

5-3



58



Faint, illegible text visible through the paper, likely bleed-through from the reverse side. Some words like 'CATEDRA' and 'DE' are partially discernible.



JESUS,
MARIA, Y JOSEPH.

P O R

DON RAPHAEL AMER,
Numer. 28.

C O N

DON JAYME VICH DE SUPERNA,
Numer. 23:

DON GABRIEL FLOR, *Num. 26,*

Y

DOÑA COLOMA CUSTURER,
Num. 27, todos Vecinos de la Ciudad de
Palma , Capital de el Reyno
de Mallorca.

S O B R E

*El Fideicommissso fundado por Don Jayme Garriga,
Nam. 2, que vacò por muerte de Don Pedro Garriga,
Num. 20, su ultimo possedor.*



MARIA T. JOSEPH

P O R

DON RAPHAEL AMER

Núm. 28.

C O N

DON JAYME VICH DE SUPERNA

Núm. 29.

DON GABRIEL FLOR.

Núm. 25.

Y

DOÑA COLOMA CUSTURRA

Núm. 27, todos Vecinos de la Ciudad de

Palma, Capital de el Reyno

de Mallorca.

E O P R E

El Fabricante de este libro por Don Jaime Pariza

Núm. 2, que vive por muerte de Don Pedro Pariza

Núm. 20, la ultima pagada.



Num. 1.



A Audiencia , por Sentencia de 29. de Julio de 1735, adjudicò à Doña Cathalina Custurer , y Santa Andreu, Num. 27, este Fideicomisso , como descendiente , y *successora* por sus medios de Doña Cathalina Garriga, Num. 7. (1)

2 Y habiendo suplicado los demàs Colitigantes, pretenden : Doña Cathalina , Num. 27, y sus Curadores , que se confirme en todo , y por todo ; (2) y Don Raphaèl Amèr , Num. 28, que se revoque en quanto le es perjudicial , y en su consecuencia se declare , que por muerte de Don Pedro Garriga , Num. 20, ultimo legàl possedor , se le desfrìò la succession del dicho Fideicomisso , condenando à la restitution de èl , y de los bienes que le componen , à Doña Cathalina Custurer , y Garriga , Num. 20, Viuda , y heredera del ultimo possedor , con Recudimiento de frutos , y rentas , desde el dia de la vacante , y con exclusion de Don Jayme Vich, Num. 23, y Don Gabrièl Flor , Num. 26, que respectivamente piden lo mismo.

3 Y para demostrar la justicia de Don Raphaèl, dividirè esta Alegacion en dos Partes , manifestando en la primera, el ningun derecho de Don Jayme Vich, y Don Gabrièl Flor, Num. 23, y 26; y en la segunda, que en esta vacante hà sucedido Don Raphaèl en el Fideicomisso , que se disputa , como descendiente Varon de Doña Cathalina Garriga , Num. 7, con exclusion de la dicha Doña Cathalina , Num. 27. Sin que pueda sufragarla la prerrogativa de la linea , ni la qualidad de heredera mediata de la susodicha , en que se funda la Sentencia.

PARTE

(1)

Memor. num. 1.

(2)

Memor. num. 5.



(3)
Cap. 1. de Nunc. 2007.
Lib. 1. Cap. 2007.
2007

PARTE PRIMERA.

QUE NI DON JAYME VICH
de Superna, Num. 23, ni Don Gabriel Flor,
Num. 26, tienen el menor derecho
à este Fideicomisso.

4 **A**MBOS conspiran, aunque por diversos medios, à la exclusion de Don Raphaël Amèr, para fundar su inclusion.

5 Don Jayme Vich, Num. 23, intenta persuadir su preferencia presuponiendo, que el Fundador apeteciò en primer lugar la agnacion natural, y rigurosa en los descendientes masculcs de Don Thomàs, y Don Antonio Garriga, Num. 4. y 5, sus Sobrinos, subscitando en su defecto la artificiosa.

6 Y de esto infiere, que descendiendo de el dicho Don Thomàs, Num. 4, primer donatario, por medio de Doña Isabel Juana su Abuela, Num. 11, y teniendo la qualidad de agnado artificioso, que no concurre en los demàs Colitigantes, debe ser preferido en esta vacante; y especialmente hallandose en la linea predilecta del dicho Don Thomàs, Num. 4, y descendiendo del matrimonio de este con Doña Juana Rabasa, que fue el principal objeto, y causa final de la Donacion.

