



IESVS, MARIA, IOSEPH.

ALEGACION  
EN FVERO,  
Y DRECHO.  
IN PROCESSV DON  
MICHAELIS SALVA.

Super reuocatione appellitus execu-  
torij, & captionarij.

POR LA CIVDAD DE TERVEL.



Instancia de Don Miguel Salva, y Don Ramon Blanes, y Centelles, en la Real Audiencia del presente Reino, pareció Procurador suyo en 19. de Deziembre del año 1650. suplicando se proueyesse apellido executorio capcionario, cõtra los vezinos de la Ciudad de Teruel, por auer cessado en la solucion, y paga de diez y seis pensiones, hasta el dia de la oblata del presente apellido de vn censal cargado a fauor de la Catolica Magestad de Felipo II. de Castilla, y primero de Aragon.

A

Y pa-

289  
Y para justificar su prouission exhibieron diuersas escrituras, y entre otras vna clausula del testamēto del Señor Rei Felipo II. y vn testamento de Don Guillen San Clemente, Embajador que fue del Señor Rei Felipo II. en la Ciudad de Praga, del Reino de Boemia, y con ellas deriuaron su inclusion desde el Señor Rei, en cuyo fauor se cargò hasta los apellidantes; y porque en estas escrituras ay nulidades releuantes, que les imposibilitan para q̄ puedan seruir de legitima inclusion a los suplicātes se retardò la prouissio desde el año de 1650. hasta el de 1659. que se proueyò. En este medio tiempo murió Don Ramon Blanes, y Centelles, y para instar dicho apellido, ò ser parte legitima en processo, se pareció por parte de Doña Isabel Blanes, nuera de Don Ramon Blanes, y se suplicò se repudiesse en las acciones que tenia Don Ramon Blanes su suegro.

Alego para justificar su reposicion: Que Don Ramon Blanes hizo donacion de todos sus bienes, auidos, y por auer a fauor de Don Iuan Blanes su hijo: Que murió el donante: Que Don Iuan Blanes murió dexando heredera suya vniuersal a Doña Isabel Blanes, la qual con estos meritos fue repuesta en lugar de Don Ramon Blanes.

Repuesta Doña Isabel Blanes, instò la prouission del apellido executorio capcionario, y a su instancia se proueyò.

Por parte de la Ciudad de Teruel, se suplica reuocar, ex duplici capite: La primera, porque D. Ramon Blanes, ni Don Miguel Salvà no se incluyen legitimamente en el drecho del Señor Rei, a cuyo fauor se cargò, y ex defectu inclusionis se deue anular la prouissio del apellido: La segunda, porque Doña Isabel Blanes repuesta en las acciones de Don Ramon Blanes, no es parte legitima pa

ra la obtencion, ni suplicacion de dicho apellido, porque Don Ramon Blanes, en cuyo lugar se subruega, no fue parte para pedir su prouission, y Don Miguel Salvà, confor te en la peticion del apellido, no tuuo drecho, ni le tiene para instar su prouissio; y asi como mal prouèdo (salua pace) se deue reuocar: y quando se esperaua la reuocacion, se han comunicado por el Consejo ocho dudas, de cuya satisfacion pende la justificacion de la reuocacion, cuyo tenor es el siguiente.

### PRIMUM DVBIUM.

**M**anus in iudicio in Personas, & Bona Civium Turrolensium, ritè per Regiam Audienciam decretum videtur, constitit enim ad illam decernendam prædictam Civitatem se Census nomine supposuisse Serenissimo & Catholico Regi, Philippo Secundo, in quantitate viginti & septem mille librarum, cum pensione correspondenti, quarum decem & septem mille, peruenierunt ad Egregium D. Raymundum de Blanes, Comitem de Centelles, qui una cum Magnifico D. Michaeli Salva (cui tertia pars huius anni redditus assignata est) prædictam prouisionem cum Instrumento Census, & alijs Documentis expostulauit, & in Comitibus locum reposita sua Nurus, obtinuit.

### RESPUESTA.

**E**sta duda tiene dos partes: La primera, supone legiti-  
mas inclusiones en Don Ramon Blanes, y Don Miguel Salva en la cantidad de 17000.l.de propiedad, con 17000.f.de pension del censal, que la Ciudad de Teruel

car-

cargò a favor del Señor Rey Filipo II. en agradecimiento de los beneficios recibidos de su Real mano.

La segunda parte supone, que Doña Isabel Blanes, repuesta en lugar de Don Ramon Blanes su suegro, es parte legitima para auer instado dicho apellido, y obtenido su prouision.

Y omitiendo la primera parte de la duda para la respuesta de la 7. y 8. duda, donde exactamente fundarè, que Don Ramon Blanes, ni Don Miguel Salva no tienè legitima inclusion en la cantidad deduzida, y pedida en dicho apellido. Respondo a la segunda, diziendo: que Doña Isabel Blanes como repuesta en lugar de D. Ramon Blanes no pudo obtener la prouision de dicho apellido, porque pidiendo la prouision in vim repositionis, no puede tener mas accion de la que tuuo Don Ramon Blanes, y si aquel no fue parte legitima para pedirlo, ni Doña Isabel para obtenerlo, porque la reposicion no es mas que vna subrogacion, que el Iuez haze mediante el decreto de mandat reponi al que pide la reposicion, en lugar de aquel, en cuyos derechos le manda reponer, y para que esta proceda es menester que el que pide la reposicion, veniat cum eisdem qualitatibus q̄ tuuo aquel, en cuyo lugar suplica la reposicion, *l. si eum, S. qui iniuriarũ, ff. si quis canti. l. 1. S. hac actio, ff. si quis test. l. filia, S. ticia, ff. de cond. S. demonst. l. vnica, S. 1. ff. de rei uxoria actioe, Alexander cons. 88. lib. 1. Crabet a cons. 973. num. 2. cum sequentib. Deciano cons. 43. num. 14. cum sequentib. lib. 3. Tiraq. de iure primogenijs quest. 49. n. 43. Bruno a Sole, in locis cõmunibus verbo, subrogatum, Antonius Grabiell communium lib. 6. tit. de regulis iuris concl. 2. Menoch. cons. 52. num. 68. Molina de primogenijs lib. 4. cap. 4. a num. 36. Y assi no auiendo sido*

5

parte legitima Don Ramon Blanes para pedir la obten-  
cion del apellido repuesta Doña Isabel Blanes, en su lu-  
gar, tampoco lo deue ser, *Scobar de ratiotinis comp. 15.*  
*num. 2. Moneta de decimis cap. 9. num. 75. Marefcot.*  
*variar. resolutionum lib. 2. cap. 8. num. 8. Giurba in con-*  
*suetudines Mesanens. cap. 12. Glosa 2. num. 9. Castillo*  
*controuerf. lib. 4. cap. 36. num. 51. Stephan. Gratian. dif-*  
*ceptat. for. cap 624. num. 2. cum fequentib.* Y que no lo  
aya sido Don Ramon Blanes, se mostrarà claramente en  
la satisfacion de la segunda, y tercera duda, las quales por  
tener entre si conexion, y ser aumento la vna de la otra  
juntando entrambas, la satisfacion serà de todas.

