



**ALEGACION POR  
 LOS ILVSTRISSIMOS  
 SEÑORES MARQVESA  
 DE SAN FELIZES, Y VARONESA  
 DE RIESSI, Y MARQVES DE  
 Coscojuela su hijo.**

*PARA LA INSTANCIA DE LA APELA-  
 cion pendiente en la Real Audiencia, de la sentencia  
 de la Corte del Señor Iusticia de Aragon,  
 dada en fauor de las Carmelitas  
 Descalças de Huesca.*



Dos puntos se reduce la justicia de estos Señores apelantes, para que la sentencia del Iuez à quo se reuoque.

El primero es. Que aunque Doña Iuana Gonzalez dejando como dejò por su testamento (debajo de la condicion que en el se contiene) los Lugares, para q̄ se fundasse en Huesca vn Cõ- uento de Carmelitas Descalças: dispuso assi mismo, que si antes de llegar dicho caso se fundaua Conuento, siruiessen, y fueffen para èl dichos Lugares. Despues en su codicillo boluio a disponer la fundacion del Conuento con otros bienes, y con otra forma; de tal manera, que no quiso siruies- sen los que de nuevo daua, para Conuento que fundassen otros; sino para el que primitiuamente se fundasse con di- chos bienes, en cumplimiento de la voluntad explicada en su codicillo. Que es dezir, que en orden a la pretension

del Conuento, en cuyo fauor se dio la sentencia, de que se ha apelado, se ha de hazer la quenta, como si el codicillo fuera la primera escritura en que dispuso dicha fundacion. Y que como en el no se lee, que los bienes siruiessen para Conuento fundado por otros, se les hizo conocido agrauio entendiendolo lo contrario.

El segundo punto es. Que aun en caso que tuuiera algun fundamento, que los dichos bienes auian de seruir para Conuento fundado por otros; la parte agente que se llama Conuento fundado, no lo es, ni aun transferido de vn lugar a otro, por no auerse cumplido con la forma de los decretos Apostolicos, para hazerse la fundacion, ò translacion. Y que assi, las Religiosas Carmelitas que oy asisten en Huesca, estan alli como huespedas, retiradas entre tanto que cessando los inconuenientes de la guerra, se puedan boluer a la Villa de Tamarite, donde se fundò, y estaua el dicho Conuento.

Llegando al punto primero. Pende su aueriguacion de la intelligencia de las clausulas del Testamento, y Codicillo de la dicha Doña Iuana Gonzalez. Y para que se tengan presentes, son como se siguen.

### Clausula del Testamento.

*ITEM atento que en virtud de los dichos capitulos matrimoniales de los dichos Don Miguel de Moncayo, y Doña Francisca de Gurrea tengo facultad de poder disponer, y ordenar de los dichos mis Lugarer de Arbanies, Castejon de Arbanies, y Peralta, y otros bienes, en caso que mis hijas murieren sin hijos, ò sus hijos menores de edad, segun que en los dichos capitulos, a que me refiero, se contiene. Por tanto quiero, que adueniente el dicho caso, los sobredichos Lugares siruan, y se empleen para fundacion, y sustentacion de vn Monasterio de Monjas Car-*

melitas Descalças en la dicha Ciudad de Huesca. Y en caso que se hallare quando viniere el sobredicho caso fundado ya Monasterio de dichas Monjas, sean de la misma manera los dichos Lugares para el tal Monasterio. Con obligacion, que de tres en tres años ofreciendose parientas de mi linage que quisieren entrar Monjas en dicho Monasterio, ayan de recibir, y tomar una sin dote, ni interesse alguno, &c.

### Clausula del Codicillo.

ITEM, atento que en la clausula, y capitulo de la universal herencia en el dicho mi testamento puesta, quiero, y ruego, que cobrado que ayan mis herederos de la dicha Ciudad de Huesca, los mōtes de Castejon, Becha, y Siest, que los señores Justicia, y Jurados de la misma Ciudad, que entonces fueren, y por tiempo seran, tengan en bien de encargarse de la administracion de los dichos montes, de la forma, y manera que en dicho capitulo se contiene. En el qual assi mesmo dispongo, y quiero, que el dinero, y cantidad que se sacaran, y procederan de dichos montes, ayan de emplearlas, y esmerçarlas en cargar censales en lugares Realencos, tutos, y seguros, en nombre de dichos herederos, hasta que Don Diego de Moncayo mi nieto huviere contraido legitimo, y carnal matrimonio, ò cumplido veinte años de su edad; y que adueniente qualquiere de dichos casos, cese la dicha administracion, y cesado q̄ aya, entreguen los dichos censales al dicho Don Diego, con los pactos, vinculos, y condiciones en dicho capitulo contenidos.