7 Al contrario, pretende Don Gabriel Flor, Num. 26, haver llegado el caso de su llamamiento, como descendiente Varon del dicho Don Antonio, Num. 5, y unico en la linea contentiva de Don Pedro Garriga, Num. 20, ultimo poseedor; suponiendo, que el Fundador, en falta de los masculos agnados, llamò à los simples cognados, por lo qual se halla afsistido de la prerrogativa de la linea, con capacidad, y llamamiento, que es lo que debe justificar para obtener. (3)

8 Pero reflexionadas las Clausulas de la fundacion, y el curso, que ha tenido la succession, calificado

(3)

Cap. 7. de Natura Succes.
Feud. leg. 1. Cod. Quorum
honorum.



3
cado con repetidas Executorias, se descubre desde luego la debilidad de estos fundamentos.

9 Donò el Fundador los bienes, que se controvierten, à Don Thomàs Garriga, Num. 4, su sobrino, substituyendole el hijo mayor Varon que tuviesse, (4) y à este por la vulgar, y fideicomissaria, *si sine liberis masculis, legitimis, & naturalibus obierit*, substituyò el hijo segundo Varon del dicho Don Thomàs, Num. 4, y los demàs, que tuviesse por orden de mayoría. (5)

10 Y en qualquiera de estos casos, ò el de que los hijos masculos de el dicho Don Thomàs, *absque liberis masculis legitimis, & naturalibus obierint*, substituyò al ultimo de ellos, que assi muriesse, el dicho Don Antonio Garriga, Num. 5, en la Clausula tercera, (6) *ibi: Instituo mihi in dicta donatione, & ultimo eorum sic deficiente substituo, Antonium Garriga, Num. 5, nepotem meum, fratremque tuum, filium dicti Petri Garriga, Num. 3, si tunc vixerit.*

11 En cuyo contexto se vè, que segun la expressa voluntad del Donador, no pudo llegar el caso del llamamiento de Don Antonio, Num. 5, y sus descendientes, hasta faltar todos los comprendidos en la Condicion, puesta para el transito à la substitucion de Don Antonio, pues solo al ultimo de ellos se halla substituido.

12 Es assi, que por Executoria formàl de 10. de Noviembre de 1684. litigada entre Doña Isabèl, Num. 11. Don Jayme Vich, Num. 17. y Don Antonio Garriga, Num. 14. se declarò tocar, y pertenecer à este el Fideicomisso, con exclusion de los susodichos, *imponiendo perpetuo silencio* al dicho Don Jayme Vich, Num. 17. sin embargo de ser Varon de mejor linea, y agnado artificioso: (7) luego, ni con una, ni con otra qualidad estaba comprendido en el primer llamamiento, ni en la Condicion de la Clausula III. que es de morir Don Jayme Garriga, Num. 6, hijo del primer Donatario, sin descendientes Varones.

(4)
Memor. num. 7.

(5)
Memor. num. 8.

(6)
Memor. num. 9.

(7)
Memor. num. 24. 25. y 26.

13 De que resulta , que por muerte de Don Antonio Garriga , Num. 10. quarto , y ultimo poseedor de la linea del primer Donatario , quedò enteramente evaquado el primer llamamiento , sin que ni en èl , ni en la Condicion puesta para el transito à la substitution de la segunda linea , que es la de Don Antonio , Num. 5, se puedan estimar comprehendidos los Varones cognados , ò agnados artificiosos , descendientes de hijos Varones de Don Jayme Garriga , Num. 6.

14 Porque implica contradiccion , que el dicho Don Antonio , Num. 10, fuesse el ultimo descendiente masculino de esta linea , para verificar el llamamiento de Don Antonio , Num. 5, y la fuya , como està executoriado ; y que al mismo tiempo , tenga llamamiento Don Jayme Vich , Num. 23, como Varon agnado artificialo ; pues de lo contrario resultaria el imposible physico , y legal , de ser , y no ser ultimo llamado , entre los descendientes masculos de Don Jayme Garriga , Num. 6, hijo del primer Donatario , el dicho Don Antonio , Num. 10.

15 Dixe , que era Executoria la que queda citada ; porque aunque es cierto , que Doña Isabel , Num. 11, y Don Jayme Vich su hijo , Num. 17, suplicaron de la Sentencia de la Audiencia , dada *cum Votis Regijs* , en 10. de Noviembre de 1684: (8) tambien lo es , que en 4. de Marzo de 1686, renunciaron expresa , y judicialmente la suplica , que tenian interpuesta para el Consejo de Aragon , (9) con lo qual passò en authoridad de cosa juzgada la Sentencia.