### SECUNDVM DVBIVM.

**N**Equè refragatur oblatum fuisse Appellitum exe-  
cutorium, & captionarium (vt nostri vocant) sub  
anno 1650. & Comitem donasse D. Ioanni filio, omnia  
bona sua in anno 1643. ac proinde non potuisse septē an-  
nis elapsis huius censuarie pensitationis executionem  
instare: nam huic obiectioni pluribus occurri posse vide-  
tur, ac primum. Comes disposuit non tantum de bonis  
Comitatus, sed de alijs, quæ eidem pertinebant ex fidei-  
comisso per D. Ioannem Burges ei, & successoribus  
gradatim relicto, ea conditione, vt redditus huius Cen-  
sus diuiderentur inter Successorem Comitis, Successorē  
Domus de Pons, & Hospitale Sanctæ Crucis, pro aqua-  
libus portionibus, hoc tamen discreta oratione Donator  
explicuit, & quasi duorum hominum duas hereditates  
intelligens, in primo capite donationis, siue hereditamen-  
ti (in quo dubitationis opposita scrupulus continetur) mi-  
nimè bona D. Ioannis comprehendere voluisse vi-

*detur. Donationis Capita, hac sunt: Dona, y hereta ara de present, y per titol de heretament, y donacio vniuersal, pura, perfeta, simple, è irreuocable, que es diu entre vius, otorga, y consent al dit senor D. Iuan son fill, y als seus, y a qui el voldra perpetualment, tots, y sengles bens; & drets, reus, y actions vniuersals del dit senor Compte, agudas, y per hauer, presents, y deueniders, mobles, y se mouents. Alterum caput est. Item, que en virtud del present hereditament vniuersal, lo dit señor D. Iuan haze, y reba de aqui aldeuant, los fruts, ò rendas de la heretat del dit quondam señor D. Iuan Burges, los quales ya dit señor Compte per los gastos de vestir li consentia rebes, y de las Comptat de Centelles. Et paulo ante de his Vinculis in eis apofitis, ita loquutus fuit. En las asie-das de la Casa de Centelles, y del señor D. Iuan Burges.*

### TERTIVM DVBIUM.

**C***onfirmantur predicta, nam in primo capite usus est ea formula: Dona, y hereta, & ibi: Tots, & sengles bens, drets, in secundo: Haze, y reba los fruts, ò rendas, in primo dominium eiusque omne ad instituendã actionem, & prosequendum quod sibi deberetur dedisse, in secundo fructus, & redditus Comiti pertinentes contulisse videtur, eo magis quod de his loquutus fuit, quos permittebat (ut inquit) filium vestitus causa iam antea recipere, igitur nec concessisse videtur, ultra tertiã partem fructus, & redditus, instituendarum actionum facultatem, administrationem, & distributionẽ predicti Censur, maximè cum predicta, industriã persone, nec tam commodum donatoris, quam ministeriũ Comitis sapere videantur.*

RES.

Estas dos dudas miran a justificar, que Don Ramon Blanes el año 1650. fue parte legitima para pedir dicho apellido, y que el subrogado en su lugar tambien lo es: Y para prouar este fundamēto se vale de la donacion, hecha el año de 1643. por Don Ramon Blanes, apellidāte a fauor de Don Iuan Blanes su hijo, discurrendo en ella que huuo dos clausulas distintas, y dos donaciones separadas, que la primera cōtuuo vna donacion vniuersal de todos los bienes de Don Ramon Blanes, y la segunda comprehendia vna restitucion del heredamiento, frutos, y rentas de la hazienda que posscía de Don Iuan Burges, en que estaua llamado a la sucession post mortem de Don Ramon su hijo, Don Iuan con la enunciatiua in corpore donationis inuiscerada, de que le hazia donacion de dicho heredamiento, frutos, y rentas del quondam Dñ Iuan Burges, *los quales ya dito Señor Compte por los gastos de vestir li consentia.* De donde se infiere, que en la primera parte de la donacion huuo traslacion de dominio de todos los bienes donados, y en la segūda solo cediò aquella parte de pension, que ya antes de la donacion le permitia lleuara para el gasto de su vestir del censal de Don Iuan Burges, y que esta porcion solo fuera la tercera parte, se coniectura de la recta administracion de Don Ramon Blanes, porque no se puede presumir, que estando obligado a hazer tres partes de la pension que cobraua de 17000. de dicho censal, y a dar la vna al Hospital de Santi Spiritus, y la otra al heredero de la casa de Pons, quisiera su hijo lleuara toda aquella pension para su vestir, y el pagar las dos partes restantes, ni fiar a vn hombre mozo cobrara toda aquella pension, para que por su mano corriera la paga,

Y para que con distincion se satisfagan estas dudas, y la antecedente: Supongo in facto, que a instancia de Dō Ramon Blanes se apellidò dicho censal el año de 1650. y que el mismo hizo donacion del en pension, y propiedad el año de 1643. con que siete años antes de la oblata del apellido estaua despojado del drecho que le podia pertenecer a las pensiones que pedia en el apellido, y que en la donacion estè comprehendido, no solo la tercera parte, q̄ supone la duda, q̄ era la que le permitia llevar para su vestir, sino todas las tres partes, se conoce claramente de sus palabras.

Y antes de entrar a ponderarlas: Supongo, que es doctrina corriente entre los Doctores, que quando la mente del donante se descubre de las mismas palabras contenidas en la donacion, no se ha de alterar, ni restriñir, ni se deue buscar coniecturas para interpretarlas, *l. ille aut ille, S. cum in verbis, ff de legatis 3. l. continuus, S. cum quis de v. o. Et ibi glos. cap. Statè extra de reg. iuris. Pe reg. de fideicomis. art. 11. n. 2. Surd. conf. 294. nu. 15. vol. 2. Fontanell. de pactis claus. 4. glos. 25. n. 36. ibi: Et in hominum dispositionibus, cum verba sunt clara standum est dispositioni importata per verba, nec alia est admitenda voluntatis questio, nec de coniecturis agendum.* Y assi siendo en nuestro caso la donacion general, y vniuersal de todos los bienes que tenia Don Ramon Blanes, assi propio iure, como tambien de las que poseyò Don Iuan Burges, no solo se comprehendì la tercera parte de la pension del censal mencionado, sino toda entera; y auiendese despojado del censal en pension, y propiedad el año de 1643. no pudo apellidar el año de 1650.

