

4
son condiciones *justissimas*: y por esso repite en el lugar citado al num. 46. lo que arriba tenia dicho en los lugares copiados en el margen, y en el cuerpo de la Oracion: y que si el Instituyente previno la privacion en caso de no uso, debe practicarse esta privacion.

La razon, es, entre otras muchas, que puede el Testador dar la cosa con el gravamen, o gravámenes que quisiere, y está obligado a observarlos el Legatario, o Successor, hasta en el fuero de la conciencia: (21) y fuera de que la razon natural convence lo referido con infalibilidad, se apoya con dos paridades: La primera, que no se yo de Doctor que dude, que el que enagena la cosa sujeta a Fideicomiso, la pierde; antes si son baratísimos los textos de ambos Derechos, y Doctrinas, que lo afirman: y en verdad, que es mucho mas pernicioso la transgresion de el que no usa el apelativo, que la de el que enagena la cosa vinculada; o parte suya: porque este solo debilita el esplendor material; pero aquel totalmente arruyna la Familia: pues la sepulta en el olvido. La segunda, que la enagenacion no trae daño al Instituyente; pero el no uso le agravia, como que se opondre diametralmente a su primaria intencion.

En vano busco Textos, ni Doctrinas, quando tenemos el toril de la Clausula expresa de la institucion, que es la inviolable Ley, la infalible regla, que debemos seguir en ambos fueros, interior, y contencioso: y mas quando en seguir puntualmente la ultima voluntad expresa del Instituyente, o Fundador, no ay apice de riesgo, o escrupulo; pero en practicar lo que diametralmente se le opondre, en permitir el formal contradictorio de esta voluntad expresa, hai total riesgo, y daño, como por si es patente: porque es un assumpto tan arduo, para que no conoce facultad, derecho alguno.

No obstante lo qual, cerraré este Discurso con el mas terminante dictamen que pudiera fingir mi desseo. Dice, pues, el gran Molina: *Sciendum est leges, & conditiones possibiles, justas, atque honestas proculdubio Majoratum successoribus præcisè servandas esse, sive in contractibus, sive in ultimis voluntatibus appositæ fuerint: sive conditiones ipsa potestativa, casuales, sive mixta sint. Alias autem illas non servantes Majoratum successione privandos esse: idque verissimum, atque apud omnes indubitissimum est.* (22) Parece que pretendia este grande Español agotar los terminos superlativos: pues despues de aver dicho, *proculdubio præcisè*, dice, *verissimum, è indubitissimum*: y lo mejor es aquella voz, *apud omnes*. Y mas que todo convence lo referido el que hasta en la Sagrada Escritura se recomienda, y haze aprecio del buen nombre. (23)

PUNTO II.

LA segunda razon porque Alvarez perdió el Mayorazgo, es, por aver enagenado parte de la cosa vinculada: cerca de lo qual habla la Institucion en la Clausula 7. de esta manera: (24) „ Item, es „ condicion, que todos los dichos bienes: Casas, Haziendas, è „ Ganados, è todos los demás de suyo declarado, contenido, lo que a ellos „ se acrecentare, y augmentare, se ha de agregar, è juntar con este dicho „ Vinculo, è todos han de ser enagenables, impartibles, è indivisibles; y „ en ningun tiempo los dichos nuestros Hijos, ni los que despues de ellos, „ en ellos subcedieren, no los han de poder vender, ni traspasar, ni donar, „ trocar, ni cambiar, enagenar, ni *hypothecar tacita, ni expressamente* a nin-

„ guna deuda, ni disponer de ellos por ningunã via, modo, ni aconteci- „ miento, aunque sea por dote, ni facultad, ni por donacion *propter nuptias*, „ ni por titulo oneroso, ni lucrativo, ni para alimentos, ni en otra manera, „ aunque aya para ello licencia del Rey, o consentimiento de aquel, o aque- „ llos en quien huviere de venir este Vinculo; y si contra lo que dicho es, „ o alguna cosa, o parte de ello se fuere, sea en si ninguna, è no valga: y los „ que lo tal hizieren, aunque aleguen error, o ignorancia, queden exclufos „ de este dicho Vinculo, è Mayorazgo, è bienes de el, y los pierdan; sin „ que en ningun tiempo tengan recurso a los pedir, y subceda en ellos el „ siguiente en grado, que por su muerte le avia de subceder.

