 36. ¶ decif. 59. tota.* Redenafch. *conf. 50. nu. 63.* Actolin. *resol. 6. à num. 5.* y assi lo declarò el Real Senado à relacion del Noble Don Narcis de Anglaseñ contra D. Maria Ribera, à favor de los hijos de esta, y Don Alexandro Morera su primer marido.

*Binubus perdit pro
vicesimo bonis ab alio
conjugis relicto.*

126 Si el primer consorte instituye heredero al que despues casò, gravandole en que restituya la herencia à los hijos de su matrimonio, dandole la eleccion, este binubo despues haziendo testamento, aunque sin hazer mencion de la facultad de elegir, dispone su institucion general con sus vinculos, y condiciones en favor de los hijos, quedan estos cõprehendidos en la institucion general, aunque al tiempo de hazerla no fuesse dueño de dichos bienes, bastandole el dominio que tuvo antes, y las reliquias q̄ quedaron de el, ex *Surd. decif. 228. n. 25.* y assi lo declarò el Real Senado (no obstãte la objeccion de vsufrutuario, y no señor) con dos conformes, à relacion del Noble D. Miguel de Cortiada, oy meritissimo Regente, al 1. de Junio 1671. y del Noble D. Francisco de Ribera en grado de suplicacion à favor de Estefania Vila viuda, y el Dotor Olaguer Vila, contra Maria Casilda Camps, Vila, y Sicart, Escrivano Emanuel Texidor.

*Binubus institutus heredi
pro conjugis sub condicione
restituere hereditatem filijs
et omnium electione ipsi
concessa, si per dea facere
cupit ab ipso facultate eli-
gendi tantum pro conjugis
per alii testis facultate
eligendi*

127 Si esto declarò el Senado en favor del q̄ tenia el dominio mendigado de la disposicion de otro, y le perdiò por su culpa, cõ quanta mas razon se ha de declarar en favor del dueño originario destos bienes, que por su liberalidad se desnudò dellos, reservandose el vsufruto toda su vida, y la facultad de disponer

libremente à favor de quien quisiere, quedando assi aun mas que dueño habitual de los bienes dados.

128 Prueba este discurso el pretense antesignano de la opinion contraria, es Fontanel. *de pact. claus. 4. glos. 5.* donde tratando su caso de aver dado vno vniversalmente sus bienes, desnudandose del dominio à favor del donatario con el pacto reversional en caso de morir sin hijos para el mismo donante si viviera, y sino para aquel que quisiere, y bien visto le fuere, que el donante hizo su testamento con su substituciõ, sin especificar que disponia sobre los bienes dados, y à lo vltimo del numero 58. Fontanel. se haze el argumento, diciendo, que no aviendo expressado que disponia sobre los bienes dados, no podian ser contenidos en la disposicion de su testamento; y en el numero 62. y 63. resuelve con toda seguridad, que en virtud de la substitucion que hizo el donante en su testamento, fue visto aver elegido al substituto en los bienes dados, siguiendo el rumbo, de que el donatario que era instituido heredero, no era capaz de admitir los bienes dados por la institucion, dando razon de lo primero, que el donante que se reserva la facultad de elegir en virtud del pacto reversional, es visto aver nombrado, y elegido con la disposicion testamentaria aunque general, y sin mencion de la facultad para elegir.

129 Aqui tenemos en campaña à vn donante sin dominio, cõ la condicion de *si supervixerit*, y sino à quien quisiere, y de ningun modo le tiene Fontanella por nudo ministro, y le contemplò aun con la prerrogativa del dominio sin necessitar de expresar los bienes dados, luego es infalible que nuestro donante no fue nudo ministro, sino q se ha de considerar con las mismas calidades que consideraron las Reales provisiones ya referidas, y que en dicho donante no puede tener lugar la regla, de que el commissario deve explicar, que vsa de la facultad à el concedida para elegir sucessor en los bienes.

130 Cierre la tropa de este discurso nuestro Real Senado en la decision que refiere Ramon despues de su consejo 85. (de cuya grande relevancia para nuestro caso se tratarà mas di-

disfamante en los números siguientes) el caso que trata Ramo en dicho consejo, es como el nuestro puntualmente, porque el donante reservò para si, *si tunc vixerit*, los bienes dados, sino para su heredero, ò aquel en favor de quien dispusiere, hizo su testamento, y instituciõ de heredero universalmente sin especificacion de bienes, y no obstante, que se avia desnudado del dominio de los bienes dados, fue declarado en dicha sentencia, à relacion del Magnifico D. Roca, que la disposicion testamentaria comprehendia los bienes dados.

131 De todo lo dicho con evidencia resulta, que nuestro donante quedò con la potestad de disponer de dichos bienes, manifestada la voluntad de querer disponer de ellos en su testamento, y clausula hereditaria, y que haziendo la eleccion, no necesitava de dominio *actual*, ò *habitual*, y que en todo caso, ni para que se entendiesse que disponia de dichos bienes, era menester expressarlo, hallandose con las reverendas de dueño que fue de dichos bienes, con la possession, y facultad de disponer de ellos, en el caso de verificado el pacto reversional.

132 Desde el num. 39 hasta al 44. inclusive, quiere dar satisfacion à la doctrina de Font. *de pact. claus. 4. gloss. 5. num. 65.* diziendo que habla Fontanella en caso que el donante se huviesse reservado la facultad de poner vinculos à su heredero los que quisiera; considerando diferencia, entre quando la reservacion es absoluta à favor del donante, sin expressiõ de otro alguno, à quando se expressa, que en el primer caso tiene cabimiento nuestra pretension, pero no en el segundo, y que con esta advertencia pretende satisfacer el exemplar que alegamos de Candel, porque en el se reservò el donante, la facultad de graduar sus hijos à su libre disposicion, lo que en si contiene la de poner vinculos, y condiciones.

133 Totalmente vulnera la letra, y mente de Fontanella dicha evasiõ, y se le pretende achacar cosa, que ni la soñò, ni la pudo soñar, y es hazer culpable sumamente su modo de hablar, y no es quimera esto, sino discurso real, patente, y verdadero; trata Fontanella el caso en dicha *gloss. 5.* de vno que avien-
do

do dado toda su hacienda, se reservò el usufructo mientras viviera, con el pacto de que muriendo sin hijos el donatario, huviesen de bolver los bienes dados à si, si viviera, ù *aquel à quien quisiera*, que el donante hizo testamento, instituyò al donatario heredero, substituyendole otro, sin expresar cosa alguna de los bienes dados, y defendiendo su partido Fontanella, negandole trebelianica al donatario, sigue su discurso diziendo, que el substituto sucede, *vir electus, & nominatus in testamento vigore dictæ donationis*, y reconociendo la dificultad del argumento, que Cancer hazia, diziendo que este donante podia imponer vinculos los que quisiere, no se atreve Fontanella en el num. 65. negar esta proposicion, sino que la confiesa redonda, diziendo: *Respondeo quod egregie in hoc decipiari, non enim sequitur potes in testamento gravari, ergo succedit ex testamento, quia tolle reservationem in donatione factam, & videris quomodo poteris succedere.*

134 Affi que Fontanella habla de su caso propuesto, que era el pacto liso de la reservacion, à favor del donante, si viviera, y sino de *aquel en favor de quien dispusiera*, sin la facultad de poder poner vinculos. Luego Fontanella de ningun modo habló con limitacion, sino assentando la regla general. Siguiendo Fontanella su discurso, dize mas, que no solo el poner vinculos el donante, no es contra el pacto reversional, sino antes muy conforme à el, ibi: *Imo totum illud quod est posse testatorem te eligere, & nominare, in testamento, vinculaque, & gravamina apponere effectus sunt reservationis.* No se puede negar q̄ Fontanella continua el caso antecedente, que era la reservacion lisa, y dize que es proprio de aquella reservacion el poder poner vinculos; en dicha reservacion no avia tal facultad expresa, luego no à la facultad expresa se ha de atribuir el poder poner vinculos, sino solo à la reservacion; y de las mismas palabras de que la Alegacion contraria se vale para colorar su discurso, este totalmente se convence.