16 Cuyos motivos , que en el comun sentir de los Practicos de la Corona de Aragon , tenian la misma fuerza , que la decisìon , como parte de ella , (10) destruyen igualmente el intento de Don Jayme Vich , Num. 23; pues consta de ellos , (11) que el principal porque fue excluido Don Jayme su Tio , Num. 17, fue por ser el Fideicomisso agnaticio , y faltar à dicho Don Jayme la qualidad de agnado ; y es fuerte

em-

(8)

Memor. num. 35.

(9)

Consta de la Pieza 2. fol.
104.

(10)

Selsè tom. 3. decis. 290. &
314. Fontanel. decis. 287.
num. 18. & passim. D. Ma-
theu de Regimin. cap. 12.
§. 1. ex num. 22. D. Crespi
observ. 5. num. 87. Cancer.
Var. lib. 3. cap. 17. num.
407. Ramon consil. 100.
num. 291. Xamar. de Offic.
Iudic. part. 1. quest. 15.
num. 8.

(11)

Memor. num. 31. y 32.



empeño quereuse hoy incluir Don Jayme, Num. 23, como agnado artificioso, contra una formal Executoria, que como Real causò estado para el orden de suceder, (12) quia uno deffendente causam communis aequae, Sententia omnibus nocet, tanquam praedio data. (13)

17 Y aunque dirà, que la misma Executoria presupone compatible el llamamiento de los Varones cognados, con el de los agnados, entendiendose en falta de estos, y subsidiariamente, quasi ad instar secundi gradus: (14) se responde lo primero, que à Don Jayme su Tio, sin embargo de tener esta qualidad, se le impuso perpetuo silencio, (15) y asì no puede conceptuarse temporal, sino perpetua la exclusion de los agnados artificiosos, descendientes de Don Jayme, Num. 6, hijo del primer Donatario.

18 Lo segundo; que aunque la Executoria (16) presupone en sus motivos, capacidad para la sucesion de los agnados artificiosos, en defecto de los naturales: ella misma declara, que esto debe entenderse, no indefinida, y generalmente, sino à favor de los descendientes de la hija mayor de Don Thomàs, Num. 4. (17) por cuyo medio quiso suscitar el Fundador su agnacion artificiosa, con el gravamen de Nombre, y Armas de Garriga; y poco importa, que Don Jayme, Num. 23, tenga, ò no esta qualidad, no hallandose llamado por razon de ella, ni pudiendose incluir aun por el llamamiento supletorio de la ley, asì porque este no entra en los Fideicommissos familiares del Derecho Comun, en los quales ij solum ad petitionem admitti possunt, qui nominati sunt: (18) nisi specialiter defunctus ad ultteriores voluntatem suam extenderit; como porque la ley, aun en los Mayorazgos de Castilla, solo suple el llamamiento en el preciso caso subsidiario de no haverle dado el Fundador. (19)

19 Y constando de la serie de la fundacion, que el Donador, en defecto de los Varones agnados, descendientes de Don Thomàs, y Don Antonio, Num. 4. y 5, sus sobrinos, llamò en la Clausula VI. (20)

(12)

D. Molin. lib. 4. de Primogen. cap. 8. ex num. 3. D. Larr. decis. 35. per tot. D. Covarrub. Practic. cap. 13. num. 6. D. Cresp. observ. 22. ex num. 201. Paz de Tenut. cap. 43.

(13)

Leg. 31. §. fin. ff. de Negot. gestis, leg. 4. §. Si dicantur, ff. Finium regundorum. D. Cresp. observ. 22. ex num. 201.

(14)

Memor. num. 34.

(15)

Memor. num. 26. in fine.

(16)

Memor. num. 34.

(17)

Memor. num. 32.

(18)

Leg. Cum ita, 32. §. fin. ff. de Legat. 2. ibi: In fideicommissis, quod familiae relinquuntur, ij ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt. D. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 5. ex num. 23. ad 31.

(19)

Vela differt. 49. ex num. 33. Roxas de Incompat. part. 3. cap. 4. num. 19. 48. & seqq. ubi Aguila.

(20)

Memor. num. 12.



no à los agnados artificiosos, ni à los simples masculos cognados, descendientes de los susodichos, sino à la hija mayor de Don Thomàs, Num. 4, que fue Doña Cathalina, Num. 7, y à sus descendientes; es llano, que solo estos estàn llamados, quedando excludidos los demàs con la regla: *de vobis non loquitur substitutio.*

20 Y si se dixesse, que esta substitucion puede verificarse en Doña Isabèl, Num. 11, nieta agnada de Don Thomàs; porque en las disposiciones perpetuas, *idem est filias nominare, ac descendentes dicere:* (21) se responde, que esta regla se limita, siempre que el Fundador usò de algunas restricciones, ò dicciones, que manifiesten su contraria voluntad, (22) como sucede quando à la palabra *filius*, vel *filia* le añade alguno de los pronombres *meus*, *tuus*, *suus*, ò otro distintivo, que impida la comprehension de las de ulterior grado. (23)

