



IN
PROCESSV
MARIAE PEREZ.

SUPER APPREHENSIONE
Baronia de Quinto.

POR LOS ILVSTRISSIMOS SEÑORES
 Condes de Atarès, y del Villar.

RESPONDIENDO A LA ALEGACION CONTRARIA:



A confianza del buen derecho à la
 sucesion de esta Baronia, en la
 Excelentissima Señora Condesa de
 Montijo, siendo el primer llama-
 miento de varones, y vno de ellos
 el Conde de Atarès, que oy vive, y
 la litiga, à que se subiguieron tam-
 bien otros de la misma calidad; y
 hallandose su Exc. llamada despues de ellos, debaxo de la
 condicion de su deficiencia, segun consta del tenor de la
 escritura de donacion, en que se fundò este mayorazgo;
 que es sustancialmente à lo que se reduce la disputa de su
 dominio; no parece que podia escusarnos el aver de passar
 à la de los creditos, que en su segunda proposicion pide; y

A

avien-

aviendo yà escrito sobre ella primera alegacion, à que en la contraria se procura responder, le responderà esta segunda, por el mismo ordẽ, que observamos en la primera.

EL PRIMER CREDITO; QUE LA SEÑORA Condesa del Montijo pide, es el Censo, que se dize otorgò el Señor D. Garcia de Villalpando, juntamente con los Concejos de Quinto, Vililla, Xelsa, y Alforque.

2 Y en respeto de este credito, diximos en el num. 3. de nuestra primera alegacion, que por entonces no se ofrecia reparo particular, refiriendo en el num. 36. desnudamente lo que se hallava alegado contra èl en processo art. 9. de la replica de esta parte; que era, el que no se avia firmado, ò suscrito, segun Fuero, por los Concejos de dichos Lugares; de donde se inferia en la misma replica el que tampoco se hallava otorgado, conforme à la costumbre del Reyno, para que en fuerza de su otorgamiento pudiera intentarse su exaccion contra Lugares, y bienes vinculados; sin hazer ponderacion sobre ello, antes dexandolo à lo que se entèdiessse proceder segun dicha costùbre; con q̄ mal le impone la alegacion contraria à la nuestra la nota de contradicion, diziendo, que primero le damos en ella el consuelo de no hazer reparo particular, y le oponemos despues la nulidad referida de firmas, ò subscripciones.

3 Como ni lo serà, el que el reparo, que entonces no se ponderò, se pondere aora, à la satisfacion, que ex adverso se le quiere dar, copiando en el num. 3. el modo en que yacen en la escritura, las firmas, y subscripciones de dicho censo. Porque segun consta de su lectura, en la convocacion, y ajuntamiento del Concejo de la Villa de Quinto intervinieron, en primero lugar, *Monferrat de Lorda, Iusticia, Bartholome Panillo, y Miguel del Corral, Iurados;* y en su otorgamiento se firman, y suscriben solamente, *Monferrat de Lorda, Iusticia, y Bartolome de Panillo, Iurado.*

4 Y en el de la Villa de Xelsa, *Iuan del Mor, Lugarteniente de Iusticia, Pedro Anjarvin, y Simon Yza, Iurados;* y en su

su otorgamiento no se firma, ni suscribe Jurado, ni Concejante alguno, sino solo *un testigo* por él, y por el otro, y por los Justicia, y Jurados, que dixeron no sabian escribir.

5 Y en el de Alforque, Colan Vellido, Lugarteniente de Alcayde, Pasqual de Sena, Justicia, Domingo de Lorda, y Ximeno Calvo, Jurados; y en su otorgamiento tampoco se firma Jurado, ni Concejante alguno, sino solo *un testigo* por él, y por el otro, y por los Justicia, y Jurados, que dixeron no sabian escribir.

6 De donde se manifiesta, que en el otorgamiento de la Villa de Quinto no se observò la forma del Fuero vnic. tit. *Forma para testificar*; pues interviniendo en él dos Jurados, estos dos eran los que se avian de firmar, y suscribir, segun aquellas palabras del Fuero: *à saber es, los actos de Vniuersidades, los Jurados, que entremernan*; y si los dos no sabian escribir (lo que se ignora) se avia de aver firmado, ò suscrito otro de los Concejantes, como el mismo Fuero ordena, diciendo: *è si aquellos no sabrán escrevir, se sotaescriua un otro qualquiere de la Vniuersidad*, cuya firma, y subscripcion falta: Y assi no se observò la forma que el Fuero literalmente prescribe.

7 Sin que pueda escusarlo el aver firmadolo, y suscrito, vno de los Jurados que intervinieron: porque el Fuero no se contentò con que firmasse *uno de los Jurados*, que interviniesen, sino que con letra clara dixo, *los Jurados, que entremernan*; cuya indefinida, como en disposicion de ley, æquipolet vniversal, l. *Si pluribus* 44. ff. de legat. 2. l. *Si plures* 98. ff. de legat. 3. l. *Cæsar*, ff. de public. & vectig. cap. *Solita*, de maiorit. & obed. cap. *Quia circa*, de priuileg. Sebast. de Medicis de reg. iur. reg. 2. num. 4. 27. & 70. Gracian. discept. forens. tom. 4. cap. 685. n. 9. con que se responde à los num. 4. y 5. de la alegacion contraria, que quiere distribuir en singularidades dicha disposicion indefinida, y vniversal; infiriendo, que sabiendo escribir algun Jurado, no llega el caso del subsidio, de firmarse, ò suscribirse el Concejante; Porque precediendo, como precede, el precepto indefinido,

4

do, y vniversal, de que se firmen, y subscrivan los Jurados, que enterzernan; las palabras sub siguientes, è si aquellos no sabrán escrevir, necessariamente se han de entender, como relativas, y posteriores, de todos los comprehendidos en el precepto relato antecedente, y así de todos los Jurados que huviessen intervenido, ex Gloss, in cap. *Vt circa*, §. 1. *vers. Coram*, vbi Geminianus de elect. lib. 6. Alexand. cons. 204. num. 4. & 5. lib. 2. Barbosa dict. 147. num. 1.

8 Ni tampoco pudo suplir este defecto la firma, y subscripcion del Iusticia, como ex aduerso se quiere entender dict. num. 4. porque ni Iusticias, ni Alcaydes se tienen por Concejantes, aunque asistan en los Concejos de los Lugares de Señorío, asistiendo allí, regularmente por la calidad con que se halla de Ministros de los Señores, por lo que puede importar à su mayor beneficio, y favor, como es notorio, y se ha entendido ya otras vezes en estas materias.

9 Y menos se observò dicha forma en los otorgamientos de la Villa de Xelsa, y Lugar de Alforque; pues en ninguno de ellos se firmò, ni subscriviò Jurado alguno; y no sabiendo escrevir, segun dize el testigo en ambos; se avia de aver firmado, ò suscrito, otro Concejante, en cada vno, como se ha dicho; y no el testigo, por los Iusticia, y Jurados, como lo hizo, que es defecto inevitable, segun el orden, y forma de la ley.

10 Con que solamente viene à quedar este censo, en quanto al Lugar de Vililla, firmado, y suscrito de los Jurados; aunque tambien parece, que concurriò tercero, que era el Corredor del mismo Lugar, segun atesta el Notario, en la convocacion, allí: *E por clamamiento, è pregon publico de Gabriel Vidanel, Corredor publico, Jurado, è vezino de dicho Lugar*; y así se le comunica el mismo defecto; y aun tambien, en quanto à los demás Concejos, lo aumenta la misma atestacion del Notario, respecto de ser juntamente Jurado el Corredor de cada vno de ellos, como resulta de sus convocaciones; y siendo ma-
yor

5

yor el numero de los Jurados de cada vno de dichos Concejos, era mas precisa la obligacion, de que se observasse la forma referida.

11 Y de aqui viene tambien a deducirse, que fundando la subsistencia de los censos, que otorgan en Aragon los Señores de Lugares vinculados, por la costumbre, en el concurso, y simultaneidad de los otorgamientos, y obligaciones de sus Concejos (lo qual ha de entenderse de otorgamientos, y obligaciones legitimas, y forales, *ex l. Non putavit, 8. §. Non que vis, ff. de bon. possess. contr. tab. Bartulo, Romano, & alijs, Pareja de univ. inst. edit. tom. 1. tit. 4. §. 4. num. 75.*) y siendo esta costumbre injusta, y contra todo derecho; pues obra contra la propria naturaleza de los vinculos, fideicomissos, substitutions, y mayorazgos, y cõtra la expresa prohibicion de agenaar, ù obligar los bienes, con que se fundaron por sus legitimos dueños en favor de los que quisieron favorecer con la sucesion de ellos, y assi cõtra la duplicada prohibicion de la ley, y del hõbre, iuxta ea, quæ tradunt D. Ludovic. Molin. *de Hisparor. primogen. lib. 1. cap. 20. & lib. 4. cap. 1. 3. & seqq. & Addentes ibidem cum pluribus alijs*; ademàs de que, como dixo el texto in *l. 2. C. Quæ sit longa consuetudo: Consuetudinis, vsusque longa vi, non vilis auctoritas est; verum non vsque adeo sui valitura momento, quod aut rationem vincat, aut legem*; siempre se ha de contener dentro de los limites de vna legitima simultaneidad, y concurso de otorgamientos, y obligaciones de Señor, y Cõcejos de sus vasallos, *ex iuris regula in l. Quod verò 14. ff. de legib. Quod verò, inquit Paulus, contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias, l. Si verò 64. §. De viro 9. ff. solut. matrim. de qua etiam noster Molin. in in verb. Clausula, fol. 80. col. 2. verb. Falstas, fol. 137. col. 2. verb. Inquisitio, fol. 183. col. 1. verb. Merinus, fol. 223. col. 2. verb. Tortura, fol. 321. col. 1. & verb. Univeritas, fol. 338. col. 4. in fin.* que dize procede esta regla, aunque huviesse semejanza, ò identidad de razon de vn caso à otro (que aqui no la ay) *ex Obs. 3. declarat monetatic. ibi: Et cum hoc sit con-*

tra rationem inductam, non est ad similia trahendum, & inferius: Et si in aliquo est contrarium, servatur consuetudo illa, & debet servari in illo casu, quo est servata.

12 Y mejor, in verb. Consuetudo, fol. 73. col. 3. ibi: Consuetudo contra ius, circa unum actum inducta, licet de iure extendatur ad alium actum, seu casum, quia quodammodo videtur includi sub priori: ut notat D. Abbas in cap. Dilecti, extra de arbitris; & Dinus in l. 2. Cod. Quae sit longa consuetudo: & Paul. de Castro in l. 3. ff. de iurisdic. omn. iudic. & Innocent. in cap. Dilectus, extra de capellis Monachorum; T A. M E N in Aragonia, si aliqua consuetudo fuit inducta, contra Forum in aliquo casu particulari; nunquam talis consuetudo extendatur ad alios casus similes: licet quodammodo possint includi illi casus similes sub illo casu, in quo talis consuetudo fuit practicata quia consuetudo contra Forum inducta in aliquo casu, solummodo debet servari in illo casu, in quo fuit practicata: & non extenditur ad casus similes. Et sic in Aragonia nunquam consuetudo contra Forum extenditur ex identitate rationis, nec ad casus similes: Vide de hoc unam Obs. valde notabilem in Obs. 3. tit. declarat. monetatic. fol. 45. in fin. quae ad hoc singulariter fuit ponderata per Foristas; & in via iuris plures referens Suelves conf. 33. num. 28. & conf. 42. num. 19. & 20. lib. 2. Y lo que procede en la costumbre, dize el mismo Miguel del Molino, procede tambien en la ley, in verb. Forus 156. col. 3. ibi: Praedicta vero, quae desuper dicta sunt de extensione Fororum facienda ad similia; procedunt, nisi Forus fuisset exorbitans, seu devians à regulis rationis scriptae; quia, quod contra rationem inductum est, non est ad similia trahendum. Y de la costumbre dixo tambien, no avia de estenderse, aunque la razon fuesse mayor, in verb. Possessio, fol. 258. ibi: Ergo dicta consuetudo, seu practica, debet servari tantum in illo casu, in quo fuit servata, & practicata; nec debet talis practica, seu consuetudo ad similia trahi, seu extendi, etiamsi sit danda paritas, V E L maiortas rationis ad casum extensum.

13 Con que se responde al num. 7. de la alegación contraria, salvando la autoridad, y censura de los Tribunales, si en esto huvieren sentido lo contrario. SE

SEGUNDO CREDITO.

ES LA FIRMA DE DOTE DE DOZE MIL libras laquesas de la Señora Marquesa Doña Maria Francisca Climente.

14 Este credito pide la Señora Condesa, como sucesora del vinculo, y mayorazgo, que la Señora Doña Maria Francisca Climente, Marquesa de Oñera, fundò de su herencia vniversal en su testamento; pretendiendo averlo tambièn vinculado, y que està toda via en ser dicho credito.

15 Oponesele por esta parte en la primera alegacion num. 40. & seqq. dos excepciones. Y la primera es, el que no lo comprehendiò el vinculo; porque siendo vn derecho, ù accion de credito, y por esta razon, especie de bienes muebles, segun las leyes del Reyno, Obs. Item vxor, & Obs. seq. de iure dot. Molin. verb. Mobilia bona, fol. 226. col. 3. in fin. vbi Portoles num. 1. D. Sesse decis. 122. num. 12. Suelves cons. 76. num. 8. lib. 1. & cons. 48. num. 8. lib. 3. para que pudiera vincularse, devia averse declarado, y especificado en el vinculo, segun la Obs. 1. de reb. vinculat. ibi: Et non solum immobilia possunt vinculari, imo etiam mobilia; ea tamen declarando, & specificando, como en vna comanda, que se pidia, y se pretendia vinculada, respondiò el D. Suelv. cons. 28. n. 24. lib. 1. alli: Huius titulo obijcitur, quod Anna de Gracia, illius domina, D. Magdalenam Palacio heredem fecit, cum obligatione disponendi in Ioannem Franciscum Lopez, heredis filium, & hoc si voluntate matris naberet; quare commandam in alium cedere nõ potuit. SED responderetur primò: quod in Aragonia, nomina debitorum, tertiam bonorum speciem non constituunt, sed bona mobilia sunt, Obs. Item vxor, &c. In Aragonia verò mobilia bona vinculari nequeunt, nisi specificentur; Obs. 1. de reb. vinculat. QUARE comanda in vinculo ex predictis comprehensa non fuit; CVM generaliter gravamen sub hereditatis nomine positum fuerit.

16 Responde la alegacion contraria en el num. 12. que yà en vna clausula del testamento se hizo especial, y

e xpresa memoria de la firma de dote; y que assi no puede dudarse de su comprehension en el vinculo de la herencia vniversal; facilitandose mas la de los creditos, que la de otros bienes muebles; pues para la de censales, y treudos, basta la clausula de quererlos tener por especificados, y designados, segun la doctrina de Miguel del Molino, que se refiere, con otros.

17 Y por esta se replica, que ademàs de que aqui no tratamos de censal, ni treudo, ni de clausula, que supla su declaracion, y especificacion, por la razon especial, que para ello dà el mismo Miguel del Molino, continuando el lugar transcrito en contrario, alli: *Quia ad hoc quod valeat vinculum in alijs bonis mobilibus, non sufficeret illa specificare per dicta verba generalia: nisi specificè, & per distinctas species, fuissent specificata, & designata. Et ratio diversitatis est: quia licet censualia, & tributa existentia cum instrumento gratia, reputentur bona mobilia: tamen in se maiorem similitudinem habent cum bonis sedentibus, quàm cum mobilibus;* la declaracion, y especificacion de los creditos, para poderse vincular, se ha de poner en la misma disposicion, en que se pone el vinculo, y el gravamen, como dixo el Doct. Suelves en el lugar citado; la qual aqui no se halla.

18 Ni esta era especie de bienes, que se deva entender, quisiera la testadora vincularla; quando todo su ser, y utilidad consistia en la misma exaccion, y percepcion del dinero; y esto mismo era lo que la avia de extinguir, y desvanecer, *ex princ. institut. quib. mod. tollit. obligat. l. Si sic legatum 75. §. 2. ff. de legat. 1. l. Fideicommissa 11. §. 13. ff. de legat. 3. l. Si id quod 21. ff. de liberat. legat. §. lam autem 21. instit. de legat.* segun la doctrina de D. Luis de Molina de *Hispan. primogen. lib. 2. cap. 10. num. 1. & seqq.* en donde assienta, que los mayorazgos no se fundan en bienes muebles, sino en raizes, por la razon de convenir estos, y no aquellos, con la naturaleza de su perpetuidad; infiriendo de aqui para nuestro proposito en el num. 4. *Qua ratione Hispanorum primogenia, neque ex pecunia, neque ex ceteris rebus mobilibus institui solent*

nisi

nisi ea lege, ut pecunia in emptionem reddituum, vel prædiorum, seu aliarum rerum immobilium convertatur: vel bona immobilia vendantur, ut ex eorum precio alia immobilia comparentur; quæ bona in eiusdem maioratus successores perpetuò deferri debeant.
 Y lo mismo dize en los que se compran, sin observar essa providencia, con el dinero, y precio de bienes yà vinculados, *lib.4. cap.4. num.34. ad fin. ibi: Si verò res empta sit mobilis, vel eius nature, ut in maioratu subrogari non valeat, contrarium dicendum erit.*

19 Ni el dinero podia quedar vinculado en este caso; porque el quedarlo el que se faca de la venta de los bienes vinculados, es en terminos de aver providencia en la facultad de venderlos, en respeto de su precio; que son en los que habla D.Luis de Molina, en el lugar que hemos referido, y en el que la alegacion contraria le cita *nu. 13.* el qual, despues de las palabras, que ex adverso se transcriben, prosigue inmediatamente, dando la razon: *Cùm enim ea lege, res empta fuerit, ut ex precio illius res alia ipsi maioratus comparetur; nec aliter, observata forma facultatis, vendi potuerunt: consequens est, quòd interim pretium ipsam, maioratus esse debeat, atque in locum rei venditæ subrogari;* lo que faltò en el caso presente.

SEGUNDA EXCEPCION.

20 Oponesele tambien, que aun quando se concediesse, y verificasse la comprehension de este credito en el vinculo; yà el Señor Marques Don Iuan, que sobreviviò à la testadora, se lo pagò à su heredero, que fue el Señor Marques Don Francisco Jacinto, su hijo; con que se extinguiò, y desvaneciò, como tenemos dicho.

21 Responde la alegacion contraria *num. 15. & seqq.* que la testadora le prohibiò al heredero la exaccion de dicho credito, durante la vida del Señor Marques, su padre, y solamente se la permitiò baxo la condicion de morir antes dicho Señor Marques; y que assi no fue dicho heredero persona legitima para cobrarla, inhabilitandola para este fin; con algunos textos, y doctrinas generales, que para esto

C

cita;

cita; y otras, que aunque las juzga por del caso, son en terminos muy diferentes, como se dirà luego.

22 Replicase por esta, ser innegable, que lo que la testadora hizo, solamente fue suspender, y diferir la petition, y cobranza de este credito, hasta que el Marques D. Juan, su marido, y deudor, muriesse; y que esta suspension, y dilacion vnicamente la puso à beneficio, y favor de dicho su marido; como lo expresò en aquellas palabras: *Y si aquellos el dicho mi marido, y señor los huviesse de pagar, y pagasse efectivamente, LE SERIA DE MUY NOTABLEDESCOMODIDAD, Y ENCVENTRO, LO QV AL DESEO EVITAR LE,* por lo mucho que le amo, y quiero. *POR TANTO* quiero, ordeno, y mando, que mi heredero infra scripto, ni ningun sucessor mio en la dicha mi universal herencia, no pueda pedir, ni cobrar los dichos ducientos y quarenta mil sueldos, durante la vida natural del dicho mi señor, y marido; pero fenecida aquella, quiero se cobren, y para ello ayande quedar, y queden en favor de quien fuere mi heredero, reservados, salvos, è ilefos, todos los derechos, que para la cobranza de ellos le competieren, assi en virtud de la dicha mi precalendada Capitulacion matrimonial, como en otra qualquiere manera: Y siendo esto assi, como ni el marido deudor se hallava prohibido de pagar, si quisiesse, y pudiesse hazerlo, antes de morir; ni en este caso, tampoco el heredero acreedor de recibir la paga, y satisfacion, que voluntariamente le llegasse à dar; ad text. in l. Fideicommissa 11. §. Ergo etsi nomen 13. vers. Nisi forte, in fin. ff. de legat. 3. ibi: *Quia non ipse exegerat, sed debitor vltro pecuniam obtulerat, quam, offerente ipso, non potuit non accipere.* Cessava la razon, contemplacion, y respeto de la atenta, y afectuosa providencia de la testadora para con su marido; y quedava la materia en libertad para con su heredero; y consiguientemente la solucion del credito avia de obrar sus naturales, y juridicos efectos, *vt in 1. allegat. num. 38. ad 43.* lo que no procederia, si la dilacion, o suspension de pedir, y cobrar, mirasse al beneficio, y comodidad del mismo heredero, segun el text. in l. Eum

qui 15. ff. de ann. legat. que prueba admirablemente esta distincion, diziendo: *Eum, qui rogatus post decem annos restituere pecuniam, ante diem restituerat. Respondi: si propter capientis personam, quod rem familiarem tueri non posset, in diem fideicommissum relictum probetur; & perdituro ei, id hæres ante diem restituisse; nullo modo liberatum esse; quod si tempus, hæredis causa prorogatum esset, ut commodum mediij temporis ipse sentiret, liberatum eum intelligi: nam & plus eum præstitisse, quam debuisset.*

23 Sin que puedan tener aplicacion los textos, y doctrinas generales, que en terminos de prohibiciones absolutas, y disposiciones condicionales num. 15. 16. & 17. en contrario se juntan; por faltar en ella la razon especifica del favor respectivo, que en nuestro caso se considera; como ni la pueden tener las que de D. Francisco Salgado, Fontanela, y D. Alfonso de Olea en el num. 18. se refieren; porque hablan tambien de prohibicion absoluta de luir censos, que se haze, assi al deudor, como al suceffor de el mayorazgo, que de ellos se funda, en contemplacion de su mayor permanencia, y beneficio de todos los demás suceffores; circunstancias, que tampoco en nuestro caso pueden discurrirse, por lo que dexamos dicho.

24 Y por esta misma razon no puede obstarnos lo que en los num. 19. y 20. se dize, con el argumento de la prematura restitucion de los fideicomissos, y las doctrinas de Fontanela, que de ella tratan: pues no estamos en terminos de heredero gravado à restituir en tiempo cierto, por favor de los substitutos, como en los que Fontanel. habla; especialmente, no aviendo premuerto el señor Marques D. Francisco Jacinto à su padre, ni sucedido otro substituto, sino antes sobrevividole el mismo Marques, hijo; terminos, en que ni Fontanela, ni otro alguno ha hallado la menor dificultad, en la restitucion, ò eleccion, hecha antes del tiempo señalado, teniendola siempre por subsistente para con el gravado, y la sobrevivencia de este por legitima ratificacion en dicho caso, segun en las doctrinas citadas se ve.