Y que la donacion sea vniuersal, y general se conocerà



9  
rà, recutiendo a las reglas de q̄ los Doctores se valen pa-  
ra conocer quando la donaciõ sea vniuersal, y la prima-  
ria que se discurre, es, quando las palabras son capaces de  
comprender vniuersalmente todos los bienes del donã-  
te, *DD. in l. Lucius 88. de legatis 2. Bartol. in d. l. n. 1. &  
in l. generali, S. uxori, ff. de usufructu legato. Bero. conf.  
44. n. 5. lib. 2. Socin. juni. conf. 89. nu. 10. lib. 3. Rota apud  
Rubeis decis. 173. n. 26. par. 7. y q̄ en nuestro caso ellas seã  
capaces de cõprehēder todos los bienes del donante, se  
descubre de ellas mismas, ibi: Dona, & hereta ara de pre-  
sent, y por titol. de heredament, y donacio vniuersal pu-  
ra, perfecta, simple, y irreuocable, que es diu entre vius,  
otorga, & const. al dit Señor Don Iuan son fill, y als  
seus, y a qui el voldrà perpetualment tots, & simples  
bens, & dres reus, & actions vniuersals del dit Se-  
nor Compte Agudas, & per auer presens, & deueni-  
ders mobles, y semouent: Luego la donacion fue vniuer-  
sal, sin que quedara referuada cosa alguna en Don Ra-  
mon mas de lo que por la misma donacion consta, y  
despues veremos, *Tiraquel. in l. si unquam verbo re-  
uertatur num. 95. C. de reuocandis donat. Rota decis.  
121. num. 4. part. 5. diuers. Rubeis decis. 256. nu. 1. & 2.  
part. 7. idem decis. 173. eadem parte.**

Ni obsta el dezir, que esta vniuersalidad de palabras  
se halla en la primera parte de la donacion, y no en la  
segunda, que es donde haze donacion de esta cantidad  
de censal, ibi: *Item, que en virtut del present heredeta-  
miento vniuersal lo dit Señor D. Iuan haze, y reba de  
aqui aldebant los frut, ò rendas de la heredit del dit  
Señor Don Iuan Burges, los quales, ya dit Señor Cõp-  
te por los gastos de vestir le consenti reues.*

Porque se responde, que de ella misma consta ay pala-  
bras

bras vniuersales, cōprehēsbas de las pensiones de dicho censal, como de su contextura se infiere, ibi: *Los frutos, y rentas del dit Don Iuan Burges*, y auiendo esta vniuersalidad de palabras, no admite restriccion alguna, *Tiracuel. in allegata, l. si unquam, C. de reuocandis donationib. Rota apud Rubeis in vna Tarraconensi Primitiar. part. 7. decis. 254. per totam, & num. 1. ibi: Verba donationis sunt adeo vniuersalia vt nullam patiantur restrictionem.*

La segunda razon por donde se conoce la vniuersalidad de las donaciones, es por lo que los donantes se reservan, porque quando las palabras son Generales todo lo que no se contiene en la reserva se entiende donado, y siendo en nuestro caso las palabras tan vniuersales, todo lo que no está reservado se comprehenderà en la donacion, *Ludouisius decis. 85. vbi ad propositum nu. 16. Mario Cutello de donationibus inter patrem, & filiū mat. & alijs causis fact. num. 19. & 20. ibi: Reservatio declarat quid in dispositione contineatur, & quod, è contra ab ipsa dispositione possumus arguere quid in reservatione contineatur.* Y assi no auiendo se reservado, si solo tres mil libras, todo lo demas se comprehēdiò en la donacion que Don Ramon hizo a Don Iuan Blancs su hijo, *Aymon in cons. 214. num. 10. & Rota coram Gregorio decis. 569. num. 2. Rubeis decis. 254. num. 26. & 27. ibi: Presertim considerata natura illius reservationis pro certa ac determinata, sumaque recte probare potest traslationem aliorum bonorumque, non fuerunt comprehensa sub ea reservatione;* y comprehēdiendose todo lo demas en la donacion toda la pension del censal mencionado, se deue conceder se comprehēdiò en la donacion referida, *Rubeis vbi proximè, neque*

visum fuit dubitari posse quin eadem donatio dici deberet uniuersalis cum illa legeretur facta de omnibus & quibuscumque bonis, iuribus, & actionibus, &c. cū sola reservatione certa quantitatis; ita ut nihil amplius desiderari possit pro constituendo hoc tit. uniuersali.

Ni obsta a estas doctrinas ciertas lo propuesto en la duda de la diuersidad de las donaciones, con oracion discreta, y la enunciativa de que le daua aquello, que ya le permitia para su vestir, suponiendo era inuerosimil le permitiera toda la pension del censal, quādo de ella auia de restituyr las dos partes; Porque se respōde, que adhuc, que supusieramos, que no le diera para su vestido mas de la tercera parte, que esta presumpcion no nace de la letra, y en Aragon se deue estar a ella, *Obseru. 1. de aquo vulnerato*; aun en esse caso auiendo sido las palabras uniuersales como las nuestras, non est inquirendum de coniecturis para restriñirlas, *Paris. cons. 1. num. 29. & cons. 3. num. 53. vol. 3. Cephalo in cons. 369. num. 14. Iason in cons. 173. num. 1. vol. 2. Surdus cons. 294. num. 15.* a sola la tercera parte.

Mas la enunciativa propuesta en la donacion, de que le dona lo que ya le permitia para su vestir (adhuc dato, & nō concesso, solo fuera la tercera parte) no destruye la generalidad de las palabras propuestas, antecedentemente; porque auiendo sido general la donacion antecedente, la explicacion de aquella porcion q̄ le permitia para su vestir, no destruye lo uniuersal de la donacion, es decisison en propios terminos, *la decisison 254. de Rubies in 7. part. à 27. usque in finem, ibi: Non etiam visum fuit obstare generalitati eorum, uerborum, quod his uideretur contraria alia uerba eiusdem donationis, in quibus facta fuit mentio aliquorum*  
bo.

bonorū, quæ Laurētius specialiter donare voluit nem-  
pè bona, Sãcti Augustini, & Galeria quasi ex hoc dici  
posset principaliter considerata eadem bona non autem  
contenta, sub vniuersitate omnium bonorum donato-  
ris, & infra num. 31. Cum igitur in casu propositè dona-  
tionis facta fuerit expressio, ac mētio generalis omniū  
bonorum, & iurium, tam presentium, quam futurorū  
aut quæ ad ipsum donatorum aliquo modo expectare  
possent expressio, quæ postea facta fuit particulariū bo-  
norum sub his verbis signanter bona Sãcti Augustini,  
& Galeria videtur adducta fuisse AD MAIOREM  
DECLARATIONEM, & ut ex his significaretur  
hanc etiam bonorum speciem comprehendere sub eo gene-  
re, ac nota vniuersali omnium bonorū, & iurium, quia  
hac est natura orationis particularis, in qua expressio  
specierum facta fuit postquam precessit vniuersalis  
mentio generis; y esto procede, etiam, que en oraciones  
distintas estè la expresion, y vnidas in vim copulæ, Glos.  
in rub. ff. de seruitute, & aqua, & in l. 1. in principio, ff.  
de pactis, & in rub. ff. vnde legitimi, Decius in auth. in-  
gressus, C. de Sacrosanctis Eccles. Rubeis vbi proximè  
num. final.

Luego en nuestro caso, aunque discreta oratione, de-  
mos dos donaciones como la segunda, solo sea expres-  
sion de la especie, contenida en la vniuersal donacion, se  
ha de dezir solo se pone declaratiue, y no restrictiue.