21 Y en este caso tuvo especial cuidado el Fundador en manifestar, que por hija mayor de Don Thomàs, solo entendia la de primer grado: *Ultimo eorum* (dice) (24) *sic deficienti, substituo FILIAM TUAM, maiorem natu, COMMUNEM TIBI, ET DICTÆ IOANNÆ RABASA SPONSÆ TUÆ, cum hac conditione, quod dictus VIR SUUS, accipiat Nomen, & Arma de Garriga.*

22 Y como si estas demostraciones no bastassen, añadiò en la Clausula VII, (25) que si el dicho Don Thomàs, Num. 4, tuviesse muchas hijas, pudiesse disponer à su favor de 4j. libras solamente; pero no las llamò à la sucesion del Fideicommissò.

23 Y quando vemos, que aun entre las hijas de primer grado restringiò el llamamiento à la mayor, excluyendo à las demàs con el hecho de dotarlas, ò de autorizar al Donatario para hacerlo: no ay fundamento para estender el nombre de hijas à las nietas, ni para aplicar à Doña Isabèl Juana, Num. 11, la providencia, que el Donador limitò à Doña Cathalina, Num. 7.

(21)
D. Molin. lib. 1. cap. 6.
num. 27. 28. & 29. & ibi
Add. Peregrin. de Fideicom.
artic. 22. ex num. 50.

(22)
D. Castill. lib. 5. Contro-
versiar. cap. 92. Add. ad D.
Molin. lib. 1. cap. 6. num.
28. Anton. Faber in Cod.
tit. de Fideicom. deffin. 12.
Surd. decis. 73.

(23)
Sessè decis. 55. num. 13.
Fusar. de Substit. quæst. 320.
num. 22.

(24)
Memor. num. 12.

(25)
Memor. num. 13.

24 La pretension de Don Gabriël Flor , Num. 26, es aùn , si cabe , mas temeraria ; porque no pudiendose dudar , que segun el tenor de la Fundacion , y Executoria de 10. de Noviembre de 1684. el llamamiento de Don Thomàs , y Don Antonio Garriga , es todo de agnados naturales , y rigurosos , como se ha dicho ; sin que los masculos sencillos se comprehendan en la disposicion , ni en la condicion puesta para el transito à la substitution de la hija mayor de Don Thomàs , que fue Doña Cathalina , Num. 7: (26) de nada puede servir à Don Gabriël la qualidad masculina , y prerrogativa de la linea que alega , porque esta no se atiende , quando consta de la contraria voluntad del Fundador. (27)

25 Y en el supuesto innegable de no estàr llamados los cognados en las cinco Clausulas primeras , y el de que al ultimo Varon agnado , descendiente de Don Thomàs , y Don Antonio , Num. 4. y 5, substituyò el Fundador en la VI, no los descendientes masculos de estos , que lo fueffen por linea femenina , sino la hija mayor de Don Thomàs , Num. 4, y los suyos , en la forma que expressa la misma Clausula , y explicò la Executoria , (28) que como real , causò estado para la qualidad del Fideicomisso , (29) y especialmente quando en ella fue vencido Don Jayme Vich , Num. 17, que à mas de la prerrogativa de la linea contentiva de Don Antonio Garriga , Num. 10, ultimo possedor , por cuya muerte se excitò aquel pleyto , tenia la qualidad de Varon agnado artificioso , que falta à Don Gabriël Flor , Num. 26, simple cognado : necessariamente quedò excluïdo qualquier Varon descendiente por linea femenina de Don Thomàs , y Don Antonio. (30)

(26)

Consta de la Clausula VI. num. 12.

(27)

Authent. de Nuptijs , collat. 9. §. Disponat , leg. 40. Tauri , & ibi omnes.

(28)

(28)

Memor. num. 28. y 32.

(29)

D. Molin. lib. 4. de Primog. cap. 8. ex num. 3. D. Larr. decis. 35. per tot. D. Covarrub. Practicar. cap. 13. n. 6. D. Cresp. observ. 22. ex num. 201.

(30)

Ad traddita per D. Cresp. observ. 22. quest. 6.

C

PAR-

PARTE SEGUNDA.

QUE POR MUERTE DE Don Pedro Garriga, Num. 20, ultimo legal poseedor, se desirio la succession à Don Raphaël Amèr, Num. 28, con exclusion de Doña Cathalina Custurer, Num. 27, su prima, y de los demàs Colitigantes.