25 Con lo dicho se responde tambien a los num. 21. y 22. en donde se quiere inhabilitar tanto al Señor Marques Don Francisco Iacinto, para recibir la satisfacion de su padre, que aunque este se la quisiesse dar, no pudiera otorgarle apoca, ni recibo de ella; separando la palabra, cobrar, de la palabra, pedir; y discurrendo perjuizios, que la testadora no considerò; quando la cobranza, que dicha testadora prohibiò, era la que de la peticion de su heredero dependiesse, no la que dependiesse de la voluntad de su marido, si en vida le quisiesse pagar, como de la clausula referida de su testamento se muestra.

26 Desde el n. 23. se arguyen de simuladas las apocas, que dicho señor Marques Don Francisco Iacinto otorgò à favor de su padre; mas teniendo presente, que el hijo no solo pudo recibir en vida de su padre la satisfacion, que este voluntariamente llegasse a darle, como se dixo arriba; sino que en sobreviviendole, como le sobreviviò, y à tambien podia pedir aquel credito, valiendose de la accion, y drecho, que como a heredero de su madre para ello le competia, contra los bienes hipotecados, sin que nadie se lo pudiesse impedir; cessarian qualesquiera discursos de simulacion: porque siendo indubitado dueño de èl, y pudiendolo recibir, ò exigir, respectivamente, segun la misma testadora se lo previene, y permite; su exaccion, y cobranza necessariamente avia de extinguirlo, y sacarlo del vinculo, aunque estuviera vinculado a principio, l. Si sic legatum 75. S. 2. ff. de legat. 1. l. Fideicommissa 11. S. 13. ff. de legat. 3. l. Si id quod 21. ff. de liberat. legat. l. 15. tit. 9. per tit. 6. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præf. 168. Mantica. de coniect. ultim. volunt. lib. 12. tit. 2. num. 19. Iul. Capon. disceptat. 200. vers. Ad octavum respondeo, lib. 3. Y quien podia hazer esto sin embarazo alguno; para què avia de valerse de simulaciones? quando en respeto à lo que los sucesores pudiesen pretender contra èl, lo mismo avia de obrar vna apoca verdadera, que vna simulada, confessando en vna, y otra el recibo, que nunca podia negar, ni impugnar, ex Obs.

Item

Item exceptio non numerata pecunie 24. de probat. fac. cum chart. Molin. in verb. Exceptio, fol. 127. col. 2. & passim Practici; y no teniendo en todo caso dichos sucesores derecho a otra cosa, que al dinero confesado, y recebido, iuxta tradita per D. Casanate conf. 10. num. 62. cum alijs.

27 Ni alguna de las presunciones, q̄ en dicho *nn. 23* se quieren discurrir, puede ser estimable; porque hallandose el Señor Marques, padre, en realidad de verdad deudor de la firma de dote de la Señora Marquesa, su muger; aunque con el favor de la moratoria, que dicha Señora Marquesa le concedió, para que el heredero esperasse, atendiendo a su mayor comodidad en la paga; le era conveniente, siempre que la llegasse a lograr, el salir de aquella obligacion; y esto no deve presumirse que no lo quisiera hazer, como se dize ex adverso, antes lo contrario; pues qua lquiere se presume, que desea salir de las obligaciones, en que se halla, segun la razon natural dicta; y mas no deviendo temer el pagar mal, como tambien en contrario se imagina, por lo que acabamos de dezir; y no aviendo tampoco resistencia, ni presuncion de derecho, para que al tiempo del otorgamiento, por lo menos de la segunda apoca, no tuviesse yá dicho Señor Marques, padre, descomodidad para pagar a su hijo, y quando tuviesse alguna, ser justo el passar por ella a ocasion de aver de contraer matrimonio dicho su hijo, como le contraxo; tiempo, en que, aun sin tanto motivo, fueren los padres hazer mayores esfuerzos para dar estado a sus hijos por su propension natural, *l. fin. Cod. de det. promiss. l. cum ratio naturalis 7. ff. de bon. damn. Fontan. de pact. tom. 1. claus. 4. glos. 7. p. 3. n. 28. & tom. 2. claus. 5. gloss. 1. part. 1. n. 26.*

28 Y el mismo hecho de la repeticion, o duplicidad de apocas, con que la otra parte arguye, está excluyendo lo que pretende: Porque en cada vna de ellas se halla causa verdadera, y legitima para su otorgamiento. Hallase en la primera, segun se alega ex adverso, que el padre se obliga en favor del hijo, en comanda de la misma cantidad de 12000. lib. satisfacion, con que el hijo se conten-

centava, y el padre no se desacomodava por entonces ; y quedava novada , y extinguida la primera obligacion, à que necessariamente devia corresponder dicha primera apoca, *cum novatio sit prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem transfusio, atque translatio; hoc est, cum ex precedenti causa, ita nova constituatur, ut prior perimatur; novatio enim à novo nomen accepit, & à nova obligatione, ut ait Consultus in l. 1. ff. de novat.*

29 Llegò el tiempo del matrimonio del hijo, segun tambien de lo alegado ex adverso resulta, y consiguientemente el de necessitar este de valerse de todos los medios cõvenientes para aquel contrato, como a qualquiera le sucede ; y no pudiendose dudar, que vno de ellos era el del credito sobredicho, reducido a la comanda del padre ; fue muy natural el que el mismo padre, como padre, y deudor, se dispusiese para su real satisfacion; segun lo manifiesta la cancelacion de dicha comanda, que el hijo le otorgò; la segunda apoca, que le otorgò al mismo tiempo con inclusion de la primera; y su capitulacion matrimonial, que se subsiguiò para contraer matrimonio; pues no se presume, que quien quando otorgò la primera apoca, no se satisfizo, sino con vna comanda de la misma cantidad; cancelasse esta despues en el tiempo de la mayor necesidad, sin igual, y correspondiente satisfacion; ni que passasse a otorgar segunda apoca, con inclusion de la primera, sino por considerar, que aquel era vn mismo credito, y cantidad; y que pagada, y recebida esta, era justo quedasse dicho su padre, con toda la seguridad possible, en respeto de todos aquellos titulos, y obligaciones, en su erza de que se le podia pedir.

30 Y ultimamente, quando el deudor llega a pagarle, ò satisfacerle a su acreedor lo que le deve; y este confiesa, que ha recebido la paga, ò satisfacion de su deuda, no puede dexar de reconocerle, y otorgarle la seguridad de su liberacion, que deve corresponderle, *l. In omnibus 46. cum seq. ff. de solut. & lib. l. Solutam 49. l. In perpetuum 61. l. Si*

debitor § 1. ff. eod. cum similib. Portoles §. Firma. nu. 137. D.R. Sesse de inhit. cap. 5. §. 7. num. 1. & seqq. la qual, si dicho deudor muestra, con publicos instrumentos, no puede negarse, que la haze constar cierta, clara, y notoriamente; nam instrumentum est probata probatio, notoria, & manifesta, l. Interest 21. Cod. de sol. cap. Cum dilecti, de donat. & qui habet instrumentum pro se, habet casum legis, Bald. cons. 215. num. 3. lib. 1. D. Sesse decis. 125. num. 33. Suelves cons. 40. n. 9. in fin. lib. 1. & 45. num. 2. lib. 3. & exceptionem notoriam inducit, non reijciendam, etiamsi alia exceptiones per statutum reijciantur, D. Sesse de inhit. cap. 2. §. 4. nu. 26. & 31. quia ex instrumento authentico tres oriuntur praelumptiones; videlicet, quod sit verum, sit solenne, sitque omne in eo contentum, ita liquidum, & indubitatum, quod ob id passim per DD. instrumentum, noli me tangere, nuncupetur, de quo plures, & plura cumulant Pareja de instr. edit. tit. 1. resolat. 3. ex num. 22. Lagunez. de fructib. part. 1. cap. 31. §. 8. num. 28. & seqq.

31 Especialmente en Reyno, en donde no se estiman excepciones, que no resultan de instrumentos, y se oponen al aver intervenido dinero en los contratos, contra las confesiones instrumentales de los acreedores, que atestan lo contrario en la escritura, como dispone la Obs. Item exceptio 24. de probat. fac. cum chart. que dixo: Item exceptio non numeratae pecuniae locum non habet in Aragonia, ubi quis confitetur in instrumento, se pecuniam recepisse; & est ratio, quia statur chartae: & tradunt Molin. in verb. Exceptio, fol. 127. col. 2. vbi Portoles num. 106. & seqq. D. Bardaxi in tit. de iure iur. num. 11. D. Casanate cons. 9. num. 37. & seqq. Suelves cons. 94. num. 17. lib. 2. Cuenca in schol. comand. claus. 11. & seqq. Y alsí D. Ioseph de Niño in schol. ad albaranum, num. 4. dixo: In nostro Aragonum Regno infelix reperitur haec exceptio, cum nullatenus admittatur, quod si quis in instrumento fateretur, se recepisse aliquam pecuniae quantitatem; pot cuya razon, aunque se dexe al juramento de la parte contra quien se opone, no se le puede compeler a que jure, y

ref-

responda, como en terminos de derecho comun, passado el bienio, despues del qual tampoco se podia yà oponer, prueba expressamente el texto *in l. In contractibus, S. Illo 3. vbi DD. Cod. de non numerat. pecun.* Vincent. Corrot. *de iurament. decis. quest. 32. vers. Sextus casus*, y en los de nuestra observancia, Miguel del Molino *in verb. iuramentum, fol. 194. col. 4. vers. Iuramenti delatio*, y el Señor Bardaxi *in tit. de iure iur. num. 11. in fin.*

32 Con esto queda inaplicable la decision de Rota, que en los num. 25. 26. y 27. se transcribe, y pondera; lo primero, porque alli concurrían, como en ella misma se lee, diversas circunstancias de simulacion, que aqui cessan; por lo que dexamos representado. Lo segundo, porque habla en terminos de assignacion, y entrega de bienes; y no de recibo de dinero confessado por el acreedor, en que no solo no se admiten presunciones, ò congeturas contrarias; sino que ni se admite semejante excepcion; que es en lo que se diferencia totalmente aquel del nuestro, por lo que tambien acabamos de representar. Lo tercero, porque alli el padre, que assignò los bienes al hijo, tenia otros acreedores, cuya execucion temia, y queria evitar con dicha assignacion; y aquellos eran los que oponian, que era simulada, y hecha en fraude de sus hypotecas; pero aqui el acreedor era el mismo hijo, y este otorgò vna, y otra apoca, y la cancelacion de la comanda; sin que haviessse entonces otro, que tuviesse accion para ello; y assi pagado, y entregado el dinero al legitimo acreedor, ù haziendose este yà cargo de averlo recebido, que es lo mismo para el caso; el deudor quedò yà libre; y los que pretendieren, que han de suceder en aquel dinero, como subrogado en lugar del credito, iuxta tradita per Molin. *de primogen. lib. 4. cap. 4. per tot. & Addentes ibidem, D. Casanate conf. 10. num. 62.* Valganse para ello de la accion, que les compete contra el heredero, que lo recibò.

EXCEPCION TERCERA.

33 Oponete tambien a este mismo credito esta parte otra excepcion, que es la de estar prescrito; semejante a la primera de estar pagado, iuxta text. in l. Si pupillas, in fin. ff. de adm. & peric. tut. ibi: *Is autem, qui tempore liberatus est, non ei similis est, qui nihil habet, sed ei, qui satisfecit; habet enim quod obijciat petitori:* de donde dixo Pedro Nuñez de Abendaño in tract. respons. in declar. ad l. 4. & 5. tit. De las excepciones, num. 30. vetl. *Item prescriptio, quod habet vim solutionis, & habetur pro veritate, & pacto.* Y D. Francisco de Cuenca in schol. comand. claus. 34. num. 18. & seq. las equiparò, por esta razon, en no cõprenderse en la clausula de la renunciacion general de las excepciones, de que allitrata, conforme a drecho comun: *Eodem enim modo (dize) quo solutionis exceptio opponi potest, non obstantibus quibuscumque renuntiationibus, ut notissimum est; & etiam si statutum omnes exceptiones rejiciat, ut tradit Carolus de Grasis tract. de except. cap. 25. n. 1.* *IT A* similiter exceptionis prescriptio opponi potest, non obstante renuntiatione, de qua in nostra clausula; quia prescriptio, etiam solutio est, cum vim solutionis habeat, & pro veritate, & pacto habeatur. Y esta excepcion de prescripcion funda en el transcurso de mas de 40. años, que han pasado desde la muerte del Señor Marques Don Juan, segun se alega, y prueba en el art. 33. de nuestra replica, y se confiesa en el 27. de la proposicion contraria; de fuerte, que aunque se supusiera, que hasta que dicho Señor Marques muriesse, no se huviesse podido pagar, ni cobrar dicho credito; no pudiendose dudar, que desde que murió, pudo pedirse, y cobrarse, por el heredero de la acreedora, que era el Señor Marques Don Francisco Jacinto, su hijo (quien tambien se alega, y prueba, y se confiesa ex adverso, que sobreviviò a su padre) y no constando averse pedido jamás por dicho heredero, ni otra persona, ò suceflor alguno; se verifica legitima, y foralmente dicha excepcion, iuxta Obs. Item nota pen. de prescript. Mol. verb. prescriptio, fol. 262. col. 2. in fin. D. Sesse, dec. 127. num. 2. lib. 2.

34 Responde la parte adversa en el *num.* 28. hasta el 31. que la prescripcion no pudo correr por averse la accion suspendido, a causa de que, assi el señor Marques D. Francisco Iacinto, como el señor Marques D. Ioseph, padre de la señora Condesa de Montijo, poseyeron en fuerza de sus vinculos esta Baronía, mientras vivieron, y que en este tiempo no pudieron pedir, ni intentar accion, para exigir este credito, hallandose posehedores de los mismos bienes obligados, con algunas doctrinas, que en los *num.* 29. y 30. se refieren.

35 Replicase a esto por esta parte, que el obligado a la satisfacion de dicho credito, fue dicho señor Marques D. Iuan, con su persona, y bienes, avidos, y por aver, como parece por su capitulacion matrimonial; y despues de su muerte avia de quedarle tambien su heredero con todos sus bienes hereditarios, que era contra quien se podia, y debia intentar la peticion, ò accion de cobrarlo, y exigirlo, segun lo que la misma señora Marquesa, acrehedora, dispuso en su testamento, previniendo, que no se pidiese, ni cobrase *durante la vida del dicho mi señor, y marido; pero fenecida aquella, quiero se cobren, y para ello ayen de quedar, y queden, en favor de quien fuere mi heredero, reservados salvos, è ilefos todos los derechos, que para la cobrança de ellos le competieren, assi en virtud de la dicha mi precalendada capitulacion matrimonial, como en otra qualquiere manera; y siendo esto innegable, lo es tambien el que no aviendose pedido, ni intentado accion alguna jamàs para dicha cobrança, y exaccion, ha quedado prescrita, segun Fuero, y Drecho, iuxta regulam text. in l. sicut 3. & l. cum notissimi 7. Cod. de prescript. 30. vel 40. an. & in For. 1. tit. de Fide instrum. For. 3. de solut. Molin. in verb. prescriptio, vbi Portol. Cuenca, in schol. command. dict. claus. 34. num. 80. Suelves conf. 94. num. 29. lib. 1. & conf. 36. num. 1. conf. 38. num. 1. lib. 2.*

36 Ni el aver poseido los señores Marqueses antecessores la Baronía aprehensa, ha podido evitar, ni suspender la prescripcion: porque para su curso, y complemento sola-

solamente se atiende, a si los acreedores han podido intentar, ò no, accion contra el deudor, y sus bienes, segun el axioma, *non valenti agere non currit prescriptio*, ex text. in l. 1. §. fin. Cod. de annual. excep. l. 1. in fin. Cod. de bon. que lib. l. in rebus 30. §. omnis Cod. de iure dot. l. 1. ff. de perpet. & tempor. prescrip. Authent. Nisi tricennale, in eius secund. part. Cod. de bon. mater. cap. quia diversitatem §. de concess. pr. abend. fundado su razon unicamente en la negligencia del que sin embargo de no pagarle el deudor, ò su heredero, no quiso pedirles judicial, ni extrajudicialmente la deuda, ex Bartolo, in l. sequitur, §. si viam, ff. de usucap. Fel. in cap. Vigilanti, n. 5. de prescrip. Ciriac. contr. 317. nu. 11. 12. & 13. lib. 2. Gratian. discept. forens. tom. 4. cap. 602. num. 15. Rota apud Rubeis, decis. 547. in fin. part. 4. tom. 3. decis. 407. num. 16. part. 5. tom. 1. & decis. 179. num. 7. p. 9. tom. 2. & apud Merlinum decis. 487. nu. 16. lib. 1. & decis. 311. num. 10. lib. 2. & apud Bichium, decis. 50. nu. 1. lib. 1. & apud Peñam decis. 108. num. 5. lib. 1. & apud Mercurial Merlin. post tract. de pign. decis. 44. num. 3. Idemque Paulus Rubeis, in annotat. ad decis. 3. num. 6. & ad decis. 6. nu. 12. & seq. p. 3.

37 Y esta razon no cessa, porque el deudor aya poseydo algunos bienes sugetos a fideicomiso, en que despues ha sucedido el acreedor; porque de esto, lo que se deduce es, que mientras los posee, se exime de la hipoteca aquella porcion de bienes; mas no q̄ dicho acreedor quede impedido de pedir su deuda al obligado con su persona, y todos sus bienes, como aqui lo fue el señor Marques D. Iuan; cosa independiente, y separada de averle sucedido sus hijos en los bienes, que poseia vinculados en favor suyo; contra los quales, aunque antes de prescribirse la accion, pudiera decirse q̄ estava, sino confundida, suspendida, como ex ad- verso se dice; en dexandolos de poseer, ò passando a otro dueño, la pudieran intentar; pero si se hallasse yà a este tiẽpo, como en el caso presente se halla, prescrita en su raiz, poco podia importar el que cessasse la suspension accidental, en respeto de dichos bienes; antes bien no avria queda-

dado yà accion, que se pudieffe suspender; pues aviendose extinguido, y desvanecido, por la prescripcion su causa, han de quedar tambien extintos, y desvanecidos todos sus efectos, ex adductis a Pyro Mauro, de solut. capit. 4. num. 24. & seq.

EL TERCERO CREDITO ES, EL DE LOS siete censos, que se dize cargò el señor Marques D. Iuan con los Concejos de sus Lugares a favor de D. Alonso Villalpando.

38 Oponensele a este credito, y cargamiento de censos, varias excepciones, de las quales la,
PRIMERA.

Es la de la simulacion en la persona, y nombre de D. Alonso de Villalpando, a cuyo favor se cargaron, siendo en la realidad en favor del mismo señor Marques D. Iuan que los cargò, ù de la señora Marquesa, su muger, que era lo mismo; y que asì debia tenerse por ninguno dicho cargamiento, como hecho a favor del mismo imponente: por no poderse verificar en verdad, ni concurrir en vna misma persona, el ser imponente, y persona, a cuyo favor los censos se imponian, como ni el ser acreedor, y deudor censuario a vn mismo tiempo, ex relatis in 1. allegat. num. 63.

39 La simulacion de la parsona, y nombre de Don Alonso de Villalpando, se prueba, como en caso, y cosa de dificil probanza, por las congeturas, y presunciones, que ponderamos in 1. allegat. num. 58. usque ad 63. segun lo que todos sienten, ex D. Casanate cons. 28. num. 10. & 11. & alijs relatis in d. allegat. num. 47. quibus iungendus D. Iosephus Vela dissertat. 38. num. 19. lib. 2. & seq. ubi late, & optime de huius modi simulatione differit; en que a la parte adversa le parece en el num. 34. de su alegacion, no nos dimos por entendidos de la distincion de simulaciones, que se dize se consideran; vna, que termina en sombra, apariencia, y nada, y otra que en la verdad contiene ser, y subsistencia de contracto, aun-

que

que aparece diferente la corteza; queriendo, al parecer, dezir con esto, que el contrato del cargamiento de estos censos fue verdadero, y subsistente, aunque con la apariencia, y corteza, de averse hecho en favor de D. Alonso de Villalpando; y que así no podemos dezir fuesse el contrato simulado, aunque no fuesse la persona del dicho.

40. Pero supuesta la simulacion de la persona, y nombre del dicho D. Alonso de Villalpando, que es a lo que reducimos nuestra ponderacion; se infiere consequentemente la insubsistencia del contrato; pues si en lugar de aquella persona, y nombre que se simulaba, se huviera puesto la persona, y nombre de la señora Doña Maria Francisca Climent, que era la verdadera, se viene a los ojos su patente nulidad, ex *Molin. in verb. Vir, & uxor, fol. 355. col. 3. relato in 1. allegat. nu. 64.* con que viene a ser en efecto vna misma cosa, en este caso, la simulacion, que se dize ex aduerso de apariencia, y corteza, y la que se dize, que termina en sombra, apariencia, y nada.

41. Pruebasse, pues, dicha simulacion con las congeturas, y presunciones, que ya ponderamos; de las quales la primera es, el ser dicho D. Alonso Villalpando persona familiar, y como tal, confidente de los señores Marqueses. A que se responde ex aduerso *num. 36.* que no se prueba la familiaridad, y parentesco. Mas le replicamos, que esta calidad la prueban el ser Cavallero del mismo apellido, no constando que fuesse extraño; y la confianza que de él los señores Marqueses hizieron, ex *relatis in 1. allegat. n. 58.*

42. Y a lo que se dize en el *num. 37.* de ser poco estimable esta congetura, no constando de causa para dicha simulacion, respondemos, que la causa es manifiesta; pues queriêdo el Señor Marques D. Iuan tener aquel caudal de censos a su beneficio, si los cargava, el mismo inmediatamente a su nombre, era fatuidad, por lo que dexamos dicho arriba *num. 38.* y si los cargava a favor de la señora Marquesa su muger, incidia en lo mismo, por lo que alli tambien; dexamos dicho

43 En confirmacion de ser la persona, y nombre de D. Alonso de Villalpando, simulada, ponderamos tambien la declaracion de este mismo Cavallero, si no con palabras, con el hecho de aver buuelto a poner dentro de breve tiempo dichos censos a favor de la persona, y nombre de la señora Marquesa, muger del señor Marques D. Iuan, mediante la vendicion, que referimos; *cum non minus facto quam verbo animus, & voluntas contrahentium declaratur, l. non tantum, ff. rem rat. hab. l. Paulus, ff. eod. l. in l. Reprehendenda, vers. Quanto habes, Cod. de inst. & subst. Parisio, cons. 34. num. 54. lib. 2. & declarare verbis, vel facto paria sint, l. de quibus, ff. de legib. l. recusari, ff. de acq. hered. immo facta potentiora sunt verbis, l. de pupillo, S. meminisse, ff. de nov. op. nunciat. l. si tamen, S. ei qui, & ibi Cepola ff. de edilit. edict. cap. dilecti, & 2. extr. de appellat. Bald. cons. 8. lib. 1. & in leg. non ignorat col. 1. vers. Similiter, Cod. qui accus. dicens, facta esse vero proximiora, quam nuda vocabula, & in l. liberta tua, Cod. de oper. lib. in fin. dicit, quod qualitas factorum describit qualitatem intellectus, late Ioan. Baptista Costa, de fact. scient. & ign. inspect. 17. per tot. & cent. 1. dist. 81. num. 3.*

44 Manifestandolo mas el successivo de aver transferido, y puesto ambos señores Marqueses, mediante otra vendicion, estos mismos censos en cabeza de Mossen Antonio Barrau, su otro confidente; y acabando de descubrir este en la declaracion, que otorgò, el fin de todos estos tratos, y contratos, con la confesion que en ella hizo, de que en realidad de verdad la disposicion de los censos cargados, vendidos, y revendidos, avia de ser, y era de dichos señores Marqueses, ò del sobreviviente de ellos, ò de sus herederos; y esto con la anticipacion, q̄ en su misma declaraciõ se lee; pues sin embargo de q̄ el tratado era, como el mismo Moss. Antonio Barrau refiere, de q̄ avia de disponer de dichos censos en favor de la persona, q̄ ambos señores Marqueses, ò el sobreviviente de ellos, ò sus herederos declarassen, anticipò, sin esperar declaraciõ alguna la disposiciõ; y aun esta la hizo tambien con la precaucion, de que si se
halla-

hallava hecha por èl otra disposicion antes, contra lo tratado, se entendiessè que seria violenta, y no debia subsistir; circunstancias, que hazen palpable, que todo se encaminava a formar, y conservar este credito en fraude, y perjuizio de los sucesores de los Mayorazgos, de que el señor Marques D. Iuan, se hallava poseedor.