Y por quanto he deseado grandemente, que se funde en la Ciudad de Huesca un Monasterio de Monjas Carmelitas Descalças, por lo que entiendo ha de quedar nuestro Señor servido, quiero, ordeno, y mando, que luego que

Los dichos mis herederos huieren cobrado los dichos mon-  
 tes, los sobredichos Justicia, y Jurados, que entonces, y  
 por tiempo fueren, juntamente con dichos mis herederos, o  
 la mayor parte dellos; como se auian de cargar censales de  
 lo que resultare de la administracion de dichos mon-  
 tes para el dicho Don Diego, se emplee, y esmerce en la  
**CONSTRVCCION, EDIFICACION, Y FVN-**  
**DACION** de dicho Monasterio, y Conuento de Mon-  
 jas Carmelitas Descalças en la dicha Ciudad de Huesca,  
 haziendo, y **CONSTITVYENDO EN LA**  
**PARTE, PVESTO, O LVGAR QVE LES**  
**PARECERA MAS A PROPOSITO, CON**  
**LOS REQVISITOS NECESSARIOS A SV**  
**ARBITRIO:** de suerte, que se consiga mi voluntad,  
 è intencion. Y demas desto, funden renta sobre lugares  
 tutos, y seguros para el sustento de quatro Monjas per-  
 petuamente, **A FIN QVE CON DICHA**  
**RENTA TENGA BVEN PRINCI-**  
**P IO,** confiando que Dios será seruido de animar a  
 otros fieles, y deuotos, que lleuen adelante esta san-  
 ta obra, ayudando con lo que mas fuere necessario para el  
 dicho Monasterio. Y hecho esto, y quedando en su perfec-  
 cion, y con el cumplimiento q̄ se requiere, surta su efecto  
 el siguiente capitulo de dicho mi testamento, en razon de q̄  
 dicho Don Diego de Moncayo suceda mediante los pac-  
 tos, vinculos, y condiciones en el mismo capitulo conteni-  
 das. Y si al tiempo que esto tuuiere, o surtiere su efecto, el  
 dicho Don Diego no viuiere, quiero en tal caso, sucedan  
 los llamados en dicho capitulo de dicho mi testamento, y se  
 guarde la forma en el puesta, en quanto no fuere contra-  
 ria a este capitulo. Y en caso que los que tienen drecho del  
 ins luendi, es a saber, de poder cobrar los dichos montes los  
 cobraren antes de auer hecho dicho Monasterio, è Iglesia,  
 y lo demas arriba expressado, quiero que la cantidad, y  
 pre-

5  
precio del dicho ins luendi, la emplee los sobredichos **EN LA CONSTRUCCION, Y FUNDACION DE DICHO MONASTERIO, IGLESIA, Y RENTA.**

**ITEM**, atento que por dicho mi testamento, en fuerza de los capitulos matrimoniales del señor Don Miguel de Moncayo, y de Doña Fráncisca Gurrea mi hya, dexo en el caso alli contenido, mis Lugares de Arbanies, Castejon de Arbanies; y Peralta, y otros bienes, para fundacion de un Monasterio de Monjas Carmelitas Descalças, segun que en dicho mi testamento se contiene. Y porque en el presente mi codecillo he ordenado de parte de arriba, se haga la fundacion del dicho Monasterio de otra manera. **POR TANTO REVOCO LA DICHA DISPOSICION DE DICHO MI TESTAMENTO**, dexando como dexo los dichos Lugares, a las personas que por dichos capitulos matrimoniales, ò de otra manera les pertenezcã, ò pertenecerã. Quedando como quiero quede **DICHO CAPITULO, SI QUIERE DISPOSICION**, en lo que ha respeto a la admission de Monjas en el dicho Monasterio que de parte de arriba mando fundar, en su fuerza, y valor, porq̃ quiero que las Monjas tengan la dicha obligacion de admitir las llamadas en dicho capitulo, ò disposicion. Quiero, que todas las demas cosas en el dicho mi ultimo testamento citadas, y contenidas, queden en su fuerza, eficacia, y valor, y a queste sea mi ultimo codecillo, y ultima voluntad, ordinacion, y disposicion.