26 **R**educida, pues, la question à Don Raphaël, y Doña Cathalina, Num. 27, y 28, està desde luego descubierta la injusticia de la Sentencia, en que se adjudicò à Doña Cathalina el Fideicommisso.

27 *Instituto* (dice el Donador en la Clausula VI.) (31) *mibi in dicta donatione, & ultimo eorum sic deficienti substituo, filiam tuam maiorem natu, communem tibi, & dictæ Joanne Rabasa sponse tuæ, cum hac conditione, quod dictus vir suus accipiat Nomen, & Arma de Garriga, & etiam succedentes illius; & ita orton, ut idem observetur in se ipsis, & successoribus suis.*

28 En esta Clausula, y en dos formales Executorias, funda Don Raphaël, Num. 28, su inclusion, y la exclusion de Doña Cathalina, Num. 27, su prima.

29 Litigòse sobre este Fideicommisso entre Don Antonio Garriga, Num. 10, y Doña Cathalina su sobrina, Num. 16, que pretendia la succession, y se hallaba en possession de los bienes, como hija unica de Don Thomàs, Num. 9, su ultimo poseedor. Y por Sentencia de 10 de Junio de 1674, (32) que causò estado para la succession, fue condenada à la restitucion de ellos, y declarado legitimo successor Don Antonio su Tio, Num. 10.

30 El motivo de esta decisio, que, como se ha dicho, es parte de ella, (33) fue, que los descendientes de Don Thomàs, Num. 4, estàn llamados

(31)

Memor. num. 12.

(32)

Memor. num. 14, y siguientes.

(33)

Sesè tom. 3. decis. 290. & 314. Fontan. decis. 287. ex num. 18. D. Cresp. observ. 5. num. 87. Cancer. Var. lib. 3. cap. 17. num. 407.



dos usque in infinitum, por Fideicommissio perpetuo masculino. (34)

31 Y como si esto no bastasse para probar, que Doña Cathalina, Num. 27, es incapaz de esta succession por su sexo, y para dar la mas natural, genuina, y magistral interpretacion à la Clausula VI, y demàs de la Fundacion, se decidiò en la ultima Executoria de 10. de Noviembre de 1684, (35) que el Fideicommissio no es de simple masculinidad, sino agnaticio; porque aunque el Donador no dixo expressamente, que le ordenaba para conservar su agnacion, ni llamò à los descendientes Varones de Varones, sino simpliciter à los masculos: sin embargo se convence por muchas congeturas, que la mente del Donador fue conservar su agnacion.

32 Lo primero, porque este Fideicommissio perpetuo fue instituido por agnado.

33 Lo segundo, porque el Donatario, y sus hermanos substitutos, son tambien agnados.

34 Lo tercero, por la vocacion de Varones, repetida en tantos grados de substituciones, y sin hacer en alguna de ellas mencion de hembra.

35 Y lo ultimo, porque el Donador, despues de haver llamado à Don Thomàs, Num. 4, Donatario, y à sus descendientes Varones: al ultimo de ellos, que muriesse sin prole del sexo masculino, substituyò à Don Antonio su hermano, Num. 5, y à su posteridad masculina.

36 Y al ultimo de los descendientes masculos, substituyò la hija mayor de dicho Don Thomàs, Num. 4, con el gravamen de Nombre, y Armas de Garriga; y de la imposicion de este gravamen, fue visto, que el Donador considerando, que su verdadera, y propia agnacion podia acabarse con el tiempo: QUISO SUBSCITAR LA FICTA, Y ARTIFICIOSA, Y CONSERVARLA POR MEDIO DE LAS HEMBRAS, Y SUS DESCENDIENTES DE AMBOS SEXOS, mediante el gravamen de Nombre, y Armas del Donador. Y si este tuvo el animo de conservar su agnacion artificiosa, ò ficta

en

(34)

Memor. num. 30.

(35)

Memor. num. 32.

en los cognados, con mas razon se ha de decir, que quiso
conservar la verdadera.

37 Hasta aqui la Executoria, que salva la superior dignissima censura del Consejo, lo es formal para la exclusion de Doña Cathalina, Num. 27; porque hallandose decidido en ella, que el Fideicomisso entre los descendientes de la hija mayor de Don Thomàs, Num. 4, es de agnacion artificiosa, baxo de cuyo concepto se estimò agnaticio, con este preciso fundamento, para excluir à Don Jayme Vich, Num. 17, Varon cognado de mejor linea, y declarar por successor à Don Antonio Garriga, Num. 14, como agnado natural, y verdadero: es consequente la incapacidad de Doña Cathalina, Num. 27, en esta vacante.