45 Responde la alegacion contraria, num. 38. 39. 40. 41. y 42. que de lo que representamos solamente resulta, el que se vendieron estos censos por los Señores Marqueses, en fè, y confianza à favor del dicho Mossen Antonio Barrau, y vna simulacion en la persona, y nombre de la persona del comprador, que no hiere en la verdad, y subsistencia del contrato, con algunas doctrinas, que cita.

46 Pero replicamos, que es indubitable, que el contrato de la vendicion de los Señores Marqueses à Mossen Antonio Barrau, fue simulado, no solo en la persona, y nombre del comprador, sino en la sustancia del mismo contrato, segun su declaracion; para lo qual, por ser aquella tan clara, no necesitamos de congeturas, ex iuris regula in *l. Continuus, S. Cum ita, ff. de verb. obligat. l. 2. Cod. de legib. l. Ille aut ille, S. Cum in verbis, ff. de legat. 3. l. Non aliter, ff. eod.* y de aqui inferimos, que siempre el animo, y voluntad de los Señores Marqueses, fue de que los censos fuesen, y se conservassen en favor, y beneficio suyo, assi en su principio, y cargamiento, como en su permanencia, y duracion; pues vemos que aunque al principio se cargaron en nombre de Don Alonso de Villalpando, declaró luego este con el hecho, que se avian cargado en favor, y beneficio de la Señora Marquesa; y que aunque tambien ambos Señores Marqueses los bolvieron à poner à nombre de Mossen Antonio Barrau; buelve este à declarar subsiguientemente con palabras expresas, que toda via avian de estar, y estaban, y dichos Señores Marqueses los retenian, en la misma forma; con que la simulacion de la persona, y nombre no se ha de considerar sola en Mossen Antonio Barrau, como ex adverso se quiere dar à entender, sino en

Don

Don Alonso de Villalpando, como arriba se dixo; siendo únicamente la verdadera, ò la del Señor Marques Don Juan, ò la de la Señora Marquesa; y en qualquiera de ambas insubistente el cargamiento de dichos censos.

47 Sin que obstē las doctrinas que se refieren en dichos n. 40. 41. y 42. porq̄ hablan en caso, en que la simulacion de la persona, y nombre de aquel, à cuyo favor se halla celebrado el contrato, lo dexa subsistente, y valido, reconociendo, que en la verdad se celebrò en favor de otra persona, y nombre, en quien igualmente à principio podia subsistir, sin fraude, ni perjuizio de tercero; lo que aqui no se verifica, y es en lo que consiste la fuerza de nuestro argumento.

48 Desde el num. 43. hasta el 46. se pretende excluir la presuncion, que induce el aver Don Alonso de Villalpando puesto à nombre de la Señora Marquesa, por via de la vendicion referida, despues de pocos meses, que estuvieron cargados en el fuyo, ponderando el intervalo del tiempo, que passò desde su cargamiento, hasta la vendicion, y citando para esto diversas doctrinas.

49 A que dezimos, que el mas, ò menos tiempo, en terminos de correlacion, ò correspondencia de contratos, para saber, si dos se han de tener por vno, y si se ha de juzgar, que aun mismo tiempo ambos se celebraron, que son en los que hablan Giurba, el señor Sesse, y casi todas las demás doctrinas, ex adverso citadas, lo discurren los Autores con gran variedad, como parece por ellas mismas; conviniendo todos en que esto ha de quedar al arbitrio del Iuez, Addendus Argel. de acquir. poss. quest. 2. artic. 7. num. 40. Y lo mismo dizen los que hablan en terminos de simulacion, como se puede ver en Farinacio de falsitat. & simulat. quest. 162. num. 249. con Gramatico, y Aymon Craveta: y en el num. 150. distingue con Ludovico Romano, y otros, el si se ha hecho, ò no con intervalo algun contrato, an infra biennium vel post, factus fuerit: y en la quest. 164. num. 160. buelve à dexar este punto al arbitrio del Iuez. Y Nogueroi allegat. 10. num. 13.

haze lo mismo; quibus addo Menochium *de arbitrar. lib. 2. cent. 1. casu 13.* con Aymon Craveta *cons. 156.* sin que ninguno diga que este arbitrio entra, quando concurren las circunstancias, que la alegacion contraria discurre, *num. 64.* con equivocacion, ò confusion la materia; sino que la congetura de la modicidad del tiempo obra en concurso de otras congeturas, que es cosa diversa, segun los mismos Autores citados.

50 Ni puede, al parecer, dexarse de tener por tiempo modico el de vn acto à otro, quando aun antes de llegar à cobrar pension alguna, y assi antes de entrar en la possession de los censos cargados, *quia possessio redditus nihil aliud est, quam ipsa exactio, ut ex Roderico, inquit Hermosilla in l. 4. gloss. 12. tit. 5. part. 5.* Rota apud Post. *decis. 552. num. 5.* los passò yà Don Alonso à titulo de vendicion, en la Señora Marquesa; que, segun la sugeta materia, es lo que excluye el intervalo, que se pondera para evitar la simulacion; especialmente no necesitando esta parte, de que el contrato fuesse simulado, sino de que lo fuesse la persona, y nombre del à cuyo favor se otorgò, como queda dicho.

51 Ni nos valemos de esta cõgetura sola, sino de toda la serie de lo q̄ fue sucediendo, como el bolver à sacar dichos cõs de la cabeça de la Señora Marquesa, dentro tãbien de pocos meses, transfiriendolos, por otra semejante vendicion, en la de Mossen Antonio Barrau; y el declarar este, con la mayor expresion, que se podia desear, que siempre quedavan à la disposicion, no solo de los Señores Marqueses, sino de sus herederos; de todo lo qual se demuestra bien el animo, y voluntad de los contrayentes en su original cargamiento, *attenditur enim series facti, que multum facit ad detegendam simulationem, ut ex Iafone in l. Praetor, S. Si initium, num. 3. ff. de edendo, Decius cons. 544. nu. 13.* Rota apud *cenc. post tract. de censib. decis. 120. nam. 4.*

52 Y mas, si se repara, en que jamàs llegaron, ni han llegado à cobrarse estos censos, de la dominicatura de los bienes aprehensos, despues de cargados; pues ni D. Alon-

fo de Villalpando los cobró, por averlos buelto à vender antes de caer pensión alguna; ni los Señores Marqueses los cobraron, por hallarse deudores, y poseedores de los bienes hypothecados; ni Mossen Antonio Barrau los pudo cobrar, por aver declarado no eran suyos, sino de dichos Señores Marqueses; ni el Señor Marques Don Francisco Iacinto, heredero, y sucesor de la Señora Marquesa, su madre, à quien sucedió tambien el Señor Marques D. Ioseph, su hermano: ni tampoco estos los cobraron, por aver sucedido en los mismos bienes aprehensos, segun la inclusió, q̄ en la proposicion, que dà cō dominio la otra parte, alega; y asì pide en la que ha dado con este credito, las pensiones, que dize han corrido desde el año de 1685. que fue el de la muerte de dicho Señor Marques Don Ioseph, ultimo poseedor; con que vino à ser este vn cargamiento reservado solamente contra los que huviessen de suceder en la Baronia aprehensa, à dichos Señores Marqueses D. Francisco Iacinto, y Don Ioseph, hijos de dicha Señora Marquesa, y asì contra el Conde de Atares, y sus hermanos, que no lo fueron, sino del dicho Señor Marques Don Iuan, en segundo matrimonio.

53 Ni era verosimil, que si huviera en realidad de verdad cargado dicho Señor Marques Don Iuan sobre su persona, y bienes, dichos censos, y recebido el precio, y fuerte principal de Don Alonso de Villalpando; bolviera la Señora Marquesa à comprarse los tan brevemēte, restituyendole otra tanta cantidad, por precio de la vendición, aviendolos de tener ociosos tanto tiempo; y lo inverosimil de los hechos es tambien prueba de simulacion, ex Aymone, *conf. 156. num. 11. in fin. vers. Et profectò Mascard. de probat. tom. 1. concl. 440. num. 9. & alijs Farinacius dict. quest. 162. num. 215. latè Ciriac. contr. iur. tom. 7. cont. 219. num. 76. & 77. & alios referens Nogueroi, allegat. 10. num. 70. ibi: Probat̄ etiam simulatio à verosimili, vel ab inverosimili, ut per Ancharran. &c.*

54 Y de aqui nace otra demostracion de lo simulado de

de dicho cargamiento, presuponiendo, que el precio, que dicha Señora Marquesa se dize diò à Don Alonso de Villalpando no podia ser proprio, sino que avia de ser del marido, cuyos son en el Reyno todos los bienes muebles de la casa, entre los quales se computa el dinero, *Observ. Item non valet* 24. *Obs. Item maritus* 25. *Obs. Item uxor* 32. & *Obs. Si legatam pecuniam* 33. *de iure dot. vbi Portoles, Obs. i. tit. rem amot. Molin. in verb. Vir, & uxor fol. 235. col. in fin. vbi etiam Portoles, num. 10.* Lo que mas ciertamente procede de derecho comun, *ex l. Quintus ff. donat. int. l. Etiam, Cod. eod. Matienzo in l. 1. glos. 1. tit. 9. lib. 5. recopil. 3. & in simili simulatione loquens, Vela disert. 38. num. 19. & seqq. lib. 2. quam plurima iura, & Authores referens.* Y siendo esto assi, se haze mas manifesto, que si el Señor Marques Don Iuan huviesse recebido con vna mano aquel precio, y lo huviesse restituido con otra; sin poner nada de su casa, ni costarle vn dinero, se hallaria con aquellos censos à su beneficio, vnicamente formados contra los suceßores del mayorazgo, que era la causa, y fin vnico de toda aquella trama de contratos, que se han referido.

SEGUNDA EXCEPCION.

55 Oponesele otra excepcion à este credito, fundada en que, pretendiendose, que la Señora Marquesa bolviò à comprar estos censos, y consiguientemente, que en fuerza de la vendicion, que Don Alonso de Villalpando le otorgò, se hizo acreedora del Señor Marques Don Iuan, su marido, y de sus bienes, que fue el que los cargò, y assi el primero, y principal deudor de ellos; se infiere no pudieron yà desde entonces tener subsistencia, por no ser compatible la obligacion del marido en favor de la muger, como advierte Miguel del Molino referido en nuestra primera alegacion *nu. 64.* y aver llegado al caso en que no pudo tener legitimo principio, como tambien alli diximos.

56 Quiere se respòder à esto en la còtraria, *n. 47. & seqq.* Mas en lugar de respuesta dà en el *num. 48.* en vna inevitable

table contradiccion: porque reconociendo la doctrina que dexamos sentada, que expreffamente habla de la obligacion del marido en favor de la muger, constante el matrimonio, dize que procede cō la diferencia, *de que respeto à los bienes muebles, ò sitos, q̄ se adquieren, CONSTANTE MATRIMONIO, puede subsistir la donaciō, V OBLIGACION del marido à la muger,* citando à Portol. en la Obs. *Item maritus, n. 4. y 5. de iure dot.* fino es que evitemos esta repugnancia, atribuyendola ha aver entendido, que Portoles hablava de obligacion de marido à muger, en que ay conocida equivocacion; pues no habla fino de donacion, ò agenciacion de bienes, como consta de sus palabras.

57 Además de que lo que Portoles dize ha de entenderse, al parecer, de los bienes sitos, adquiridos constante matrimonio, titulo oneroso, que son los que llamamos gananciales, y en los que propiamente se dize, que constante matrimonio tiene el marido la mitad, iuxta *Observant. Nota quod de consuetudine Regni 53. de iure dot. Mol. in verb. Vir, & uxor fol. 337. col. 2. post med.* porque en respeto à los muebles habla indistintamente dicha Observancia, y solamente pone limitacion en respeto de los sitos, diciendo: *Item maritus non potest dare, vel vendere in vita sua bona mobilia uxori: & si dederit, vel vendiderit, non valet donatio vel alienatio: quoniam, dato quod donata vel vendita sint, redeunt in administrationem mariti, & maritus est dominus, & potest alienare ea: SECVS si maritus dederit, vel vendiderit immobilia, quia tūc valet donatio, vel venditio, perinde ac si ab alio esset facta:* y el mismo Portol. en la Obs. *1. n. 13. eod. tit.* parece lo dà à entender en el *num. 13. alli: Sed hic advertere libet, quod hæc observantia, dum permittit uxori bona mobilia viro donare, è conuerso non procedit, quia vir uxoris sue bona mobilia donare nequit, licet bona sedentia ei donare possit,* refiriendose à la Obs. *Item si maritus.*

58 Y sea lo que se fuere de donacion de bienes muebles, ò sitos; en obligacion de marido à muger, que es el punto, en que estamos, nadie ay que diga, que puede constante

tante matrimonio subsistir; de otro modo siempre que el marido se obligasse à favor de la muger, constante matrimonio, se podia dezir, que esta obligacion, yà se computase entre los bienes muebles, ò yà entre los sitos, constante matrimonio adquiridos, avia de tener subsistencia, que seria absurdo, *ex supradictis*; y aunque los censos se tengan por bienes sitos, como dezimos in 1. *allegat. num. 65.* que es con lo que nos arguye la contraria, *num. 49.* esto es en quanto à la adquisicion, y division entre marido, y muger, que es lo que alli diximos; mas no en quanto à poder ser el marido el obligado en ellos à favor de la muger; porque la obligacion siempre tiene la incompatibilidad, y repugnancia, que considera Miguel del Molino, in *dict. verb. Vir, & uxor, fol. 335. col. 3. ad med. vbi Portoles num. 15. & in dict. Obs. Item maritus 25. num. 3. de iure dot. ibi: Et hinc est quòd in hoc Regno vir in favorem suæ uxoris se obligare nequit, quia sibi ipsi se nemo obligare valet*, citando en comprobacion à Rolando, Nevizano, Boerio, y Ancarrano.

TERCERA EXCEPCION.

59 Otra excepcion se le opone tambien à este mismo credito, cuyo fundamento referimos in 1. *allegat. num. 65. 66. 67. y 68.* y consiste en que, aun quando el cargamiento de los censos referidos à principio huviesse sido verdadero, y legitimo, sin simulacion de persona, y nombres de acreedor; y la vendicion de Don Alonso de Villalpando, tambien lo huviera sido en favor de la Señora Marquesa; el Señor Marques Don Iuan fue, à quien se le devia adquirir todo el derecho, que por dicha vendicion pudiesse el vendedor transferir, como de bienes gananciales, titulo oneroso, constante matrimonio adquiridos; segun las disposiciones forales de este Reyno, y lo prevenido en el pacto de su Capitulacion matrimonial; pues la mitad le avia de pertenecer proprio iure, por Fuero, *ex dict. Observant. 53. de iure dot. Molin. in verb. Divisio, fol. 99. col. 4. Portoles in dict. Observant. 53. num. 19. D. R. Sesse*

decis. 22. num. 28. lib. 2. & decis. 404. num. 15. & seqq. lib. 4. quibus consonant, que tradit Matienzo in l. 2. gloss. 1. 2. & 3. tit. 9. lib. 5. recopilat. Acosta de privileg. creditor. regul. 2. ampliat. 6. num. 319. y la otra mitad por la renunciacion del pacto referido, iuxta Obs. Si maritus 58. de iure dot. que dixit: *Si maritus fecerit pactum cum uxore, tempore nuptiarum, vel post, ut certis rebus contenta, aliud in bonis suis petere non possit, vel habere; uxor vigore dicti pacti perdit omnia, que sibi aliàs deberentur beneficio Fori, excepta viduitate, nisi viduitati sit expressè renunciatum.*

60 Portoles in dict. Obs. Nota, quod de consuetudine Regni 53. num. 30. limitando en este caso la regla de la comunicacion de las ganancias, que entre ambos coniuuges dicha Observancia 53. en su segunda parte introduxo, ibi: *Predicta autem conclusio nostra secunda, limitari potest, primò, ut non procedat, quando uxor tempore contractus matrimonij, vel post bonis constante matrimonio quæsitis renunciauit; quia tunc nihil ex ipsis consequi poterit, con la Obs. Si maritus 58. que dexamos transcrita, en donde tambien advierte el mismo, que esta limitacion es conforme à derecho; circa hanc Observantiam (dize) dum disponit, quòd valeat pactum, initum tempore nuptiarum, quòd uxor certis rebus contenta sit, & nihil aliud ex lucris constante matrimonio quæsitis consequi possit; & quòd, hoc pacto stante, uxor ex bonis constante matrimonio quæsitis, nihil consequi poterit: dicendum est idè de iure procedere, ut docet glos. in cap. 2. in verb. Si non est aliud de donat. int. con muchos, que junta.*

61 Y lo mismo dexò advertido en la Observant. 1. num. 4. eod. tit. haziendo diferencia entre la donacion, ò remision de la dote, que dicha Observant. 1. prohibe, y la remision, ò donacion de los aquestos, ò lucros coniucales, alli: *Ex quibus inferitur optimè in hoc Regno sentire eos, qui dicunt, quod licet uxor dotem quam tempore matrimonij viro tradidit, in eum, constante matrimonio, transfferre nequeat, neque eam illi donare, vel remittere possit; tamen quòd nihilominus uxor constante matrimonio viro suo*

donare, & remittere potest partem bonorum constante matrimonio quæsitorum ad uxorem spectantium; ex quo in hac remissione lucratorum bonorum cessat ratio prohibitionis remissionis dotis: nã uxor remittendo marito dotem, proprium patrimonium perdit, & illud minuit; at secus est quando uxor partem suam bonorum constante matrimonio quæsitorum viro remittit, & renunciat: quoniam tunc cum nihil de proprio patrimonio diminuit, quod ante habuerat, sed desinit fieri ditor: ideo hæc remissio, & renunciatio ab uxore in favorem viri horum bonorum constante matrimonio lucratorum fieri potest: con otros que cita; ex quibus late, & bene Matienzus, in l. 2. glos. 1. num. 58. & in l. 9. glos. 1. tit. 9. lib. 5. recopilat. cui addendus D. Iosephus Vela, disert. 2. num. 68. & disert. 47. n. 23. lib. 2. y para esto bastara qualquier pacto, ò renunciacion general, à diferencia tambien de la que para renunciar la viudedad se necessita, como observa el Señor Regente Sesse, decis. 404. num. 35. lib. 4. alli: Sexta, & urgentissima ratio est, quoniam uxor nunquam consequitur mobilia, & acquistam partem, quoties illis renūciavit, quod facere posse ante matrimonium, & post matrimonium generaliter, & specialiter resolvunt Gregor. Lopez, &c. **ET HÆC RENUNCIATIO**, non requirit specifica, & individua verba, pro ut viduitas, sed generalia verba sufficiunt, ex dict. Obs. Maritus 58. de iure dot.

62 Y siendo dicho Señor Marques el obligado à principio en dichos censos, con su persona, y todos sus bienes, y configuientemente el proprio, y principal deudor; aviendo los buelto à adquirir, y sucedido en ellos, mediante los titulos, legal, y convencional sobredichos; quedò la obligacion, en quanto à su persona, y bienes, que hypotecò, libres, ò vinculados, extinta, y desvanecida, propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut quemadmodum incipere alios non possunt, ita nec remaneant, ut eleganter ait text. in l. Gravius Antoninus 71. ff. de fideiussorib. de quo latè D. Melchior de Valencia illust. iur. tract. 4. cap. 7. D. Alphonfus de Olea, de ces. iur. tit. 4. quest. 1. num. 2. & seqq. cum alijs

63 D. Thomas Carlebal, *de iudic. lib. 1. tit. 3. disp. 35. num. 27.* que habla de la cesion, que se haze à favor del mismo deudor del censo, ibi: *Deinde ex alio etiam capite ista cessio non potest fieri debitori: quia si actio contra ipsum ipsi eidem cederetur; actio, & passio concurrent in eodem subiecto, & idem sibi ipsi deberet, quod est impossibile* (cita muchos textos, y Autores) *ideo cum cessio fit debitori à creditore, effectus est, ut debitor remaneat liberatus; con otros que refiere;*

64 Hector Capicio Latro, *decis. 16. nu. 16. lib. 1.* que habla tambien de la translacion, que se haze à su favor, ibi: *Quia non potest transferre in eum dominium annuorum introituum, constitutorum per ipsummet debitorem super rebus proprijs; quia daretur actio, & passio in eodem subiecto; nō enim dari potest servitus in re propria, l. Si quis ædes, ff. de servit vrb. præd. & l. Quicquid, ff. com. præd. nec etiam potest dari ususfructus in re propria, l. Ususfructus, ff. si ususfruct. pet. nec res propria pignori, l. Si rem alienam la secunda, ff. de pign. act. nec debitori fit cessio glos. in l. 1. §. cum interdum, ff. de pign. Rota decis. 96. num. 1. & 2. in impressis post addit. ad Cencius de censib. diffusè Antonin. de Amato resolut. 7. num. 32. ead. Rota Romana dec. 182. num. 2. in impressis post tract. Cencij de censib. Ioan. del Castillo dec. Regn. Sicilia 137. lib. 2. Milanen. dec. 9. num. 52. part. 2.*

65 Ludovicus Cencius, *de censib. q. 107. (alias parr. 3. cap. 1. quæst. 3. art. 5.) ad fin.* en donde hablando de los casos, en que cessa, y acava el curso de las pensiones de los cēsos, puso entre otros este: *Alius etiam potest annecti casas, quem considerat Rota, in vna Romana attentatorum coram R. P. D. Burato, quæ est post tract. decis. 446. num. 5. qui contingit per confusionem actionum, quando debitor census succedit creditori illius: nam eo casu actiones confunduntur, l. Stichum, §. Aditio, ff. de solut. Decian. cons. 109. num. 29. lib. 2. Ea ratione, quia nemo potest esse debitor sui ipsius, l. Vranus, ff. de fideiussoribus. Nam actio, & passio, respectu eiusdem subiecti, in vna eademque persona stare non possunt, Bald. in l. Si uxor, Cod. de bon. auct. iudic possid, &c. proinde census ipse extinguitur, ut dixit Rota, dict. dec. num. 5.*

66 Y la Rota apud eundem Cencium, dec. 182. nu. 2. arguyò con la misma razon de absurdo, è impossibilidad, ibi: *Aliàs dictus census, cuius ipse erat principalis debitor, & sui ipsius bona erant hypothecata, remansisset super re propria ad sui utilitatem, quod est absurdum, cum res sua nemini seruiat.* Eadem Rota apud eundem, dec. 486. num. 5. ibi: *Quia si cessio ad favorem utriusque prævaleret; Benedictus debitor census successisset creditici pro quarta parte, & census fuisset extinctus.*

67 Responde la alegacion contraria, en el num. 50. que teniendo el Señor Marques Don Juan el dominio de esta Baronía, afecto al mayorazgo, y vinculo de la donacion, de que tambien se trata en este processo, y consiguientemente no absoluto, sino revocable; no quedò extinta la accion, sino suspendida, mientras poseyese dicha Baronía; ò no enagenasse antes los censos; refiriendo algunos Autores para probarlo.

