



Spiritus Sancti gratia os appereat, & illuminet intellectum.



IN PROCESSV D MICHAELIS BRAV- LII CARNICER.

SVPER IVRIS FIRMA GRAVAMINVM
FACTORVM.

Por dicho Don Miguel Braulio
Carnicer.



L sugeto litigioso de este pleyto, es vna echura de vn Niño Iesus, que à instancia del dicho Don Miguel Braulio Carnicer se inventariò, y seruatisservandis se dieron en el processo del invetario dos proposiciones. Vna por parte del inventariante iure crediti. Y otra por parte de Frey Don Mathias Perez Arnal iure dominij. Y la Real Audiencia en 20. de Enero de 1654. admitiò la del dominio, repeliendo la de mi parte; y sintiendose agraviada hizo eleccion de firma a la Corte de V.S. Illustrissima, en donde pretende la reformation de la sentencia de la Real Audiencia, luez à quo, con meritos, de que a dicho luez à quo le còstò, que Diego Sanz de Villanueva al tiempo del otorgamiento del instrumento publico de prometa de indemnidad, y antes, y despues, fue señor de la echura del Niño Iesus

inventariado, y que a dicho Iuez à quo le constò legiti-
mamente de lo que constar le devia.

La mayor justificaciõ de estos meritos consiste en he-
cho; y assi es necessario presuponer, que del processo del
dicho Iuez à quo consta con cinco testigos, recibidos so-
bre el art. 5. de la proposicion de mi parte, que Diego Sanz
fue señor de la echura del Niño Iesus.

Y para mayor claridad de este assumpto, supongo
tambien las palabras de dicho articulo, alli: *Y antes
de, y por 1. 5. 10. 20. 30. dias continuos, y mas, siquiere des-
pues por otro tanto tiempo con justos titulos fue, y era
SEÑOR, y verdadero possedor de los bienes en este
processo inventariados.*

Esto assi supuesto resulta tambien de processo, que los
testigos concluyen por todo el tiempo en el articulo re-
citado, y por algunos años antes, y despues, y el 1. y 2. has-
ta el tiempo de la muerte de dicho Diego Sanz de Villa-
nueva. De que se descubre estar suficientemente probado
el dominio, que dicho Sanz tuuo en la echura del Niño
Iesus; pues la palabra *años*, propriamente ex vi verbi com-
prehende alomenos dos, ad tradita in l. *ubi numerus* 12.
de testib. l. libertas 17. §. *posthumos de manum. testam.*
l. inter ancillam de verb. sig. tex. in cap. pluralis locutio
de reg. iur. in 6. y assi auendola posseido dicho Sanz
años antes del otorgamiento del instrumento publico
de promessa de indemnidad, y años despues, es preciso seã
alomenos quatro juntos todos, y suficientes para adquirir
dominio en este Reyno en los bienes muebles.

Y es digno de advertencia, que Diego Sanz de Villa-
nueva murió siete años despues del otorgamiento publi-
co de promessa de indemnidad. Consta por la prueba he-
cha en el art. 8. de nuestra cedula de greuges, ad tradita
per Portol. *ver. Appellatio, num. 82.*

Ni obsta lo que inter informandum V. S. me replicò, de
que lo dicho procederia si en el articulo huuiera capaci-
dad, pero que no auendola, las deposiciones de los testi-

3

gos sunt extra articulum, y assi que no hazen fe, porque se responde.

Que el articulo con distincion dize, que Diego Sanz fue señor de la echura del Niño Iesus, y la palabra *SEÑOR*, comprehende todos los titulos, por los quales le pudo pertenecer el dominio, de modo, que si el testigo dixera, que era señor, porque viò, que con su dinero la hizo fabricar a vn platero, concluia el dominio sin possession: Luego tambien le ha de concluir por la possession de mas de tres años, pues por ella se adquiere per vsucapionem en los bienes muebles dominio, Mol. *ver. Prescriptio bonorum mobilium*, vbi Portol. *num. 113*. Y las deposiciones de los testigos, que le concluyen por possession, caen sobre lo articulado, supuesto que la possession, que señalan, es la razon de su dicho, y la que dà ser a su deposicion, ex Mascard. *de prob. to. 1. q. 5. n. 120. alli: Solam attestationem ut ipsorum verbis utar, prolatam, nec alijs legitimis adminiculis causam approbatam nullius esse momenti, standum est enim potius rationi quam verbis ipsius testis*. Con que siendo en nuestro caso la possession que alegan razon de su dicho, que duda puede auer, que depolan segun lo articulado, y que la palabra *Señor*, comprehende esta possession, que es propia del testigo, para concluir el dominio per possessionem.

