



P O R
DOÑA LEONOR BERGA
y Zaforteza , (N. 10.)

Y

SU HIJO DON THOMÁS BURGÜES : (N. 15.)
EN EL PLEYTO DE TERCERÍA

SEGUIDO A INSTANCIA DE DOÑA CATHALINA
de Salas Berga, (N. 17.) en la Real Audiencia de Mallorca,
pendiente en el Consejo en virtud de Letras,
causa videndi.

S O B R E

LA SUBCESSION DEL FIDEICOMISSO,
*fundado por Don Jayme Zanglada y Valentí , (N. 2.)
vacante por muerte de Don Gabriel Berga. (N. 14.)*

DOÑA LEONOR BERGA (N. 10.) PRETENDE
se imponga silencio à Doña Cathalina , (N. 17.) y D. Tho-
màs , su hijo , (N. 15.) que solo en el caso de no pertenecer
este Fideicomisso à su Madre , se declare pertenecerle à él.

N. 1.



Doña Cathalina de Salas (N. 17.) ha elegido el rumbo de tercera opo-
sitora excluyente, contra
su tio D. Antonio Fuster
de Salas, (N. 13.) y con-

tra Doña Leonor Berga, (N. 10.) y su hijo Don
Thomás Burguès Berga; (N. 15.) y para esto,
de acuerdo con su tio, hace el supuesto que mas
bien le acomoda, que se reduce à decir, que el
llamamiento de las hijas de Doña Beatriz, (N. 3.)
y sus descendencias legitimas, (que se hallan en
la clausula oçtava) no caducò, por no haver te-
nido hijas Doña Beatriz, (N. 3.) antes si se veri-
ficò en Doña Beatriz Berga, (N. 8.) y su linea,
por ser Doña Beatriz (N. 8.) la primer hembra
descendiente de Doña Beatriz, (N. 3.) como
nieta suya, por medio de su hijo Don Gabrièl
Berga. (N. 5.)

2 Figurado afsi este principal supuesto;
dice, que el Fundador, en falta de los agnados,
hizo regresso à las hijas de Doña Beatriz, (N. 3.)
con preferencia à las hembras de la linea conten-
tiva del ultimo poseedor; y haviendolo sido
Don Gabrièl Berga, (N. 14.) arguye, que la li-
nea de Doña Leonor Berga (N. 10.) quedò pos-
puesta, en competencia de las hijas de Doña Bea-
triz, (N. 3.) y por un modo interpretativo afir-
ma, que Doña Beatriz (N. 8.) es la hija predilec-
ta, por la regla de que las nietas se entienden
comprehendidas en la palabra *Hijas*.

3 Hasta aqui vèn conformes Doña Catha-
lina, (N. 17.) y su tio D. Antonio; (N. 13.) pero
discrepan en que Doña Cathalina (N. 17.) de-
fiende, que este Fideicomisso es regular en su

A

linea,

línea, y que con necesidad le corresponde la subcesion, como a hija de Don Juan Fustèr de Salas, (N. 12.) hermano mayor de Don Antonio; (N. 13.) y este, por su qualidad masculina, pretende la preferencia, afectando irregularidad en esta subcesion, y línea.

4 No hay cosa mas facil para defender qualquier derecho, como hacer los supuestos oportunos, para inducirle con necesidad: Doña Cathalina (N. 17.) dice, que en defecto del ultimo agnado artificioso, fueron llamadas las hijas de Doña Beatriz; (N. 3.) (*) y si este primer passo no le dà seguro, se le corta desde luego el camino de su idea.

5 El llamamiento de las hijas de Doña Beatriz, (N. 3.) segun consta de la clausula octava, està concebido: *en falta de todos los hijos varones de dicha Doña Beatriz Zanglada, mi hermana, y sus descendencias masculinas*: y siendo descendiente masculino de la línea primogenita, y contentiva del ultimo poseedor Don Thomas Burguès, (N. 15.) es claro, que por la clausula octava (unico fundamento de Doña Cathalina) no ha llegado el caso de la substitucion de las hijas de Doña Beatriz. (N. 3.)

6 No hay cosa mas sabida en esta materia, que el primer principio de subcesion de Mayorazgos, ò Fideicomissos, es probar, *se vocatum esse*: (1) y esta prueba no se puede hacer, sino es por la clausula donde estuvièsse la substitucion, ò llamamiento.

7 En la clausula septima es donde se establece la que Doña Cathalina llama agnacion, en la descendencia de Doña Beatriz, (N. 3.) sobre cuya inteligencia se ha escrito en el Pleyto
sepa-

(*)
Mem. num. 12. en su Ad-
dicion.

(1)
D. Rox. Almanza de In-
comp. disp. 1. n. 1. n. 59.
vers. His ergo: q. 13.
n. 38.

separado con Don Antonio Fustèr; N. 13.) pero en aquella clausula no hay substitucion en defecto de aquellos varones en ella predilectos; y si por ella nos huviessemos de gobernar, seria indisputable, por reglas de Derecho, la subcesion de qualquiera varon, ò hembra de la linea primogenita, (2) especialmente en competencia de lineas inferiores, como lo serian las que pudiesen formar las hijas de Doña Beatriz. (N. 3.)