68 Replicase, que esta respuesta podria tener lugar, si el Señor Marques Don Juan no fuera el mismo que contraxo la obligacion de dichos censos, y el proprio, y principal deudor de ellos; sino vn poseedor, à quien, cargados yà por otros antecesores suyos, le huviesse despues pertenecido, como à qualquiere otro, que los pudiesse adquirir; porque entonces la razon de la incompatibilidad de derechos, y acciones contrarias, en vna misma persona, que los textos, y Autores consideran, para la confusion, ò extinció de los creditos, seria temporal, y accidentaria, mientras aquel poseyese los bienes hypothecados, en cuyo respeto solo podia dezirse obligado à la paga de los censos, impuestos sobre dichos bienes, como poseedor; que son los terminos en que hablan D. Francisco Salgado, y D. Leys de Casanate, ex adverso citados, y otros q̄ cõ ellos conforman, Rodriguez de annuis redditib. lib. 2. quest. 19. num. 43.

69 Mas quando el mismo poseedor, es el que carga los censos, y contrae la obligacion, sobre su persona, y todos sus bienes, y sucede despues al acreedor censuario; de necesidad ha de extinguirse, y desvanecerse la obligaciõ,

quoniam quidem nemo potest apud eandem pro ipso obligatus esse, ut ait Consultus, in l. *Hæres* 2 l. §. *Quod si stipulator* 3. ff. de *fi. deius*. iunctis relatis, supra n. 62. & seqq. y así dize Gaspar Rodriguez de annais *redit. lib. 2. quest. 19.* que lo decidió el Senado de Valladolid en vna singular, y ardua question, que en él se ofreció, disputada por los Abogados mas celebres de Castilla, con que dà principio à la que propone por argumento en el lugar referido: *Si debitor reditus creditori, vel creditor debitori succedat, an obligatio personalis, & hypoteca reditus extinguantur, diziendo.*

70 *Quæstio hæc nova est, & cum in forensi controversia in Valisoleitano Regio Conventu incidisset, à Doctissimis Senatoribus, & disertissimis cause Patronis, fuit difficilis reputata. Antonius, cuiusdam maioratus possessor, Regia facultate, certum reditum singulis annis per solvendum uxoris hæredi, pro pecunia dotali recepta, super bonis maioratus sui constituerat: Deinde aliud debitum dotale cum generali hypoteca presentium, & futurorum bonorum contraxit. Tandem reditus creditor Antonium hæredem reliquit, vel ei reditum legavit: Antonius, hæreditate adita absque inventario, aut legato agnito, decessit: Eiusdem Antonij secundus creditor cõtendit reditum illum, Antonio suo debitori successione quæsitum, & per consequens pro suo credito hypothecatum, ad ipsius solutionem distrahendum. Contra verò, maioratus successor asserit, reditum aditione hæreditatis, aut legati acceptatione extinctum, & bona libera permanisse ab ipso reditu; Quæritur est, an successione fuerit extinctus reditus: an verò acquisitione pro secundo debito dotali hypothecatus, & in præiudicium secundi creditoris reditus extinguere non potuerit? In hac quæstione in utramque partem argumentabor: Deinde quid pronunciatum per sacrum Senatum, & quid sentiam brebiter subiiciam.*

71 *Propone desde el no. 1. hasta el 14. los argumentos, y razones de la negativa, & pro hac parte, dize al fin de ellos, Stabant Doctissimus Iurisconsultus Gilimon de la Mora, Advocatorum Hispanorum decus, & ornamentum, & eius gener D. Antonius de Cueva y Silva Iurisconsultus insignis, & omni*

laude dignissimas. Y despues propone los de la afirmativa, defendida por otros de no menor nombre; *Cōtrariam sententiā* (dize) *validissimis argumentis propugnabant Marciel Gonzalez, nostri temporis Iurisconsultus celeberrimus, & huius Senatus disertissimus Advocatus, qui utrumque Raphaelem subtilitate superat; & Fernandus Bezerra, Iurisconsultus egregius, acerrimus causarum patronus, cuius ingenium præclarum, Pauli Castrensis iudicio non est inferius: quos Senatores doctissimi, propter eorum dicendi facundiam, & eximiam iurisprudenciam libenter exaudiunt;* valos refiriendo con respuesta à cada vno de los contrarios hasta el num. 30. y en el 31. distinguiendo el caso de la sucefsion vniversal entre acreedor, y deudor (en cuyos terminos procede la confuscion de acciones;) y el de la particular (en que no se considera confuscion, sino extincion, ò liberacion del deudor, y sus bienes) resuelve el caso de su question, como de sucefsion particular por via de legado, en favor de la extincion de la obligacion, y liberacion del obligado, y bienes del mayorazgo, hypotecados al censo, con la deciscion del Senado, alli:

72. *Quid dicendū? Arbitror sequentes casus distinguendos esse. Primus casus est, quādo creditor reditus legat ius reditus, quod habet, suo reditus debitori; tunc nulla datur actionam confusio: quia iura, quæ dicunt, confundi actiones per successionem, loquuntur de successione vniversali per hereditatis aditionem, d. l. Qui hominē, §. Quidam filium, ff. de solut. l. Sinchurn, §. Aditio, ff. eod. dict. l. Debitori, Cod. de pact. l. Cum à matre, Cod. de rei vind. l. Huiusmodi, §. Edes, ff. de legat. i. l. Ve debitum, l. Penult. Cod. de hæredit. act. idem ius est in fideicomissario vniversali, in quem transeunt actiones activæ, & passivæ, l. i. in princ. ff. ad Trebel. §. Restituta, inst. eod. tit. docet Baldus, in d. l. Creditori 2. col. & ibi Purpuratus num. 13. In legatarium particularis rei non transeunt actiones, & ita non potest dari earum confusio in legatis. Sed si testator legat ius, vel actionem, quam habet aduersus debitorem, eidem debitori, videtur legare liberationem; & non confunditur actio, ipso iure, sed extinguitur, ope exceptionis, vel per acceptilationem, l. Si quis de-*

cedens, §. Nunc de effectu de liberat. legat. & ita, si creditor reditus legat reditum ipsius debitori, nihil debitori acquiritur, sed liberatur ab obligatione personali, & hypotecis reditus, non ipso iure, sed ope exceptionis; & hic est casus prædictæ controversiæ, qui non videtur pertinere ad materiam confusionis: & ideo iure optimo Senatus censuit, per legatum reditus Antonio relictam liberationem legatam fuisse Antonio, & hypotecis: nec creditoribus Antonij reditum obligari potuisse; cum per legatum reditus, Antonio nihil fuerit acquisitum, nisi ius exceptionis, quo maneret ipse liberatus cum hypotecis, ab obligatione reditus.

73 Passa subsiguientemente à explicar los casos de la sucesion vniversal, en que la extincion de los creditos se verifica por confussion de acciones; y tambien distingue el caso de suceder el deudor al acreedor, del contrario en que sucede el acreedor al deudor; y en el primero tambien assienta en el num. 33. que las acciones se confunden, y se extinguen los creditos sin distincion, ibi: *Tertius casus, cum debitor reditus succedit creditori suo: & tunc, non solum personalis obligatio confunditur, dict. l. Stichum, §. aditio, dict. l. Cum secundum, Cod. de fideicom. sed etiam tollitur hypoteca: quia res de venit ad casum, à quo non potuit incipere: non enim potest res mea mihi seruire, nec mihi esse obligata, dict. l. Nec pignus, ff. de reg. iur. & dict. §. Latinus, & sublata personali obligatione principali, accessoriam hypotecariam tolli necesse est, ut diximus.*

74 Esta doctrina es decisiva de nuestro caso; pues, aunque el aver sucedido el Señor Marques Don Iuan en estos censos, fuesse por el titulo de la sucesion particular, que se refirió arriba, yà de la disposicion de los Fueros de este Reyno, y yà de la del pact. de su Capitulacion matrimonial; es cierto que sucedió en ellos à Don Alonso de Villalpando, mediante los titulos particulares referidos; y así necessariamente se ha de confessar, que dicho Señor Marques Don Iuan adquirió por dicha sucesion, no los censos, sino la liberación de su persona, y bienes, así propios como vinculados, de la obligacion, que de vnos, y otros avia

contraido en su cargamiento; cuya excepcion, esta parte opone en el articulo 14. de su replica; como en el caso de la question de Rodriguez, la adquiriò tambien el poseedor del mayorazgo, contra la obligacion del censo, en que despues sucediò por via de legado particular, que el acreedor censuario le dexò en su testamento. Y consueña el text. in l. Si sponsalibus 58. §. 1. de iure dot. en aquellas palabras: *Magis est vt liberatio obligationis potius quam res ipsa, ad eum peruenisse videatur*, Saliceto in l. Data certe, quæst. 21. n. 27. & ibi Bald. nu. 41. C. de obligat. & actionib. Ruinus, conf. 119. nu. 19. lib. 2. conf. 17. nu. 8. lib. 4. & conf. 48. num. 3. lib. 5.

75 Fontanela decis. 194. num. 2. & seqq. lib. 1. refiere, y alaba la resolucion de Rodriguez; y tambien reconoce, y explica la misma distincion de las sucesiones vniversales à las particulares, de pact. nupt. tom. 2. claus. 7. glos. 3. part. 7. num. 52. & seqq. dando diversa razon de extinguirse las acciones, en las vnas, y en las otras, pero conviniendo en el efecto: porque aunque en las particulares, como dize en el num 55. *non est considerabilis illa vnitas personarum, quæ in vniversalibus, in quibus hæres, & defunctus pro eadem persona habentur, quæ vnitas causat hanc confussionem actionum*; pero milita la otra razon de la incompatibilidad de derechos, y acciones contrarias en vna misma persona, como èl mismo concluye en su caso, que era de sucesion particular, *vt n. 58. in fin. ibi: Propter quod, cum actio, & passio residerent in eodem subiecto, & in eadem persona, fiebat vt confusio inducta de necessitate censeretur, & ex consequenti extinctio crediti, quod mulier creditrix non poterat, nisi à se ipsa recuperare*; con que viene à ser vna misma cosa para el intento.

76 Ademàs de que, aunque estuvieramos en caso de aver sucedido el Señor Marques Don Iuan à Don Alonso de Villalpando, por titulo de sucesion vniversal; siendo el mismo deudor el que sucedia al acreedor; siempre avia de extinguirse el credito; por confundirse las acciones en fuerza de la sucesion, y suceder irrevocablemente en di-

cho credito, à diferencia del caso contrario, en que el acreedor sucede al deudor, que es quando se distingue, si sucede revocable, ò irrevocablemente en sus bienes, iuxta text. in l. *Mulier* 22. §. *Cum proponeretur* 4. ff. ad *Trebel.* l. *Ita tamen* 27. §. *Si ex Trabeliano* 11. l. *Deducta* 58. l. *Debitor* 59. l. *Matrem* 80. ff. eod. l. *Ab omnibus* 104. §. fin. ff. de *legat.* 1. Fusario de *subst. quest.* 665. num. 1. & seqq. Graciano, *discept. forens.* tom. 2. cap. 203. & 204. vbi Carolus Anton. de Luca, in *animadvers.* D. Casanat. *conf.* 10. *concl.* 6. & *conf.* 23. per tot. Arias de Messa, *lib.* 1. *var. cap.* 37. n. 11. & *cap.* 39. num. 6. Suelv. *conf.* 20. num. 11. & seq. *lib.* 1. Así lo distinguiò Rodriguez, de *annuis redditib.* dict. *lib.* 2. *quest.* 19. num. 33. que dexamos transcrito arriba, num. 73. y el Señor Regente Sesse, *dec.* 46. num. 29. *lib.* 1. ibi: *Secundus*, quando debitor succedit creditori suo, cui ipse obligaverat bona sua propria; tunc res venit ad casum, à quo non potest incipere, quod, scilicet, propria sit eidem domino obligata, l. *Neque pignus*, l. *Ex sextante*, §. *Latinus*, ff. de *except. rei iud. quia remini res sua seruit*; & eius hypotheca recadēs in debitorem hypothecantem, adicione hereditatis evanescit; sicut *ususfructus reuersus ad dominum consolidatur cum dominio*, & spirat, §. *Finitur*, vbi DD. ita, & hypotheca. Et in hoc casu non est considerare, an dominium sit revocabile, nec ne; quia non est possibile, quod sit res sibi obligata à semetipso.

77 Y en terminos de sucefsiõ particular, qual lo era la del legado, de que tratò el mismo Rodrig. lo dexò tambien resuelto à nuestro favor, en el n. 24. del lugar yà referido, cõ gran claridad, y convencimiento del argumento contrario, ibi: *Non obstat quartum*; quia quamvis verũ sit, quod quando creditor succedit debitori, revocabiliter, hypotheca non extinguitur; in hoc casu nõ successit creditor debitori, sed è conversò successit debitor creditori, & non successit in reditu revocabiliter, sed irrevocabiliter: & ita evitatur contrarium, dict. l. *Debitor sub pignore*, ff. ad *Trebel.* & dict. l. *Ex sextante*, §. *Latinus largus*, de *except. rei iud.* SECVNDO respondetur, quod quando debitor succedit creditori, cui sua bona obligaverat, res devenit ad casum, à quo

non potest incipere; quod, scilicet, res propria sit domino obligata, & quod rem propriam sibi hypothecaverit, ut dicit Dyn. cons. 30. per l. Nec pignus, de reg. iur. dict. l. Ex sextante, §. Latinus, de excep. rei iud. **NAM** res sua nemini servit, l. Si communem, ff. de servit. rust. l. Utifruui, ff. si usus. per. **IGITUR** eius hypothecæ recidens ad ipsum hypothecantem per hereditatis aditionem, necessariò evanescit: & in hoc casu non contingit considerare, an dominium sit revocabile, vel non: quia non est possibile dare, quod ea res sit ei obligata à semetipso: & quod sit persona hypothecans, & persona, cui res sit hypothecata; prout in contractibus debet fieri distinctio personarum dantis, & recipientis, l. 2. ff. de stip. serv. l. fin. de Offic. Præsid. l. Nemo, Cod. de assessorib. l. Si plures, ff. de pact. **VNDE** hoc casu per successionem datur hypothecæ confusio, ut per Fanutium, in tract. de invent. part. 7. num. 90. Purpuratum, in l. Debitori, num. 39. Cod. de pact.

78 Y sería grande absurdo el que aviendose el Señor Marques Don Juan obligado en dichos censos con persona, y bienes, propios, y vinculados; quedasse, por aver despues llegado à suceder al acreedor censuario, extinta, y desvanecida la obligacion, y accion, que contra su persona, y bienes propios competia; y que contra los vinculados, comprehendidos consequentemente en la misma obligacion, y accion, quedasse toda via en pie, aunque suspendida; siendo assi, que quedando extinta, y desvanecida la causa en su principio, y raiz, para con los vnos, precisamente lo avia de quedar tambien para con los otros, por ser vnica, è individua, l. Inter stipulantem 83. §. Sacram vers. Nec revocatur in obligationem, ff. de verb. obligat. ibi: Quoniam una, atque eadem causa, & liberandi, & obligandi esset. l. Sicut 3. §. Idem Papinianus, ff. quib. mod. ususfruct. amit. & cum alijs Mesa lib. 2. var. cap. 133. De otro modo los bienes, que con mas derecho, y libremente, avia podido obligar, que erã los propios, en que solo se atreveva el perjuizio del mismo imponente; y por esta razon mas justamente avian de quedar obligados, quedarian libres; y los que no avia podido obligar con tanto derecho, y libertad, que

que eran los vinculados, en que se atrebesava el perjuizio de los sucesores, y por esta razon devian quedar mas justamente libres, quedarian siempre afectos, y sugetos à la obligacion; y esto à beneficio, vtilidad, y arbitrio del mismo principal deudor, que seria la cosa mas iniqua, y absurda, que se podia oir entre quantos alumbra la luz de sola la razon natural, *iure enim nature equum est, neminem cum alterius detrimento, & injuria fieri locupletiores, l. Nam hoc natura 14. ff. de condict. indeb. l. iure nature 206. ff. de reg. iur. l. Si quis mancipijs 17. §. Proculus ff. de instit. act. ibi: Nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lacrum quæram, Cap. Suam de pænis, Cap. Locupletari 47. de reg. iur. in 6. Vnde eleganter Cicero offic. 2. Nostræ vtilitates, inquit, nobis omittendæ non sunt, alijsque tradendæ; cum ijs ipsi egeamus; Sed suæ cuique vtilitati, quod sine alterius injuria fiat, seruiendum est. Et ibid. offic. 3. Rei familiaris, ait, amplificatio, nemini nocens, non est vituperanda, sed fugienda semper injuria. Sed detrahere aliquid alteri, & hominem, hominis incommodo, suum augere commodum, magis est contra naturam, quam mors, quam paupertas, quam dolor, quam cætera, quæ possunt aut corpori accidere, aut rebus externis. Illud enim natura non patitur, ut aliorum spolijs nostras facultates, copias, opes augeamus.*

79 Assentado, pues, que por aver sucedido el mismo deudor, imponente, è hypotecante, à su propio acreedor en el credito de dichos censos, quedò este yà extinto; y la persona, y bienes de dicho deudor, libres de la obligacion, que pocos meses antes avia contraido; por las razones de incompatibilidad, natural, y juridica, que el derecho, y los Autores, que llevamos citados, consideran; se infiere, que quando despues quisieron ambos Señores Marqueses bolver à vender aquellos mismos censos, como lo hizieron à Mossen Antonio Barrau; yà se avian reducido à nada, y avian dexado de serlo, y asì faltò la sugeta materia de la vendicion, arg. l. Si unus 27. §. Pactus ne peteret. vers. Sed si pactum cum seqq. ff. de pactis, ibi: Quia, & prima actio sublata est, l. Mevius 66. §. Duorum, ff. de legat. 2.

ibi:

ibi: *Neque postea, parte alienata, revocari actionem semel extin-*
ctam, l. Qui res 98. §. aream 8. ff. de solut. l. Inter stipulantem 83.
§. Sacram, ff. de verb. obligat. Zanchus in l. Heredes mei, §. Cum
ita, num. 161. part. 8. ff. ad Trebell. D. Sesse decis. 133. num. 9.
Arias de Mella lib. 1. var. cap. 43. num. 15. lo que yà no era,
mal se podià vender, l. Eius, qui 41. ff. de reb. credit. l. Si servam
4. §. 1. ff. de act. empt. l. Qui superstitis 94. ff. de acquir. hered. l. 1.
ff. de heredit. vel act. vend. sed melior text. in l. Si quis ades, ff.
de servit. urban. præd. ibi: Si quis ades, quæ suis ædibus servi-
rent, cum emisset, traditas sibi accepit; confusa, sublataque servitus
est; & si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est;
alioquin libera veniunt; Urzeolo post tract. de transact. decis. 59.
num. 21. ibi: Et proinde creditum extinctum cedi non poterat, &
cessio remansit unde quaque inhabilis, Fontanel. decis. 194. nu. 8.
& 9. lib. 1.

80 Ni lo que se dize ex adverso, num. 51. de que no se
 ha de entender el pacto de la Capitulacion matrimonial
 de los Señores Marqueses, en respeto de estos censos, ad-
 quiridos por la Señora Marquesa constante matrimonio,
 tiene fundamento alguno; pues no lo puede tener el negar,
 que en todo caso avian de ser dichos censos bienes ganan-
 ciales, y como tales pertenecer, segun los Fueros, y pacto
 literal de dicha Capitulacion, al Señor Marques Don Iuan
 su marido.

81 Como, ni lo que se dize num. 52. ad 57. de aver
 aprobado dicho Señor Marques Don Iuan la vendicion,
 que Don Alonso de Villalpando otorgò en favor de la
 Señora Marquesa; porque además de que el dinero, y pre-
 cio de dicha vendicion avia siempre de ser de dicho Señor
 Marques, como mueble, segun las observancias de este
 Reyno, vt supra num. 54. nunca renunciò aquel lucro, ò
 aquesto coniugal, que en parte por las disposiciones fo-
 rales, y en parte por el pacto de su Capitulacion matrimo-
 nial, mediante dicha vendicion yà le pertenecia; antes el
 ratificar despues dicha vendicion en la que otorgaron am-
 bos Señores Marqueses en favor del dicho Mossen Antonio

Barrau, demuestra lo contrario; pues no solo se compone muy bien la aprobacion de la vendicion, y la adquisicion del lucro, y aquesto coniuugal, que mediante ella adquiriò fino que lo vno ha de suponer precisamente lo otro, como facilmente se dexa perceber.