Y no obsta dezir, que lo dicho podia tener lugar si en el articulo no se limitara la possession a 30. dias antes del otorgamiento del instrumento publico de promessa, siquiere despues, por otros 30. pero, que con esta limitaciõ, qualquiera de las dos possessiones es insuficiente para probar el dominio de tempore. A que respondo.

Que en el articulo no ay limitacion alguna, sub censura, pues dize por 30. dias, y mas, la qual oracion est indefinita respectu temporis, dexando capacidad para que los testigos digan de todo aquel que supieren. A mas, que en el articulo se dize, que fue señor, y poseedor, y como hemos dicho, por la palabra *Señor*, huvo aptitud para que

4
los testigos depusieron del dominio por possession; y siendo esto así, la que se pretende limitada, no nos daña, por la clausula *omni meliori modo*, pues por ella la disposicion no se restringe a lo expresado, sino que se estiende a todos los casos en los quales mejor el acto, ó libelo puede sustentarse, *Barb. de claus. claus. 95. num. 7.* Lo qual procede con mayor razon, por hallarse nuestra proposicion con la copulativa, y, *Barb. d. claus. num. 15.* Y cumpliendo mi parte con dezir, que Diego Sanz fue señor, sin necessitar de alegar possession, la alegada no le es de ningun perjuizio, *Capit. decis. 140. num. 2. alli: Et ubi plura copulantur in libello, aut articulo circa unum effectum, in quo non sunt omnia de iure necessaria: tunc sufficit unum verificari.*

Y no es de menor utilidad la clausula, *iustitiam &c.* que tambien se halla en la conclusion de la proposicion de mi parte, la qual es tan poderosa, que obliga a V. S. a pronunciar segun las probanças, que declaran la intencion del libelante, *Barb. de claus. claus. 76. nu. 4.* y se equipara *gerbæ betonicae ad omnia, Valēs. Tepat. var. claus. peto iustitiam.*

A demas, que en caso dado, que en el articulo no se hallara la palabra *Señor*, y que en su adaptacion, y en el modo de explicar el dominio de Diego Sanz de Villanueva huviera alguna omision, aun en dicho caso, las deposiciones de los testigos son conformes a lo articulado; porque depusan del, no bien explicado en el articulo, *Farin. de opposit. cont. dict. test. q. 71. num. 31. alli: Quando articuli non sunt perfecti, & pleni compositi, nam tunc si testis plenè deponat factum non perfectè in articulis explicatum, non dicitur deponere extra articulos, & probat. sic enim relatis, & reprobatis contrarijs hanc limitationem ponit Specul. in tit. de test. §. 1. nu. 63. iunto 64. & seq. Sesse decis. 27. num. 19.*

Y a la replica que inter informandum se me hizo, diciendo, que al articulo no le falta nada, y que en el no hu-

uo omission, se responde con este dilema: O articulamos lo necessario, ò no, si lo articulamos tenemos intentado, si no, estamos en el caso de dichas doctrinas.