136 Son dichas palabras, ibi: *Ex eo quod facta illa sit, & eodem modo facta, & concepta quo locum habere potuerit appositio gravaminum, & vinculorum, aliàs si facta non fuisset, nec nominationi electio-*

ni, &c. De modo que en dicha clausula Font: dà la razon de su dicho, ibi: *Ex eo quod, &c.* Las quales palabras son causativas, y sō lo mismo q̄ si se huviera dicho, *eo propterea, ea causa, propter hoc,* *ut in l. 1. ff. de postulando, l. qui testamentum, ff. de probat. l. 4. §. fin. ff. de statu homi. Cenedo singul. 50. nu. 5. Barbol. de dict. vsufreq. dict. 116. num. 25.* Y assi continua su conclusion antecedente, sin alterarla, dando por constante, que dicha reservacion en si contiene la facultad de poner vinculos, y la fuerça de ellos, no la funda en la permission de vinculos, sino en la reservacion sobre referida, y si Fontanella entendiera, que el poder poner vinculos necessitara de expressa reservacion, no hablara desse modo improprio de tan gran Jurisconsulto, como fue, y la razon de lo dicho es (à mas de dictarlo assi la propiedad de dichas palabras, y su modo de hablar) lo que observò la Rota Romana en la *decis. 344. num. 6. part. 9. recent.* ibi: *Ex qua colligitur verba habuit, & recepit adiecta esse continuatiue, & per modum rationis, ipsius confessionis terminos non egredi, cum ratio intelligatur secundum terminos dispositionis, cui accedit Alciat. in l. paterfilium, §. fundum col. vlt. sub num. 8. vers. Tertius est casus, ff. de legatis tercio, Menoch. conf. 376. num. 63. Abbas conf. 361. num. 12.* Seria muy indigna locucion, que tratando Fontanella de la reservacion simple reversional, y cōviniendo en que por ella se pueden poner vinculos, dando por razon la misma reservacion, quisiera dezir, necessitarse precisamente de reservarse la facultad de poner vinculos.

137. La razon por su naturaleza ha de ser confirmativa del dicho antecedente, ò subsiguiente, Rota Romana *decis. 300. nu. 20. part. 1. recent.* Marta de *succef. legal. part. 3. quest. 1. art. 5. num. 47. cum seqq.* Ganaver. *conf. 1. num. 118.* y si fuera lo que la Alegacion contraria pretende, la razon que alega Fontanella destruyera la proposicion antecedente en el caso singular que trata, y no la confirmara, si por si la reservacion para aquel que quisiere el donante, no llevara el permisso de poner vinculos, y dar la inteligencia pretendida à Fontanella, es lo mismo que querer que Fontanella dixesse: *Verdad es, que el donante en el caso referida que*

referuò solo para si, si viviera, y sino para la persona q quisiera la reuer-
sion de los bienes dados, puede poner vinculos, porque es efecto este de
la misma reservacion, si en ella se expresa la facultad de poner vincu-
los, y ya se ve quan imprudente modo de hablar fuera este.

138 Como queda dicho, no solo Fontanella no dixo lo
que le prohija la Alegacion contraria, pero ni lo pudo dezir, ni
la sentencia del Supremo imaginò tal cosa, ni la pudo imaginar,
y solo tuvieron aquella idea de que la persona à cuyo favor dis-
pondria el Donante en su testamento, *veniebat ab alto*, y por el
titulo de donacion (y este entender le impugna Canc. con
harto mejores fundamentos, mas juridicos, y relevantes, y des-
pues Ferrer, *super Constitut. Hac nostra, temp. 3. declar. 9. à num.*
238. ad 24 r. & seqq. y Don Juan Bautista Larrea con su Chan-
cilleria Granatens. *en las decis. 3 r. y 40.* y lo que mas es, assi lo
ha declarado nuestro Real Senado, despues de dichas contro-
versias, en favor de la opinion de Canc. como despues para
conclusion, y remate de nuestra evidencia, se ponderará) pero
no se tratò si avia de estar, ò no à los vinculos que impuso el
donante en su testamento, en dicha Real sentencia del Supre-
mo, porque con matemática demonstracion se prueba, que en
fuerça de nuestro pacto se ha de estar precisamente à los vin-
culos.

139 Dize el donante, que reserva para si, si viviere, ò para
aquel que el quisiere, y en cuyo favor dispusiere la reversion
de los bienes dados, en fuerça de esta reserva es infalible, que
el donante pudo disponer en favor de vno, dos, tres, quatro, y
de todos los que quisiere de todo el mundo; ahora veamos, si el
donante en su testamêto, digamos de dichos bienes dispone en
favor de Pedro, gravandole que en su caso, y lugar les restituya à
Juan, y este à Pablo, y Pablo à Francisco, y Francisco à Estevan,
todos estos no son en cuyo favor dispone el donante de dichos
bienes? es innegable: luego de ningun modo pudo, puede, ni
podrà jamás controvertirse, ni negarse, que quando el donan-
te reserva para si, si viviere, ò para quien quisiere la reversiõ de
los bienes dados, podia imponer vinculos en ellos: porque to-
dos

dos aquellos en favor de quien vincula, son en favor de quien dispone, y à quienes quiere que vengan los bienes dados, y negar esta verdad es pretender persuadirnos lo que no puede comprehenderse.

140 La satisfacion que quiere dar la Alegacion contraria à la decision de Candell, en el num. 43. y 44. diziendo, que alli se reservò el donante la facultad de graduar sus hijos en su testamento libremente no subsiste, porque no puede tener mas eficacia, ni tanta como la nuestra, porque en nuestro caso el donante se reservò la libre facultad de disponer en favor de qualquiera del mundo, y en el de Candell era limitada solo à los hijos, y vease el motivo (que es parte de la misma sentencia, Arnato *resol. 69. num. fin.* Fontanel. *decis. 378. num. 5.* el señor Regente Don Miguel de Cortiada *decis. 24. num. 48.* Quésada Pilo *controu. cap. 48. num. 17.*) del Real Senado en dicha decision, ibi: *Quod si potuit directo Francisco alteri ex filijs hereditatem adimere, potuisset per fideicommissum substituere*, este mismo motivo procede en nuestro caso, porque Gaspar de Puigmari pudo quitarselo al heredero, y darlo à quien quisiere, luego segun la mente del Senado en dicha decision, queda decidido en nuestro caso, y à nuestro favor.