**ITEM**, atento que por capitulos matrimoniales del señor Don Juan de Gamboa, y Doña Luisa de Gurrea mi hija, en caso q̃ muriera dicha mi hija sin hyos, quedarõ vinculados de su adote a mi disposicion, ocho mil escudos, ò lo que mas, ò menos fuere, quiero que adueniente dicho caso, sirvan **PARA LA CONSTRUCCION**, y efec-

*to de dicho Monasterio, y fundacion de adote, para el sustento de dichas Monjas.*

Del tenor de esta vltima clausula codicillar, es claro, y patente. Que aunque la dicha Doña Iuana Gonzalez quando codicilla, no desiste, ni se aparta del animo, y mente de dar hazienda para que se fundasse vn Conuento. Se apartò, y desistió en quanto la auia explicado en el testamento. Porque expressamente reuocò en esta parte su disposicion testamentaria; y todo el capitulo, a donde auia explicado su voluntad, exceptado respecto del grauamen de que el Conuento que disponia se fundasse por su codicillo, tuuiesse obligacion de admitir cada tres años vna Monja sin dote.

Esta reuocacion es expressamente literal, pues auiendo dispuesto la fundacion del Monasterio en el mismo codicillo antecedentemente, pone luego la clausula reuocante, diciendo. *Y porque en el presente codicillo he ordenado de parte de arriba se haga la fundacion de dicho Monasterio de otra manera. Por tanto reuoco la dicha disposicion del dicho mi testamento, quedando como quiero que de dicho capitulo, siquiere disposicion, en lo que ha respeto a la admision de Monjas en el dicho Monasterio, que de parte de arriba mando fundar, en su fuerça, y valor. Porque quiero las dichas Monjas tengan obligacion de admitir a las llamadas en dicho capitulo, ò disposicion.*

Tres cosas se ponderan. Vna, q̄ dize reuoca la disposiciõ testamentaria absolutamente. La segunda. Essa disposiciõ la explica, y la llama tãbien capitulo, q̄ es todo el capitulo dõde se cõtiene dicha disposicion de la fundacion del Conuẽto. Para q̄ se entēdiessse reuocaua assi lo formal como lo material de la disposicion dicha, ò para que essos dos terminos *disposicion, y capitulo* denotassen mas la total reuocacion de todo lo contenido en dicho capitulo. La tercera. Que essa reuocacion general de toda essa disposicion, y de todo el capitulo, la limitò folamente respecto de la obligacion

87

de admitir vna Religiosa de tres en tres años, vt in antecedens necessarium, & per exceptionem de regula, in omnibus alijs remaneret reuocata dispositio, & capitulum, in quo ipsa dispositio reuocata continebatur, per vulgarem regulam, exceptio firmat regulam in contrarium in non exceptis, *l. quasitum, §. denique, de fund. instr. vel instr. leg. cum similibus, Gemin. cons. 65. nam. 8. dicens, quod si exceptio non esset de regula esset derissoria.* Y quando como en este caso el disponiente puso la regla, y la excepcion, es todo literal, y no ay dificultad alguna.

A que tambien miran las palabras: *Y todo lo demas contenido en el dicho testamento que en su fuerça y valor, esto es todo lo demas, excepto lo contenido en el capitulo que reuocaua, que habla de la fundacion del Conuento.*

Additur. Que en la misma disposicion, y capitulo que reuoca; como estaua expreso el dicho grauamen; lo estaua tambien aquella calidad, que si el Conuento se fundaua por otro antes de llegar el caso, fuesen para el los Lugares. Y teniendo tan presente, y en la memoria lo vno, y lo otro, como hablò del grauamen exceptuandolo de la regla reuocante, huuiera hablado, y entrefacado de ella essotra condicion, ò disposicion, y de no auerlo hecho pudiendo tan facilmente, se colige que no lo quiso, *Menoch. cons. 30. num. 8. De donde se infiere lo que dixo Mantica de coniect. lib. 12. tit. 1. num. 16. Tamen illa clausula quæ rupta est nulla vires recipit ex scientia ipsius testatoris, & necesse est quod nouo iudicio confirmetur:* y lo que dixo Cephalo *cons. 67. à num. 1. ad 13. lib. 1.* que aun para declarar la disposicion hecha en el codicillo, no puede feruir la reuocada del testamento. Es puntual el consejo de Lud. Rom. 13. num. 28. alegado por esta parte para la instancia inferior, que repitiendo sus palabras dixo. *Sic igitur in re nostra dominus codicillans omnino à testamenti dispositione voluit recedere, & sic Castellania legatum in codicillis communiter relictum, noua censetur dispositio, cum prius in totum D. l. oã-*

*ni Ambrosio esset relicta, qua noua dispositio cum sit simplex, absque alio fideicommissi onere, de ipso fideicommissi amplius querendum non est.* Y porque fundò bien esta conclusion la alegacion primera, no la dilato más.