38 La razon es clara; porque aunque el nombre de successores de la hija mayor de Don Thomàs, Num. 4, de que usò el Fundador en la Clausula VI. por su naturaleza es apto para comprehender indistintamente los descendientes de ambos sexos: no lo es, ni puede ser, quando, como en este caso, se halla contemplada la agnacion, expressa, ò tacitamente, como prueban el Señor Molina, y sus Adentes, el Regente Leon, y otros. (36)

39 *Quarta conclusio sit, (dice el Señor Don Luis de Molina) quod quoties in primogenio conservandæ agnationis ratio, genericè, & absolutè expressa est, vel, quando nulla alia reddi potest: Tunc verba, quæ solent tam masculos, quàm fœminas ex propria natura comprehendere, solum masculos, non autem fœminas comprehendent.*

40 Y en el supuesto constante, de haver el Fundador excitado en la Clausula VI. la agnacion artificiosa con la imposicion del gravamen del Nombre, y Armas de Garriga à la hija mayor de Don Thomàs, Num. 4, y sus successores, como està executoriado; y el de que en estos terminos, el nombre de hijos, descendientes, y successores, no com-
pre-

(36)

D. Molin. de Primog. lib. 3.
cap. 5. num. 38. & ibi Adden-
tes D. Leon tom. 2. decis.
170. per tot. & in terminis
ex num. 11. vidend.



7
prehende à las hembras, como inhabiles para con-
servar la agnacion, (37) que no es otra cosa, que
una linea masculina, compuesta toda de masculos,
sin interposicion de hembra alguna: (38) es impos-
sible, y contra Derecho, comprehender en ella à
Doña Cathalina, Num. 27.

41 De que resulta, que Don Raphaël Amèr,
como masculino, y capaz de suscitar la agnacion ar-
tificiosa, ha sucedido en esta vacante, sin que lo
pueda embarazar la qualidad de simple cognado;
porque no es nuevo excitar el Fundador una agna-
cion artificiosa en cabeza de su hija, ò nieta ag-
nada, ò en la de un masculino cognado, como ex-
plica magistralmente Don Joseph Rosa. (39)

42 *Tunc enim (dice) non in propria ipsius institu-
toris, sed in beneficium alienae agnationis, illius nempe,
quam masculi illi vocati constituunt, maioratus consti-
tutus dicitur.*

43 Y assi, no tiene repugnancia, que Don Ra-
phaël Amèr, aunque Varon cognado de la linea de
Doña Cathalina, Num. 7, suscite, por medio del
gravamen de Nombre, y Armas, la agnacion del
Fundador, como en iguales terminos discurre Ca-
sanate. (40)

44 Y si se dixere, que tambien puede exci-
tarla Doña Cathalina, Num. 27, aunque hembra,
y cognada: se responde, que aunque esto es assi,
nada adelanta para su derecho; porque la capaci-
dad para succeder, se requiere al tiempo de la va-
cante, en que por un acto veloz de la ley, se de-
fiere la succession al siguiente en grado. (41)

45 Y habiendo apetecido el Fundador la ag-
nacion artificiosa entre los descendientes de la hija
mayor de Don Thomàs, Num. 4, la qual ha de em-
pezar precisamente en un masculino, y componerse
de masculos, sin mediacion de hembra alguna, por-
que la linea, si empieza por Varon, se llama, y
es masculina, y si por hembra, femenina: (42) es
consequente, que pueda, ò no excitar nueva ag-

D

na-

(37)

Optimè D. Leon dict. decis.
170. ex num. 11.

(38)

Roxas de Incompat. part. 1.
cap. 6. §. 21. per tot.

(39)

Rosa consultat. 69. num. 55.
56. & 57.

(40)

Casanate consil. 20. num. 29.
ibi: *Duodecima coniectura
nascitur ex eo, quod dum
vocabit masculos agnatos,
tam descendentes, quam
transversales, nullibi in tot
substitutionum lineis appos-
suit onus ferendi Nomen, &
Arma, quia videbat, hoc
non esset necessarium, cum
masculi ex masculis de sua
agnatione descendentes, abs-
que illo onere, naturalem
agnationem conservarent.
Sed ubicumque vocavit mas-
culos descendentes ex femi-
nis, semper, & ubique ap-
posuit expressum gravamen
ferendi Nomen, & Arma,
ut qui naturaliter agnatio-
nem conservare non pote-
rant, illam demum median-
te illo onere, saltim arti-
ficiosè conservarent. Idem
docent Cardin. de Luc. de
Fideicom. discurs. 25. num.
19. Rosa consultat. 69. ex
num. 48. signanter num. 57.
& rursus ex num. 163.*

(41)

D. Molin. lib. 3. cap. 10.
per tot. D. Olea tit. 3. quest.
4. ex num. 1. & fere per tot.

(42)

Leg. Pronuntiatio, 195. in
fine, ff. de Verbor. signifi-
cat. Roxas de Incomp. part.
1. cap. 6. §. 23.

nacion, no se comprehende en el llamamiento de la Clausula VI, por resistirlo su sexo, y ser preciso para succeder en esta vacante, comprehenderse en la agnacion, por lo menos como principio de ella.