141 En el numero 45. propone la Alegacion contraria nuestro argumento, de que aunque los bienes dados estuviesen fuera del poder del donante, empero quedava en poder de este el derecho de disponer de ellos, & *spes succedendi in illis*, verificado el caso del pacto reversional, y que este derecho era hereditario; y en el num. 46. nos honrra, diziendo, que si es fallaz el primer argumento, es mas fallaz esta instancia, queriendo justificar la fallacia, suponiendo que dicho pacto reversional puede formarse diziendo solo el donante, que muriendo sin hijos el donatario, buelvan à él los bienes dados, sin passar mas adelante. El segundo es quando el pacto contiene la clausula: *Si tunc vixerit, sin minus ad ipsius heredem, seu ad illos, &c.* que en el primer caso, *in, vel spes succedendi est hereditariam*, porque *in stipulationis conditionalis ad heredem stipulatoris trans-*

transmittitur, exornandò esta pròpòsicion cò muchos DD. como si lo huviera menester, y se le negàra quando se le ha confessado.

142 En el segundo empero caso niega que haya drecho, ni esperança que *transmittatur*, porque aunque en los contratos condicionales se dè transmissiõ, se limita quando la condicion se ha de verificar en la persona del donante, como es la condicion *si supervixerit*, la qual quedò desvanecida por su muerte, y que entonces *nulla datur spes, quæ ad hæredes stipulatoris transmitti valeat*, provando esta pròpòsicion difusamente desde el num. 49. hasta el de 53. diziendo, que la razon es, porque en las condiciones voluntarias *nudum factum attendi solet, neque investiganda est ratio motiva testatoris*, y que la condicion *si tunc vixerit*, es cierto que importa condicion, quando en caso contrario es llamado otro, como dize es en nuestro caso.

143 Todo este discurso es de aquellas cosas que alborotã prevenidas, y apuradas no alborotan, y aunque con lo que queda discurredo antecedentemente, no se necesitava de nueva satisfacion, porque se desvisagra, y cae à plomo todo el edificio contrario, empero para quitar todo genero de escrupulo, y establecer nuestra justicia en los terminos de evidente, se dize, que dicha expressiõ *si supervixerit*, no hizo condicional el acto en quanto al drecho de poder disponer el donante de los bienes dados verificado el pacto, y que solo haze relacion à la actualidad de recibir los bienes, porque no se los podia llevar à la otra vida, como se ha dicho, y de la misma inspeccion del pacto consta, porque en caso de *premorir*, quiere que vayan à su heredero, ò *aquel en cuyo favor dispusiere*, en virtud de estas dos providencias tiene el donante lo mismo que tuviera sino fueran aquellas palabras, *si supervixerit*, porque que tuviera? sino fueran dichas palabras, aunque fuera dueño cò el dominio mas absoluto, que? si venia el caso del pacto reversional *viuiendo*, gozar, y disponer de los bienes, si *premorir* disponer de ellos para quando sucede el caso, ò *inter vivos*, ò en vltima voluntad, nombrando sucessor que le suceda, pues despues de muerto no le queda otro que poder hazer por mas dueño que sea, pues si

si esto mismo tiene con la clausula *si supervixerit*; esta no pudo hazer condicional, ni impedir la transmissiõ, antes bien el cõtexto de todo el pacto reversional la confiesa, y concede, y solo como se ha dicho hizo eco á la actualidad de la adquisiciõ de los bienes, explicando el donante el afecto de la libre disposiciõ de ellos.

144 Principio sabido es en derecho, que no se dà transmissiõ en las disposiciones condicionales testamentarias, empero se limita esta regla, quando la voluntad del Testador es de que se transmita al heredero, Peg. *decis.* 102. *num.* 51. Ramon *conf.* 74. *num.* 11. & *conf.* 75. *num.* 13. Canc. *part.* 3. *cap.* 21. *num.* 88. & 252. & 244. Latro *decis.* 1. *num.* 70. Tondut. *qq. civil.* 184. *num.* 1. Bonden. *colluct. legali* 41. à *num.* 66.

145 Siendo esto assi en las vltimas voluntades, mas facilmente se deve admitir en los contratos, en los casos que por especialidad no admitẽ transmissiõ, porque deste modo, se restituye la materia á su primera naturaleza, & *res de facili revertitur ad suam primam naturam*, l. *filio quem pater*, ff. *de liberis*, & *postum.* *cap. ab exordio* 35. *distinct.* Larrea *alleg.* 45. *nu.* 15. Altograd. *conf.* 17. *num.* 21. *tom.* 1. Ciardin. *controv.* 230. *num.* 63. Quesad. *Pil. disert.* 20. *num.* 82.

146 No es difìcil de comprehender en nuestro caso el animo, y voluntad de transmitir este drecho pues llama al heredero, es otra cosa la voluntad del Testador en la transmissiõ que querer que passe al heredero? y en esto consiste la transmissiõ, Masinius *ad l. emancipata post princ. C. qui admitti*, Canc. *part.* 3. *cap.* 2. *num.* 1. Gomez *var. tom.* 1. *cap.* 9. *num.* 50. Actol. *resol.* 30. *num.* 39. *cum seqq.* Pues si nuestro donante en caso que *premoriera*, quiere que passen los bienes dados à su heredero, ò à quel à quien *quisiere*; luego quiso expressamente la trãsmisiõ de dicho drecho, expressando vno, y otro para mayor explicacion de su libre facultad, para disponer de dichos bienes; en ningun juizio regulado, parece que puede caber el que vno quisiesse privarse del beneficio de transmitir, quando previene el caso de premorir con la providencia de disponer de aquellos bienes, de que

que no pudo gozar por aver premuerto.

147 No es negable, que siempre se ha de interpretar el acto, como mas vtil, y conveniente le sea al Agente, ex Bart. *in L. gerit*, num. 21. *de acquirend. heredit.* Alexand. *conf.* 185. num. 7. lib. 6. latè Valenz. *conf.* 33. num. 101. & *conf.* 88. num. 23. Fontan. *decis.* 254. num. 11. Xamm. *de offic. Iud.* part. 3. *quæst.* 5. num. 57. Y no es dudable, que de mayor vtil le era al donante la transmision al heredero, en mayor demonstracion de su libre facultad, que no estrecharfela, y limitarfela, como se pretende en contrario, que el negarle à vno la facultad de transmitir, es cargo q̄ se le impone, *l. panthon. cum ibi notatis per Repeten.* ff. *de acquir. heredit.* Peregrin. *de fideicom.* art. 36. num. 65. *cum tribus seq.* Canc. 3. *par. cap.* 21. *de transmiss.* num. 37.

148 De ninguna manera puede favorecer el partido contrario, ni ofender nuestra sentencia, lo que se pondera en el num. 54. y 55. de dicha Alegacion contraria, de que dicha condicion, *si supervixerit*, es condicion voluntaria, y q̄ en estas no se atiende sino à la corteza de sus palabras, sin indagar el motivo del q̄ dispone, y que en todo caso esta cõdicion, *si tunc vixerit*, quando està acompañada de vocacion de otro, en caso contrario, tiene fuerza de condicion voluntaria, por cuyo defeto se resuelve el acto como si hecho no fuesse.