No estamos en terminos de la question *utrum* qualitas in prima dispositione adiecta, censeatur repetita in secunda. Pues no puede entrar, quando el que dispone reuoca expressamente la primera, y feria querer dar repeticion contra la expresa voluntad. Y quando en este caso se dieran terminos habiles, es sabido que en duda la repeticion no se admite. Particularmente quando la segunda disposicion cae sobre diuersos bienes, y se forma con diuersas condiciones. *Vt ex multis Mascard. de probat. conclus. 1271. num. 20. Peregr. de fideicommiss. art. 16. num. 63.* Y en el Reyno por el rigor de la carta es indubitable, *Sesse decis. 238. num. 8. 9.*

Muestrase assi mismo la voluntad de la codicillante, de que en el codicillo siempre dixo queria se construyesse, y edificasse el Conuento con los bienes que dexaua en el codicillo, para q̄ con aquel **PRINCIPIO** pudiessen otros mouidos de caridad, y piedad llevar adelante essa buena obra: mostrando assi, q̄ la primitiua fundacion auia de ser suya, y el aumento de otros, no al contrario, que si tal quisiera lo huuiera dicho.

Esta voluntad de que los bienes siruiessen para fundacion original, y no para aumento de otras ( despues de ser tan expresa, y manifesta) tiene por si vna grande verosimilitud, nacida de la diferencia de fundar, ò aumentar lo fundado. Porque la fundacion dà, y atribuye al fundador derecho de Patronado, & si nihil expressum de patronatu fuerit, *Rota decis. 5. de iure patron. in antiquis. Lambert. de iure patron. lib. 1. q. 2. art. 2. per tot. Caputaq. decis. 133. p. 2. Loter. de re benef. lib. 1. q. 8. num. 1.* Y en el aumento no se concede Patronado, *Grat. discept. 177. num. 24. 25. gloss. in cap. pia mentis 16. q. 7. Ricc i praxi resol. 150. per tot. Barb. in Past. 3 p. alleg. 70. num. 14. 15.* Que en el Conuento que haze par-



9

te de actor en este pleyto, es mas claro, por auerlo fundado Doña Violante Guaso en Tamarite de Litera, con que fue hecha Patrona, segun la magistral distincion que haze Loterio vbi supra lib. 1. q. 31. ex num. 21. Donde resuelue, que la dotacion, y aumento no puede dar derecho de Patronado, si el primitiuo fundador, y Patron no lo consiente.

Præterea. La fundacion del Conuento que Doña Iuana Gonzalez ordenò en su testamento se hiziesse, fue con condiciones, que totalmente repugnan a que se verifiquen en el pretensso Conuento actor. Porque quiso *se construyesse, y edificasse en el puesto, ò Lugar que les pareciesse a sus herederos*, y esta circunstancia, ni la ay, ni conuiene cõ el pretensso Conuento actor.

Cæterum. Ni en el testamento, ni el codicillo no habló palabra de Conuento transferido, sino del que se auia de fundar nueuamente. Y el que pretende los bienes estaua fundado en Tamarite mucho antes que la dicha Doña Iuana Gonzalez muriesse, el qual en todo rigor se dirà transferido, pero no nueuamente fundado, con que no se le deuen dar estos bienes. Verba namque dispositionis vbi non conueniunt, nec conuenit eius dispositio, l. 4. §. toties, vbi Paulus ff. de damno infecto, l. quod constitutum, ff. de milit. testam. Maximè vbi verba naturaliter, & in proprio significato sunt intelligenda, vt in Regno.

Confirmasse lo dicho de la clausula del codicillo, en que las ocho mil libras de la dote sobre que se litiga las adjudicò dicha Doña Iuana Gonzalez al Conuento, ibi: *Siruan para la construccion, y efecto de dicho Monasterio, y fundacion, y para el sustento de dichas Monjas*. Cuyas palabras relatiuas, *Para la construccion, y efecto de dicho Monasterio*, hazen relacion a la construccion, y fundacion que antes auia dispuesto en el codicillo se hiziesse de la renta de los montes que tenia empeñados la Ciudad de Huesca; cõsiderando estas ocho mil libras como accesion, y aumento

de lo que se auia de facer de la renta de los montes despues de cobrados, y desempeñados de la Ciudad de Huesca. Y como estos montes nunca se han cobrado, y los tiene siempre la Ciudad; faltando lo principal de la hazienda, ha de faltar lo accessorio que sigue su naturaleza.

En quanto al punto segundo. Es inegable que el pretenso Conuento actor, ni es Conuento fundado, ni aun trnsferido.