Confirmasè esto mismo de las mismas palabras, y de  
la donacion. Dize aquella: *Que en virtut de la presente  
donacion, y heredament vniuersal a lo dit Señor Dõ  
Juan haze, y reba de aqui aldebant los frutos, ò rendas  
de la heredit del dit Señor D. Iuan Burges, y de los  
quales el dit Señor Conde por los gastos de su vestir le*

con-

*consentia*. De donde se infiere por legitima consecuencia, de prompta ex littera, que la donacion fue vniuersal comprehensiuua de los bienes que fueron de Don Iuan Burges; porque la diction *presente*, es explicatiua de la voluntad actual del donante; y siendo explicatiua, della, declara, que la voluntad fue de dar todos los bienes que contenia la herencia de Don Iuan Burges, vt ex littera colligitur, ibi: *En virtud de la presente donacion, y heredamient vniuersal*: y siendo vniuersal, restriñirla a la tercera parte, es contra la carta, y en Aragon no se admite, *Obser. 1. de equo vulnerato*, y mas quando fuera solo la tercera parte la que le permitia para su vestir, non reperitur scriptum in donatione, antes bien es menester cō coniecturas agenas de la letra presumirlo, lo qual tampoco se admite en Aragon, *vt videre est apud nostros Practicos*.

Ni el dezir, y de las quales el dit Señor Compte por los gastos de su vestir li *consentia*, es restriñir la vniuersalidad de las palabras antecedentes: porque a mas de lo ponderado, se responde, que por quitar questiones en dudar si le daua aquello que yâ antes le permitia ad maiorem claritatem, lo añadiò non ad restrictionem, vt declarat *Bartol. in l. quæsitum, S. si quis fundum, ff. de fundo instructo*, *Alexander cons. in cons. 1. num. 30. lib. 3.* *Aymon cons. 127. nu. 9. Rota interminis donationis, decis. 366. num. 6. part. 1. diuers.*

Pero quando lo arriba ponderado no fuera cierto, haze claro la misma donacion; dize aquella, que la dà, y donacion haze de todo aquello que no se reserua, ibi: *Tot lo demas no reseruat*: Luego si le dà en dicha donacion todo lo que no se reserua, y la reserua solo es de tres mil escudos, tambien le dà las pensiones cōtenidas en dicho

apellido, y auiendo se las dado, no se puede obtener el apellido suplicado a su instancia, y repuesto en sus derechos.

Confirrase esto mismo dispone en la donacion el dicho Don Ramon, que todo lo vinculado en caso de morir sin hijos Don Iuan su hijo, torne a él, si viuo serà, ibi: *Tot lo vinculado torne*, atqui de lo vinculado es dicho censal: Luego si en el caso de morir sin hijos Don Iuan, ha de bolver a su padre, si viuo fuere, claro està, q̄ se despojò dello por la donacion, porque no puede bolver, si con ello se quedò por aquel vulgar axioma, non entis nullę sunt qualitates. Luego sigue se, que en la donacion se comprehendieron dichas pensiones, y propiedad de dicho Censal, y que por consiguiente Don Ramon no pudo instar en su prouission, ni Doña Isabel como repuesta en sus acciones obtenerla.

#### QVARTVM DVBIVM.

**A** *Vgetur quoque difficultas, nam, & si in prædicta donatione, Comes de Centelles voluit et in filium transferre actionem ad exigendum hunc Censum, adhuc in præiudicium D. Michaelis Salva, & Hospitalis, quibus ex iudicio D. Ioannis Testatoris de manu heredis grauati tertie partis pensiones peruenire debuerant, præmatura fideicommissi restitutione effici potuisse non videtur representatio, namque fideicommissi, propria liberalitatis beneficium est, & postquam onus fideicommissi in se recepit fideicommissarius, non potest mutare consilium in alterius præiudicium.*

RES-

Esta duda contiene aquella celebre question, tan ventilada entre los Doctores de la prematura restitucion quando tenga lugar; y supone la duda, que quando aquella se haze in fraudem creditorum, no puede hazerse, y que assi teniendo el sucessor de la Casa de Pons accion para recobrar la tercera parte de Don Ramon Blanes, y el Hospital de Santi Spiritus, la otra tercera del censal contenido en la donacion a perjuyzio de ellas, no pudo subsistir la prematura restitucion que Don Ramon hizo a fauor de su hijo Don Iuan, pues esta mas fue donacion que restitucion; y a perjuyzio de los acrehedores no puede subsistir.

Pero que la prematura restitucion se pueda hazer, y que no sea in fraudem creditoris, etiam que sea despues de aver aceptado la herencia, lo decidiò el doctissimo Papiniano in l. patrem 19. ff. qua in fraudem creditorum, ibi: *Patrem qui non spectata morte sua fideicommissum hereditatis maternæ filio soluto potestate restituit ommissa ratione falcidia plenam fidem, ac debitam pietatem exhibitionis, respondi nõ creditores fraudase.*

Lo mismo se confirma, in l. si sponsus in S. si quis rogatus, ff. de donationibus inter virum, & uxorem, ubi ait Consultus: *Maritum rogatum de hereditate restituenda uxori sua percepta, certa quantitate si sine deductione restituerit magis pleniore officio prestandæ fidei functum quam donase videri.* De donde queda respondida aquella parte de duda que supone, que el que haze prematura restitucion, mas exerce acto de liberalidad, que restitucion ex voluntate defuncti.

Esto mismo se confirma, ex doctrina Bald. in rubrica,

ca, C. de reuoc. his que in fraudem creditor. num. 11. Alexander in addit. ad Bartol. in d. l. patrem, l. asson in §. item si quis in fraudem n. 127. inst. de actionib. Et late Rebus. cons. 176. num. 20. §. 21. Trigona singul. 49. Padilla in repetitione, l. post mortem, C. de fideicommissis à num. 3. Y esto aunque se entienda, que la prematura restitucion facta fuit in fraudem creditorum, Mario Cuetello de donationib. inter patrem, & filium, fol. 285. à num. 6. cum sequentibus, vsque in finem, & fol. 83. à num. 27. cum sequentibus.

Y aunque reconozco, que por la otra parte ay muchos Doctores que asientan la opinion contraria, como se puede ver en Fontanella de pactis, claus. 4. glos. 9. part. 5. pluribus innumeris; pero esta disputa procede quando la prematura restitucion se haze a perjuyzio de los acrehedores, y de ella quedan perjudicados siguiendoseles daño en dicha prematura restitucion, Fontanella ubi supra a nu. 92. la qual totalmente cessa quando de ella no se les sigue daño alguno, porque como la causa de la prohibicion de la prematura restitucion, sea el perjuyzio de los acrehedores; de ai nace, que para que no subsista, es menester aya perjuyzio de ellos, idem Fontanel. ubi supr. n. 93. ibi: *Quod ergo lex, & testator in hoc nostro casu fieri posse restitutionē ante mortē intelligendū est dummodo per eā non fiat tertio praiudiciū, quod regulariter in omnibus dispositionibus intelligitur;* porq̄ no auiendolo deue subsistir. Ora, veamos si en nuestro caso ay perjuyzio de acrehedores, y q̄ no lo aya, manifestamente se descubre, pues no tienen mas interesse Don Miguel Salvà, suceffor de la Casa de Pons, y el Hospital de Santi Spiritus, en cobrar de Don Ramon, donante, que de Don Iuan, donatario, y assi cessando en  
nuef-



nuestro caso el perjuizio de los acreedores, cessa sin cuestion la disputa de si se puede hazer la restitucion prematura a perjuizio dellos, *ex traditis a Fontanella ubi supra*. A mas que hecha la restituciõ, caso que no se pudiera hazer, era bueno para que los acreedores la pidieran anullar por hecha a su perjuizio, pero no para q̄ el mismo que la hizo, no auiendo nadie que reclamara, no obstante ella pidiera apellido por aquellos bienes de que en la misma donacion se auia despojado.