82 A que se aumenta el que la vendicion de D. Alonso de Villalpando, como favorable, desde su otorgamiento se entendia que el Señor Marques la avia aprobado, *l. Si remunerandi 6. §. Si passus, l. Qui patitur 18. ff. mandati Menoch. de. presumpt. lib. 6. presumpt. 99. n. 11. & seq. Barbosa. in l. Quae dotis 34. n. 153. in fin. ff. solut. matrim.* y assi, al tiempo de la q se otorgò en favor del dicho Moss. Antonio Barrau, y à la liberaciòn de su persona, y bienes hypotecados, avia precedido, en fuerza de las disposiciones del derecho; y aunque à su perjuizio huviesse el Señor Marques podido renúciar el suyo; mas no el que el mayorazgo, y sus sucesores avian adquirido, *l. Si vnus 27. §. 3. vers. Ante omnia, l. fin. ff. de pactis, ibi: Sed verius est, semel acquisitam fideiussori pacti exceptionem, ulterius ei invito extorqueri non posse. L. Non debet alteri, ff. de reg. iur. Cap. Non debet, eod. tit. num. 6. iunctis traditis supra nu. 78.* con que se satisface à todo lo que en este punto se discurre, y puede discurrir en contrario; pues aunque à perjuizio del marido, y sus bienes pudiesse proceder; mas no en perjuizio de vn tercero, à quien no deven dañar consentimientos, ni aprobaciones voluntarias de los poseedores del mayorazgo, iuxta late tradita per D. Ludovic. Molin. *de primog. lib. 4. cap. 3. per tot. cum seqq. vbi Addentes.*

83 Y es convencimiento claro de la aprobacion, que aqui intenta persuadir la otra parte; lo mismo que despues pretende con la sentencia arbitral de que se vale, y de que luego hablaremos, para el progreso de su inclusiòn en estos censos, reconociendolos siempre por tan propios de dicho Señor Marques Don Iuan, que con ellos se le haze pagador, en fuerza de dicha sentencia, de la parte de dote, que se dize agenò de la misma Señora Marquesa, su muger, in-solutum dandolos el Arbitro al heredero, y sucesor de di-

cha dote, que fue el Señor Marques Don Francisco Iacinto; que no parece puede aver argumento, y demostracion mas evidente de quan poco deve estimarse lo que en respeto de dicha aprobacion se pondera; sino es que se quiera que el Arbitro le pagasse la porcion de dote agenada à dicha Señora Marquesa, con sus propios bienes, que seria otro absurdo.

EXCEPCION QUARTA.

84 Oponesele à este mismo credito otra excepcion, que resulta del mismo acto de la declaracion, que Mossen Antonio Barrau hizo, de lo que avian tratado con èl los Señores Marqueses, antes, ò al tiempo de otorgar a su favor la vendicion sobredicha; y es el que, segun ellos, la disposicion, que dicho Mossen Antonio Barrau devia hazer de los censos, avia de ser en favor de la persona, ò personas, que *dixerem*, y *declararen* dichos Señores Marqueses, en conformidad, ò el vno solo, si el otro premuriere sin dezir, ni declarar personas; y caso, que el sobreviviente no hiziere dicha declaracion, la avian de poder hazer los herederos, y sucesores de ambos. Y no hallandose en processo declaracion alguna de dichas personas, hecha por alguno de los que la devian hazer; falta la inclusion necessaria a estos censos, aun corriendo con la duracion, que ex ad-
verso se supone.

85 Quiere se en la alegacion contraria responder a este defecto *num.* 58. 59. 60. & 61. con la sentencia arbitral que se pronunciò entre el Señor Marques Don Iuan, y los Tutores del Señor Marques Don Francisco Iacinto, su hijo, en el año 1629. por la qual el Arbitro, con motivo de aver agenado dicho Señor Marques Don Iuan otros diversos censos de la dote de la Señora Marquesa Doña Maria Francisca Climent, su muger, y atendencia de que le avia constado legitimamente de su agenacion, que las partes le avian confessado, *insolutum* do estos siete censos, en favor de dicho Señor Marques D. Francisco Iacinto; como heredero, y sucesor de la Señora Marquesa, su madre, suge-
tan-

tandolos al vinculo, q̄ dicha Señora Marquesa fundò de su herencia vniversal en su testamento; queriendo inferir de aqui, que el pronunciamiento de dicho Arbitro fue declaracion de dicho Señor Marques Don Iuan, *cum factum iudicis censeatur factum partis.*

86 Replicamosle, que esse axioma, no se aplica: Porque dicho Arbitro no hizo declaracion alguna de persona, ò personas, a quienes perteneciesen dichos censos, q̄ pudiera tenerse por declaracion de dicho Señor Marques D. Iuan parte comprometiente; sino que antes bien teniendolos, y reputandolos toda via por censos del mismo Señor Marques Don Iuan, los insolutum do dicho Arbitro, como, bienes propios de dicho Señor Marques, en restitucion de la dote de dicha Señora Marquesa, a su herencia vniversal ò a su hijo el Marques Don Francisco Iacinto, como a heredero, y sucessor suyo, que era lo mismo; con que se quedaron las cosas como se estaban, en respeto de la pertinencia de dichos censos; y consiguientemente sin declaracion de la persona, ò personas, en cuyo favor la disposicion de Mos. Antonio Barrau pudiese tener efecto; porque deviendo se cõsiderar entre si, personas diversas, el dicho Mos. Antonio Barrau, como disponente; los Señores Marqueses conformes, ò el sobreviviente de ellos, ò sus herederos, como a quien tocava la declaracion; y las personas, que ellos, ò el otro de ellos, avian de declarar, como en quien avian de passar, mediante la disposicion de Mossen Antonio Barrau, dichos censos; faltan estas ciertamente en la pretendida inclusion de la parte adversa; y así i quiebra por la vendicion, que trae otorgada en favor de Mossen Antonio Barrau, en cuyo dominio han de quedar, no saliendo de èl en la forma, que dicho cõprador lo dispuso, y declarò, *ex d. iuris regula in l. Si vnus 27. §. Ante omnia, ff. de pactis, l. In traditionibus 20. ff. de acquir. rer. dom. cum similib.*

87 Y en qualquiera caso en que se le buelva a dar la pertinencia de dichos censos al Señor Marques D. Iuan, como se le dà el arbitro en su sentencia, en fuerza de que passò

a insolutumdarlos en nombre fuyo a la herencia vniversal de la Señora Marquesa ; se ha de reincidir inevitablemente en la extincion de este credito , por las razones, que arriba representamos, *num.62. & seqq.*

QVINTA EXCEPCION.

88 Oponesele tambien a la sentencia arbitral referida la novacion de contrato, que por ella consta, hubo en la otra sentencia arbitral, primera, que refiere, entre los Señores Marques Don Iuan, y Doña Maria Francisca Climent, acerca de su Capitulacion matrimonial, en respeto de la constitucion de dote, y su restitucion, a causa de aver mediado divorcio, ò separacion entre ambos ; pues por dicha primera sentencia arbitral, segun consta de lo narrado en la segunda en los Capítulos, que transcrivimos en la primera Alegacion *num.71. & seqq.* la dote, que la Señora Marquesa avia llevado en censos, y otros bienes, quedò yà restituida; y asì mismo quedò prevenido, que en caso que dichos Señores Marqueses bolviessen a cohabitar; y dicha Señora Marquesa llevasse a poder de dicho su marido, en ayuda de dicho su matrimonio, todos los sobredichos censales, y otros bienes, que se le avian entregado, y entonces estuviessen en ser, y del recibido ; de todo ello el dicho Señor Marques de Offera huviesse de otorgar, y otorgasse legitima apoca; conforme a la qual despues huviesse de hazer la restitucion de todos los dichos bienes, en qualquiere caso de dissolution del dicho matrimonio ; *aviendo se entonces de guardar, y guardando, en todo, y por todo, lo contenido en dicha Capitulacion matrimonial, arriba calendada, de la forma, y manera, que en ella se contiene : exceptado empero, que si entonces la dicha Señora Doña Maria Francisca Climent, no curviessse, y llevasse a poder del dicho su marido tantos censales, y bienes, como llevò en dicha Capitulacion matrimonial, que el dicho Marques de Offera cumpliesse con restituir, y pagar lo que real, y verdaderamente la dicha Señora Doña Maria Francisca Climent llevasse, y el recibiesse.*

89 De modo que para el caso, q̄ dicha primera sentencia arbitral previno, se bolviò a constituir, como nueva dote, y pactar nuevamente su restitucion, con las calidades, y condiciones, que contiene el Capitulo, que acabamos de referir; de donde se infiere, que para poderse pedir por parte de dicha Señora Marquesa, se le restituya esta, ò la otra estimacion, ò cantidad, por causa de aver agenado despues dicho Señor Marques, censos, ò bienes dotales de dicha Señora Marquesa; ha de preceder el verificar, que los bolviò a llevar en dote, y el Señor Marques los recibì, y otorgò apoca legitima de ellos, y los agenò; que es lo que pronunciaron los primeros Arbitros, se devia hazer para la nueva constitucion de dote; y lo que en dicha Capitulation matrimonial se halla pactado para en el caso de la agenacion, como del pacto transcrito en la primera Alegacion *num. 85.* parece.

90 Y ni de nueva recepcion, y apoca de dichos bienes dotales consta; ni de las agenaciones de censos, que despues se dize hizo dicho Señor Marques Don Iuan (siendo preciso, que constasse de vno, y otro, por fundamento de intencion) sino es por el dicho, y assercion del Arbitro en la segunda sentencia arbitral, en que adjudicò por dicha causa, los siete, con que en este processo ha dado la otra parte esta segunda proposicion, al heredero vniversal de la Señora Marquesa, su muger; probanza, que aunque a perjuizio de dicho Señor Marques, y sus bienes libres pudiera bastar; pero a perjuizio de los vinculados, y los que avian de suceder en ellos, nunca puede ser legitima; especialmente, aviendo comprometido, y pronunciado se dicha segunda sentencia arbitral, disuelto yà el matrimonio, tiempo en que el poseedor del mayorazgo menos puede con hechos, confesiones, ni consentimientos, de cuya causa, real, y verdaderamente no conste, perjudicar, ni hazer de peor condicion los bienes, que posee con expressa prohibicion de agenarlos, hipotecarlos, ò sugetarlos a servidumbre alguna, *ex relatis in 1. allegat. num. 84.*

91 Y aun quando, assi de la nueva recepcion, y apoca de dote, como de las agenaciones de dichos censos, que es lo que la assercion de dicho Arbitro comprehende, se huviessse hecho constar legitimamente en este processo, como devia; aviendose tambien pactado especificamente en la Capitulacion matrimonial, en respeto à los censos, que los herederos, y sucessores de dicha Señora Marquesa los huviesssen de sacar, como bienes propios suyos, si en ser estuvieren; y si no lo estuvieren, por averlos vendido, luído, ò en otra manera agenado, aunque la tal vendicion, luicion, ò agenacion, se aya hecho con voluntad, y expresso consentimiento de la dicha Señora Doña Maria Francisca Climent; ella, y los suyos, respectivamente, ayan de sacar, y saquen, alcanzar, y alcanzen, por suyos, y como suyos propios, los censales, y treudos, que en lugar de los que en ser, como dicho es, no estuvieren, se huvieren subrogado, y buelto a esmerzar, y cargar; pues lo estèn sobre tan buenos, y rutos lugares, y partes; como lo estàn aquel, ò aquellos de los sobredichos censales, ò treudos, que entonces, como dicho es, no estarán en ser. Y si no se hallassen tales censales, ò treudos, assi subrogados, y bueltos de nuevo a cargar, y esmerzar, ayan de sacar, cobrar, y alcanzar, saquen, cobren, y alcanzen otra tanta cantidad, como serà, y montarà la propiedad, y suerte principal de aquel, ò aquellos de los sobredichos censales, y treudos, que en ser, como dicho es, no estarán.

92 No solo deviera constar de lo dicho, sino tambien de que en lugar de los censos agenados, no se avian buelto a subrogar otros, lo que ni aun con assercion de Arbitro se halla probado; siendo circunstancia, y calidad precisa para poderse valer de la accion subsidiaria, contra otros bienes en fuerza de semejantes pactos, como puntualmente observa el Doctor Suelves *conf. 94. num. 17. lib. 1. referido in 1. allegat. num. 86.* con muchos exemplares de ambos Tribunales Superiores de este Reyno.

93 Acrcientasse, el que segun el pacto de la Capitulacion matrimonial, que arriba se transcribe, *num. 91.* la obligacion de satisfacer el Señor Marques Don Iuan los

censo agenos, solamente fue para los que dicho Señor Marques agenasse, aunque fuesse con voluntad, y expreso consentimiento de la Señora Marquesa, su muger; mas no para los que la misma Señora Marquesa, juntamente con dicho Señor Marques, su marido, huviesse agenado, como resulta del tenor de dicho pacto. Y los censos de que el Arbitro condenò a dicho Señor Marques, a restituir la estimacion, fueron agenos por dicha Señora Marquesa, juntamente con dicho Señor Marques; y assi no fueron de los que devia dicho Señor Marques dar satisfacion; porque el pacto no devia estenderse de vn caso a otro, *d.l. Si vnus 27. §. Ante omnia, ff. de pact.* Y no parece puede negarse, que es diverso el que sucediò, de no llegar la Señora Marquesa a entregarle nuevamente los censos, y agenarlos antes ella misma, aunque concurriendo en la agenacion el marido para la mayor seguridad del comprador, y poder este entrar a gozarlos desde luego; que en suma era disminuir en aquella parte la dote, que se avia de bolver a constituir, y recibir, mediante apoca autentica, como en la primera sentencia arbitral dexaron dispuesto los Arbitros.

94 Ni la nueva constitucion de dote, y su recibo puede escusarse con el axioma, *factum Arbitri, est factum partium*, que se repite en contrario *num. 62.* porque lo que oponemos es el defecto de lo que devia preceder, y verificarse, para que el hecho del Iuez, que es la condenacion a la paga de la estimacion de los censos agenos, y adjudicacion de otros en su lugar, se justificasse, y legitimasse; a que no se aplica dicho axioma; pues lo que han de hazer las partes, no es lo que ha de hazer el Iuez, y para que el hecho del Iuez se juzgue de las partes, se ha de presuponer, que el Iuez procediò legitima, y justificadamente, Iason, *in l. A Divo Pio, §. Sed si emptor, num. 3. ff. de re iud.* Bald. *cons. 61. In ista questione, num. 2. vers. Et si dicatur, lib. 2.* Socin. *cons. 158. num. 16. volum. 2.* Craveta *cons. 5. num. 1.* Silvano, *cons. 101. num. 7.* Surd. *cons. 49. num. 37. & cons. 168. num. 25. & decis. 128. num. 15.* Cardinal. Tusch. *ex adverso cita-*

citatus, *practicar. conclus. iur. lit. F. conclus. 3.* ibi: *Et quod factum Iudicis equiparetur facto partis; intellige de facto Iudicis legitimo; & num. 26. ibi: Limita, quia factum Iudicis censetur factum partis, si est id legitime, & Iuridice factum, alias secus.*

95 Y procediendo dichos Arbitros, no de rigor de Iusticia, sino de amigable composicion, y assi no como Arbitros, sino como Arbitradores, y amigables componedores, tampoco el axioma referido puede tener lugar, segun con Borrelo afirma Iuan Bautista Costa de *defacti scient. & ignorant. inspect. 40. num. 1. & seqq.* juntando ambas limitaciones, ibi: *Factum Iudicis an, & quando censeri debeat factum partis, recurri solet ad l. 1. Cod. si in caus. Iudic. & ad l. Si ob causam, Cod. de evict. At cum plerumque sententijs variatum sit, tandem invaluit opinio distinguens inter factum Iudicis iustum, & factum Iudicis iniustum, seu cum Iudex minus recte procedit; ex Baldo, Iafone, Craveta, Sylvano, conf. 101. num. 6. & 7. ubi factum Principis, & Iudicis, dicitur factum legis, & partis, si recte, & rite procedit; exemplum singulare notat Carol. de Grassal. &c. Ampliatur etiam in facto Arbitri, quod censetur factum partis, Craveta, &c. Arbitratoris nequaquam, adnotata per Borrel. tract. de compromiss. §. 3. glos. 4. num. 73. & utrumque referens sequitur D. Antonius Dueñas in axiomat. & loc. commun. iur. litt. F. num. 56.*

96 Menos puede suplirse, como se quiere ex adverso, num. 63. el defecto de la precisa verificacion, de que no se huviesen subrogado otros censos; no aviendo hecho mencion alguna de ella dichos Arbitros en dicha sentencia arbitral, con que falta el *factum Arbitri*, en que funda el argumento, para poder passar a la condenacion, è insolutum, dacion de los que aqui se trata, *cum nullius entis, &c.*

97 Ni puede suponerse por antecedente, ò conseqente necesario, lo que no consta de la escritura, ni aun por nuda assercion, que se propusiera, ni alegara; y consiguientemente resulta, que se passò por alto, deviendo constar de ello, por la misma razón de ser dicha verificacion ne-

cessaria, para que se pudiesse recurrir a dicha condenacion, è insolucion subsidiaria de otros censos propios del Señor Marques Don Juan.

2698 Ni el transcurso del tiempo, que ha que dicha segunda sentencia arbitral se pronunciò, ni el privilegio, que segun Fuero, y derecho, tienen las sentencias arbitrales en su execucion, como en contrario se pondera *n. 64. & 65.* pueden tampoco suplir los defectos de hecho, y drecho, q̄ a la sobredicha le obitan, y resultan de ella misma; porque el tiempo no añade, ni quita cosa alguna a la sustancia de los actos, y disposiciones humanas, sino que las conserva en la forma, que el Iuez, ò las partes las dexaron, aunque en lo que toca a las solemnidades extrinsecas, como licencias, decretos, &c. que deven preceder, intervenir, ò subseguirse a ellas, induzga presuncion de su existencia en el tiempo, que se requerian, iuxta tradita per Suelves *conf. 63. n. 10. conf. 67. n. 5. conf. 76. n. 6. conf. 97. n. 9. lib. 1. conf. 8. n. 13. lib. 3.* Ni su privilegio inmuta, ni puede inmutar lo que de su contenido consta que faltò, para legitimarlas, y justificarlas, vt patet ad sensum; antes bien, no aviendose hecho constar, ni aun alegado, que semejante sentencia arbitral se aya puesto jamás en execucion; se infiere presuncion contraria a su estabilidad, y estimacion, faltandole el credito, que podia pretenderse, que su observancia le podia dar, ex relatis a Suelves, *dict. conf. 67. num. 6. & conf. 97. num. 15.*

2699 Ni lo que se responde *num. 66.* a lo libre, y voluntario de aver cargado el Señor Marques D. Juan, y querer a vn mismo tiempo conservar estos censos; puede darles ser, ni permanencia, por todo lo que yà arriba acerca de esto dexamos dicho contra todas las razones contrarias, que en dicho *num.* se repiten.

2700 Ni las causas, que en el *num. 67.* se alegan para justificar su estabilidad, y entrega, pueden de modo alguno estimarse; porque a la equivalencia de lo que se dize agendò el Señor Marques Don Juan de la dote de la Señora Marquesa, le falta el presupuesto, en que se quiere fundar,

como acabamos de dezir, ex n. 90. sin el qual es imposible su verificacion, ex Mascardo *de probat. lib. 2. concl. 1216. n. 5.* Barbosa, *vor. decis. 47. num. 74. lib. 1. Ciriac. contr. 693. num. 12. lib. 4. D. Ioan. del Castillo tom. 7. contr. cap. 13. num. 8. cum alijs.*

101. Y a la legitima, y foral formacion, y permanente consistencia de ellos, que se procura persuadir, le obstan, y la desvanecen los fundamentos, que hemos ponderado: ni el perjuizio del mayorazgo en ella es dudable, como su misma practica, y execucion lo demuestra; ni el arbitrio juridico, que se dize tuvo el Señor Marques D. Iuan en su permanencia, puede fundarse en drecho, Fuero, ni razon: pues las doctrinas, que en dicho *num. 67.* y en los *num. 68. y 69.* se refieren, no la prueban, ni se aplican al caso presente: porque ninguna de ellas habla en el mismo poseedor del mayorazgo, que cargò los censos, contra- xo la obligacion, y fue el principal deudor, y obligado en ellos, con su persona, y todos sus bienes, como aqui suce- diò, y lo fue el Señor Marques Don Iuan, suceffor despues indubitado de su misma obligacion; sino del poseedor, que hallò yà el censo cargado por otros, y lo redimiò, y ad- quiriò para si, como de su lectura se manifiesta: ni en nues- tros terminos, se hallarà texto, Glossa, ni Autor, que afir- me la duracion de la obligacion, contraida por el mismo poseedor de los bienes hypotecados del mayorazgo; espe- cialmente en perjuizio de los suceffores de èl, como se di- xo arriba. Con que queda tambien satisfecho lo que vlti- mamente se repite, y recopila en los *num. 70. y 71.*

§.

QUARTO, Y VLTIMO CREDITO.
DE LA DOTE, Y FIRMA DE DOTE DE LA
Excelentissima Señora Doña Maria Leonor Monroy, y Ara-
gon, Madre de la Señora Condesa de Montijo, litigante.

102. Para tratar con buen orden, claridad, y distincion
de

de este credito, que comprehende dos, esto es, dote principal, y aumento, y de las excepciones, que contra èl, y cada vno de ellos, a esta parte competen, se ha de presuponer; Lo primero, que la dote, que la Señora Marquesa de Castañeda, madre de la Señora Condesa de Montijo, dixo llevar en su Capitulacion matrimonial, se reduxo a los bienes sitos del mayorazgo, que poseia, a las rentas Reales, que se refieren, y a la cantidad de 177800. reales de vellon, en oro, plata, bienes muebles, y alajas de casa.

103 Lo segundo, que despues de contraido matrimonio, en la carta de pago, que otorgò el Señor Marques D. Joseph, se quiso inmutar, y aumentar dicha dote, computando en ella diez Annatas de las mercedes Reales, y por ella la cantidad de 82000. ducados de vellon; y otros bienes, y cantidades, que genericamente se alega en el art. 33. de su proposicion recibì tambien el Señor Marques.

104 Lo tercero, que en dicha carta de pago, y en dicho art. 33. de su proposicion se haze computo, asì de los 177800. reales de vellon de los bienes muebles, mencionados en la Capitulaciòn matrimonial, como de los 82000. ducados de vellon de las diez Annatas de las mercedes Reales, y de los demàs bienes, y cantidades, que se dize tambièn recibì el Señor Marques D. Joseph, alegando que todo importava, *vn quento setenta y nueve mil, y ochocientos reales de vellon, que hazian, noventa y ocho mil, ciento, y sesenta, y tres ducados, y siete reales de vellon.*

105 Lo quarto, que la Capitulacion matrimonial se otorgò en 28. de Julio de 1669. y la carta de pago en 12. de Junio de 1683. y asì mas de 14. años despues.