Lo primero. Porque como consta de la copia del processo substanciado ante el Señor Obispo de Huesca, la licencia se pidio para fundar Conuento, y no para trasladar el que estaua fundado en Tamarite de Litera. Siendo assi q̄ la licencia, y poder del Padre General de los Carmelitas, en fuerça de que se hizo la suplica al Señor Obispo, lo que manda, y ordena, y para lo q̄ da licencia y poder es, para q̄ se transfiera el Conuento de Tamarite a la Ciudad de Huesca. De q̄ se descubre se pidio licencia para fundar, no auicndola dado el Padre General de la Orden, y que el Religioso que pidio la licencia al Señor Obispo para fundar, excedio los fines del mandato de su Superior, y fue nulo todo lo que hizo, *l. diligenter, ff. mandati, cap. cum olim de offi. deleg.*

Y mas se descubre. Que el pedir licencia al Señor Obispo para fundar, excediendo el mandato del Superior, fue de intento para poder pedir los bienes, que por su codicillo auia dexado Doña Iuana Gonzalez para fundar, y no para Conuento transferido, porque sabian la substancia, y modo de hablar del codicillo. Y siendo el hecho verdaderamente translacion, le dieron nombre de fundacion, para que hiziesse juego con el codicillo. Y assi la verdad ha de preua-lecer.

Lo segundo. Porque la Bula de la Santidad de Clemente Octauo que transcriue Barbosa *in tract. de offi. Ep̄ pot. Episc. alleg. 26. num. 7.* y que constituye forma para dar el Ordinatio la licencia de fundar, no se guardo en el dicho

proceso, y es nulo por la clausula irritante de la dicha Bula, cuyos efectos son conocidos, Barbof. *claus. 40. num. 2.* Porque siendo tan interessados la Señora Marquesa, y el Marques su hijo, para poder impugnar la licencia, ò para q̄ se declarasse, que con ella, y la fundacion que se queria hazer, no se verificaua el caso en que Doña Juana Gonzalez dispuso siruiessen las ocho mil libras para el Conuento que mandò fundar, y por otras razones, estando tan descubier- to su interes, que en el proceso, y sentencia del Señor Obis- po, se habla del, y siendo personas tan ciertas, y conocidas, no fueron citados, y el defecto de esta citacion, induze nu- lidad insanable, ya segun la Bula Apostolica, ya segun de- recho.

Lo tercero. Porque aun respecto de los citados, no tiene estado de poderse executar la sentencia, y licencia que dio el Señor Obispo. La razon es, que la dicha Bula Apostoli- ca dispone, que si alguno de los interessados apelare de la sentencia, ò licencia del Ordinario, se ha de suspender su execucion, hasta que la Sede Apostolica aya dado resolucioñ en la materia. Y como la licencia, ò sentencia del Señor Obispo, no està intimada a los interessados, siempre estan a tiempo de apelar, y no se ha podido, ni puede executar.

Lo quarto. Porque siendo en realidad de verdad transla- cion, y no fundacion primitiua, no basta la licencia del Or- dinario, sed simul requiritur licentia Papæ, por la disposicioñ del *cap. unic. de excess. Præl. in 6.* La qual no està inmuta- da por el Sagrado Concilio de Trento, como lo aduierte, y funda Bard. *in d. alleg. 26. num. 4. § 8. & ad Concil. sess. 25. de Reg. cap. 4. num. 28.*

Y porque en la licencia que diò el Padre General de los Carmelitas, para transferir el Cõuento de Tamarite a Huef- ca, dize: que su Religion tiene priuilegio para fundar, y transf- erir con sola la licencia del Ordinario. Le responde Barb. *in sapè d. alleg. 26. d. nu. 4.* donde aduierte estar reuocado par-

particularmente esse priuilegio, y otros por la Santidad de Urbano Octauo, por su Breue de 28. de Agosto de 1624. y lo repite *in collect. ad Conci. sess. 25. de Regul. cap. 4. à nu. 31. ad 34.* Y en el *num. 29.* adierte, que la misma forma se deue guardar en la fundacion de Conuento de Religiosas, que en el de Religiosos. Con que se concluye el punto segundo, y la manifesta nulidad, y aun nulidades de la sentencia, y licencia que dio el Señor Obispo de Huesca. Que aunque no las padeciera, està suspendida pendiente tempore ad appellandum, como ya se dixo.

Ex quibus, parece llano se deue reuocar la sentencia del Iuez à quo, absoluiendo a estas partes. Salua, &c. Mayo 14. de 1652.

*Gonzalez de Leon.*