149 Porque en primer lugar es de suponer, que aunque regularmente las condiciones voluntarias, se deven entender à la letra, sin otro examen, empero quando el que dispone contemplò algun efeto, este es el que deve atenderse, y no otra cosa, sin diferencia de ser, ò no ser voluntaria la condicion, Surd. *conf.* 236. num. 40. Nata *conf.* 24. nu. 2. Marta *de succes. legal.* par. 4. *quæst.* 21. art. 12. num. 63. Castil. *controu.* lib. 4. *cap.* 15. *desdel nu.* 68. Fufar. *de substie.* *quæst.* 480. num. 84. & *seqq.* Carleval *de iudic.* lib. 1. *tit.* 3. *disput.* 5. num. 19. Cyriac. *controu.* 415. nu. 82. & *controu.* 478. num. 85. & 96. Actolin. *resol.* 100. num. 27. & 32.

150 El donante en nuestro caso en dichas palabras, *si supervixerit*, &c. no imaginò, ni quiso estrechar su potestad, ni limitarfela à condicion alguna, como repetidas vezes se ha dicho,
sino

sino que previno el caso solo con dichas palabras, de quando no pudiere lograr la *actualidad* de dichos bienes por *premorir*, y que se entendiera, que no por esso avian de quedar en la libre disposicion de la donataria, ò de sus herederos, sino en el de los successores del mismo donante por la transmissiõ de dicho drecho en el caso de verificarse el pacto, como con magisterio lo observò Canc. *par. 1. cap. 8. de donat. num. 195. vers. At in nostro casu, &c.* (cuyas palabras quedan referidas en el num. 57.) y en el numero 196. habla de la transmissiõ, y su caso era el mesmo que el nuestro con la condicion, *si supervixerit*.

151 El argumento contrario procediera, si nuestro donante denpues de la condicion, *si supervixerit*, no passasse mas adelante, y en estos terminos hablan las dotrinas, negando la transmissiõ en los contratos condicionales, y quan diferente sea en nuestro caso yà se vè, ò quando el donante en caso contrario de no sobrevivir huviere llamado cierta persona, ò incierta de ciertas, porque estas en dicho caso tuvieran drecho adquirido, como latamente, y como Jurisconsulto discurre Larrea con su Senado Granaten. en las dos *decis. 39. y 40. tot.* y enseña Canc. *in d. cap. 8. de donat. nu. 197. ibi: Quid quod licet daremus donatorem attendisse favorem persona in quã ipse disposuisset cum esset incerta, ex incertis adhuc censeretur proprietatem dicti iuris condicionalis sibi reservasse, ita ut illi in quẽ ipse disponderet ab eo ex illa ultima dispositione ius habere diceretur,* y à esto alude lo que dize Ramon en el *conf. 85. num. 4.* de que *cessarent omnes amaritudines*, si la persona nombrada fuera cierta, y determinada.

152 No solo en nuestro caso no es cierta, y determinada la persona, ni *incierta de ciertas*, sino que antes bien los terminos con que se explica el donante, totalmente la excluyen de vocacion propria, porque es de su heredero *in genere*, y este por por su significacion, y naturaleza, dize vnidad de persona con el mismo donante, y excluye vocacion particular, y las otras palabras, *& quibus voluerit*, totalmente proteffan la libertad en el Testador, excluyendo vocacion propria de qualquier otra, y esto se verà con evidencia en la Real sentencia, con que

coro-

córonarèmos nuéstro papel, aviendò llegadò à nuestras manos à los vltimos de su composicion.

153 Igualmente es sin fundamento la instancia con que la Alegacion contraria pretende fundamentar su opinion en el nu. 57. con la dotrina de Antonio Gamma *decif. 5.* la decision que refiere Font. en las Addiciones del 1. *tom. nu. 8.* y Hermosill. *tom. 1. glos. 5. & 6. l. 7. tit. 4. part. 5. num. 10.* diziendo que dellas se prueua, que el heredero instituido por el donante, puede repudiar su herencia, y quedarse con los bienes dados, lo que no pudiera ser si *iure hereditario* le perteneciera: porque es de advertir, que en este discurso se equivocan los terminos de la materia, y las dotrinas alegadas no hablan en el caso, que en la donacion era llamado el heredero, sino que el Testador tenia la facultad de elegir, y por aver instituido al donatario se pretendia averle elegido, como es de ver à la letra en dicha decision que refiere Fontanella, y en la dotrina de Hermosilla, lo que dista infinitamente de nuestro caso, en el qual el heredero era el llamado, y no se pretendia que por razon de averle instituido heredero, le huviesse llamado à los bienes dados, sino que como heredero era yà llamado.

154 En la decision de Gamma yà es otro el caso; pues era el de que el Testador, que tenia facultad de elegir para vn emphyteusi, avia elegido al mismo que despues nombrò por heredero, assi que en dichos casos no se pretendian los bienes dados, con la calidad de ser heredero, sino porque aviendò sido nombrado heredero, se entédia elegido, y habla dicha dotrina, y las demás referidas en los terminos habiles de q̄ la eleccion avia de ser de incierta persona ex certis, y aun en estos terminos es comunmente reprobada dicha dotrina, y Fontanella abomina de ella en el mismo *nu. 8. vers. Qui tamen*, y con las mismas razones el Canc. en la *part. 1. cap. 8. de donat. à num. 176. ad 178.* tratando el punto en los terminos mismos de Font. y de Hermosilla, y la razon es clara, porque si por ser instituido heredero quiere ser elegido, en tanto podrá ser elegido, en quanto fuere heredero, no siendolo, y repudiando la herencia, se halla sin la calidad que puede ha-

hazerle elegido, y assi cessa la eleccion, *qua cessat qualitas*, ex late notatis per Salgado in *labyr. part. 2. cap. 10. à n. 40. & part. 3. cap. 1. à n. 89.* Redenssch. *conf. 7. n. 13.* Conciol. *allegat. 10. n. 4.* Viceol. *contr. 73. à n. 8. & 27.* Y en esta forma lo entendió nuestro Senado en las repetidas decisiones, en q̄ declarò, q̄ toda la clausula hereditaria era la eleccion, y si esto es assi, como lo es, mal podrá dividir el elegido vna parte de la clausula, y dexar otra, y es de advertir, que los Doctores que cita Hermosilla (examinense in fonte) no hablan en el punto de su pretensa doctrina.

155 In finitamente (como se ha dicho) dista nuestro caso del de dichas doctrinas, porque el llamado en la donacion es el heredero absolutamente, heredero es solo el que acepta la herencia, si la repudia no es heredero, y assi propriamente siempre que se haze mencion del heredero, es de aquel que *ade* la herencia, y que con efecto lo es, *l. qui plures 23. ff. de vulgari, l. heredis appellatio, l. sciendum, ff. de verb. significat. l. si in diem, & ibi Bart. & alij, ff. de fideicommiss. libert. Arcin. in l. simili, & tibi, §. si quis seruos, & ibi Alex. & Iason. ff. de legat. 1. Bald. in l. 1. quest. 12. Cod. de his qua pen. nomin. Decius in l. heredem, & ibi Cagnol. ff. de reg. iur. Valenz. *conf. 138. num. 17.* Peregr. *conf. 77. num. 1. vol. 3. & de fideicommiss. art. 32. num. 3. & seqq.* Fular. *de substitut. quest. 360. num. 9. & conf. 98. nu. 9.* Canc. *part. 2. cap. 7. de restitut. spoliat. num. 58.* Rota *decis. 35. num. 8. part. 5. recent.* Redenssch. *conf. 7. num. 13.* Bonden. *colluc. leg. 22. num. 3.* Es pues dicha doctrina contraria, inadmissible, y destituida de todo fundamento, para querer arguir de ella contra nosotros.*