106 Con estos presupuestos, de las excepciones, que contra este credito de creditos se oponen,

LA PRIMERA

Es (omitiendo lo perteneciète a los bienes sitos de que no ay necesidad de hablar) contra la partida, y cantidad
de

de los 177800. reales de vellon, fundada en el pacto de dicha Capitulacion matrimonial, transcrito in 1. *allegat. n. 99.* por el qual la restitucion de la dote, con su firma, y aumento, en caso de disolucion del matrimonio, por muerte de qualquiera de los contrayentes, ò de separarse por qualquiera de los casos, que el derecho dispone; se limitò al de no quedar hijos de aquel matrimonio, vt ibi: *No quedando hijos del presente matrimonio el dicho Señor Marqués de Osera, tenga obligacion, &c.* y siendo esta obligacion limitada, y condicional, por la naturaleza del gerundio, no teniendo hijos, ex Alexandro, *cons. 1. num. 22. lib. 3.* Card. Tulch. *pract. concl. lit. G. concl. 41. num. 13.* Surdo, *cons. 110. num. 7.* Thesaur. *quest. foren. 92. num. 6. lib. 3.* Suelves *cons. 47. nu. 6. lib. 1.* y aviendo faltado dicha condicion, como lo manifiesta el aver tenido en hija a la Señora Condesa de Montijo, que litiga; no puede esta Señora, excluida de si misma, pedir, ni exigir dicha dote, segun el pacto referido, ex *iurib. relat. in dict. 1. allegat. num. 99.*

107 Responde la alegacion contraria a esta excepciõ *num. 84.* transcribiendo el pacto, de este modo, que en caso de disolucion del presente matrimonio, por muerte de qualquiera de dichos Señores cõtrayentes, (ò separarse por qualquiera de los casos, que el derecho dispone, no quedando hijos del presente matrimonio) el dicho Señor Marques de Osera, tenga obligacion. &c. De forma, que divide con el parentesis la disolucion del matrimonio por la muerte, de la disolucion por separarse, y a esta la comprehende, y cierra dentro del mismo parentesis, juntamente con el gerundio *no teniendo hijos*; y assi dize, que el *no teniendo hijos*, se ha de referir al caso de separarse, y no al caso de morir, con algunas doctrinas generales de que las clausulas de la disposicion deven referirse a lo proximo, è inmediato, y no a lo distante, y remoto.

108 Replicase, que el pacto sobredicho hablò de vn caso, y este fue el de disolverse el matrimonio, vt ibi: *Item, es pactado entre las dichas partes, en los dichos nombres, respectivamente, q̄ EN CASO de disoluciõ del presente matrimonio, &c.*

con

con la explicacion de las dos causas de su disolucion, que eran la muerte, y la separacion permitida por derecho; y el gerundio, ò condicion *no teniendo hijos*, no puede negarse, que se refiere al caso sobredicho de disolverse el matrimonio, que es el que lo gobierna; y consiguientemente ha de entenderse de su disolucion por ambas causas; pues ni el pacto distingue, ni limita el *no teniendo hijos*, à la causa de la separacion, sino que absolutamente, y sin distincion, ni limitacion alguna, se lee inmediato a la vna, y a la otra; con que refiriendose al caso de disolverse el matrimonio, y aviendo de ser esto por muerte, ò separacion; el *no teniendo hijos*, que inmediatamente se subsigue; igualmente se ha de referir a entrambas: porque assi como la disolucion del matrimonio las comprehende; las ha de comprehender tambien el *no teniendo hijos*, que se refiere a la misma disolucion del matrimonio; y mas hallandose todo en vna misma oracion, successivo, proximo, è inmediato; a saber es, caso, causas, y condicion; segun lo que largamente funda, tratando de clausulas, y su relacion, el Señor D. Luis de Casanate *conf. 47. num. 69. & seqq. & conf. 53. num. 23. & seqq.* cuya copiosa doctrina puede escusarnos de recurrir a mayor prolixidad.

109 Sin que pueda persuadir lo contrario el parentesis, con que la otra parte transcribe en su alegacion el pacto; pues ademas, de que su verdadero, natural, y juridico sentido, nunca devia pender de semejante materialidad; se ve en la escritura exhibida en proceso, que las dos causas de muerte, y separacion, van successivas, alternativamente, la vna a la otra, inmediatas, y vnidas, y a entrambas se subsigue en parentesis (*no teniendo hijos*) que es evidente demonstracion de lo que representamos, y convencimiento de la material evasion, que la otra parte le quiere dar.

110 Ni las doctrinas, que para este intento refiere, pueden aplicarse, devriendose entender de clausulas, y relaciones, a casos distantes, y remotos, como elias mismas suponen, y explica el Señor Don Luis de Casanate, en los lugares, que llevamos citados. Ni

111 Ni puede obstar el otro pacto, que en el *num. 85.* se refiere, de que en caso de disolucion del mismo matrimonio, por muerte de los contrayentes, tuviese la Señora Marquesa obligacion de disponer en hijos de los 15000. ducados de vellon de la firma, y aumento de dote, y que no aviendolos pudiesse disponer libremente de la mitad; porque lo que de este pacto se puede deducir es, que en caso de no tener hijos, la mitad del aumento de dote se ha de restituir, y satisfacer a dicha Señora Marquesa, ò a en quien dispusiere de ella; y assi en respeto de la cantidad correspondiente a dicha mitad, quedará limitado, y reformado el pacto, de que antecedentemente hemos hablado; pero en todo lo demás quedará en su fuerza, y comprehension, *ex iuris regula in l. si vnus 27. §. Pactum ne peteret, vers. Quod si non ut totum, ff. de pact. ibi: Quod si non ut totum contractum tolleret, pactum conventum intercessit, sed ut imminueret, posterius pactum potest renovare primum contractum, & §. sicum decem 5. ibi: Item, si cum viginti deberes, pepigerim ne decem petam, efficeretur per exceptionem mihi opponendam, ut tantum reliqua decem exigere debeam, l. Alumnae 30. §. 4. ff. de adim. legat. ibi: Non à tota voluntate recessisse videri, sed ab his tantum rebus, quas reformasset, l. Militis 36. §. 1. ff. de testam. milit. ibi: Prioribus tabulis tantum abstulisse videtur, quantum in posteriores contulerit; y es conocida la diferencia entre el quitarlo todo, y quitar solo vna parte, *ex l. Si quis ita legaverit 3. §. pen. ff. de adim. legat. & cum alijs Barbosa vot. decis. tom. 1. vot. 25. num. 14.* en cuya comprobacion dixo el text. in *l. Qui hominem 11. eod. tit. Qui hominem legat, & sthicum adimit, non perimit legatum, sed extenuat.**

112 Con que tampoco pueden hazerse lugar las razones de congruencia, que se ponderan en los *num. 86. 87. y 88.* pues a vista del pacto, y mas en Aragon, por la mayor fuerza, que a lo escrito le dà nuestra Obser. *Item Iudex de fide instrum.* advirtiendole al que lo ha de juzgar: *Quod debet stare semper, & iudicare ad cartam, & secundum quod in ea continetur: nisi aliquod impossibile, vel contra ius naturale continetur.*

sineatur in ea. Iunctis traditis à Molino in *verbo Pactum*, fol. 247. col. 4. & vbi Portoles *num. 6.* & *verbo instrumentum*, fol. 186. col. 3. vbi latissimè Portoles *num. 68.* & *seqq.* poco pueden importar las ponderaciones, que no fundan en otro igual.

113 En el *num. 89.* quiere negarse la aplicacion del text. en la *l. Inter socerum 26. §. Cum inter patrem*, ff. de *paet. dot.* que citamos in *1. Allegat. d. num. 99.* y se dize, que en dicho texto, el pacto de la restitucion de la dote en favor del padre, mandante, en caso de morir la hija, contrayente, sin hijos; no tiene lugar en el contrario de morir con ellos; pero que esto es en favor de la misma hija, y nietos no en favor del yerno; remitiendo el desengaño de no averlo aplicado bien, a la comprobacion del texto in *l. Si conuenerit 2. ff. eod. tit.*

114 Mas esta respuesta, y solucion, se opone a la letra, y decision del texto, que llevamos referido, que exprestamente dize, que el pacto, de que en caso de morir la hija, sin hijos, restituya el yerno la dote al padre mandante; se ha de entender, que en el contrario de morir con hijos, la retenga, y no la restituya, que es el que aqui sucedió, como notò alli Gothofredo, litt. D. ibi: *Qui restituere dotem in defectum liberorum tenetur, existentibus liberis eam retinere poterit.*

115 Y el negar el texto in *d. l. Si conuenerit*, citado ex aduerso, la retencion al marido, es por dos razones; la primera, porque el pacto era general, *ut quomodo dissolutum sit matrimonium, liberis interuenientibus, dos apud virum remaneret*; y no parece se avia de entender comprehendido el caso, de que por la muerte del marido acabasse el matrimonio, *ut ibi: Morte mariti finito matrimonio, neque conuenisse videri dotem remanere*, y lo notò Gotofredo a las palabras, *ut quomodo dissolutum sit matrimonium*, &c. litt. C. ibi: *Hac verba latissimè patent; interim nota, generalibus verbis, casus, qui iure non valent, non contineri*; y esta razon cessa en nuestro pacto, hallandose en él expresta, literal, y expecificamente prevenido: que en caso de dissolution del presente matrimonio, POR

MUERTE DE QUALQUIER E de los dichos Señores contrayentes, &c. no quedando hijos del presente matrimonio el dicho Señor Marques tenga obligacion, &c. con que cessa tambien el fundamento de la respuesta de la otra parte, ad text. in l. Illam 22. C. de collat. l. Ancilla 12. C. de furt. cum similib.

116 La segunda razon del texto contrario es, porque, aunque se hallasse pactado en dicho caso de disolverse el matrimonio por la muerte del marido, no valdria el pacto contra la dote, vt ibi: *Et si convenisset, non esse servandum pactum contra dotem, cum mariti mortalitas intervenerit*; pero ya se ve, que esta razon en el Reyno no se puede alegar contra el principio elemental de aver de estar, y juzgar a la carta, segun la Observancia, *Item Iudex 16. de fid. instrument. referida: nisi aliquid impossibile, vel contra ius naturale contineatur in ea*; de donde infiere Portoles in dict. §. *Instrumentum, num. 90.* que aunque, segun derecho, pacta, quæ contra leges, constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullum vim habere, *indubitati iuris est*, como dixo el texto en la l. *Pacta, quæ contra 6. Cod. de pact.* en el Reyno son validos, y se deven observar: *Nono infertur, dize: Quod in hoc Regno subsistunt, & valida sunt tria genera pactorum, memorata in l. Pacta, quæ contra, & ibi Baldus, Salicet. Ias. Dec. & Curr. C. de pact. qui adducunt tres casus, in quibus non valent; nam in hoc Regno pactum in illis casibus factum subsistit.* Y en el num. 69. dexava tambien dicho, in *Aragonia, in carta offe plenitudinem potestatis: quia nihil ei, præter duo, resistit, nempe ius divinum, & immutabile, ius naturale, & necessarium, vt inquit Bald. cons. 267. num. 9. & cons. 460. num. 4. vol. 1.* Y el señor Regente Sesse de *inhibit. cap. 2. §. 2. num. 45. & §. 3. num. 50.* dixo: *Sed possumus quacumque volumus contrahere, y en la decis. 244. num. 31. vers. Sed advertendum: Aragonenses, excepta impossibilitate nature, & iuris divini, possunt ad libitum de rebus suis disponere; idem decis. 75. num. 57. lib. 1. & decis. 251. num. 2. lib. 3. & decis. 435. num. 12. lib. 4. Suelves cons. 25. num. 16. lib. 1.*

SEGUNDA EXCEPCION.

117 Fundase en otro pacto de la misma Capitulacion matrimonial, en que se previno, que el Señor Marques cōtrayente, le huviesse de restituir a la Señora Marquesa, ò a sus herederos, en caso de disolucion del matrimonio, *todos los bienes, y hazienda, que a èl llevava, vt in 1. allegat. nu. 100.* infiriendose de dicho pacto, que la accion se avia de intentar, pidiendo los mismos bienes, y hazienda, que constasse, que el Señor Marques recibìò, no el precio, ni estimacion de ellos, como intenta la otra parte, *ex relatis in dict. 1. allegat. & num. 100. & infra referendis.*

118 Responde la alegacion contraria, *num. 91. & 92.* que aviendo llevado dicha Señora Marquesa los bienes muebles, alajas de casa, oro, y plata, que se dize en la Capitulacion, estimados en la dicha cantidad de los 177800. reales de vellon; y añadido, que si constasse por qualquiere camino que fuesse, que el dicho Señor Marques huviesse recebido otras cantidades, y cuerpo de hazienda de la dicha Señora Marquesa, se obligava el Señor Marques a restituirlo en la *misma forma referida*; y que desde entonces queria, y consentia, que se añadiesse por parte, y escritura de dote; la obligacion subsiguiente de aver de restituir *todos los bienes, y hazienda*, que la Señora Marquesa llevava, se ha de entender al modo, y forma llevados al matrimonio, assi en respeto de los estimados en la misma Capitulacion, como de los que despues dicho Señor Marques se hizo cargo en la carta de pago, que otorgò, por el principio atractivo de lo capitulado, y pactado al principio entre las partes, y ser acto necessario el otorgamiento de dicha carta de pago, con expresa estimacion de los bienes, en resguardo, y testimonio de los creditos dotales, y su calidad, de dicha Señora Marquesa.

119 Mas esta respuesta no se puede perceber bien, a causa de querer cōprehēder en ella, no solo la segunda excepciō propuesta, sino tãbien la tercera cōtra la estimacion hecha

en la carta de pago, contraido yá el matrimonio, de los bienes muebles, que en ella se especifican; juntando dos especies de bienes, vna de los estimados en la Capitulación, y otra la de los que dize, que el Señor Marques se hizo cargo en la carta de pago, estimádoslos tábien; las quales deven dividirse para comprehender con certeza, y claridad lo que a cada vna de ellas tocara.

120 Y así, cōteniendonos en lo q̄ pertenece a los bienes muebles, estimados en la Capitulación, q̄ son contra los que principalmente dicha segunda excepcion se opondre; y dexando para despues el si la estimacion de la carta de pago pudo hazerse, despues de contraido yá, tantos años antes el matrimonio, en perjuizio de los sucesores de los bienes vinculados, que el Señor Marques posseia; y el si los bienes muebles, que en la misma carta de pago se expresan, fueron los mismos, que la Señora Marquesa dixo lleva estimados en la Capitulación, ò si fueron diversos; A lo que se dize en los *num.* 93. & 94. de que la estimacion de los bienes en el contrato matrimonial, se entiende en duda, que induce perfecta vendicion, y transfiere el dominio de ellos en el marido, con algunos textos, y Autores, que se refieren; Respondemos, que la estimacion, vnavez se pone con el fin, y para el efecto de q̄ se entiendan vendidos los bienes estimados, *vt in l. Plerumque, 11. ff. de iure dot. l. Quoties, 16. l. Cum post, 69. §. In dotem, penult. ff. eod. l. Estimare res, 51. ff. solut. matrim. l. Quoties, 5. Cod. de iur. dot.* y otras para el fin, y para el efecto de que se sepa la que al tiempo del contrato tenían, y la que despues, al tiempo de restituir la dote, tuvieren; y si se huvieren deteriorado, ò disminuido, se restituya lo que constare, que al tiempo de dicha restitucion valen menos, *vt in l. Estimatis, 50. ff. solut. matrimonio, l. si inters, 21. Cod. de iur. dot.*

121 Así la distingue Fontanela de *pact. com.* 1. *claus.* 5. *gloss.* 8. *part.* 13. *num.* 7. en donde, aviendo primeramente distinguido, *num.* 3. & 4. la estimacion tacita, ò legal, que se verifica en aquellas cosas, que in pondere, número

mero, vel mensura consistunt, ut in l. Res in dotem, ff. de iur. dot. de la expresa, y acordada por las partes, de qua iura superius relata; pone esta subdistincion en el num. 7. Rursus aestimatio ista, quae expresse fit, partium conventionem, & pacto, dupliciter etiam, & seu ad duplicem effectum, vel ex duplici causa fieri solet. Primò ut sciri possit, an res deterior sit effecta, ut id cedat periculo viri, & teneatur vir in eadem bonitate, & qualitate reddere. Secundò vero modo ad hoc ut faciat emptionem, ita ut non res, sed aestimatio reddenda sit; & non res, sed pecunia ad quam constituta fuit, censeatur in dotem constituta; exemplificando la primera, con la l. Si inter, 21. Cod. de iure dot. y la segunda, con la l. Quoties, 5. Cod. eod. De donde nace la diferencia, de que con la primera estimacion no passa el dominio de los bienes estimados en el marido, sino que estos quedan dotales, y a la muger solamente le compete la accion real para reivindicarlos; pero con la segunda estimacion passa el dominio en el marido, y a la muger le compete, en caso de la restitucion de la dote, la accion personal, ò hipotecaria, para que se le restituya el precio de ellos, como el mismo Fontanela explica, *ibidem*, n. 8. & seqq.

122 Passa despues a explicar mas esta materia desde el num. 25. y assienta la proposicion, que en contrario se funda, advirtiendo al fin de dicho numero, que esta presuncion, de que en duda la estimacion faciat emptionem, no se haze tanto lugar en los bienes muebles, y dà la razon, alli: *Aestimaciones enim, quae fiunt ob causam sciendi deteriorationem, solent ut plurimum fieri super rebus mobilibus: in immobilibus autem, ut faciant emptionem;* y en el num. 30. vers. *Dixi,* haze esta otra advertencia: *Dixi quod in dubio aestimatio facit emptionem: nam si probaretur, vel probatione plena, vel etiam (ut dicunt Surdus in saepe citata, decis. 305. num. 37. Barbosa in l. Aestimatis, num. 29. vers. De his, ff. solus. mar. & Trentacinius var. resolut. vol. 1. lib. 3. tit. de iure dot. resolut. 1. num. 24. ex Aretino in cons. 84. col. 2.) ex coniecturis, ad alium finem fuisse aestimationem factam; tunc cessarent proculdubio, quae superius dicta fuere, Trentacinius dict. var. resolut. vol. 1.*

lib. 3. tit. de iur. dot. in cit. resolut. 1. num. 24. ubi plures in id adducit, Iosephus Ludovic. conclus. 10. limit. 2. Iosephus Mascard. de probat. conclus. 664. num. 12. Hipolyt. Riminal. in princip. inst. quib. alien. licet vel non, num. 134. Parisio cons. 81. à num. 10. cum seqq. vol. 3. Vivian. decis. 261. num. 5. & 7. DE ISTIS coniecturis est, quod brevius quam fieri possit, paucis agamus, quæ est materia utilior, quæ potest ad propositum tractari; nam quando per plenam probationem expressè de his constat, non est disputationi locus; y en el num. 31. pone por primera, principal, y mas frecuente congetura la de hallarse pactado, que en caso de la restitucion de la dote, se restituyan los bienes, que la muger huviere llevado al matrimonio, sin pactar, que se restituya el precio: Prima (dize) coniectura est multum frequens, quando, non obstante quod data sit dos estimata, paciscitur tamen, & convenit inter contrahentes, quod res ipsa reddatur in casu restitutionis, nec dicitur quod pretium: in isto casu æstimatio non facit emptionem, ut probat l. Si inter, & ibi DD. Cod. de iure dot. con otros muchos Autores que cita.

123 Y el caso de esta limitacion parece ser el nuestro; porque, no obstante, que primero por parte de la Señora Marquesa se dixo, q̄ llevaba los 177800. reales de vellon, en bienes muebles, alajas de casa, oro, y plata; despues de otros diversos pactos; se convino en el de la restitucion, que el Señor Marques tuviesse obligacion de restituir a dicha Señora Marquesa, todos los bienes, y hazienda, que su Excelencia trae a este matrimonio; y aqui fue en donde se añadió, que si constare, por qualquiere camino que sea, que el dicho Señor Marques ha recibido otras cantidades, ò cuerpo de hazienda de la dicha Señora Marquesa, se obliga el Señor Marques a restituirlo en la misma forma referida, y desde agora para entonces quiere, y consiente el dicho Señor Marques, que se añada por parte, y escritura de dote; y no subsiguiente, è inmediato, al item trae, de los bienes muebles estimados, que a todos los pactos avia precedido, como la alegacion contraria lo quiere dar a entender en el num. 91. con fin, sin duda, de que la estimacion precedente pareciesse influir tambien en el pacto

de la restitucion, assi de los bienes presentes, como de los futuros.

124 De donde resulta, que aviendose ultimamente pactado la restitucion, no del precio, y estimacion hecha; sino de los bienes, y hazienda, que dixo la Señora Marquesa traia; la estimacion precedente de los bienes muebles, alajas de casa, oro, y plata, no hizo empcion, y vendicion de ellos; sino que el pacto de la restitucion, que despues se acordò, le obligò al Señor Marques, en caso de averlos recibido, a restituirlos, segun la doctrina de Fontanela; en cuya comprobacion es texto expreso, y mas a nuestro proposito la *l. Cum post, 69. §. Cum res, 7. ff. de iure dot. cuius hæc verba: Cum RES in dotem æstimata, soluto matrimonio, reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur;* con quien consueña el de la *l. Quoties, 5. Cod. eod. tit.* en donde presupuesto, el que la estimacion haze en su caso, empcion, y vendicion, y que el marido es dueño de los bienes estimados, y deudor del precio, en que se estimaron, pone la limitacion de pactarse la restitucion de los bienes, y a esta le junta otra, que es la de averse estimado, ò tassado justamente, in hæc: *Quoties res æstimata in dotem dantur, maritus dominium consequutus, summa, velut præij, debitor efficitur. SIT AQVE NON CONVENIT, ut soluto matrimonio restituerentur, & iure æstimata sunt, retinebit eas, si pecuniam tibi offerat.* Luego hallandose aqui la convencion, y pacto, de que los bienes, y hazienda, que la Señora Marquesa traia fuesse lo que se avia de restituir; no puede compererle la accion para exigir de los bienes del Señor Marques, y menos de los vinculados, quales son los aprehensos, las cantidades de la estimacion, y precio, que pide en su proposicion.

125 Ni las doctrinas de Francisco Molino, y Fontanela, que se transcriben ex adverso, num. 95. pueden tener aplicacion, porque hablan de vnos mismos bienes, que trayendolos la muger estimados, se pacta ayán de restituir-
e eodem modo, & forma, que se traen; como de su lectura se
muef-

muestra ; y en nuestro caso los bienes, que dixo traia la Señora Marquesa estimados ; y se le obligò a restituir al Señor Marques, en aquellas palabras : *Todos los bienes , y hacienda, que su Excelencia trae a este matrimonio* , del pacto, en que funda la excepcion, que oponemos ; fueron diversos de los que despues se obligò tambien a restituirle, si constasse averlos recebido , sobre que caen las palabras , *en la misma forma referida* ; pues los primeros fueron los que de presente dixo la Señora Marquesa traia ; y los segundos los posibles, y futuros , que podia ser recibiese tambien el Señor Marques en adelante ; y siendo assi, que la restitucion de los primeros fue la que se pactò del modo que tenemos referido, a saber es, *todos los bienes, y hacienda, que su Excelencia trae a este matrimonio* ; y que la de los posibles, y futuros, que se subsigiò, fue la de dichas palabras, *en la misma forma referida* ; quiere la otra parte ponerlas , y subir las al *Item trae* , de la constitucion de la parte de dote en los muebles alli estimados, juntando para esto clausulas distantes, y separando clausulas unidas cõ aquel, *Y Añ ADIO*, equivoco, y cursivo del num. 91. y la equivocacion redonda del 95.

126 Y declarandonos vn poco mas, dezimos, que falta en la verdad el supuesto , con que dichas doctrinas se quieren aplicar ; que es, el que la obligacion de restituir el Señor Marques *los bienes , y hacienda de la Señora Marquesa* ; fue *en la misma forma referida* ; y que assi el precio , y valor de ellos, en que vinieron estimados, comprehende , y no mas esta obligacion, invirtiendo las clausulas de la Capitulacion matrimonial, para darles el sentido , que se pretende a las palabras, *en la misma forma referida* ; y haziendolas relativas a la estimacion de los 177800. reales de vellon en bienes muebles, alajas de casa, oro, y plata, que la Señora Marquesa dixo traia al matrimonio.