Nora, que entre los Recados que presentò Alvarez parece una copia testimoniada de la Institucion de este Vinculo, y esta padece varias erratas, nacidas acaso de la prisa del Amanuense, o del poco cuydado en corregir: con que se debe atender a la Institucion que se halla, y cito en el Quaderno viejo, por estar authorizada con la Executoria de esta Real Audiencia. Bien, que aun dicha copia contiene las esenciales condiciones de uso de apelativo, no enagenacion, è hidalguia. Tambien este Informe a causa de no aver hecho borrador: porque todo el es un borron, puede sacar varias erratas, que se dignará de corregir la gran jurisprudencia de V. S. y perdonarme este otro yerro entre los muchísimos que me disimula a el año.

Tan lexos estuvo Joseph Alvarez de obedecer, y practicar puntualísimamente, como debió esta Clausula, que no solo executò lo contrario; sino que parece que hizo gala de su transgresion, porque en el Testamento que otorgò, y o cuya disposicion falleció (25) assienta la Clausula septima, que dize así: „ Declaro, que al tiempo, y quando contraxo Matrimonio „ el dicho D. Diego mi Hijo (este es segundo genito, como consta de la „ Clausula 5.) con la dicha Doña Nicolasa, le hize cesion de diez Caballe- „ rias de tierra laboria, con un Comedero de tres leguas, nombrado la Mes- „ sa, en terminos de dicha Ciudad de Tehuacan, para que con ello buscasse „ su vida, y despues volviesse a el tronco de dicho Mayorazgo, cuya cesion „ se otorgò en esta Ciudad ante Diego de Neyra, Escrivano Real, y Publico, la que se hizo con consentimiento del dicho D. Andrés mi Hijo, quien „ tendrá a bien en todo tiempo lo expresado, y no fallará a lo que así „ tengo executado, por averme obedecido en todo lo que le he ordenado; „ declaro para que conste.

No pudiera mi antojadiza imaginacion fingir dos textos mas terminantes, mas comprehensivos, expresos, ni vivos, como los que llevo copiados: porque ya vé la gran comprehension de V. S. que la Clausula de Joseph Alvarez es el formalísimo contradictorio, es el polo antartico, es el diametral opuesto de la Clausula de la Institucion; y no es capáz mi rudeza de ponderar la oposicion de dichas dos Clausulas, la insuperable vehemencia de su constancia, ni la maquina de quæstiones que una, y otra Clausula despiertan, de las quales omitiré todas las que me parecieren menos principales: porque no resulte mas embarazoso, y molesto el Informe.

Supongo que la enagenacion de toda cosa vinculada, o sujeta a Fideicomiso está por todo (26) derecho tan apretadamente prohibida de enagenar con la pena de amision, que ni tengo noticia de texto, ni de Dr. que aya pensado lo contrario; y si ay muchísimos que prohiben dicha enagenacion, y establecen su nulidad, si se procede a enagenar; en lo qual pone especial cuydado el derecho Real porque la Ley 44. tit. 5. partit. 5. lo dize con

(21)
Molin. de jurt. & jure dict.
tract. 2. quæst. 615.

(22)
Molin. de Primog. lib. 2.
cap. 12. n. 34. Mieroz de
Majorat. 2. part. quæst. 4.
illat. 8. Castillo tom. 6. cap.
726. Vela dissert. 42. n. 20.
Jacob. Simanc. de primog.
Hispan. lib. 3. cap. 10. L.
Mæsius. L. Quæ heredi, & per
tot. ff. de condit. & demonstr.

(23)
Eccli. cap. 46. v. 1. & 2. Fe-
sus Nave: magnus secundum
nomen suum. Proverb. c. 22.
v. 1. Melius est nomen bonum,
quam divitiæ multe. Eccli. c.
4. v. 15. Curam habet de bo-
no nomine. Div. Nazianz. Or.
40. Idè Carm. 62. Egregium
est funus, nomen habere bonum.

(24)
F. 67. quad. viejo de vadana.

(25)
Molin. de primog. lib. 2.
cap. 12. n. 34. Mieroz de
Majorat. 2. part. quæst. 4.
illat. 8. Castillo tom. 6. cap.
726. Vela dissert. 42. n. 20.
Jacob. Simanc. de primog.
Hispan. lib. 3. cap. 10. L.
Mæsius. L. Quæ heredi, & per
tot. ff. de condit. & demonstr.

(25)
Fox. 271 vuelta, quad. 5. El
Testamento comienza en la fox.
24. de dicho quaderno: la Clausula
7. que es la septima está al
principio de la vuelta de dicha
fox. 27.