156 La evasion que se dà en el num. 72. de la Alegacion contraria, à la decision que hizo el Magnifico Ioseph Aleny en la causa de Semmanat (diziendo que *dubitative* se habló en ella, & *non decisive*, y que el pacto reversional no seria concebido con la condicion *si superuixerit*, y que lo que quita toda dificultad, es que en dicha decision no se lee palabra alguna, de la qual se infiera que el drecho aquel se transmitió al heredero *iure hereditario*) es totalmente frivola, porque el caso de dicha donacion fue, q̄ el donante en el pacto reversional estipuló para su he-

redero la reversion de los bienes, premuriò al donatario, y instituyò heredera à su muger, dudase si el derecho, y esperança de suceder en dichos bienes, era *pretio* estimable para que le fuese credito en los bienes dados, y se declarò que tenia lugar la estimacion que se pedia, nombrandose expertos para hazerla, de que se ve averse declarado en dicha provision, que el derecho de suceder el heredero, era *hereditario*, y incluido en la misma institucion vniversal, ibi: *inclusam in institutione heredis facta in fauorem dictae Aldunciae*, como se desengañará la parte contraria examinando la original provision en el processo, cuyo Escriuano es Joseph Forès, y no se sabe comprehender, que pueda aver transmissiõ al heredero, y que no sea *iure hereditario*, porque es contra los terminos de la materia de transmissiõ.

157. Affi mismo es debil la satisfacion que pretende darse en la Alegacion contraria al argumento del Alegato ilustrado de num. 32. (en que se ponderò, que muriendo el donatario sin hijos, *hereditate iacente donatoris*, el dominio de los bienes dados no podia estar *penes heredem donatarij, quia per eius mortem absque filijs prorsus erat ius illius extinctum*, ni el dominio *potest esse in pendenti*, l. si ergo. ff. de solut. Menoch. conf. 413. nu. 24. conf. 822. num. 35. Altograd. conf. 13. num. 16. lib. 1. y por necessaria consecuencia avia de estar en la *herencia jacente*, que representa la persona del difunto, S. *seruus etiam alienus* 2. instit. de heredi. instituend. Salgad. in labyrinth. credit. par. 1. cap. 2. num. 50. & 51. & cap. 32. num. 3. de otro modo serian bienes vacantes, y del Principe, Excellentissimus D. Crespi obseru. 93. Xam. rer. iud. definit. 113. Ramon conf. 5.) diziendo, que en virtud del pacto reversional, el heredero que fue instituydo heredero en el testamento muriendo el donante verificado el pacto, fue señor irrevocable de los bienes dados.

158. Porque mientras se delibera por el heredero la adicion de la herencia, no ay heredero en quien racayga el dominio, y toda la disposicion del testamento queda *in suspenso*, porque si repudia el heredero, no ay testamento, y todo lo dispuesto

puesto en él *resoluitur, & extinguitur, ac si factum non fuisset*, según principios ciertos de derecho, *S. posterior. 2. & Insti. quibus modis testamenta infir. l. eam quam, Cod. de fideicom. l. proximè, ff. de his que in test. delent. l. si nemo de regul. iur.* Mantica de coniect. vltimar. vol. lib. 9. tit. 13. num. 14. Ramon conf. 61. num. 14. Valenz. conf. 138. num. 9. Altograd. conf. 52. num. 3. com. 1. Andreol. contr. 163. num. 22. y assi precisamente dicho derecho se ha de confessar incluso en la heredad jacente del donante.

159) Pudiera proceder la doctrina contraria quando la eleccion huviera de ser de vn incierto *ex certis*, porque todos los elegibles tienen derecho à aquellos bienes, Ramon conf. 78. n. 37. aunq̃ por la eleccion del vno, se extingue el de los demàs, si, y conforme se dize de los correos *credendi*, aunq̃ todos tengan la accion *insolidu*, emperio pagandose à vno la cantidad estipulada, se extinguen las de los demàs, *S. ex huiusmodi, Insti. de duobus reis, l. 2. l. 3. S. 1. l. reos, 1. ff. eodem*, y por dicha razon no haziendose la eleccion, todos los elegibles igualmente, entran en los bienes, sobre que podia recaer la eleccion, *l. si renum ex familia, S. roga, l. cum quidam, ff. de legat. 2.* Cyriac. controu. 548. num. 64. Tondut. qq. civil. cap. 51. num. 34. Fontanel. decis. 527. num. 2. Quésada Pil. disert. 18. num. 78. pero no en nuestro caso, que es la persona incierta de inciertas; sin hallarse sujetos en quienes pudiera radicarse tal derecho, siendo todo el mundo el ambito desta eleccion.

160) En todo caso, que pudiera no reputarse derecho hereditario el que tuvo nuestro donante (lo que no puede ser según buena Jurisprudencia) no se seguiria, que no se huviera de estar à los vinculos puestos en su testamento, porq̃ esto tiene diferente inspeccion, y el mismo antesignano Fontanella sin controversia admite esta verdad, como està dicho, y no confessarlo assi la Alegacion contraria, es negarse à la inteligencia de su Fontanella.

161) Con lo discurrido antecedentemente assi en el Alegato ilustrado, como en la satisfacion de los argumentos contrarios, parece (y es assi) que se ha dado evidencia à la justicia de nues-

892

tro Noble Clientulo, con total exclusion del medio, de que-
rerle hazer donatario al heredero de nuestro caso: porque la
clausula, *si supervixerit*, no hizo condicional el caso en la reversion
de los bienes, sino para la actualidad del goze de ellos, y toda
la contextura del pacto reversional, fue vna protestacion del
mismo donante para mayor explicacion de la libertad de dis-
poner de sus bienes *ante, & post mortem*, siendo sinonimos el
estipular *para si, para su heredero, y para quien quisiere*, aviendose
de contemplar solo en este pacto la persona del donante, sin vien-
do la palabra de *herederos*, no para inducir vocacion, *ex propria
persona*, sino en quanto es sucessor vniversal del donante, y re-
presenta su persona, pues no se hizo mencion de persona algu-
na, sino de la calidad de heredero, que arguye solo atencion a la
calidad, y no a la persona, y por consequente qualquiera acqui-
sicion avia de ser a la calidad de heredero, y no a la persona,
particularmente concurriendo la otra clausula, *& quibus vo-
luerit*, la qual excluye toda otra vocacion en favor de qualquier
otra persona, y manifiesta la libre voluntad, y facultad de dis-
poner, sin ser capaz la materia de retroracion, por faltarle la
habilidad de los dos extremos, *a quo, & ad quem*, que en todo
caso el derecho de suceder el heredero, avia de ser con la quali-
dad hereditaria, por la qual avia de passar por todos los vincu-
los del donante, porq̃ todos constituyen en el ser de heredero
al heredero, y sin ellos no puede considerarse heredero el here-
dero, que por lo menos avia de concederse tener la eleccion el
donante, en virtud de la qual podia entre los eligibles poner
vinculos los q̃ quisiere, y que los elegibles eran todos los del mū-
do, sin necessitar de aver de expressar el que vsava de dicha fa-
cultad, para que los bienes dados quedassen sujetos a los vin-
culos impuestos, porque no era nudo ministro, sino es el due-
ño originario de dichos bienes, y del derecho de disponer de ellos
en el caso del pacto reversional, y que para imponer vinculos
entre los eligibles no es menester dominio, y el nudo comissa-
rio los puede hazer, particularmente quando la eleccion ha de
ser *ex incertis de incertis*, y que la eleccion que se arguye por la
insti-