127 Y que esto sea assi, se haze evidente, no perdiendo de vista, el que el *Item trae* , de los dichos 177800. reales de vellon, en bienes muebles, alajas de casa , oro, y pla-

y plata, es de la primera parte de la Capitulacion; y que despues en la segunda, que contiene los pactos, se halla, y lee entre los vltimos el de restituirle a la Señora Marquesa todos los bienes, y hazienda, que su Excelencia traia al matrimonio; y successiva, è inmediatamente el que, si constare por qualquier camino que sea, que el dicho Señor Marques ha recibido otras cantidades, y cuerpo de hazienda, de la dicha Señora Marquesa, se obliga el Señor Marques a restituirlo en la misma forma referida.

128 De cuya contextura se convence, que la clausula anterior del pacto de la restitucion, contuvo la obligacion de restituir los bienes, y hazienda, q̄ de presente dixo llevava la Señora Marquesa; y que la posterior contuvo la obligacion de restituirle tambien los bienes, y hazienda, que, ademàs de los presentes, constasse en adelante, que el Señor Marques huviesse recebido; y assi las palabras de la clausula posterior; en la misma forma referida, no puedē referirse al *lre trae*, de los bienes muebles de la primera parte de la Capitulacion, q̄ era de cōstitucion de dote, y no de restitucion; y à por la distancia, que ay en la misma escritura de lo vno a lo otro; y yà por la propria naturaleza de la sugeta materia; pues lo vno mirava a constitucion, y lo otro a restitucion, como queda dicho; sino que se han de referir a la clausula anterior del mismo pacto de dicha restitucion, como si de otro modo huviera dicho, que assi como se obligava a restituir el Señor Marques todos los bienes, y hazienda, que de presente traia la Señora Marquesa al matrimonio; assi tambien se obligava à restituirle los que constare, que a mas de aquellos, huviesse recebido en adelante; inteligencia, y sentido, que no parece necesita de mas prueba, ni comprobacion, que la sencilla lectura de la misma Capitulacion matrimonial.

129 Y se cōfirma reparando, en q̄ hablando la clausula posterior del pacto de la restitucion, de bienes posibles, y futuros, que aun no se sabia, que fuesen, ni quãtos, ni quales aviã de ser; mal podian entenderse las palabras, en la misma

forma referida, de restituci6n de precio, o estimaci6n de ellos no siendo alguno, ni alguna, la que tenian; quando lo que no era, no podia estimarse, y consiguientemente, ni referirse a otra estimacion; antes se tuerce el argumeto, pues del modo, y forma, que en la clausula anterior, la obligacion de restituir mirava a los bienes, y hacienda presentes, en sus especies, respectivamente; asi tambien en la posterior, mirava a los bienes, y hacienda, futuros, en las mismas especies, que constasse averlos recebido.

130 Ni la estimacion de la carta de pago, que en el num. 96. *vsque ad* 98. quiere la otra parte sea expresion continuada de la voluntad de los contrayentes, puede ser estimable, porque se ha de assentar por cierto que de los 177800. reales de vellon en bienes muebles, alhajas de casas, oro, y plata, no se ha exhibido apoca especial en proceso, sino la generica de la carta de pago referida. Y con esto dezimos, q̄ aunque los bienes muebles, especificados, y estimados en dicha carta de pago, fueran los mismos, que la Señora Marquesa dixo en la Capitulacion llevaba estimados en 177800. reales de vellon, y no fueran diversos; ò fueran aquellos, y otros, que despues de contraido el matrimonio entrassen en poder del Señor Marques, como ex aduerso se pretende, declarando, como declarò el Señor Marques en dicha carta de pago, que avia recebido *tales, y tales bienes muebles, alhajas, oro, y plata;* y aviendose obligado, mediante el pacto de la Capitulacion matrimonial, y en la primera de sus dos clausulas, a restituir *todos los bienes, y hacienda,* que dicha Señora Marquesa traia a su matrimonio, segun llevamos dicho; se infiere, al parecer, legitimamente, que lo que quedò obligado, a restituir fue, todos aquellos bienes muebles, alhajas de casa, oro, y plata, que la misma carta de pago especificò, y dixo, que avia recibido, y no su precio, y estimacion, como se probò arriba, y lo comprueban Rolando *cons. 92. num. 21. lib. 1. tit. 1. Quoniam estimatio tunc dicitur facta ad effectum, ut sciatur valor rei, quando species ex pacto venit restituenda, ex d. si inter, Cod.*

de iur. dot. & Saliceto ibidem Socin. cons. 56. col. 2. vol. 1. Ioannes Baptista Costa de remed. subsid. remed. 63. num. 6. Especialmente diziendo el pacto los bienes, y hacienda, benè Mastrill. decis. 149, num. 9. ibi: *Item dicebatur, quod estimatio prædicta emptionem, & venditionem non poterat operari, cum in contractu dotali sponsus promississet in casa dissolutionis matrimonij restituere dotes, & BONA DONATA; & sic non poterat cadere interpretatio, quod pretium restituere promississet, prout esset si simpliciter dotes restituere promississet, ad notata per Ludovicum conclus. 10. vers. Ampliatur sexto, &c.* Barbosa in l. si estimatis, § 1. num. 9. ff. solut. matrim. en donde distinguiendo diversas formas de pactos en este punto, pone la primera, quando, *rebus estimatis ponitur pactum, quod soluto matrimonio res dotalis restituantur*; con el texto, in l. Cum post, §. cum res, ff. de iure dot. y despues dize: *Et quoad primam formam Iureconsultus, in dict. l. Cum post, §. cum res, aperte probat, tunc estimationem non inducere venditionem, sed continere summam dotis; id est factam fuisse ad eum finem, ut sciretur quantitas dotis promissæ; non verò ad eum effectum, ut induceretur venditio*; con Ruino, y otros que la confirman, & sequitur Molinus de ript. nupt. quest. 57. num. 63.

131 Y en la misma suposicion, de ser vnos mismos bienes los comprehendidos en la generalidad del *Item* trae de la Capitulacion, y los especificados en la carta de pago (que en la realidad de verdad no dize lo fuesen) sucedela.

SEGUNDA EXCEPCION.

132 Que es la de averles dado a dichos bienes la estimacion, que la carta de pago refiere, contraido yà el matrimonio, como de ella misma resulta; pues aunque en la Capitulacion se puso aquella estimacion generica de los 177800 reales de vellon; no aviendo apoca de ella, como se ha dicho, y aviendose hecho otra estimacion despues, que es la que de cada numero de bienes especificamente contiene dicha carta de pago; esta es la que se quiso que se atendiera; y constante yà el matrimonio, solamente

pue-

puede obrar la estimacion que se haze de los bienes dotales, en perjuizio del Señor Marques, y sus bienes propios, y libres; mas no en perjuizio de los bienes vinculados, por la razon que en la primera alegacion representamos, *ex num. 101. ad 106. quibus addo Menochium de praesumpt. lib. 3. praesumpt. 74. num. 4. ibi: Et praeterea, nec donatio fieri potest inter virum, & uxorem, quae ex hac aestimatione sequi possent;* con muchos que cita; y la que pondera mejor largamente el señor D. Luis de Casanate *conf. 54. ex num. 30. cum seqq.*

133 Y si dichos bienes fueron diversos, ò se huviesse mezclados otros en dicha carta de pago, que lo fueren; se haze mas cierto, el que en respeto de ellos no se pudo constituir, ni aumentar nuevamente la dote, ni darles, ni pactar su estimacion despues de contraido el matrimonio; por las mismas razones, que contra los primeros, y su estimacion hemos dicho; remitiendonos a la copiosa doctrina del señor D. Luis de Casanate, en el numero antecedente citado.

134 Sin que obste lo que se dize en el *num. 98.* de que por el principio atractivo de la Capitulacion matrimonial se ha de juzgar hecha en ella la estimacion de qualquiera otros bienes, que despues constare aver entrado en poder del señor Marques, con algunas doctrinas, con que lo quiere probar. Porque respondemos, lo primero, separando bienes de bienes, y estimacion de estimacion; que en respeto de los bienes muebles, que la Señora Marquesa dixo llevaba, y estimacion, que de ellos hizo (aun suponiendo, que se entendiesse averlos llevado estimados con aquella estimacion, que haze empcion, y vendicion; y que el pacto de restituirlos se entendiesse tambien del precio, y estimacion, y no de los mismos bienes, y especies contra lo que se ha fundado) no se halla reservacion alguna; ni necesitava de ella, siendo, como era, aquella parte de dote, segun lo literal de su *Item trae*, actual, pura, y absoluta, y solamente se requeria para verificarse, y obligar al Señor Marques a su restitucion, que constasse del verdadero recibo

cibo de los bienes llevados; de que no parece aver conf-
tado yà, porque no se ha traído apoca, que diga serlo de
aquellos mismos bienes, y estimacion, que alli se le dió; y
yà porque aunque fuessen vnos mismos, tampoco parece
quifieron passar por aquella estimacion las partes, hazien-
do despues segunda, contraído yà el matrimonio, que es la
que se pide; la qual por hecha en tiempo, en que el possee-
dor del mayorazgo no puede perjudicar, cō confesiones,
aprobaciones, ni hechos voluntarios a los suceffores, no
deve, ni puede tener subsistencia, como queda probado.

135 Lo segundo, porque en respeto de otros diver-
sos bienes, que pudieron entrar despues en poder del Se-
ñor Marques, tampoco ay reserva alguna en la Capitula-
cion matrimonial de poderlos estimar, contraído yà el ma-
trimonio, lino pacto de averlos de restituir, como tambien
se dixo arriba; y assi las especies, ò bienes, que se huvie-
ren aumentado, eran los que se avian de pedir, y no su
precio, ò estimacion.

136 Lo tercero, que aunque huvieffe reserva de po-
der estimarlos, no seria dicha estimacion de consideracion
alguna, como diferida a tiempo inhabil, y prohibido, para
que el marido, y poseedor del mayorazgo a solas, pudieffe
hazerla a su arbitrio, y en perjuizio de los suceffores del
mayorazgo, *l. Oratio, ff. de sponsal. l. Quod sponsa, Cod. de donat.
ante nupt. l. in tempus, ff. de hered. instituend. Tiraquell. de iur.
constit. part. 3. limit. 2. num. 3. cum seq. & de iur. marit. gloss. &
de primogen. quest. 40. num. 178. cum alijs*; fuera de que tien-
do aun entonces totalmente incierto, el si entrarian, ò no,
en poder del Señor Marques otros bienes, y quales, y quan-
tos serian estos, y el si se estimarian, ò no estimarian; y te-
niendo la misma, y aun mayor incerteza la estimacion, qua-
les avia de corresponder; nunca podia entenderse refer-
vada estimacion sobre bienes inciertos, que venia a ser un
futuro contingente, de quibus non est determinata veritas,
*l. Ventre, ff. de acquir. heredit. Surd. de aliment. tit. 8. quest. 1.
num. 8.* quando aun sobre bienes yà ciertos no se trae

cuenta con ellas, Fontanela de pact. nupt. tom. 2. claus. 5. gloss. 8. part. 13. num. 51. vers. Quartus casus, &c. ibi: Quartus casus est, quando aestimatio non est certa, puta si dixisset maritus, uxori reddam tibi aestimationem; vel si dictum sit, quod aestimata res tradebantur, nulla tamen aestimationis definita quantitate; quae sunt exempla, quae passim Doctores adducunt in proposito. Ad hoc enim ut aestimatio faciat emptionem oportet, quod aestimatio sit certa, prout generaliter in omni genere aestimationis, probat Bart. in l. Si ut certò, §. Nunc videndum, num. 5. ff. commodat, Didac. Covarrub. in saepe citato, cap. 28. pract. quest. nu. 7. quem eius doctrinae ordinarius sectator Menochius sequitur in tractatu de praesumpt. lib. 3. in citata, praesumpt. 74. num. 21. Hyppolit. Riminald. in allegato princip. inst. quib. alien. licet, vel non, num. 120. Alexand. Trentacinq. variar. resolut. lib. 3. vol. 1. citat. resolut. 1. num. 16. tit. de iure dot. Ioseph. Ludovic. conclus. 10. limit. 5. Surd. decis. 114. num. 25, qui ponit exemplum, quando dictum est, prout fuerint aestimatae, absque tamen nominatione certae personae, quae aestimationem faceret: propter quod decisum in Senatu Mantuano dicit, nullam fore venditionem, factam simpliciter pro pretio quanti fuisset domus aestimata, nulla nominata persona certa, quae aestimationem faceret. Ratio est elegans, quandoquidem emptio non consistit, sine certi, & determinati pretij constitutione, §. pretium inst. de empt. & vend. Anton. Gomez tom. 2. var. resolut. cap. 2. de empt. & vend. num. 9. Nicol. Moz. in eod. titulo, cap. de subst. emption. num. 24. omnium latissimè Surd. allegat. decis. 114. num. 6. quam rationem eleganter adducit Didac. ubi supra, addens in fine plura fore supplenda, ut contrarium teneri posset, & sequitur Trentacinq. loco etiam citato.

137 Lo quarto, porque las dotrinas que se refieren en dicho num. 98. hablan tambien en otros terminos, que son los de reserva de constitucion de dote, y aumento de dicha constitucion, y no de estimacion para restituirla, que son los propios de nuestra disputa; fuera de que en estos mismos tiene contra si la pretension contraria las razones que acabamos de ponderar.

138 Menos obsta lo que tambien al mismo intento

se dize en el *num. 99.* de que para este Reyno se haze mas indispensable el entender en la duda estimados los bienes muebles, que lleva en dote la muger, por passar siempre el dominio, y absoluto peligro al marido, que es el proprio, y natural efecto de la estimacion, que haze empcion, y vendicion; caso en que a la muger no le compete la accion para el recobro de los bienes dotales, sino para su estimacion, y precio. Porque se responde, que ay grande diferencia entre el passar el dominio de los bienes muebles de la muger en el marido, como passa en nuestro Reyno, en fuerza de sus Fueros, y Observancias; y el passar en fuerza de la estimacion, y contrato de empcion, y vendicion, que con ella pretende la otra parte, se celebrò en nuestro caso; pues en el primero pasan los bienes muebles en el marido, y se hazen propios suyos, constante matrimonio todos, y finido, la mitad, ex *Observantijs, & Practicis ex aduerso relatis*, y es notorio; y sin obligacion alguna de restituirlos, si la muger no los lleva por sitos, y a propria herencia suya, y de los suyos, ex *relatis à Suelves conf. 48. lib. 3. Petro Molinos in prax. in proces. sup. div. bon. fol. 174. col. 2. & seqq.* y en el segundo pasan con obligacion de restituir su estimacion, y precio; y assi no se arguye bien de vn caso a otro, *cum à diversis, & minus à contrarijs, fieri nequeat illatio, l. Inter stipulantem, S. sacram, ibi: Sed hæc dissimilia sunt, ff. de verbor. oblig. l. Ultim. in fin. & ibi Bart. ff. de calumn. l. Papinianus exuli, ubi etiam Bart. ff. de min. cum similibus.*

139 Antes de aqui nace.

TERCERA EXCEPCION.

Que consiste, en no aver llevado la Señora Marquesa sus bienes muebles por sitos al matrimonio, como resulta del tenor de la Capitulacion matrimonial; con que para en este Reyno se haze de peor condicion su credito, por el mismo argumento de que la alegacion contraria se quiere valer.

Ni

140 Ni deve censurarse por animosa la representacion que en nuestra primera alegacion hizimos, num. 106. de la liberalidad del Señor Marques en la tassacion, y estimacion de los bienes muebles, que refiere la carta de pago, atendiendo solamente a que no le resultasse perjuizio, ni lesion de las rentas vitalicias, como alli tambien reparamos, num. 105. porque aunque en los terminos regulares la estimacion que se halla hecha se presume ser justa; pero quando la misma sugeta materia, como la de dichos bienes muebles persuade otra cosa; no parece puede hazer fuerza la presuncion; y mas quando se reconoce, que el cuydado de la justificacion, no se puso para con los bienes muebles, sino para las rentas vitalicias, como en la misma carta de pago se lee, y lo referimos *in dict. 1. allegat. num. 103. & 105.*

141 A que se aumenta, que aun la entrega, y recibo de dichos bienes, no fue actual, y de presente, sino por relacion, como dan a entender aquellas palabras de dicha carta de pago; *de los quales el dicho Señor Marques de Osera se diò por còtento, y entregado, a su voluntad; Y POR QUE su recibo de presente no parece, renunciò la excepcion de la non numerat a pecunia, leyes de la entrega, pecha, y paga; de que dà carta de pago, y recibo de dote a favor de la dicha Señora Marquesa su muger, quan bastante a su derecho, y satisfacion convenga; y confiessa, que los dichos bienes estàn tassados en sus justos, y verdaderos precios, y valores por personas de su satisfacion; sin que de la tassacion, y estimacion de las dichas rentas vitalicias resulte daño, ni lesion contra el dicho Señor Marques; y caso que la aya, de lo que fuere haze gracia, y donacion a la dicha Señora Marquesa, su muger, buena, pura, mera, perfecta, è irrevocable, que el derecho llama entre vivos, con las insinuaciones, juramentos, y fuerzas necessarias, sobre que renunciò las leyes, que disponen lo contrario; y especialmente las de Alcalà de Henares, y termino de los quatro años, en que se puede pedir rescision del contrato, ò suplemento a su valor justo, que dà por passados. Que son todas clausulas, y palabras que denotan vna liberal remision, y renunciacion de las excepcion-*

cepciones, que podian oponerse, contra la realidad de la dote, y su estimacion.

142 Sin que esto yera, ni toque en la grandeza de los Señores contrayentes, quando antes es proprio de Cavaleros de esta calidad el proceder muy liberalmente, como dixo el texto *in cap. 1. de donat. ibi: Hanc sibi quodammodo nobilitas legem imponit, ut debere se, quod sponte tribuit, existimet; & nisi in Beneficijs suis creverit, nihil se prestitisse putet.*

QUARTA EXCEPCION.

143 Siguefe por quarta excepcion, lo iliquido, è incierto de la estimacion de los mismos bienes muebles, especificados en la carta de pago, que en la primera alegacion no tocamos tan exprestamente; y consiste en dos cosas (abstrayendo lo que pertenece al valor de ducados de vellon al tiempo del contrato, como excepcion diversa, de que despues hablarèmos;) La vna es, el que dicha estimacion se haze primeramente de reales de vellon; y la otra, que se juntan, y mezclan, segun la alegacion contraria supone, bienes muebles, que entraron en poder del Señor Marques al tiempo del matrimonio, y bienes muebles, que dize entraron despues.

144 De la primera resulta, que no consta en proceso la cantidad de moneda laquesa, que avia de corresponder a tantos reales de vellon, como en la Capitulacion matrimonial, y carta de pago se suman: Lo primero, porque no se ha probado, ni aun alegado, el valor, y estimacion, que a cada real de vellon le correspondia, en moneda de este Reyno, que era por donde se avia de hazer constar de la cantidad, que la otra parte podia pedir, por las sumas referidas de reales de vellon; y aunque se alega el valor, y estimacion del ducado de vellon; tambien falta el alegato, y probanza de quantos reales de vellon hazian el ducado de la misma moneda en Castilla; que era el medio cõ que del valor, y estimacion del ducado, se podia inferir el valor, y estimacion del real.

145 Lo segundo, porque ni aun del valor, y estimacion del ducado ay alegato, y probanza, que concuerde; pues la parte en el artic. 34. de esta segunda proposicion confiesa, que cada ducado de vellon correspondia a 13. suel. y 4. din. de moneda laquesa; y segun este valor, estimacion, y correspondencia de monedas, saca, y haze su cuenta de tantos ducados, como suma, y pide en la conclusion de dicha proposicion; y los testigos sobre dicho articulo, dicen, que correspondia a 11. suel. y 8. din. laqueses; variedad, que altera, y confunde toda la suma, y cuenta; y siendo entre confesion de la parte, y probanza, que la misma presenta, nunca se le puede dar conformidad, ni conciliacion, *ex relat. in 1. allegat. num. 147.*

146 De la segunda del aumento, que se pretende de bienes muebles en dicha carta de pago, se aumenta la incerteza, y confusion sobredicha; pues, aun sin alegar quantos reales de vellon, ni quantos ducados valian los bienes muebles aumentados, se haze computo, y cumulo de todo junto en el arr. 33. de dicha proposicion; alegando, que dicho Señor Marques recibò en su poder los dichos 177800. reales de vellon, que dicha Señora Marquesa su muger llevò en dicha Capitulacion matrimonial en bienes muebles, alajas de casa, oro, y plata; Y TAMBIEN recibò otros bienes, y cantidades, que todo importava 98163. ducados, y 7. reales de vellon, de los quales otorgò carta de pago en favor de dicha Señora Marquesa, como resulta de la escritura en razon de ello hecha. Y en la conclusion pide la cantidad de moneda laquesa correspondiente, segun la cuenta à dicho computo, y cumulo de ducados de vellon, alli: Y a otra parte sesenta y cinco mil quatrocientas quarenta y dos libras nueve sueldos, y quatro dineros laqueses, por razon de los dichos 98163. ducades, y 7. reales de vellon de la dicha dote, y bienes, que llevò la dicha Señora Marquesa, y recibò en su poder el dicho Señor Marques; y mezclandose vnos bienes con otros, sin saber quales, y quantos fuesen los aumentados, y consiguientemente, ni la cantidad, que de moneda de vellon, y laquesa valian; esta mis-

tura vicia, y haze toda la suma iliquida, è incierta, arg. text. in l. Si is qui 13. §. Vtrum. 3. ff. de reb. dub. ibi: Id accidit, quia significatio sumitur ex universo, in quo, si aliquid falsum est, totam orationem falsam efficit, & in l. 1. §. Item quaeritur 17. ff. de aqua quotid. & estiv. cum seqq. ibi: Trebatius cum amplior numerus pecoris ad aquam appelleretur, quam debet appellari, posse universum pecus impunè prohiberi: quia iunctum pecus pecori, cui appulsus debeat, totum corrumpit pecoris appulsus. Con que viene à ser vna cuenta totalmente inextricable, y que por lo menos para su liquidacion era preciso solo vn proceso separado, y ordinario, segun la Obs. pen. de pig. y explicacion que de ella trae Miguel del Molino, in verb. liquidatio, fol. 210. col. 1. & verb. Manifestum, fol. 221. col. 2. ad fin. Michael Ferrer in method. iudic. fol. 2. in fin.