8 Por esta razon parece hallarnos en necesidad de ceñir la defensa à la clausula octava, en que està colocada la substitucion de las hijas de Doña Beatriz, (N. 3.) y como esta fue concebida en el caso absoluto, y generico de faltar las descendencias masculinas de Doña Beatriz, no podemos sin temeridad estender la substitucion fuera de sus terminos; y siendo conforme à Derecho, que el puesto en condicion se entienda primeramente llamado, (3) se convence con necesidad, que las hijas de Doña Beatriz no fueron substituidas, habiendo descendiente masculino de su linea primogenita, que lo es Don Thomàs Burguès. (N. 15.)

9 Alterar la letra del llamamiento con odio à las reglas de Derecho, no es tolerable, al passo que por observar las reglas, se suele permitir alguna violencia contra lo literal, aunque sea de la Ley; (4) y este inconveniente es el que Doña Cathalina atropella en su Demanda, porque quiere que las hijas de Doña Beatriz (N. 3.) sean preferidas contra la voluntad del Fundador, expressa en la clausula octava, al descendiente masculino de la linea primogenita de Doña Beatriz.

10 Es claro, que en la clausula octava diò

pre-

(2)
D. Rox. *Almaná de In-*
comp. disp. 1. q. 1. n. 201.

(3)
D. Molin. *de Primog. lib.*
1. c. 6. n. 2. & ibi add.

(4)
D. Molin. *de Primog. lib.*
3. c. 13. n. 42.

preferencia à las descendencias masculinas, y aunque por la clausula septima se empeñe en probar haverse establecido en ella una agnacion ficta *ad instar* de la verdadera; con todo, y sin perjuicio de lo escrito en este punto, no será fácil persuadir, que la preferencia de las descendencias masculinas de la clausula octava, debe precisamente ceñirse à la linea actual de Don Gabrièl Berga. (N.14.)

(5)
D. Rox. Almanfa de In-
comp. disp. 1. q. 1. n. 105.

11 Es cierto, que la agnacion artificial, ò ficta symboliza con las reglas de la verdadera, y se gobierna por ellas; (5) pero es innegable una diferencia entre estas dos agnaciones: el agnado verdadero siempre ha de ser varon de varons; y el agnado ficto siempre ha de ser cognado, yà por medio de cognados, ò por medio de hembras; de manera, que agnado ficto lo puede ser Don Thomàs Burguès, (N.15.) y lo fue Don Gabrièl Berga, (N.14.) ultimo possedor, porque èl, y todos sus Autores lo fueron de linea femenina; y en esta verdad notoria, y demonstrable se acredita, que quando en la clausula octava se acordò el Fundador de las hijas de Doña Beatriz, (N.3.) posponiendolas à sus descendencias masculinas, apreciò mas à qualquiera simple masculino de la linea primogenita, que à las hijas de Doña Beatriz; y así està bien, que la clausula septima la entienda Doña Cathalina (N.17) como quisiere, sin ofensa de la verdad; pero la substitution de la octava no puede entenderla, sino es en su caso, que es en el defecto de las descendencias masculinas de todos los hijos varones de Doña Beatriz. (N.3.)

12 Por lo expuesto hasta aqui se evidencia no haver llegado el caso de la substitution de la clau-

clausula octava à favor de las hijas de Doña Bea-³
triz, (N. 3.) y ser con precision un inutil trabajo
tratar de la comprehension, ò extension de la
palabra *Hijas*; pero sin embargo tocarè este
punto, por ser el principal apoyo de Doña Ca-
thalina. (N. 17.)

13 Sentada la regla, que baxo la palabra
Hijas se comprehenden las nietas, conociendo
el Señor D. Juan del Castillo la inoportunidad,
con que se suele usar (ò por mejor decir, abusar)
de esta regla, tratò de proposito sobre los termi-
nos verdaderos, en que debe acomodarse; y se-
gun la mente de todos los Mayorazguistas, so-
bre varias reglas que sienta, es la primera, que
la palabra *Hijas* es extensiva à las nietas, quan-
do peligra la perpetuidad del Mayorazgo, y se
trata de su conservacion. (6)

14 Aqui es visible no tratarse de la conser-
vacion del Fideicomisso, antes se supone; y que
hay muchissimas personas, en quienes ha de
continuar la subcession, segun el orden con que
estàn llamadas; y la disputa recae sobre preferen-
cia de lineas, que dista muchissimo de la exten-
sion, ò limitacion de la palabra *Hijas*.

15 Otra regla trae el Señor Castillo en el
lugar citado contra la extension, que se reduce,
quando el Fundador usa de las palabras *mios*, ò
suyos; porque en este caso significa los hijos, ò
las hijas del primer grado; y en la clausula octa-
va substituyò expressamente *las hijas de la mis-
ma Doña Beatriz, mi hermana*: en cuyos dos
cognomentos, necessariamente significò las hi-
jas del primer grado, porque la nieta, por me-
dio de un hijo varon de Doña Beatriz, no es
hija de esta.