Y es constante, que las deposiciones de los testigos, aũ quando sunt extra articulum, prueban plenamente si en algun modo hazen, y pertenecen a la causa principal, *Fasin. dict. q. 71. num. 18. alli: Sublimita hanc primam limitationem, ut procedat quando id super quo, testis deponit, licet sit extra articulos, aliquo tamen modo facit, & pertinet ad causam: tunc enim verum est, quod iste testis probat, ex quo iuravit dicere veritatem super tota causa, licet extra articulos deposuerit, sic enim in pertinentibus ad causam locuti sunt, Bart. in d. l. si duo patroni, §. Idem Iulianus, num. 8. ver. aut iuravit &c. & ibi etiam Alber. num. 9. Paul. Castren. num. 14. ver. & tunc secus, Rom. num. 4. & ver. aut deposuit super aliquo pertinenti, ff. de iure iurando, idem Romanus in d. l. si quis libertatem, nu. 3. ver. aut interrogatus deponit, ff. de petitione hereditatis, & Felin. in cap. de testibus, num. 4. extra eodem.*

Y quando lo hasta aqui discurrido tuuiera alguna duda, que no la tiene, cessa presuponiendo, que los acreedores que conuienen por accion hipotecaria a terceros poseedores de los bienes hipotecados, quando estos no tienen, ò no deducen causa lucrativa, ni honerosa de los hipotecantes, que no deben probar el dominio dellos, ò la possession de la qual se induze plenamente, sino que es suficiente menor de la articulada, como expresamente lo decide el texto in *l. si superatus 3. ff. de pignorib. alli: Si Superatus sit debitor, qui rem suam vendicabat, quod suam non probarat: æquè seruanda erit creditori actio seruiana, probantires in bonis eo tempore, quo pignus contrahabatur illius fuisse.*

Y aunque algunos DD. se han querido esforçar a tener lo contrario, no obstante la autoridad de texto tã expreso, decide empero esta question con ellos docta, y elegã-

cemente *D. Francisco de Cuenca ad instrumentum Comanda claus. 25.* y despues de auer referido 21. DD. que por la afirmatiua, y negatiua sentencia tratan la materia, en el 88. la resuelve en fauor de mi parte, his verbis: *Secundo vero casu, quando agitur contra tertium possessorem extraneum, id est non habentem causam à debitore, sufficit probare rem in bonis debitoris fuisse tempore obligationis, iuxta communem omnium opinionem, quam refert Dominus Sesse sup. dicto loco n. 32. Angel. Aret. inter cons. Alex. cons. 138. num. 1. vol. 2. Gabriel Mudeo sup. cit. loco. Y lo mismo enseña su adicionador nu. 24.*

Apoya este discurso la inteligencia del Consejo de Napoles referida por Afflictis en la decis. 383. n. 7. alli: *Quod quando agitur hypothecaria contra tertium possessorem, qui nullam causam pretendit à debitore, vel eius herede; tunc sufficit probare rem fuisse in bonis debitoris tempore obligationis, vel postea quando obligatio est generalis omnium bonorum.* Y despues de auer citado muchos textos, y DD. continua: *Et ego etiam vidi sic pluries fuisse iudicatum in Magna Curia Vicaria, & in Sacro Consilio, ideo minime sunt mutanda, qua antiquam interpretationem habuerunt.*

Replicòme V.S. inter informandum dos cosas. La primera, que quando el acreedor conviene por accion hipotecaria al tercero que no tiene causa, que no basta que pruebe rem in bonis debitoris fuisse, en el tiempo de la obligacion, sino que es precissamēte necesario, que pruebe debitorem dominum extitisse tempore contractæ obligationis, ex *tex. in l. ante omnia 23. ff. de probat.* que dize assi: *Ante omnia probandum est, quod inter agentem, & debitorem conuenit, ut pignori hypotheca ve sit: sed etsi hoc probet actor, illud quoq; implere debet REM PERTINERE AD DEBITOREM* eo tempore quo conuenit de pignore, aut cuius voluntate hypotheca data sit. A que le responde.

Que las palabras *rem pertinere ad debitorem*, no di-

7

dizen, sub cēsurā, que sea necessario probar el dominio del hipotecante, sino que se satisfaze probando rem esse in bonis. Dizelo mejor, que yo sabrè dezirlo el *tex. in l. verbum illud 181. de verb. & rer. sig. alli: Verbum illud PERTINERE*, latissimè patet, nam, & ijs rebus petendis aptum est, qua dominij nostri sunt: & ijs quas iure aliquo *POSSIDEMUS, QUAMVIS NOSTRI DOMINII NON SINT*. Pertinere ad nos etiam ea dicimus, qua in nulla eorum causa sunt, sed esse possunt.