### QVINTVM DVBIVM.

**V**ltorius, Ciuitas Tyrolj negare non videtur prædictam Censuram Constitutionem, tamquam veram, solemnique instrumento, & cautione roboratam, totumque interesse, & damnum, quod provide vitare contendit, consistit in solutione legitimo creditori facienda, cum vero in hoc Appellitu, satis constet Comitem de Centelles, patrem, & filium, eiusque nomine uxorem, tum etiam D. Michaelem Salvà, cõcurrisse in exactiõne huius Censuræ, ita ut tantum restet pars Hospitalis, que nondum comparauit, hinc fit ergo, ut non videatur commodè aptari argumentum oppositum de exceptione exclusiua iuris Agentis, quasi Comes non habuerit interesse in oblatione Appellitus, siquidem duo ex tribus contemplatis, quibus soluendarum pensionum quantitates pro tertia cuique parte assignande sunt, ipsam executionem, & Decretum supplicauerunt. Prædictis igitur iure solui posse videtur.

E RES-

## R E S P V E S T A:

**S**Vpone la duda, que siendo el interese de la Ciudad solo de pagar al verdadero acreedor, por constar de la imposicion del censo que la Ciudad lo deue, pagando a Don Iuan Blanes, y a Don Miguel Salvà consigue su intento, pues de los tres a quienes pertenece dicha cobranza, son ellos los dos, sin que la Ciudad pueda en esso tener perjuizio alguno.

La Ciudad pide anular el apellido, ex duplice capite: Vno, por falta de inclusion en los que instan la prouision del apellido, y este es insanable (salua censura,) con que con reuocar este, tienen por cierto no se prouea: Otro, por defecto de auerse pedido por el que no tenia derecho a dichas pensiones, attenta instructione processus, y no estar jurado, y afianzado conforme lo dispuesto *en el Fuero sexto de appellitus*, y en esto tienen muchos intereses, y el primero es, escusarse de pagar las costas de vn apellido tan prolixo, y el segundo el poder esperar, q̄ si para instruir este apellido fue menester nueue años para instruir otro, serà menester otro tanto tiempo, y en el podrá la Ciudad pagar, escusando la molestia de vnas costas, si entendiere se lo han de alcanzar por justicia.

A mas, que al actor no se le puede compeler a que pague sino es pidiendo el deudor debito modo, id est, con legitimas inclusiones las deudas, ni menos proueerle el apellido a instancia de quien legitimamente no se incluye, *Practici nostri in verb. Appellitus*: y assi no auiendo se incluydo legitimamente D. Isabel Blanes para obtener dicho apellido, interese grande tiene la Ciudad en que se reuoque, pues se escusa la paga de las costas: y si esto no procediera se seguia vn absurdo grande, y era, q̄

no

no importaua no legitimarse para obtener qualquiera apellido constituto de la deudas; y este absurdo se deve evitar, y mas en Aragon, donde el argumento ab absurdo tiene lugar, *l. nam absurdum de bonis libertorum, cap. quemadmodum de iure iurando, Casanate cons. 15. nu. 24. Suelues cons. 5. num. 33. semicent. 2.*

SEXTVM DVBIVM.

**A**ccedit reseruatío quedam contenta in hac Donatíone, ad fauorem predicti Comitis, ibi: Item se reserua dit señor Compte pera testar, y fer a su libera voluntat, tres millia lliuras: at in reseruatione dubitari minus conuenit, Decretum posse subsistere, maximè accedente assensu Comitissæ, quæ in locum D. Ioannis, & D. Raymundi Comitum reposita est, quod euincere videtur dictum D. Raymundum iure instituisse actionem, siue exegisse debitum Censu præfati, & inde satis liquere videatur, exemplo cedentis, & cessionarij simul solutionem alicuius debiti instantibus rectè solui.

RESPUESTA.

**C**onserua la duda el decreto de la prouission del apellido, diziendo: Que quidquid fit de lo arriba dicho Don Ramon se reseruò tres mil libras para poder disponer libremente, y que por esta parte no puede dexar de auer sido parte para pedir el apellido, y suplicar su prouission, aunque no lo aya sido por las otras, por auer se despojado de lo demas el año de 1643. y auer dado el apellido el año de 1650.

Esta duda tiene dos satisfaciones: La primera consiste  
(en

(en q̄ aunque confessemos) q̄ D. Ramon fuera parte para instar en la prouission del apellido por auerse reseruado las tres mil libras mencionadas, no lo fue Doña Isabel Blanes su nuera, ni Don Miguel Salva, porque este tuuo accion para pedirlo al heredero grauado, pero no para el cobrar de la Ciudad de Teruel, como se ha ponderado en las alegaciones escritas por esta parte, con que no me alargó en ello. No Doña Isabel Blanes, porque para que esta fuera parte era menester que su reposicion se huiera pedido, alegando, que Don Ramon Blanes murió dexando heredero a Don Iuan Blanes su hijo; que Don Iuan Blanes murió dexandola heredera, y que así deuia ser repuesta, atqui nada de esto alega, si solo la donacion de Don Iuan Blanes, y el testamento de su marido, y con esto antes se excluye, porque quando la reserua en la donacion, es de cierta cantidad no sucede en ella non sequita dispositione el donatario, sino el veniente ab intestato, *l. conficiunt. 8. ff. de iure codicillorum, Fontanel. de pactis clausula 4. glosa 23. per totam.* Luego sigue, que Doña Isabel Blanes no ha sido parte para instar la prouisiõ del apellido, y que así como proueydo sin instancia de parte legitima, se deue reuocar.

Ni obsta el dezir, que siendo heredero Don Iuan Blanes de su padre, y Doña Isabel de Don Iuan; se deue entender, que tambien sucediõ en dicha reserua; Porque se responde diciendo, ò que se considere, si Don Ramõ murió con testamento, ò sin el, si con testamento deuia Doña Isabel exhibirlo para incluirse, si sin el deuia alegar auia muerto abintestato sin dexar otros hijos, nada de esto hizo; luego sigue, que no està legitimada en parte, y que así se deue reuocar el apellido.