(26)
Inst. de usufruct. §. Finitura
L. Sancimus. C. de rebus
alien. non alienand. Sancimus,
sive lex alienationem in-
hibuerit, sive testator hoc fecerit,
sive pactio contrahentium
hoc admiserit, non solum domini
alienationem esse prohibendam;
sed etiam usufructus da-
tionem, vel hypothecam, vel
pignoris nexum penitus prohiberi.

con absoluta expresion. En su Testamento defendiendo algun ome que
su Castillo, o Torre, o Casa, o Vña, o otra cosa de su heredad non lo
pudiesen vender, ni enagenar: por qua quier de estas razones, o por
otra que fuese guñada semejante de ellas, non la pueden enagenar. Lo
mismo previene la Ley 27. de Toro, que es la 11. tit. 6. lib. 5. Recop.
Castel. Abi. Los quales dichos Vinculos, y sus misiones: mandamos
que valgan para siempre. Y con tales textos, ningun Doctor avia de pen-
sar lo contrario: (27) con que este viene a ser un principio dogmatico, que
no tolera, ni la mis escrupulosa duda.

El qual supuesto, se disputa si no obstante tan apretada prohibicion
de enagenacion, ay algunos casos en que pueda rita, y rectamente proceder-
se a ella: Y es comun opinion la afirmativa en los eventos de dote, refac-
cion, alimentos, y otras semejantes urgencias: y siendo a semejanza de dote,
(aunque tan vergonzoso por ser varon Diego Alvarez) la cesion de las diez
Caballerias, y tres leguas de pastos: de ay es, que sin incurrir en la mas lige-
ra transgression, ni notas parece que esta bien hecha la cesion referida:
pues tiene visos, o vezes de alimentos, o dote. A este argumento se dan
dos respuestas.

La primera, que ni aun esse viso se permite: porque sería mas q feo
dezir que se dota a un hombre, a quien por tal le presume el derecho fuerte,
e industrioso, y acaso traxo dote la muger de Diego. La segunda, minis-
tra Joseph Alvarez en su misma Clausula 7. de cesion donde expreso que
se hizo para que su hijo Diego busque la vida: y por esta voz, o fin, segun el
comun uso, y modo de hablar de los hombres se entiende adelantar, y no
solo mantenerse: con que cessa el pretexto de alimentos. Fuera de que uno,
y otro está expressamente prohibido en la Clausula de Institucion; a la qual
veneran tanto las Leyes, que siempre le ceden la preferencia, como adelante
dire, y arguit contra una Clausula tan expressa en que debia fundarse la in-
tension, o defensa, vá tan lexos de aprovechar; que antes dáña plena-
mente. (28)

Pero caso negado q todo lo dicho cessara, es sublimitacion, o falencia
de aquella falencia, quando sin enagenacion puede por otro camino expedirse
la necesidad de dote, alimentos, o semejantes, como asienta Molina en el
lugar del margen, (29) in hac: Illud autem oblivioni tradendum non est
quod si ad ea quæ indicta authentica, Res quæ continentur: sufficient fru-
ctus rerum fideicommissi subdantur, ad bonorum fideicommissi aliena-
tionem procedi non debet. L. mulier. §. cum proponeretur. ff. ad Trebel-
lianum, ibi: potius fructibus hoc expensum ferendum quam fideicommissio:
Lo qual supuesto formo a Andrés Alvarez este dilemma: O los Fructos del
Mayorazgo dan competentemente para que a su hermano Diego se le hu-
viesen dado tres, o quatro mil pesos, para que buscase la vida; o no? Si lo
primero, esso debieron practicar Joseph, Andrés, y Diego, como dize Mo-
lina; y de lo contrario todos tres delinquieron. Si lo segundo, luego han
deteriorado el Mayorazgo, y tambien en esso, y por esso delinquieron, y lo
perdieron: porque segun consta de su Institucion, solo el de los Prietos Bo-
nillas se erigió con el principal de trescientos mil pesos poco mas, o menos;
y aunque unicamente se atendiese a el mas escaso fructo, que es de un cin-
co por ciento: resu tan quinze mil pesos de fructos libes cada año.

Y en verdad, que de tan considerable cantidad es imposible que
dexe de sobrar, aunque las expensas propias fuesen las mas pompas, y
prodigas: porque con cinco mil pesos se mantiene con lustre un Titulo: y
assi

(27)
Molin. de primog. lib. 4.
cap. 1. per tot. Covarr. Gom.
Molin. de iustit. & jur. &
omnes hic.

(28)
Cap. fin. de immunit. Eccl.
Frustra legis imploras auxi-
lium, qui in legem committit.
cap. quia frustra de usuris cap.
in Audientia de sent. excomun.
L. auxilium, in fin. ff. de
minor.

(29)
Molin. de primog. lib. 4. c.
6. n. 15.