Y Cuenca en la clausula citada num. 72. dixo assi: Nec *tex. in d. l. ante omnia* requirit dominij probationem, quamvis dicat ibi: *REM PERTINERE AD DEBITOREM* eo tempore & c. nam verbum illud pertinere non præcisse requirit dominij, sed rem in bonis esse significat Iacobinus de S. Georgio in d. l. ante omnia n. 1. Rem enim ad nos pertinere dicimus, non solū si in ea dominium habeamus, verum etiam si ea possideamus iure aliquo, scilicet superficiario, emphyteuticario, vel pignoris iure, l. verbum illud 181. ibi glo. & Cuiat. de verb. sig. vel solam possessionem bona fide valentiam retineamus. Nam eodem modo ea qua bona fide possidemus, in bonis nostris esse asserimus, ex d. l. bonorum, & d. l. rem in bonis, & ita ea qua ad nos pertinent in bonis esse dicuntur Cuiat. in d. l. verbum illud in prin. Et sic sicut bona fide possidere, est rem in bonis nostris esse, ita & res pertinere ad nos, est ea cum bona fide possidere, cum ea qua bona fide possidemus in bonis nostris esse, & ad nos pertinere dicamus, ex dictis iurib. sup. alleg. Cuiat. & Iacob. de S. Georgio ubi proximè.

La segunda replica fue dezir, que es lo mesmo rem esse in bonis, que tener dominio. A que se satisfaze, a mas de lo que los DD. referidos insinuan, con la autoridad del Iuris Consulto Vlpiano in l. bonorum appellatio 49. ff. de ver. & rer. sig. his verbis: *In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum, qua dominij nostri sunt:*

sed

sed et si bona fide à nobis possideantur, vel superficiaria sint. A què bonis annumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus. Nam hæc omnia in bonis esse videntur. Cuyas palabras no necesitan de mas exornacion que su misma contextura, para prueba de el intento.

Ni obsta dezir, que para que se probara rem fuisse in bonis debitoris, era necessario probar la possession cum bona fide, l. 49. de verbor. signif. Et ibi D.D. Porque se responde. Lo primero, que la buena fee siempre se presume en el poseedor, Covar. in Reg. possessor. 2. par. §. 8. num. 2. de regul. iur. in sex. glos. in cap. si diligenti 17. de probationib. Lo segundo, que in hoc Regno bonæ fidei probatio, non exigitur, quoniam in hoc Regno de bona, vel mala fide non curatur, noster Portol. d. verb. prescriptio num. 40.

Y los Doctores que contra esta doctrina textual han sentido lo contrario, pueden proceder en caso, que el tercero, que no tiene causa de hypotecante alegò, y probò, que el obligado no fue señor de los bienes hipotecados, sino que en aquel tiempo lo era de aquellos Juan, ò Pedro, Mol. ver. clausula in fin. alli: *Et ideo cautus Aduocatus debet facere articulum contrarium, dicendo, quod non obstat, &c. Quoniam illo tempore, & per unum, & 3. 10. 20. & 30. dies, & menses, & ante, & post dictus talis non erat dominus, & possessor, &c. Imo illo tempore, & per 1. 2. &c. Talis persona tenebat, & possidebat ut suam; & pro sua, & erat dominus, & possessor, &c.* Y assi no auiendo la parte ex aduerso probado el dominio en persona alguna en el tiempo de nuestra obligacion, ni antes, ni despues por muchos años, no ay duda, que por la possession probada, como lo concluyen los testigos, lo tuuo dicho Diego Sanz de Villanueva en la echura del Niño Jesus, ut ex Salicito, & Barth. docet noster Molin. loco proxime citato, Mascas. conclus. 539. num. 15. & concl. 456. num. 8.