(6)
D. Castell. lib. 5. *Controversias*
c. 92. à n. 19.

(7)
Videndus D. Larrea dec.
54. per totam, signanter
n. 12. & 24. Add. ad D.
Mol. de Primog. lib. 1.
c. 6. n. 28. & 29. ver. Se-
cundo fallit quando testa-
tor discretive loquitur.

16 Otrá de las reglas generalmente reci-
bida , para la limitacion de la palabra *Hijas* es,
quando la disposicion es discretiva , (7) que se
verifica , quando el Fundador hace (como este)
una substitucion particular de *Hijas* , y otra ge-
nerica , y universal de descendientes ; porque
entonces , sobre no haver necesidad de exten-
der la voz *Hijas* , para conservar la perpetuidad,
porque toda la descendencia està expressamente
llamada , hay precision de limitar aquella sub-
stitucion , porque esta es la virtud , y fuerza de
la discretiva.

17 Esto se vè demonstrable en las clausu-
las octava , y nona de la Fundacion : en la pri-
mera se trata de la substitucion lineal de las hi-
jas de Doña Beatriz ; y en la segunda , ponien-
do en condicion toda la descendencia , y poste-
ridad legitima de Doña Beatriz , (N. 3.) passá
á tomar otra providencia , que no es del dias
pero siendo cierto , que los puestos en condicion
en toda disposicion de tracto subcesivo perpe-
tuo , se entienden substituidos , (8) resulta con
necessidad , que en la posteridad de Doña Bea-
triz (N. 3.) se hallan dos substituciones expresas,
una especifica de sus hijas , y sus particulares li-
neas , y otra generica de sus descendientes , en
cuya discretiva es intolerable adaptar la mencio-
nada regla , por dirigirse á fomentar la confusion,
contra expresas providencias de la Fundacion.

18 No hay cosa mas sabida , y notoria , que
baxo la palabra *Hijos* se comprehenden las hijas ;
pero si el Fundador discretiva , y separadamente
habló de hijos , y de hijas , es absurdo compre-
hender estas en en las providencias tomadas
para aquellos. (9)

(9)
D. Molin. de Primog. lib.
3. c. 5. n. 55.

19 De estas reglas nace, que Doña Beatriz (N.8.) tiene expreso llamamiento; pero no es el específico de las hijas de Doña Beatriz, colocado en la clausula octava; sino es el generico, y colectivo de la clausula nona, à favor de toda la posteridad de Doña Beatriz. (N.3.)

20 Tambien resulta, que Doña Cathalina, (N.17.) estando colocada en esta ultima substitution generica, està mal hallada en ella, y quiere ser comprehendida en la substitution, en que no la puso el Fundador, alterando contra Derecho el orden de substitutiones, y prelacion de ellas expressamente dispuesta, sin mas apoyo, que la regla general, que las nietas estàn comprehendidas en la palabra *Hijas*, quando es sabido, que las Leyes, por regla notoria, no tienen lugar, quando hay expressa disposicion de los hombres, y aun las nuestras rinden todas sus providencias à las del Fundador. (10)

21 Y quando se quisièsse decir, que Doña Leonor Berga, (N.10.) y su linea, estarà tambien comprehendida en la ultima substitution colectiva, y generica de descendientes de Doña Beatriz, (N.3.) no tengo inconveniente en admitir esta rèplica, (sin perjuicio de lo escrito en mi anterior Alegacion) porque estando colocadas en la ultima substitution generica las lineas de Doña Leonor, (N.10.) y de Doña Beatriz, (N.8.) es sabido, que por el llamamiento de esta calidad no se altera el orden de primogenitura, y queda indisputable la preferencia de la linea de Doña Leonor, (N.10.) primogenita, y contentiva del ultimo poseedor. (11)

22 Parece que los precisos terminos à que reduce su tercera Doña Cathalina, (N.17.) se

ha-

(10)

Ex l. 5. tit. 7. lib. 5. Recop. ibi: Salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyó y ordenò el Mayoralazgo.

(11)

D. Castill. lib. 5. Controv. c. 91. n. 78. verbi. Quia respondetur, ibi: Sed quo ordine, aut modo, sive gradu nequaquam expressit, atque ex eo dumtaxat, quod lineas constitueret, visus non est totum succedendi ordinem regularem, sive regulas ordinarias successione primogenitorum Hispania, linea scilicet, gradus, & proximitatis subvertere, & infringere voluisse.

hallan evacuados con las satisfacciones expuestas; y que Doña Leonor Berga, (N. 10.) y su hijo Don Thomas, (N. 15.) deben esperar de la justificación del Consejo defiera a sus respectivas pretensiones. Madrid 22. de Octubre de 1763.

Lic.^{do} Don Juan Feliz
de Albinar.