institución de heredero se ha de formar de toda la clausula hereditaria, porq̄ toda ella es la elección, y la institución de heredero se compone de todos los vinculos con q̄ la viste el Testador, y q̄ en virtud de la disposición en favor de qualquiera otro, podia el donante darlo à vno, despues à otro, y despues à otro en el testamento, ò fuera de el, porque todos aquellos eran en favor de quienes disponia el Testador, y que con esta atención al heredero disponiendo de dichos bienes, podia gravar el donante, y que con todo efeto, *especial*, y *expresamente* lo hizo en nuestro caso, porque en la clausula de la institución dixo que disponia de todos los derechos avidos, y por aver, y de que podia restar, y derecho por *aver*, no se pudo verificar, sino en el caso del pacto reversional, y por consiguiente se havia de reputar como si *especial*, y individualmente huviera dispuesto del derecho del pacto reversional; que el derecho de disponer de dichos bienes, fue hereditario, y transmisible, sin poder el heredero repudiar la herencia, y admitir los bienes dados, que vltimamente la controversia pudo ser segun la quimera de Fontanella, de si sucedia, ò no el nombrado en el testamento, *ex donatione, vel ex testamento*, pero en quanto al poder imponer vinculos ninguno lo dudò, ni la parte contraria tiene Auctor alguno à su favor, y el mismo Fontanella su antesignano lo dà por constante, diciendo, que antes bien es efecto total de su reservacion el poder poner vinculos.

162 Solo le quedan à la Alegacion contraria los dos exemplares, que han dado motivo à esta controversia, y como en los pleytos, sobre que recayeron, no se discutiò la materia por las partes, y si en alguno dellos se escrivio en derecho, fue tarde, y despues de hecha la vltima sentencia provisional, no pueden vencer la solidez de tanta razon juridica, como assiste en contrario, porque las decisiones en que no se ha disputado plenamente, y cõ toda discuffion la materia, no pueden hazer exēplar; Rota coram Seraphino *decis. 299. n. 13.* & *in recent. decis. 17. à n. 9. part. 5.* & *post collect. Bonden. decis. 21. n. 26. Vrceol. consult. 60. n. 4.*

163 Y assi no es pretender, que el Real Senado receda de su
 Q sen-

sentir, sino que se conforme con el que antes tuvo definitivamente (disputada la materia por las partes, con todo examen, y plena discusion de la dificultad) en el punto individual de nuestro mismo caso, que despues de formado este papel por influxo, y fuerça de la misma verdad, segun advirtió Ciceron ad Vat. y observò Quesada Pilo *contr.* 35. *num.* 9. vino à nuestras manos la Real sentencia, hecha à los 29. de Octubre 1623. sobre el caso que refiere Ramon en el consejo 85.

164 Fue el caso, que Francisco Codina, Canonigo, y Dean que fue de la Santa Iglesia de Tarragona, à los 5. de Março 1613, hizo donacion de ciertos bienes à Francisco Codina su sobrino, en contemplacion del matrimonio que contratò con Isabel Anna Grañò, con pacto, y condicion, que si muriessse sin hijos dicho donatario, ò con tales que no llegassen à edad de poder hazer testamento, bolviessen dichos bienes *al donante*, si fuera vivo, *sino à su heredero, y sucessor, ò aquellos en cuyo favor dispusiere.* Dicho donante en su testamento instituyò heredero suyo vniversal á dicho Francisco Codina donatario al 1. de Junio 1610. substituyendole en caso de no sobrevivir, ò morir sin hijos, à Geronimo Belmunt, tambien sobrino suyo; sucedió que murió el donante, sobreviviendole el donatario, el qual acetò su herencia, despues murió el donatario, y heredero, sobreviviendole vna sola hija, que murió en edad pupillar, à quien sobreviviò dicho Geronimo Belmunt, pretendió este aver sucedido, por lo menos en los bienes dados en virtud de dicha donacion, por quanto en ella muriendo sin hijos el donatario, ò cõ tales que no llegassen à edad de testar, era llamado el heredero, y sucessor del donante, ò aquel en cuyo favor huviesse dispuesto, y que assi aviendo muerto el donatario sin hijos que llegassen à edad de testar, quedava verificado el pacto reversional, y el llamamiento de su sucessor, en cuyo perjuizio no podia el donante en su testamento hazer disposicion alguna, ni limitar la condicion doble à la sencilla que impuso en su testamento, con el motivo de que el donante solo tenia el nudo ministerio de nombrar el substituto, alegandose las razones de Fontanella en el primero,

ro, y segundo de pactis, y añadiendose la diversidad de casos, porque en el suyo el testamento del donãte, fue antes de la donaciõ, y en èl estava expressada la persona de dicho Belmunt, no obstante lo qual, tuvo repulsa dicho Belmunt con dicha Real sententia, cuyo tenor es como se sigue.

Die XX. Octobris M. DC. XXIII. Barcinone, in Regia Audientia in Aula Magnifici Regentis Cancellariam, eo Presidente, interfuerunt cum eo.

Magnifici Ioannes Gallego.

Hieronymus Astor.

Et Iosephus Roca.

Magnificus Franciscus Aguilo non interfuit ex causa.

In facto causa vertentis in Regia Audientia, inter Hieronymum Bellmunt Clericum Ciuitatis Ilerde ex vna, & Elisabethem Annam Graño, & Codina, partibus ex altera, facta relatione per Iosephum Roca dicta Regia Audientia Doctorem, & causa Relato-rem.

A Tcento ex meritis processus constat Franciscum Codina Presbyterum Decanum, & Canonicum Ecclesie Tarraconensis intuitu, & contemplatione matrimonij alterius Francisci Codina filij ex fratre suo, donationis titulo eidem concessisse domos, petias terra, & aeram in Ciuitate, & Vicaria Ilerde sitas, & in capitulis nuptialibus eiusdem, & Elisabetha Anna Graño uxoris sue penes Michaëlem Axamenò Notarium publicum Tarracona, die quinta mensis Martij, Anni 1513. iuratis, & receptis latinis designatas, cum pacto, & conditione, quod si Franciscus Donatarius decederet absque filijs, ad testandi perfectam etatem non peruenientibus, res donatae ad eundem reverterentur donatorem, si viueret, & si non viueret, ad eius hæredem, & successorem, aut ad eos in quorum favorem ipse donator verbo, testamen-