9

Ni embaraça el exemplar, que *Portoles* alega de la Corte de V.S.I. *ad Molin. dict. verb. num. 17. in processu Juratorum del Burgo, super iurisfirma grauaminum factorum, die 15. Iulij 1538.* Porque dicho exemplar, que lo refiere *Sesse* en la *decis. 42. num. 37.* aunque el impressor tuuo descuydo en la copia del año, es el mismo, y segun *Sesse* fue en 5. de Iulio de 1658. y en la causa de el se pronunciò contra agentem hypotecaria contra tertium; quia non probabit sibi incumbentia agendo contra tertium extraneum possessorem; y en dicho lugar se adierte, lo que se auia de auer probado, alli: *Uidelicet domos tempore contracti debiti, vel post fuisse in dominio, vel quasi hypotecantis,* y dichas palabras, *vel quasi,* son lo mismo, que *rem esse in bonis, ex dict. decis.* y las entiende assi *Peregrino* en la *decis. 48.* y en el *nu. 8.* assienta, que en practica se ha de obseruar, lo que hasta aqui hemos probado, y para nuestro intento alega algunas decisiones, y en la de *Sesse* reconocida se hallarà, que este exemplar no se sabe si es contrario à otro, que en ella se halla.

Ferrer in metodo proc. in processu apprehens. in cap. de ijs que requiruntur ad apprehensionem, Et obtinendum, hablando de los requisitos necesarios para apprehender, y obtener en fuerça de actos obligatorios, assentò, que con la possession de 30. dias del obligado, ha de obtener el acreedor contra el tercero, que la tuuiere despues del otorgamiento del instrumento, no deduciendo causa del obligado, alli: *Et obtinebimus in litependente, etiam contra tertium possessorem, deducentem possessionem post confessionem instrumenti censualis;* y es del mismo sentir *Molin. in pract. in noua impressione* en el processo de apprehension, y el fundamento es llano: Porque aunque aya el poseedor actual adquirido dominio por vsucapion en los bienes hypotecados, su possession, no puede dañar à la hypoteca, como dirè abaxo, y la possession del hypotecante, prueba alomenos el do-

minio præsumptiuè, y transfet onus probandi, lo contrario en el tercero, *ex Molin. loco citato*. Y auiendo faltado en esto Frey Don Matias Perez Arnal, obtinere non potest.

Concluyo este punto diziendo, que la Real Audientia *in processu Dominici Barber, & aliorum sup. appreh. in art. proprietatis*, dio por duda a D. Teresa Guaso, que cōtra el tercero posscedor, que no tenia causa del hypotecante, era necessario probar el dominio, y en este proceso, que el tercero probaua 42. años de possession, y los testigos de mi parte, menos vno, ni los antiguos que nōbrauan alcançauan por muchos años al dia de la imposicion del Censal, esfuerçè, no ser necessaria la prueba del, y vitoriam reportauimus en 26. de Agosto de 1658.

De lo dicho resulta, que se ha de recibir la firma de mi parte, pues ha probado el dominio, y possession que tuuo Diego Sanz en la echura del Niño Iesus: Y assi auiendo hypoteca, deue cobrar los daños, que ha padecido por culpa de dicho Diego Sanz, no obstante que esta echura del Niño Iesus, se halle en poder de tercero, que no tiene causa del hypotecante; porque la accion hypotecaria es real, & sequitur pignoris possessorem, *Systerna Niuis. in l. pignoris 18. C. de pig. & hypot.*

Y no obsta dezir, que esto procederia, si Frey Don Matias Perez Arnal, no huiera possedido por tres años esta echura; pero que auiendo adquirido per vsucapionem dominio en ella, ha prescripto la hypoteca; Porque respondo: Que per vsucapionem dominij, el derecho de la hypoteca no se extingue. *dict. Systerna in l. vsucapio. 7. dist. tit. de pignor. & hypot. alli: Per alienationem legalem, non tollitur ius pignoris, sed per prescriptionem vsucapio dominij, non resoluit ius hypotecæ. Bar. Bal. & Salycet. Angel. & Bal. ad l. 1. Cod. si aduersus creditorem, Alex. ad Barthol. hoc text. Sarmientus lib. 2. select. cap. 9. Delrio ad hac leg. Eberhard. Bronchorst. lib. 4. enant. 11.* Y con mayoria de razon, en

nuestro Reyno procede esta doctrina, pues en el no pueden prescriuirse las acciones, que nacen de bienes muebles, por menor tiempo de 20. años, *ex Foro ad refrenandum de solut.*

El inventariante es tercero, que con la revocacion del precario posee los bienes inventariados, ni es agenador dellos, con que no puede dañarle la posesiõ trienal, que alega Frey Don Matias Perez Arnal, como he probado, y la Real Audiencia lo ha pronunciado muchas vezes.