46 Cuyo concepto se vigoriza à vista de las Clausulas de la Fundacion; pues consta de ellas, que en las cinco primeras llamó el Donador à los masculos, sin hacer la menor mencion de hembras en la parte condicional, ni en la dispositiva; y sentando por regla el llamamiento indefinido, y general de los masculos, descendientes de Don Thomàs, y Don Antonio sus sobrinos, Num. 4, y 5, y de los demàs hermanos de estos, manda, que se observe perpetuamente: *Instituto* (dice) *in dicta donatione, & ultimo eorum sic deficienti substituo, alium nepotem meum, si erit, filium dicti Petri Garriga, Num. 3, fratris mei, si tunc vixerit, si verò premortuus fuerit, filium suum masculum maiorem natu, ex legitimo matrimonio procreatum, ET HOC PERPETUO.* (43)

(43)

Memor. num. 11.

47 De manera, que por la mente, y expressa voluntad del Fundador, solo tienen llamamiento los Varones, no como quiera, sino por regla invariable, y perpetua.

48 Y aunque la dispensò en la hija mayor de Don Thomàs, Num. 4, como consta de la Clausula VI, (44) para que se entendiesse, que no querria extender esta habilitacion à las demàs hembras, ni aun à las hijas de primer grado de Don Thomàs: añadió en la septima, (45) que si este tuviesse muchas, pudiesse dotarlas, ò disponer à su favor de 40 libras solamente; en que estuvo tan lexos de llamarlas, como se reconoce de esta providencia.

(44)

Memor. num. 12.

(45)

Memor. num. 13.

49 Y aunque se dirà, que el Donador la diò indistintamente para los hijos de ambos sexos del dicho Don Thomàs: es notable la diferencia, que constituyò entre ellos, por dexar llamados à los hijos en las tres Clausulas primeras, y haver omitido à las hijas en toda la Fundacion.

50 En cuyo supuesto, y el de que Don Raphaël,
aun-

aunque simple cognado, puede subscitar la agnacion artificiosa; porque como dixo el Cardenal de Luca, y funda Don Joseph Rosa, (46) esta razon obsta en el progreso, y no en el ingreso de la linea: es conocida su preferencia en esta vacante.

51 Toda la razon que tuvo la Audiencia para condenarle, consiste en dos puntos igualmente insubstanciales.

52 El primero, que el gravamen de Nombre, y Armas, que impuso el Fundador à la hija primogenita de Don Thomàs, Num. 4, y sus successores, es simple, y desnudo de congeturas, que induzcan masculinidad; por lo qual teniendo Doña Cathalina, Num. 27, la prerrogativa de la linea primogenita, debe succeder en esta vacante.

53 Y el segundo, que aunque Don Raphaël sea descendiente de Doña Cathalina Garriga, Num. 7: no siendo su successor, como lo es por sus medios Doña Cathalina Custrer, Num. 27, no tiene llamamiento; porque solo con la qualidad de successores estàn llamados los descendientes. (47)

54 Desentendiòse la Audiencia de la Executoria de 10. de Noviembre de 1684. en uno, y otro motivo.

55 En quanto al primero, por constar haverse decidido en ella, que el Fundador, entre los descendientes de la hija mayor de Don Thomàs, Num. 4, quiso subscitar la agnacion artificiosa, (48) lo que no puede ser, sino por medio de Varones, que formen la linea masculina, con exclusion de las hembras en su principio, y progreso; (49) à que se llega, que en la Sentencia de 10. de Junio de 1674, que passò en authoridad de cosa juzgada, se halla declarado, que los descendientes de Don Thomàs, Num. 4, qual es Don Raphaël Amèr, estàn llamados *in infinitum* por Fideicomisso perpetuo masculino. (50)

56 Y siendo esto afsi, mal puede verificarse, que el gravamen de Nombre, y Armas sea simple, y desnudo de congeturas, que persuadan la masculinidad,

(46)

Cardin. de Luc. de *Fideicom. discurs.* 28. ex num. 5. Rosa *consultat.* 69. ex num. 55. ac iterum num. 153. cum seqq. & tandem num. 220.

(47)

Consta de los motivos de la Sentencia en el Memor. num. 42.

(48)

Memor. num. 32.