505
mētō, aut aliās disposuerit. Constat etiā eundem Codina testatorē
in suo ultimo testamento, quod penēs eundem Axamenō condidit in Ci-
uitate Tarraconā die prima Junij, Anni 1610. sibi heredem instituisse
vniuersalem eundem Franciscum donatarium, & quādo cumque
moreretur absque filijs, vel filiabus legitimi coniugij, eidem substi-
tuisse Hieronymum Bellmunt, ex Sorore ipsius Testatoris filium, per quē
licet fuerit allegatum, & probatum dictum Franciscum donatarium
mortuū esse superstitē sibi Paula, quā in pupillari aetate decessit, & prop-
terea prætensam vniuersam hereditatem, & bona quā fuerunt eorun-
dem donatoris, & donarij, ad se vigore dicti testamenti spectare,
aut saltem bona comprehensa in dicta donatione cum per eam iam sibi
fuerit acquisitum ius, vigore facultatis quā sibi donator reseruauit
disponendi de dictis bonis donatis, casu quo decederat donatarius abs-
que filijs non peruenientibus ad testandi aetatem, maxime cum in præ-
chalendato testamento, quod ante dictam condiderat donationem, cū
quo mortuus est, substituerit eidem donatario heredi eundem Hierony-
mum Bellmunt, & consequenter declarauerit se velle, quod dictus
Bellmunt succedat in prædictis bonis donatis, & quod facultatem de
illis disponendi in dicta reseruata donatione sibi in fauorem dicti sub-
stituti reseruauit. Ceterum cum in præchalendata donatione nulla in
fauorem dicti Bellmunt interuenerit stipulatio, nec de eo fuerit aliqua
facta mentio, & substitutio dicto donatario in dictis capitulis mari-
monialibus contenta, nempe quod res donata in casu obitus donarij,
reuertantur ad donatorem, si vixerit, sin autem ad eius heredem, &
successorem, vel ad eos in quorum vtilitatem ipse disposuerit, facta
sit in fauore incertæ personæ, ex incertis, sequitur quod dictus Testator
potuit in suo testamento dictam dispositionem alterare, & ex eo vnam
conditionem tollere absque eo quod ex tali alteratione possit dictus Bell-
munt, qui sub vna tantum conditione fuit in dicto testamento voca-
tus, vel substitutus, præiudicium aliquod prætere, cum eidem ex
prædictis nullū sit quæsitum ius ex dicta donatione, nec voluntas
Testatoris qui illum nominatim in testamento substituit, possit retrahi
ad tempus dictæ donationis, cum à die mortis Testatoris, & non antea
capiat vires testamentum, & usque ad vltimum vitæ spiritum po-
tuerit Testator de dictis bonis donatis pro arbitrio disponere, & præ-
dictam

dictam alterare, & tollere penitus substitutionem. Et attento constat per obitum dicti donatarij heredis superstitute sibi dicta Paula filia defecisse conditionem sub qua fuit Bellmunt substitutus, in casu scilicet quod dictus heres decederet sine filijs, vel filiabus, cum sub una conditione datum, sub contraria censeatur, & sit ademptum, nec alia ex dictis capitulis nuptialibus, & testamento, seu alijs resultent, quorum virtute possit dictus Bellmunt pretendere bona donata, & uniuersam dicti Decani Codina hereditatem ut pretenditur.

His igitur, & alijs meritis dicti processus attentis, & alijs fuit conclusum, quod dicto Hieronymo Bellmunt agenti in preteritis ab eo, silentium imponatur, & quod dicta Elisabet Anna Codina, & Graño conuentu absoluantur à petitis, & quod neutram, &c.

165 En este pleyto fueron consultados Cancer, Fontanella, y Ramon; Cancer defendia su opinion intrepidamente, Fontanella, segun dize en la decis. 478. nu. 1. se abstuvo de dicho pleyto, por parecerle que se avia de resolver segun la opinion de Cáncer, que tanto le desplacia, con q̄ quedò Ramon en el palenque, defendiendo la opinion de Fontanella, si bien como se ve, fiò poco della, hablando con gran trepidacion, pretendiendo con el medio nuevo, de aver precedido à la donacion el testamento, y fer nombrado en el dicho Belmunt, y es de ponderar la tenacidad de Fontanella en su opinion; pues escribiendo en dicha decision mucho despues de dicha sentencia, no solo habla entre dientes, y sin explicarse, sino que calla el tenor de dicha sentencia, sin responder à sus motivos, y se passa à responder à las decisiones 39. y 40. de Larrea.

166 Es dicha sentencia à medida de nuestro caso (y fue el mismo de Fontan. de pactis claus. 4. glos. 5. desde el nu. 52. en que fue instituido heredero el donatario, à quien se le diò substituto, y pretendia que este avia de suceder en los bienes en que el donatario sucediò como heredero, y en los demàs de la donacion, por ella misma, como electo, y nombrado en el testamento) porque el pacto reversional del de dicha sentencia fue para el donante si viuiere, ò para su heredero, y lucessor, ò aquel en favor de quien dispusiere, como es en nuestro caso, sobreviviò el do-

R nata-

nàtario al donãte, como en nuestro caso, el donãte en el testamẽto dispuso generalmẽte sin individuar los bienes, ni hazer menciõ de los dados, como se pretende en cõtrario, que lo hizo nuestro donante en su testamento, (no obstante, q̃ por lo q̃ queda discurredo la disposicion de nuestro donãte, fue expresa, y individual) en el caso de dicha sentencia el donante en su testamẽto dispuso nuevo modo de suceder en el substituto, alterando la disposiciõ del pacto reversional, lo que aun no fue en nuestro caso, porque de ninguna manera le previrtiõ, antes bien en fuerza de la reserva dispuso el Testador en favor de quien bien visto le fue, y no obstante todo lo ponderado por Ramon, assi ayudado de la doctrina de Fontanella, como de la especialidad de su caso, fue declarado contra la pretension del substituto, con el motivo de que en el dicho pacto reversional, no fue expresada la persona de dicho Bellmunt, ni en virtud de el no pudo adquirir derecho alguno por el llamamiento de inciertos *ex incertis*, ni caber retracciõ, y quedar al donãte libre la disposiciõ de dichos bienes,

167. Dicha sentencia como se vè fue definitiva, y en el pleyto principalmente se disputò el punto, se vieron las doctrinas de Fontanella, y decisiones del supremo de Aragon, cuyas copias van impressas en el mismo Fontanella, y la vltima fue del año 1615, y la nuestra en el año 1623. Votaron en dicha sentencia el Noble D. Miguel Sala Regente entonces, que intervino en la decision de dicha causa, y los Magnificos Doctores Juan Gallego, Geronymo Astor, y Joseph Roca Relator, cuya grande doctrina es notoria à todos, y venerada aun del mismo Real Senado;

168. Si los Abogados de las causas de los dos exemplares huvieran alegado lo que en este discurso, y demàs deducciones de nuestro Noble Clientulo, con vista de dicha Real sentencia, es cierto que contar no les pudiera la parte contraria à su favor;

169. Insiguiendõ el rumbo de la Alegacion contraria, pasaremos ya à dar satisfacion à lo que mira al *Ritu*, sobre si la excepcion opuesta por la Noble parte contraria deve admitir-

se en este juyzio del decreto de execucion , en que se explaya desde el num. 55. hasta el ultimo, y consiste todo su fundamento en dos medios: El primero es, de que dicha excepcion es modificativa, y assi es admisible contra la execucion de la sentencia: El segundo, que notoriamente dize, que consta à su favor de su buen drecho, y que el nuestro es solo fundado en argumentos fallaces, y de poca substancia, y que en este caso es admisible dicha excepcion indistinctamente.