Y entre otras el año 1653. *in processu Reuerendi Petri Berden sup. inventario* de los bienes de Iuan Garcia, y los motivos fueron; porque la posesiõ del poseedor actual, solo puede parar perjuizio a los contrayentes, pero no a los acreedores terceros, que tienen hypoteca en los bienes inventariados.

Pronunciõse lo mismo *in processu Doct. Garces, super inventario*, de vna mula, que la vendiõ a Pedro, y este à Iuan, y Iuan à Diego, y Diego la diõ al Conuento de Santa Fè, y el Conuento à vn vasallo, vecino de Quarte, en cuyo poder à instancia del Doctor Garces, con vna carta de encomiẽda de Pedro, que fue el primer comprador de la mula, se inventariõ; y no obstante, que por el vltimo poseedor se alegò la posesiõ actual, se recibìõ la proposiciõ de la hypoteca.

Y se pronunciõ lo mesmo en otro processo de inventario, que se hizo a instancia de Pedro Abadia, por la Escriuania de Polo, de vna madera en la rambla, con vna obligacion del que vendiõ en la Montaña, al que por su cuenta, y con marca suya la truxo a dicho puesto; y porque probò, que despues de la obligaciõ auia sido del obligado, y la identidad de la madera, no obstãte que el comprador, y actual poseedor probò su posesiõ por mas de 4. años, y que dicha madera le costaua su dinero, y que la auia traído por el Rio Ebro con marca suya, y con mucho trabajo, y gasto, no le aprouechò, y se admitio la proposiciõ de Abadia, y se vendio la madera, y del precio se

le pagò la carta de encomienda. Otros exemplares ay, que no alego, por parecerme que no ha de tener duda la materia, y ser estos tan adequados.

Ni finalmente obsta lo que dize el motivo del luez à quo, de que Diego Sanz de Villanueva en el instrumento publico de promessa de indemnidad, se obligò à hazer, que se hiziera reuendicion del dicho Censal, ò a sacarle indemne de los daños, y que assi le deua interpelar, porque lo contrario me persuado de la clausula de dicho acto, que dize assi: *Prometo, y me obligo hazer se les haga reuendicion de ellos respectiuamente fenecido el arrendamiento, y sacarles indemnes, y a paz, y saluo.* De esta clausula se descubre sin violencia alguna, que mi parte ha podido intentar la accion para el recobro del daño, que ha tenido de los bienes del obligado, y que esta oracion no està con disiunctiua, sino con la copulatiua, y, con que no ha tenido eleccion el deudor, Barb. dict. 110. nu. 3. en particular en nuestro Reyno, que se ha de estar a la carta, *ex Obs. 1. de equo vuln. Et verba proprie sunt accipienda,* y para que en vn caso procediera lo contrario, fue necesario el Fuero *la antigua disceptacion de testam.*

A mas, que como del processo resulta, este Censal estava ya executado, vendido, y trançado por el Reyno; con que Diego Sanz de Villanueva, no podia hazer se hiziera reuendicion del; y assi venit casus à quo incipere non potuit, *ad reg. 73. de reg. iur. in 6. Sesse decis. 46, num. 29.*

Ex quibus crediderim iurissimam recipiendam esse, & in fauorem huius partis pronuntiandum, quod iuris, & fori esse censeo. Salua semper censura, & correctione admodum Illustrium Dominorum meorù Locumtenentium, cui hæc omnia subijciuntur. Zaragoza Março 10. 1659.

El Doctor Francisco Iubillar.