Ni obsta el dezir ay clausulas salutare, y con ellas tu-

no capacidad para valerse de todo; Porque se responde, que pidiendo in vim repositionis, solo le sufraga la causa, que alli expressò, y como alli solo se incluyò con sola la donacion; de aì nace, que las clausulas salutarese pueden obrar intra cancelos donationis, & non alias, *ex late traditis à Sesse decis. 27. num. 8. cui sunt addenda que reperiuntur scripta pro hac parte.*

La segunda consiste en averiguar la discordia que entre si tienen los Doctores, vt videre est penes, *Cutelum de donationibus inter patrem, & filium comtemplatione matrimonij, fol. 79. a num. 20.* a donde disputan quando en la donacion ay cantidad especifica reseruada, aquella non constito de dispositione donantis, a quiẽ se adquiera; y aunque *Tesauro decis. Pedemontana 97.* entendiò se adquiria al donatario, lo mas cierto es, que se adquiere al veniente abintestato, *Frãchis decis. Neapolitana 45. l. conficiuntur 8. ff. de iure codicillorũ, Monach. decis. 71. n. 80. & seq. Sesse decis. 48. Leon decis. Valent. 58. vt videre est penes, Cutel. ubi proximè a num. 21.*

Y aunque *Fontanella de pactis clausula 4. glosa 23. per totam,* procura componer la discordia referida, distinguiendo quãdo la reserua es de cierta cantidad, ò quãdo es facultad tantũ de disponer de alguna cantidad, para que en el primero caso non sequuta dispositione; se adquiera a los venientes abintestato, y en el segundonon sequuta dispositione, no se abdique del donatario, porque en aquel se transfiriò el derecho, ex vi donationis particularis, y no se le puede despojar sino se le quita el donante que se reseruò la facultad, *Fontanella ubi supra num. 10. ibi: In secundo vero casu non sic ex eo, quod cum facultatem tantum sibi donator reseruauerit, qua in fixa est persona donantis, & videatur re-*

*quirere actum exteriorem, ut dicatur exercita inde sequitur, quod cum non disposuerit expresse remanebit totum p[er]nes donatarium in cuius dominium a principio videtur totum pertransisse cum donatione.*

Assentadas estas doctrinas que son ciertas, ora veamos nuestra donacion, que con vn dilema queda satisfecha la duda: O en la donacion se reseruò D. Ramon Blanes cierta cantidad para disponer, ò solo se reseruò facultad, de disponer de cierta cantidad; si se reseruò cierta cantidad non consto de dispositione, como no consta sucedieron los venientes ab intestato, *Franch. Leon, Sesse, Cutelo, & Fontanella locis supra citatis*; y que Doña Isabel lo sea no consta, y no pidiendo con esse titulo, si solo in vim repositionis, no es parte legitima, y assi no se pudo obtener el apellido.

Si la reserva solo fue facultad de disponer de cierta cantidad a principio, todo passò en el donatario in vim vniuersalis donationis, *Mantica de coniecturis, ult. volunt. lib. 7. tit. 7. in finem, Cancer var. lib. 1. cap. 12. de trebelianica, & falcidia, Curtius Iunior in authentica qua, col. 8. vers. ego tamen num. 24. Sesse decis. 48. n. 6. Surdus decis. 272. idem cons. 357. Curia Tolosana, apud Gerar. Mainar decis. 94. lib. 2. Fontanella ubi supra*, y non facta dispositione, no pudo apellidar el donante, y assi se diò el apellido por parte, ilegítima, y no puede subsistir, porque no se jurò, y afiançò por aquel que tenia legitimo interes conforme lo dispuesto en el Fuero sexto de appellitu, con que en fuerza de la reserva, ni Don Ramon pudo apellidar, ni caso que pudiera Doña Isabel Blanes se incluyò, con que ora sea ex defectu appellitantis in secundo casu, ora sea ex defectu inclusionis en Doña Isabel in primo casu, la prouision del apellido se deue reuocar.

## SEPTIMUM DVBIUM.

**N**Equae magis facessere negotium videtur, quod de solemnitate Testamentorum Prudentissimi Regis, ac tum D. Guillelmi de San-Climent, Regij apud Imperatorem legati, opponitur, quibus Appellantium pars inclusionem suam, siue iurium translationem derivare nititur, nam primi licet clausula tantum, nec integrum Testamentum adducatur, huic tamen clausulae propter difficultatem edocendi, & demonstrandi integrum. & forsitan paucis notum iudicium, semper (ut intelligimus) fides conceditur, multisque praedictis in hac Regia Audientia latis, & ad provisionem presentis Decreti allatis, & exhibitis Processibus manifestatur, ultra quam, constat Serenissimum, & Invidiosissimum eius Successorem, mandato suo eandem translationem confirmavisse, prout constat in actibus, & in vim huius translationis (ut statim dicemus) Tyrolis Civitas multas census pensiones exolvit, ut dubitari non securè possit de fide praedictae scripturae.

## RESPUESTA.

**E**sta duda contiene el que etiam, que el testamento del Señor Rey Felipo II. primero fundamento de la inclusion de los apellidantes, no se exhiba integro, ni venga en forma prouante, se le deue dar credito, ya por la imposibilidad q̄ tiene el traerlo entero, ne aliqua occulta panduntur, ya porque los Tribunales de Aragon lo han practicado el admitirlo en la forma en que este está exhibido.

Y aunque parezca el que tiene mucha dificultad, el que

que se pueda dar fe en Aragón al instrumento que no viene integro, y sacado in prima sui figura, conforme la observancia 6. de fide instrumentorum, Suelves semicenturia 2. cons. 25. num. 12. For. unico de adueracione instrumentor. & Molinus verb. adueratio: Con todo no me detengo en esta duda, porque está exactamente satisfecha en la vltima alegacion escrita por esta parte, a que me remito.

## OCTAVVM DVBIVM.

**N**Equè Testamētum D. Guillermi, solemnitatibus ad eius valorem requisitis, carere videtur, ex celebratione illius apud Civitatem Praga, tunc ex epistola eiusdē, mandatoq; ut inclusum capsula transmitteretur, & Barchinonensi Notario committeretur per Nuntium ab eo destinatum, ut sequuta morte notū faceret; prout hac plenissimè, & Iudicis interlocutione fuere adimpleta, meritoque videtur testibus cōprobari, & observātia subsequuta, Testatoris iussa adimplēdo in eo Principatu, ut ex documentis processus apparere videtur, & accedit requisitam Civitatem Turoly, ut solveret hunc Censum, mediante hoc testamento translatum in D. Ioannem Burges, exolvisse magnas pensionum quantitates, per plures annos, Procuratoribus ad recipiendum predictas designatis, qua vix dubitandi de solemnitate eiusdem testamenti locum relinquere videntur.

## RESPUESTA.

**E**sta duda supone, que el testamento de Don Guillen San-Climent, aunque se aya hecho en Praga, entre-



gadole alli a vn Notario, cobrado dèl, remitido a Barcelona en vna caxuela, entregado a vn Notario de alli por vn tercero que tenia poder del dicho Don Guillen. Asegurando Don Guillen, mediante vna carta, era aquel su testamento, deue ser valida, y legitima inclusion de los apellidãtes, para obtener la prouision de dicho apellido, ya porque se halla vn decreto de Iuez que le califica; y ya porque la obseruancia subseguida que la Ciudad ha tenido en pagar muchas pensiones a los que se han incluydo con dicho censal.