(30)
Molin. de primog. lib. 4. c.
6. n. 15.

7
assi sobran diez. Y si se quiere atender a el avio de las Haziendas, no puede
proceder la regitacion de cinco por ciento; sino al muy menos la de diez
y digolal muy menos: porque el Labrador muchas vezes adelanta ciento
por ciento; pero aunque estuviésemos a la minima de dicho diez, y expen-
diendo diez mil pesos en avios, sobran quinze mil, libes cada año. Vea V.
S. si Joseph Alvarez tenía, o debia tener frutos para dotar a su hijo Diego,
sin tocar al fondo de la Institucion. Y a buen seguro, que sobre nada de lo
dicho se atrevió, ni probó cosa alguna.

Y quando de barato, que dichos frutos no alcanzassen a dotar, o
alimentar a Diego, todavia proceden la transgression, y amision: porque
aun en estos casos permitidos previenen los Doctores (30) que la enagenacion
no se hace con facultad Regia, y ya que en estos Reynos por la distan-
cia, se pueda conseguir de la Real Audiencia, por autoridad, y privilegio,
que para ello tienes ni aun esta facil diligencia hizo Joseph Alvarez. Y aun-
que la huviese executado, nada avia conseguido: porque en la Institucion
en la Condicion 7. arriba copiada, expressamente se prohibe la enagenacion
por causa de dote, alimentos, y otra qualquiera, aunque aya para ello
licencia del Rey, o consentimiento del Successor: con que se halla la presen-
te transgression tan circunstanciada por todas partes, que no le queda solu-
cion a Andrés Alvarez.

Ni puede esuginse a que no fue rigorosa enagenacion la que hizo
su Padre, y consintió él, sino cesion: porque por esso mismo se verifica la
enagenacion, puesto que dicho contrato es translativo de dominio. (31)
Y aunque assi no fuese, la misma Clausula citada le prohibe tambien esse
contrato, por mayoria de razon: porque las hypotecas expresa, y tacita,
aunque tienen cierto viso de enagenacion, no la producen absolutamente; y
la cesion si, y en esso consiste la mayoria de razon, pues quien prohibe
lo que trae menos daño: por infalible consecuencia ha de prohibir lo que
lo trae mayor, y en verdad que por la hypoteca, ni la possession de la cosa
se transfiere, que en esso se distingue de la prenda. (32)

La locacion es muchissimo menos translativa de dominio, e ilati-
va de perjuicio, que la hypoteca tacita, o expresa, o cesion; y no obstante
es comun sentir de los Doctores, que los bienes vinculados no pueden locar-
se por largo tiempo, (33) con el fundamento de que semejante locacion es
especie de enagenacion, y aunque sea por pequeño tiempo, se prohibe tam-
bien, si el pacto se celebra con persona mas poderosa, de quien se dificulte
la recuperacion, (34) y en verdad que Molina de primog. procede en esto
con piedad; y no obstante es suya toda esta Doctrina: con que los que esca-
searen algo dicha facultad, ya se vé que han de proceder con mas tiranteza.

Uno de estos es Antonio Gomez (35) que concordando en lo de-
mas con Molina, dize: Sed his non obstantibus ego teneo contrarium,
immo quod bona expres. e prohibita alienari, non possunt alienari etiam
propter dotem, vel aliam similem causam piam. Primò, quia magis afficit
prohibitio expressa quam tacita. Secundo, quia nulla lex permittit aliena-
tionem etiam ex causa pia; quando prohibitio alienationis est expressa.
Tertio, quia fortior est prohibitio alienationis facta in ultima voluntate;
quam per contractum: quia illa impedit translationem dominij, ista vero
regulariter non impedit; sed ego habeo quod bona prohibita alienari per
contractum inter vivos in casibus in quibus prohibitio impedit transla-
tionem dominij, non possunt alienari etiam propter dotem, vel aliam cau-
sam piam. Cotejese la condicion 7. con esta doctrina, y se verá como no

(30)
Molin. de primog. d. lib. 4.
cap. 6. n. 25, & 26. Et alij
supra relati.

(31)
Cessio est translatio juris, vel
actionum in favorem alterius,
contra debitorem in iurium, &
ignorantem. L. per diversas
& L. ab Anathasio. C. de
mendicantibus. L. Julia. ff.
de petit. heredit.

(32)
S. Item serviana. Inst. de act.

(33)
Molin. de primog. lib. 1. c.
21. nn. 16. 17. y 29.

(34)
Idem ibi. n. 30.

(35)
Gomez L. 40. Tauri n. 80.
y Decimo intellige.