(49)

D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. num. 38. & ibi Add. D. Leon *decis.* 170. ex num. 11. Roxas de *Incompat. part.* 1. *cap.* 6. §. 21. per tot.

(50)

Memor. num. 30.

dad, como figurò la Audiencia, por motivo de su de-
cision; pues à menos que se quiten de enmedio las
dos Executorias, que hicieron ley para la qualidad del
Fideicomisso, y con tan sòlido fundamento en las
Claufulas, como se ha visto: no es sustentable el
concepto con que procediò la Audiencia.

57 Y en quanto al segundo motivo, nada
puede decirse tan contrario à lo juzgado, como
que sea necessaria la qualidad de heredero, ò suc-
cessor de Doña Cathalina, Num. 7, para succeder
en este Fideicomisso, como consta de las pala-
bras de la citada Executoria de 10. de Noviembre
de 1684. que son estas: (51)

58 Y assi, todos en infinito los hijos, y descendien-
tes de los ulteriores substitutos estàn llamados, mediante
constar, que el Donador, despues del llamamiento de
Thomàs, y Antonio, Num. 4, y 5, y de sus demás her-
manos Varones, llamò à la hija mayor de dicho Thomàs,
y à sus successores, y à los successores de estos: **LO QUAL,
SEGUN LA SUJETA MATERIA, ES NOTO-
RIO, QUE ENTENDIO EL DONADOR DE
LOS SUCCESSORES DE SANGRE, ESTO ES,
DESCENDIENTES.**

59 Y disputandose la succession del Fideicom-
misso, en el estado, y con las qualidades con que
le calificò esta Executoria, que es la que cerrò la
puerta à Don Jayme Vich, Num. 17, y en èl à to-
dos los descendientes de Don Thomàs, y Don
Antonio, Num. 4, y 5, que no lo fuessen de Doña
Cathalina, Num. 7: no puede hoy la otra Parte
oponerse à lo determinado en ella, aun prescin-
diendo de la authoridad de lo juzgado: *Neque enim*
(dice el Emperador Justiniano) (52) *ferendus est is,*
qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum
contemnit.

60 Pero sobra la Executoria, à vista de la Clau-
sula VI, y de las reglas legales; pues aunque en ma-
teria indiferente el nombre de successor puede con-
venir à los estraños, y se funda en la qualidad he-
re-

re-

(51)

Memor. num. 28.



(81)

(91)

(52)

In leg. unica, §. Pro secun-
do, 4. Cod. de Caduc. tolend.

(61)

9

reditaria : es proposicion elemental , que en los Fideicommissos comprende solo à los descendientes, (53) sean , ò no herederos ; porque solo se entienden substituidos los successores de sangre , como explicò, y bien, la Executoria. Y assi , de todos modos se convence lo insubstancial de los motivos de la Sentencia , y la justicia , que assiste à Don Raphael Amèr.

61 Por cuyos fundamentos , y los demàs , que tendrà presentes la superior sabiduria del Consejo , espera se declarará esta causa à su favor. S. S. Y. O. T. S. D. C.

Doct. D. Juan de Rimbau.

(53)

Leg. Ex facto, 17. §. fin.
ff. ad Trebel. Franch. decis.
153. *Fufar. quest.* 339. *per*
tot. Castrenf. consil. 114.
num. 5. *Noal. de Transmis-*
ionib. casu 1. *num.* 94. *Car-*
din. de Luc. de Fideicom.
discurs. 145. *ex num.* 5.



todas: es proposición elemental, que en las
 dicciones comprende solo a los descendientes
 (73) sean, ó no herederos; porque solo se entien-
 den subditos los sucesores de sangre, como ex-
 plicó y dice la Real Cédula. Y así, de todos modos
 se conviene lo substancial de los motivos de la
 Sentencia, y la justicia, que aliste a Don Raphael
 Amor.
 Por cuyos fundamentos, y los demás, que
 tendrán presentes la superior Sabiduría del Consejo, y
 para se declare esta causa a su favor. S. S. Y. O.
 T. S. D. C.

(73)
 En el Real Cédula de 17 de Mayo de 1763
 se declara que los herederos de Don Raphael
 Amor, y sus sucesores, son los subditos de
 esta Real Audiencia, y que por lo tanto
 se les debe dar el beneficio de su Real
 Cédula, y de la Real Cédula de 17 de Mayo
 de 1763, en todo lo que respecta a su
 sucesión, y a la posesión de sus bienes.
 Y así, de todos modos, se conviene lo
 substancial de los motivos de la
 Sentencia, y la justicia, que aliste a
 Don Raphael Amor.

Don D. Juan de Riquelme