Y para que la justificacion de esta duda sea caval, por fer la que yere mas en la justicia original. Supongo in facto, que lo sucedido fue, que Don Guillen Sanclement hallandose en la Ciudad de Praga, del Reyno de Bohemia Embaxador del Señor Emperador Carlos Quinto, hizo su testamento cerrado, y sellado, ajustandose en èl a la forma dispuesta en la *ley hac consultissima, C. de testament. Et quemadmod. aperiantur*, y aquel entregò a vn Notario cerrado, y sellado: el qual despues de algun tiempo le recobrò de dicho Notario, y se remitiò a Barcelona, acompañado de vna carta suya, para que vn Procurador suyo le entregara a otro Notario en Barcelona, como testamento de Don Guillen Sanclement. Executo se la orden, y entregose por el Procurador al Notario de Barcelona, estando en Praga el otorgante al tiempo de la entrega, despues por su muerte, precediendo legitima informacion le mandò abrir con decreto judicial: Con este testamento se incluye la parte contraria, y en èl funda la mia su justicia, de la reuocacion que suplica ex defectu inclusionis.

Y antes de entrar en la valididad del testamento supongo, que los testamentos cerrados in scriptis tienen

forma precisa de iure expressada in l. hac consultissima, C. de testament. Paulus de Castro in d. l. hac consultissima De suerte, que su inobservancia induce nullidad en el testamento, Felinus in cap. quoniam frequenter, vers. Atende ad me extra ut lite non contestata, Bartol. in l. hac consultissima, C. de testamentis, Bald. in eadem lege hac consultissima, ibi: Testamentum in scriptis debet fieri secundum formam qua traditur hac lege; porque el testamento en que se pretermite la forma que la ley dispone se observe es nulo, Jasson in l. uniuersis, C. de precibus Imperatori offerend. Bartol. in d. l. hac consultissima in additionib. lit. A. Y esta forma que dispone la ley hac consultissima, no solo se deue observar en los testamentos abiertos, sino tambien los testamentos cerrados, l. hac consultissima ibi: Testamentum si nullum scire volunt ea qua in eo scripta sunt consignatam, vel ligatam, vel tantum clausam inuolutamque proferre scripturam licet. Paul. de Castro in d. leg. num. 2. ibi: Et nota quod prima forma in scriptis non fuit inuenta à lege duodecim tabularum, sed à Pratore proter illas qui volebant taliter testari quod nullus sciret specificè secuta sua, & infra: Sed hic approbat talem formam testator: De donde se colige, que en los testamentos cerrados se deue guardar la forma dispuesta en la ley hac consultissima, de manera que la omision de qualquiere solemnidad, ò contrauencion a dicha ley induzca nullidad, a donde no aya ley municipal que disponga lo contrario, Bald. in cap. nam concupiscentiam de constitutionib. Decius in cap. 2. prima lectura de const. num. 5. Larrea allegation. Fiscal. 29. pluribus in locis. Y que la aya en ninguna parte se presume, sino se prueua por el vulgar axioma, qua sunt facti non presumuntur nisi probentur.

Y así que en la Ciudad de Praga la aya no consta, con que hemos de recurrir a las disposiciones de derecho común, para regular la validez del testamento hecho en dicha Ciudad por Don Guillen Sancliment, inclusión de los apellidantes.

Y que este testamento no esté ajustado a la forma dispuesta en la ley hac consultísima, contraponiendo lo dispuesto en dicha ley con lo executado por el testador, manifiestamente lo veremos; Dispone la ley, que los testamentos cerrados para que subsistan se requiere, que el testador delante los testigos testamentarios, precediendo el subscriuirlo el testador, y los testigos vno eodem tempore lo entregue, ibi: *Si nullum se ire volunt, ea que in eo scripta sunt consignatam, vel ligatam, vel tantum clausam in voluntaque, proferre scripturam, vel ipsius testatoris, vel cuiuslibet alterius, manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero Civibus Romanis puberibus omnibus simul offerre signandam, & subscribendam, dum tamen testibus presentibus testator suum esse dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit quo facta, & testibus vno eodem die, ac tempore conscribentibus ac consignantibus testamentum valere;* De manera, que el Verbo offerre in dicta lege; supone de necesidad, que al tiempo que se haze el otorgamiento, que es lo mismo que la entrega, se requiere estén presentes el Notario, testigos, y testante, *Bald. in aut. quod sine de testamentis, Paulus de Castro in d.l. hac consultísima in principio num. 5. ibi: Ad significandam rem perfectam Notarij subscribunt hoc modo actum in tali loco in presentia mei Notarij, &c.* Y la razon, porque se necessita de la presencia del Notario, y testigos al tiempo

po de la entrega, ó otorgamiēto que en los testamentos cerrados se requiere, es por evitar las falsias, y suposiciones que pueden suceder, y por esto dixo Burgos de Paz, fundandose *in d.l. hac consultissima*, que el testamento cerrado que se entrega, no firmandolo el testador en presencia del Notario, y testigos vnico contextu, es nulo, *in l. 3. Tauri 2. part. quarta concl. a num. 1152. ibi: Porro hac conuincitur opinio, quia testatoris firma sic vulgo appellatam coram testibus, & tabellione efficienda est prout, & ipsorum testium subscriptiones conjūtim vnoque tempore, & contextu, eas fieri necesse est, l. Curia antiquitas, & ibi Angelus, C. de testamentis, Paul. de Castro in l. hac consult. l. qui testamento, S. puberes, ff. eodem tit. & ibi Paulus de Castro Azor in suma, C. eodem tit. col. 2. Angelus in d.l. cum antiquitas post speculatores in lit. de instrumento, dicto S. compendiose, columna vlt. Salg. cons. 56. queritur columna. 1.*

Confirmase esto mismo, ex *l. si vnus, C. de testamentis*; a donde dixo el Emperador, que para que valiera el testamento era menester que coram ipso testatore, se subscriuiera el testamento por todas aquellas que deuen interuenir a dicho testamento, *ibi: Vel coram testatore omnes eodem loco testes suo, vel alieno a nullo non signauerit iure deffici testamētum, Mateo de Afflictis decis. 69. col. 1. post Exidium cons. 1. colum. 5. & colum. 13. Burgos de Paz ubi proxime at si intro conficiatur, & non coram tabelione, & testibus dictorum iurium solemnitas pretermittitur; y esta omission de solemnidad anula el testamento, l. final, C. si certum petatur auth. de instrument. fid. & caut. S. si quis igitur Carol. Buinus cons. 12. num. 8. lib. 3. idem Burgos de Paz.*

Assentadas estas doctrinas para inteligencia de la ley  
 hac

hac consultissima; ora veamos lo que en el testamento de Don Guillen San Climent se obseruò si se ajusta a dicha ley, porque sino se ajusta serà nulo el dicho testamento, *Bald. Bartol. Paulus de Castro, & alij in d. l. hac consultissima*; y que no se ajuste es cierto: Lo vno, porque el testamento de Dō Guillen San Climent se hizo en Praga, y se signò allà, y estando los testigos allà se entregò en Barcelona al Notario, con que non vnico contextu, se subscriuiò del testador, y testigos, ni ellos presentes se entregò al Notario, ibi: *Dum tamen testibus presentibus testator suum esse testamentum dixerit.*