170 En quanto al primero tiene facil la respuesta, porque es incompatible la justicia de nuestra sentencia definitiva, en la qual individualmente se nos adjudicaron los bienes contenciosos *in vim fideicommissi*, y querer disputar agora, y negar la subsistencia de dicho fideicommissio, y en este caso es cierto, que no se admite la excepcion, y valga por muchos el doctissimo Carleval. *de iudic. tom. 2. lib. 1. tit. 3. disput. 17. num. 6.* en las palabras siguientes.

171 *Alia tandem sunt exceptiones quae obijciuntur contra actionem intentatam, prout sunt omnes peremptoriae quae recipiunt merita causae principalis, in quibus regula est, ut post sententiam definitivam obijci non possint, l. peremptoriae 2. Cod. sentent. rescind. non pos. veluti, si reali actione conventus praescriptionem, vel personali, exceptionem pacti de non petendo opposuerit, ratio est, quia exceptiones peremptoriae arguunt sententiam de iniustitia, et tendunt ad eam impugnandam, et revocandam, et rescindendam, ideo non admittuntur, quia post rem iudicatam nil amplius queritur, l. post rem. 5. 6. de re iudic.*

172 Sin que sean aplicables los discursos contrarios del num. 69. queriendo provar que las excepciones, *pretij non soluti ad implemto non sequuti rei non tradita*, et *compensacionis*, pueden oponerse *in decreto executionis*, porque à mas de que es muy controvertido entre los Doctores, si dichas excepciones son admisibles, ò no, como es de ver en los que cita la parte contraria, es de considerar que los que siguen la afirmativa, es porque sienten que no impugnan la sentencia, sino que difieren la execucion, hasta que sea pagado el precio, y entregada la cosa, como es de ver en Gratiano (hablando de la excepcion *pretij non soluti*) *discep.*

cept. forens. cap. 3 2 5. num. 2 3. ibi: Quia hoc fuit in libertate quasi rei, sciret dictam exceptionem etiam postea oppositam non impugnare ipsum iudicatum, & sententiam, sed solum executionem ipsius impedire.

173 El mismo Gratiano (en terminos de excepcion rei non tradita) discept. forens. cap. 4 1 1. num. 2 2. ibi: Pro decissione tamen predictorum distinguendum est, quod si mihi fuerit disceptatum in iudicio de hac exceptione rei non tradita, aut pretij non soluti, tunc poterit opponi, ex quo illam non impugnat sententiam, quia fatetur empor se debere pretium, sed dicit rem sibi tradi, argumento legis Neseuius de re iudicata.

174 Si se admitiera la theorica contraria con la generalidad que pretende introducirse, totalmente se destruiria la regla, que las excepciones que impugnan la sentencia directamente, no deven admitirse en el decreto de execucion, y sea lo que quisiere, jamás podrà persuadirnos que aviéndose adjudicado in vim fideicommissi nominatim, los bienes contéciosos, no sea impugnar directamente dicha senténcia negar el fideicommissio que alli individualmente se declaró.

175 En orden al segundo medio, es preciso confessalle igual irrelevancia que al primero, porque de todo lo discurrido en este papel, resulta vna, fino son muchas las evidencias de la infalibilidad del drecho, y justicia de nuestro noble Clientulo, particularmente en quanto al punto de poder poner vinculos, y poder el donante libremente disponer de los bienes dados en caso de verificarse el pacto reversional, y quando esto no fuera asfi (como lo es) no podia negarse, que tendria gravissima dificultad la materia contra la parte contraria, y para que por razon de notoria injusticia se impida la execucion de vna Real sentencia es menester que la notoriedad sea de modo, que neque colorate possit aliquid opponi; porque en teniendo alguna color la oposicion, se ha de executar precisamente la sentencia. Grat. discept. forens. cap. 9 5 0. num. 3 3. ibi: Debet esse talis, ut non sufficiat qualibet iniustitia cum debeat esse omnino clara, notoria, & patens itaut nullo prorsus colore poterit offuscari, nam si aliqua probabili dubitatione, iniustitia in dubium renocaretur non posset ad istum effectum dici sententia

notoria nulla, & iniusta, Rota decis. 646. num. 1. & 2. par. 2. in re-
cent. post Franch. in cap. dilecto, num. 155. in fin. de appellat. Felin.
in cap. inter ceteras, num. 7. de re iudicata, Honded. conf. 28. num. 19.
lib. 1. ubi etiam quod non sufficiat iniustitiam, esse manifestam, Bur-
fat. conf. 73. num. 1. Caphal. conf. 201. num. 1. cum seqq. lib. 2.

176 Post. resol. 68. à num. 44. ibi: Nisi doceatur de iniustitia
notoria, vel de euidenti nullitate, adeo ut nulla ratione, aut excusa-
tione celari, vel offuscari possit. secus si in facto, vel in iure aliquam
patiatur difficultatem, seu sit velata, aut aliqua probabili ratione, vel
causa, Rota diuers. decis. 85. num. 4. par. 1. & tradidi eadem obser. 12.
num. 12. cum ad tollendam notorietatem sufficiat qualis qualis offus-
catio, Felin. in cap. ceteras, num. 7. de re iudicat. Mascard. conclus.
1107. num. 107. Contard. de moment. pers. lim. 9. nu. 34. Medic. decis.
32. num. 21. & seqq. Seraphin. decis. 616. num. 9. & quod opponatur
aliquid etiam colorate, vel probabile, Pacifi. de Saluian. inspect. 1. cap.
4. nu. 45. & 46.

177 Andreol. controu. 94. num. 3. ibi: Verum ultra quod ad
remouendam notoriam iniustitiam sufficit qualibet oppositio etiam
dubia, & qualis offuscatio, ut post. Deci. Rip. Ias. Barbat. Præposit.
tradidit Bellam. decis. 444. Caphal. conf. 20. num. 10. lib. 1. Gabr. de
excep. rei iudicat. consil. 1. num. 9. Riminald. iun. conf. 421. num. 13.
lib. 4. Contard. ad leg. univ. Cod. si de moment. poss. limit. 6. num. 61. &
limit. 9. num. 31.

178 El mismo Andreol. controu. 304. num. 9. ibi: Quibus
non obstantibus fuit decisum pro executione dictarum conformium,
nam ponderatum fuit nullitates allegatas non posse dici notorias,
& per consequens non posse impediri iudicati executionem, Doctores
in d. l. 4. §. condemnatum, ff. de re iudicata; notoria enim dici non po-
test illa nullitas, quæ aliqua probabili ratione, vel etiam colorata
tantum defendi, vel offuscari poterit, con muchos que ale-
ga.

179 Burat. decis. 251. num. 7. ibi: Talis autem debet esse hu-
iusmodi notorietas, quæ aliquo colore velari, vel offuscari non possit,
donde cita muchos Dotores, y infinitas decisiones de la Rota

180
Romana, vease quan poco ajustable es, la pretensa theorica con-
traria à nuestro caso.

180 De todo lo que se ha ponderado en los anteceden-
tes numeros, queda justificada la dotrina, con que nos he-
mos aplicado à la defensa de nuestro Noble Clientulo, y que de
ningun modo puede padecer la nota de *fallaz*, y *collusiva*, sino
merecer la excelencia de solida, juridica, y muy castiza, por lo
que espera favorable decision en el presente caso. Salvo sem-
per, &c.

DE VALDA V.I.D.

RAPHAEL LLAMPILLAS V.I.D.

MELCHIOR PROVS V.I.D.