Lo otro, porque al Notario no le constò que fuera aquel el testamento de Don Guillen San Climent; requisito que la misma ley le requiere, ibi: *Dum tamen presentibus testibus testator suum esse dixerit testamentum quod offertur*; pues, ni viò, ni supo del testador mas que por vna carta misiva, la fecha de Praga estando el Notario en Barcelona, ni le constò al Notario, que la firma que traia el testamento en el dorso era de Don Guillen San Climent, pues no lo pudo vèr firmar, ni supo, nisi per relationem que le huiera firmado, con que el testamento quando por tantos achaques, no fuera nulo por este solo lo era, Burgos de Paz vbi supra, *consequitur ergo non ab re hanc legem supra testamentum in eiusque publicatione hoc est otorgamiento dictã testantis subscriptionem faciendam stabillise, quia sic coram testibus, & tabelione conficitur*, porque para su valididad se requiere le conste ad minus al Notario que està subscripto de mano del testador, per euidenciam.

Ni obsta el dezir, que esto pudiera proceder quando la entrega del testamento no se huiera hecho por per-

fona auiente poder para hazerlo, pero auendolo hecho vn Procurador fuyo, no parece proceden las doctinas referidas. Porque se responde, que etiam, que supongamos tuuo el que lo entregò el testamento especialissimo poder para entregarlo ( que se niega como se verá) aun en esse caso no es valido el testamento entregado por el Procurador, porque la entrega del testamento, es personalissima, y no se puede hazer per Procuratorem, es singular, y decisiua a este intento la *decis. 143. de Mateo de Affictis*. Dudose alli si vn testamento in scriptis era valido, ò no, y entre los defectos que se le oponian; era dezir, que el Notario estando el testante malo auia llegado, y dicho en presencia de los testigos, y testantes, si vna plica que tenia en sus manos era su testamento; y aunque el testante respondiò, que si, se decidiò q̄ no era valido aquel testamento, y la razon que diò el Senado fue, porque aquel testamento no lo auia entregado el testante, diziendo, que era fuyo, ibi: *Secũdo probatum est quod dictus testator non tenuit dictum testamentum in manu sua, nec dixit quod istud erat suum testamentum se Notarius predictus tenebat in manibus suis certas cartas, quas extraxit à pectore suo, & interrogauit prefatum mortuum sit firmum si vellet istum esse suũ testamentum; aliqui testes dicunt quod Martinus, respondit miser si alij dicunt miser si, & respondent tale testamentum non decet valere, per dictam legem hac consultissima*. Y la razon es por interesse publico que milita en las vltimas voluntades, no se laceren, ni supongan, y no recibiendo se de mano del testador, se falta a lo dispuesto en la ley, y se abre puerta a facilitar se supongan los testamentos, y se alteren, idem *Affictis ubi supra, & per omnes istud testamentum potuit esse sup-*

*positum à dicto Notario, & imòtale testamentum non debet valere;* pues si este caso solo porque no lo entregò el testador propia manu, aunque confesò que era suyo, no valiò el testamento, en nuestro caso, que el Notario no vè al testador, ni a los testigos, ni de su mano recibe el testamento, antes bien viene sin que conste de la identidad, ni que sea el mismo que Dõ Guillen San Climent entregò con tanta facilidad de auerse supuesto, pues viene trecientas leguas de distancia, y mas, como se puede dar por valido dicho testamẽto, sin q̄ se encuentre con los textos, y dotrinas ponderadas, pues de ellas se colige ser personalissima la accion de poder entregar el testamento que aqui no se executò.

Pero (caso negado) que la entrega del testamento de Don Guillen San Climent, se pudiera hazer per Procuratorem, era preciso constara del poder, y que aquel fue ra especial para el entregar dicho testamento, atqui en el caso concreto, el poder se otorgò en Praga el año de 1602. y el testamento se entregò el año 1604. Luego se presume auiendo otorgado tanto tiempo antes, y no constando de su tenor mas que de su calendata, no fue especial para dicho caso, ni al Notario se le cree, sino es inferiendo el poder, ò ad sumum en Aragon, quando dizcauiente poder; y nada de esto consta aya en nuestro caso, con que aun dado caso que por Procurador se pudie- ra entregar el testamento, como en nuestro caso, no cõs- ta del poder para la entrega, se deue declarar nulo, y en las demas nulidades que se oponen al poder, me remito a lo ya escrito por esta parte.

Ni tampoco obsta la instancia de la duda, de que aqui la obseruancia subseguida de pagar a los auientes dre- cho en fuerza deste testamento, calificada cõ decreto de

Iuez,

Iuez, dà fuerza a dicho testamento; Porque se responde el decreto de iuez, solo fue para legitimar la muerte de Don Guillen, y mandar abrir el testamento, pero no se puso a calificar el testamento, ni la obseruancia subseguida de pagar, daña a mi parte, y haze claro el derecho de la parte contraria, porque esta no tiene lugar quando el testamento es nulo, porque ella solo obra en lo dudoso, *l. ille, aut ille 25. S. cū in verbis, ff. de legatis 3. l. continuus 153. S. cum ita, ff. de verb. oblig. l. si quis filium 3. C. de liberis prateritis docuit in l. neque num. 2. ff. de legibus, Castrensis in l. heredes palam, S. siquid post. n. 4. ff. de testamentis, § cons. 3402. lib. 1. Decius cons. 49. n. 1. vers. § si dicatur, Becius cons. 3. nu. 44. Surd. cons. 393. num. 25. § cons. 427. nu. 44. vol. 3. Gratian. discep. Forens. tom. 4 cap. 713. num. 56. § cap. 475. n. 80. lib. 3. Farinac. decis. 45. part. 1. Ludouis. decis. 184. nu. 5. § 8. Larrea alleg. 92. num. 11. § 12.*

Y assi, el auer pagado algunos años no quita la accion a la Ciudad para reclamar, agora que le consta no deue pagar a Doña Isabel Blanes, ex defectu inclusionis.

Ni puede seruir de encuentro a lo dicho el dezir: que quando Don Ramon en Praga entregò el testamento, obseruò ya lo dispuesto en la ley hac consultissima, porque constando como consta recobrò dicho testamento Don Guillen San Clement, ya dexò el ser testamento, vt videre est pænes, *Fontanel. decis. 45. num. 5.* Y auiendo dexado de ser testamento para q̄ bolviera como tal a valer, era menester quando se entregò en Barcelona, se obseruara lo dispuesto en la ley hac consultissima, y no auiendose obseruado no puede seruir de inclusion a esta parte. Por lo qual, y demas ponderado fia mi parte se reuocarà el apellido como se suplica. Sic sentio. Salua S. C. Marzo a 30. de 1659.

*El D. Jorge Labalsa.*