146 A que dà mas fuerza, el no explicar si la porcion de bienes muebles, que se dize entrò, a mas de los primeros de la Capitulacion, en poder del Señor Marques, sobrevino titulo oneroso, ò lucrativo, cuya adquisicion avia de gobernarse, por otro pacto, que en dicha Capitulacion se lee, fol. 1294. alli: Item, es pactado, y concordado entre las dichas partes, en los dichos nombres, respectivamente, que todos los bienes, y hazienda, que ellas adquirieren en este matrimonio, que llaman gananciales, por muerte de qualquiere de los dichos Señores contrayentes, se ayan de partir por iguales partes entre el sobreviviente, y herederos del premoriente; y que los que se adquirieren titulo lucrativo, que son dados, ò heredados, sean del que los adquiriere, sin que el otro pueda tener porcion alguna en ellos. Y no constando por qual de ambos titulos, sobrevinieron los bienes que se dicen aumentados, y que entraron despues de contraido el matrimonio, en poder del Señor Marques, se han de tener al menos por comunes, ex relatis à Portoles in Observant. Nota, quod. 53. de iure dot. num. 33. de que no deviò, ni pudo el Señor Marques hazerse cargo entre los demás enteramente para restituirlos, renunciando el drecho, que tenia en ellos, a perjuizio de los sucesores de los bienes aprehensos, vinculados, ex supradictis.

QUINTA EXCEPCION.

147 Oponese en el num. 109. & seqq. de nuestra primera alegacion contra el credito de las diez annatas, en q̄ se estimarõ en la carta de pago, las mercedes, y rētas Reales, q̄ llevò la Señora Marquesa por dote, q̄ dicho credito no lo es, ni puede ser, segun la Capitulacion matrimonial; pues en ella no se estimaron, ni pactò restitution alguna de estimaciõ, sino la de dichas mercedes, y rentas Reales, que es lo que, segun la comun, y seguida opiniõ de los Autores, se devia restituir, como se prueba de los que alli llevamos citados, y lo que la misma carta da pago dize, que recibì el Señor Marques, fol. 1649. al dorso, ibi: *Otorga el Señor Marques, que confieffa a ver recibido de la dicha Señora Marquesa, su muger, por dote, y caudal de su Ex. los bienes siguientes. Primeramente LAS MERCEDES REALES de las rentas vitalicias, q̄ traxo al matrimonio la dicha Señora Marquesa; señaladamente VNA de dos mil ducados de vellon en las Salinas de Atienza. OTRA de tres mil ducados de vellon cada año, situada en Trugillo. OTRA de mil y ducientos ducadas de vellon cada año en el bolsillo de su Magestad. OTRA de dos mil ducados de vellon cada año en la Encomienda mayor de Calatrava; que todas montan ocho mil, y ducientos ducados de renta vitalicia; LAS QVALES no quedaron estimadas en dicha Capitulacion matrimonial; y como mercedes Regias se podian considerar por dote todo lo que de ellas se ha cobrado durante dicho matrimonio; y atendiendo à que las ha gozado dicho Señor Marques desde que se celebrò dicho matrimonio, que son mas de catorze años; se estiman las dichas rentas vitalicias de consentimiento de la dicha Señora, assi por lo corrido hasta oy, como por lo que el dicho Señor Marques gozare de ellas por todo el tiempo, que durare dicho matrimonio, en diez annatas, que montan ochenta y dos mil ducados de vellon; con calidad, que si dicha Señora Marquesa sobreviviere al dicho Señor Marques, han de quedar desde el mismo dia en adelante las dichas rentas vitalicias, para la dicha Señora Marquesa, no obstante de averla de restituir por dote el dicho Señor Marques los dichos ochenta y dos mil*

duca.

ducados de wellon , que montan las dichas diez annatas.

148 A que la alegacion contraria , ex num. 102. responde , expendiendo diversas doctrinas , de las quales ocupa el primero lugar la de Don Francisco Sarmiento, *select. lib. 3. cap. 10.* Y esta no se opone, antes confirma lo que tenemos fundado; pues habla en caso q̄ el censo vitalicio no se lleva, especialmente, por dote; sino comprehendido con generalidad entre los demás bienes dotales , que la muger lleva al matrimonio, como se lee en el num. 6. que la alegacion contraria no acaba de transcribir en el 106. alli: *Hoc premiso, ego credo, maritum, soluto matrimonio, debere restituere, quod ex dicto annuo censu exigit in proposita specie, SCILICET, quando non specialiter in dotem datus est iste census; sed omnia uxoris bona, in quibus est hic census: SECVS* verd si specialiter datus esset, tunc enim crederem restituere non debere; pro hoc est textus notabilis, in l. Si fundus in dotem, ff. solut. matrim. ubi, si fundus, in quo iam erat lapidicina, quæ non renascitur, in dotem specialiter detur; mariti sint lapides, qui extrahantur ex ea; secus si non detur specialiter, sed in re suo ususfructus, velit maritus lapides extrahere. Y en el caso presente las mercedes, y rentas Reales, no las llevó la Señora Marquesa con generalidad, sino especificando cada vna de ellas, como del tenor de la Capitulacion matrimonial se demuestra; y assi resuelve Sarmiento a nuestro favor con todos los demás, que se dize ex aduerso d. nu. 106. se subscriben en su dictamen, hablando como se deve entender, en la misma especie, y caso, que aquel propone.

149 Y aunque Espino *in spec. test. glos. 13. num. 67.* conforma, olvidando la distincion de Sarmiento, en que el marido deve restituir los frutos del censo vitalicio, por la razon de no considerar propiedad alguna en semejantes censos, sino solamente frutos, como lo explica, alli: *Sed resolutio in hoc articulo est, quod illi fructus sunt per maritum restituendi heredibus uxoris: ea ratione, quia sunt dati principaliter, tanquam pars principalis ipsius dotis: quia, cum morte mulieris finiatur ille ususfructus, nihil de proprietate excogitandum est; quemad-*

modam in reliquis censibus perpetuis, in quibus remanet illa-
 sa proprietas penes uxorem, vel eius hæredes: quia tunc illi fructus,
 & annui reditus non sunt pars principalis dotis; sed tanquam si
 pecunia esset data in dotem, & in aliquam rem, producentem fru-
 ctus, esset constituta; tunc illi reditus ad maritum pertinent, & soluto
 matrimonio non tenetur eos restituere: At verò quando nulla adest
 proprietas, sed annuus ille census, qui vita uxoris finitur; dicendum
 est, quod, cum sit pars principalis dotis mulieris: quemadmodum,
 & reliquæ res sunt restituendæ, si non fuerint æstimatæ, in propria
 specie, vel si æstimatæ, in æstimatione ipsa: sic, & illi annui redi-
 tus sunt per maritum restituendi: quam sententiam explicat elegan-
 ter Sarmiento lib. 3. select. cap. 10. Y aunque tambien Gu-
 tierrez de tutell. part. 3. cap. 35. num. 2. & 3. sigue a Espino
 indistintamente, por la misma razon.

150 Mas la opinion comun, y seguida es la contra-
 ria, negando, que en los censos, ò rentas de por vida, ten-
 ga el marido obligacion de restituir frutos algunos, por
 considerarse verdaderamente en ellas, no solo frutos, sino
 propiedad, ò derecho radical, que es el de exigir las en ca-
 da vn año, Rodriguez de ann. reditib. lib. 1. quest. 3. en donde
 sentada la doctrina general en el num. 14. respeto de los
 censos, ò rentas anuas, sin limitacion de tiempo; la limita
 en el num. 15. In reditu centi temporis, videlicet, annuo, bimo,
 trimo, aut decennali, por la diversidad de razon, que en los
 censos, ò rentas para cierto tiempo discurre; y propo-
 niendo en el num. 16. la limitacion, y distincion de Sarmiẽ-
 to, en los censos, ò rentas vitalicias; lu refuta en vno, y otro
 resolviendo la materia à favor del marido con estas pala-
 bras: Secundo, que dixi limitat Sarmiento vbi supra, nu. 6.
 in reditibus ad vitam: si enim mulier vniuersa bona, in quibus
 est reditus ad vitam, marito in dotem dederit; existimat soluto
 matrimonio restituendas pensiones omnes, eo constante perceptas;
 aliud tamen censet, si reditus vitalicius fuerit specialiter in dotem
 constitutus. Sed eius distinctio verbalis potius, quam realis vi-
 detur, & absque congrua ratione differentie deducta: nec minus do-
 talis est reditus sub generali omnium bonorum dote, quam specifi-

cè marito in dotem concessus, arg. l. Quæ de tota, ff. de reivind. ideoque utrovis casu, pensiones constante matrimonio perceptæ, non restituentur eo soluto: ius enim illud pensiones percipiendi singulis annis, differt à pensionibus, sicut fundus differt à fructibus separatis à fundo, & merx dicitur huiusmodi ius, atque inter immobilia computatur ex multorum sententia, ut supra diximus: & quemadmodum fructus iuris ususfructus in dotem dati, non restituntur soluto matrimonio. l. Cum in fundo, ff. de iure dot. l. V. ususfructus, ff. solut. matrim. ita pensiones redditus vitalitij in dotem dati restitui non debent; y prolixe respondiendo a los fundamentos contrarios de Sarmiento. Y con Parladoro, y Morquecho, D. Joseph Fernandez de Retes lib. 1. opusc. cap. 20. num. 1. ibi: Annuus redditus (quos vulgo census appellamus) item ususfructus, & ceteræ pensiones menstruæ, annuæ ve, in dotem possunt dari: soluto verò matrimonio sors reddituum, & ususfructus ipse, aut ius percipiendi pensiones, restituenda sunt; fructus autem perceptos lucratur maritus pro oneribus matrimonij; l. Pro oneribus 20. Cod. de iure dot. ut docet Parladorius in quæst. quotidianis quæst. 4. quamvis Franciscus Sarmientus, lib. 3. select. cap. 10. num. 5. inter ususfructum, & annuos redditus, specialiter aut generaliter, in dotem datos, distinguat; quoniam eius distinctio iure meritoque improbat a Parladorio, ubi proximè, Morquecho lib. 2. de decis. cap. 11. num. 23. à quienes se han de juntar Juan Garcia, cuyo lugar transcrivimos in 1. allegat. num. 110. y otros que alli citamos.

151 Mas quien con vista de todos los que por vna, y otra opinion han escrito, y respuesta de los contrarios, resuelve esta materia, es Don Pedro Gonzalez in theatro honoris, glos. 52. ex num. 21. con la regla del texto in l. Dotis fructus, §. Si ususfructus, ff. de iure dot. que habla del usufructo traído en dote; y la limitacion del texto in l. Si con venerit, ff. de pact. dotal. que habla de la convencion, o pacto de que los frutos sean tambien dotales; afirmando, que los frutos de las rentas vitalicias nunca lo son, por la regla sobredicha, sino es que conte de la limitacion de la expresada convencion, y pacto contrario. Sed, & §. (dize num. 29.

refiriendo la dificultad que se avia ofrecido en vn caso, que se disputò en el Consejo Real de Castilla) in hac materia nostrum interponere iudicium, facilitatis, ac temeritatis sit; atque cum viderimus illam agitatam in Supremo Consilio, & iter fuisse remissam, adstantibus Supremis Magistratibus trium Aula- rum, & adhuc nec digestam fuisse cognovimus, pro nostro, tantorumque virorum dubitativo sensu, ne acquiescentium menti, ac doctrinae Doctorum; audacter fatendum dicimus: Maritum, si in dotem receperit ususfructum, vel ius ad percipiendum aliquam pensionem vitalitiam, aut censum, non teneri restituere uxori, soluto matrimonio morte, vel divortio, nec heredi fructus, aut pensiones perceptas; nisi tantum illud ius, in quo ususfructus constituitur, aut ius ad perceptionem redditus annui. Ad quod (salva Doctorum in hac questione scribentium pace) adducimur ex Iuris Consulti resolutione in l. Dotis fructus, §. Si ususfructus de iure dot. ibi enim querens Ulpianus, an si ususfructus in dotem sit fructus pertineant ad Maritum, vel restituendi soluto matrimonio? Respondet: Ius percipiendi fructus in dotem esse, non fructus; ideo marito competant, etiam sine spe restitutionis.

152 Quae dispositio Ulpiani in dict. §. Si ususfructus, videtur secundam mentem legis Si convenerit, de pact. dot. ubi pacto expresso fieri potest, quod fructus rei, vel fructus ususfructus in dotem convertantur, solutoque matrimonio restituantur tanquam dos; SED SI pacto expresso id cautum non est, servanda responsio dicti §. Si ususfructus: & fructus in dotem non erunt, sed ius tantum eos percipiendi, quod tenebitur maritus restituere, Gothofred. in dict. l. Si convenerit. QVOD, ex legali dispositione servandum in officio vitalitio, in dotem tradito, ex Gamma decis. 314. tenet Marius Ciurba in consuetud. Messanens. cap. 1. glos. 2. num. 14. 15. 16.

153 Ducimur ad id etiam ex text. in l. Si ususfructus 66. ff. de iure dot. ubi ususfructus in dotem ab extraneo datur, soluto matrimonio, maritus non compellitur restituere fructus perceptos; sed locare ususfructum uxori, vel vendere pro nummo, ut perceptio fructuum ad mulierem pertineat.

154 Ex quo textu satisfacies ad id, quod Ioann. Guier-

rez notat dict. cap. 35. Scilicet, quod fructus annui census vitalitij restituendi uxori sunt, tanquam principale dotis; alias nulla dotis radix remanet, quæ restituatur uxori: Nam dicendum est, quod remanente illo iure tradito marito, & ex quo percipit proventus, aut redditus & usufructus, vel annuæ pensionis, ut Celsus in §. Si usufructus; remanet dos, nec maritus ad aliud tenebitur.

155 Comprueballo, distinguiendo los casos de algunos textos, y en el n. 37. repite: Sine pacto verò expresso fructus, & usufructus, aut annuæ pēisionis vitalitiæ, ad maritū pertinere verè credimus, l. Dotis fructus, de iure dot. cū aliter iniquum esset, ut onera matrimonij subiret, l. Pro oneribus, Cod. de iure dot. fuissetque contra naturam dotium, ut expressè responder Vlpianus in d. l. Si conuererit, de pact. dot. Profigue su comprobacion hasta el num. 41. y concluye diziendo: Credimus, reiicienda omnia per Doctores tradita, quoad casum nostrum, & notanda tantum: Quod in iure multa constituta sunt, quæ fructuū appellatione non continentur, ut l. Si ex lapidibus, de iure dot. dict. l. Divortio, §. Si fundum, solut. mat. Si enim hæ res per mulierem in dotem dentur, ad maritum non pertinent, cum fructus non sint, sicuti de arboribus responder Consultus, in dict. §. Si fundum. Si autem arbor gremialis est, ac germinat; tunc arbor mulieris erit; germina verò, vel sureuli ab eis collecti, ad maritum pertinent, dict. §. Si fundum, l. 27. tit. 11. part. 4. Sicuti lapides ex lapidicinis renascentibus; cum lapidiciniæ, aut arboris germinantis substantia permaneat, in quo dotis essentia existat, dict. §. Si vir, l. Si fundus, solut. mat. dict. l. 27. vbi Gregor. Lopez, verb. Despues.

156 Annuæ enim pensio, vel usufructus in dotem traditus, arbor gremialis est, germinans redditus, permanente substantia illius iuris pensionem producentis: nec perceptione unius anni extinguatur essentia dotis: nec dissolutione matrimonij per mortem viri, aut divorcium, extinguatur ius percipiendi fructus, causa mariti: Et si morte uxoris finiatur usufructus, aut extinguatur annuæ pensio ad nihilum; nec tenebitur maritus; cum extinguatur ius in stabilitate, ac facultate ipsius rei, l. Caro, & corinm quib. mod. usufruct. amittat. l. Marito habe, vbi Bart. Paulus, de Castro, & Doctores, de legat. 2. Antonius Gomez tom. 1.

var. cap. 12. nu. 41. **NON** factio mariti, l. In ratione, §. Certis
 verò ad l. Falcid. Olvald. lib. 8. cap. 25. lit. N. **NEC** eius cau-
 sa fuit effecta infructuosior res dotalis: Ergo ille suos faciet fru-
 ctus, nec tenebitur ad illorum restitutionem, ut in casu dict. l. Do-
 tis fructus, §. Si usufructus, de iure dot.

157 Nec deviandum credimus ab hac resolutione, ex tra-
 ditis à Doctores in dict. l. Divortio, §. Si vir, solut. mat. adducta
 ad hunc casum à Sarmiento, Gutierrez, & Garcia. **NAM**, ut latè
 notat Molin. lib. 1. cap. 23. à num. 8. Garcia de expens. cap. 22.
 num. 42. D. Ioann. del Castillo de usufruct. cap. 37. per tot.
 laudata Pauli Castrensis sententia, ad hoc, ut lapis casus ex la-
 pidicinis dotalibus, ad maritum pertineat, nihil aliud prospicien-
 dum, ni infructuosior fiat fundus in inuentione, ac cassione lapidum,
 si infructuosior non fiat, ad meritum pertinet. Ex quo fatendum,
 quod cum ex perceptione fructuum, vel pensionum, non fiat dete-
 rior uxoris conditio, cum absolute in ea ipsum ius percipiendi per-
 maneat; fructus, aut pensiones irrevocabiliter, durante matrimonio,
 ad maritum pertinebunt ipso iure.

158 Novissimamente resuelve lo mismo D. Alfonso
 de Olea in addit. ad tract. de cess. iur. tit. 6. quest. 2. en donde,
 despues de aver referido, y explicado los textos, que tra-
 tan del usufructo dotal, propone la question en el num. 10.
 ibi: *Ex dictis circa usufructum, simpliciter in dotem datum,*
vel cum pacto, ut eius fructus computentur in dotem, aut quando
ipsi fructus sine usufructu in dotem dantur; resolvendum est, quid
iuris sit, quando census vitalitius mulieri competens, aliudve ius
annuum ex donatione Principis in dotem datur. Census vitalitius, si
decet in dotem, absque speciali conventionem inter maritum, &
uxorem, ut eius redditus dotalis sint; anxie controversitur inter
DD. an maritus, vel eius heredes, redditus, perceptos constante ma-
trimonio, eo soluto, restituere teneatur?

159 Y responde, Et ommissa distinctione Sarmienti, &
 Antonij Fabri, de qua supra, affirmativam sententiam, quod
 fructus dotalis sint, & restitui debeant, defendunt Spino de testam.
 glos. 13. num. 67. Gutierrez de tutel. 3. part. cap. 35. à num. 2.
 Qui pro ea sex fundamenta expendit, quæ omnia in id tendunt,

quod, si maritus lucraretur hos redditus, consumeretur substantia, & proprietas dotis, cuius natura est, ut debeat restitui, soluto matrimonio; ideoque fructus, qui perimant rem, in dotem datam, & qui non renascuntur, ad maritum non pertinent, l. Divortio 8. §. Si vir, ff. solut. matrim. Nogueroi. allegat. 19. num. 6.

160 Contrariam sententiam, quod redditus census vitalitij constante matrimonio decursi, mariti sint, sine onere restitutionis sequuntur D. D. Ioseph. de Retes opusc. lib. 1. cap. 20. Garcia de expensis, cap. 23. num. 5. Morquecho, qui argumentis in contrarium late satisfacit, de divis. bonor. lib. 2. cap. 11. à num. 19. Rodriguez de redditib. lib. 1. quest. 3. à num. 14. & 16. Qui etiam respondet contrarijs fundamentis; ex Garcia Menochius conf. 579. à num. 1. ad 8. ex Garcia, Porladorio, & Gaspare Thesaur. Mauro Marinis var. resolut. lib. 1. cap. 262. à num. 1. ad 12. **IN ANNUA** pensione vitalitia, per mulierem in dotem data, quæ ei competit ex Regia donatione, quod eius redditus ad maritum pertineant, decisum refert Gaspar Anton. Thesaur. dict. quest. 41. & licet non exprimat, an illa annua præstatio fuerit vitalitia, vel perpetua; vitalitiam fuisse ex eo colligitur, quod eam assimilat usufructui dato in dotem, & ita Thesaurum intelligit Marinis: Si enim perpetua esset donatio, extra dubitationem esset, redditus mariti esse, ut in censu perpetuo, vel redimibili, sine controversia agnoscunt DD. relati; Tondutus resolut. civil. cap. 69. num. 11. tom. 1.

161 Cuius sententia præcipuum fundamentum est, quod, quemadmodum, usufructu in dotem dato, fructus eius ad maritum pertinent, ut supra dixi: quia in usufructu duo considerantur, proprietatis eius, quæ consistit in ipso iure utendi, & fruendi; & fructus, qui ex eo percipiuntur, quæ penitus sunt diversa; ideoque usufructus dotalis est; fructus vero mariti sunt, ut rectè advertunt Rodriguez, Garcia, & Merlinus; cumque census, seu alia annua præstatio, mulieri competens pro eius vita, usufructui equiparetur, D. Retes dict. cap. 1. num. 1. Gratianus discept. cap. 756. num. 6. & 7. **CV** M pensiones, & redditus in fructu sint, ex l. usufructu 7. ff. de usufruct. legat. Thesaur. dict. quest. 41. num. 4. Andriæ Schifferus quest. pract. quest. 10. per

per tot. *QVI* mulierem, quæ in dotem attulit annuum redditum super quibusdam salinis, assimilat usufructuaria; & ex eo resolvit, & decisum fuisse asserit, redditus ex salinis perceptos, non ad mulierem, sed ad maritum, vel eius heredes, pertinere, tanquam dotis fructus.

162 Y despues de aver confirmado esta doctrina. n. 14. & 15. responde tambien en el 16. al fundamento principal de la contraria, teniendo la que sigue por la mas verdadera, y por comũ, ibi: Cui sententiæ, quæ verior, & communis est, non obstat, quod, ea admissa, si mulier prius decederet, extingueretur census, vel annua præstatio, & dotis substantia consumeretur: sin autem per mortem mariti solutum esset matrimonium, census deterior redderetur mulieri, & minoris valoris propter redditus perceptos tempore matrimonij, ad dicta tit. 6. quæst. 10. nu. 14. *NAM* responderetur idem accidere in usufructu in dotem dato, qui, sicut, & census vitalitius, non tam ex perceptione fructuum, quam ex tempore deterioratur, aut finitur: *NEC* in consideratione est, quod per temporis lapsum census, aut usufructus, deterior fiat, aut extinguatur: quia id etiam accidit in alijs bonis dotalibus inæstimatis, non recipientibus functionem in genere suo; quæ, si extra culpam mariti deteriorentur, aut pereant, id damno mulieri est, l. Plerumque 10. l. Si res æstimata 12. §. 1. in fin. l. Res in dotem 42. ff. de iure dot. &c.

163 Dilata su comprobacion por muchos numeros aunque con interposicion de otros puntos, y questiones, y remata su addiciõ en el 39. en que refiere la novissima decision del Consejo Real de Castilla, a que concurriõ el mismo Autor, haziendo tãbien memoria de la disputa, que refiriõ Salcedo, aunque sin explicar lo que entonces se avia decidido. *Additionem istam* (escribe) scripsi, occasione litis disceptatæ in Regio, & Supremo Castellæ Consilio, me Iudice cum alijs doctissimis DD. Consiliarijs, inter Excellentissimum Dominum Comitem de Medellin, cum Excellentissimo Duce de Caminna, & D. D. Roderico Portocarrero, eius filijs; qua, remissa prius in discordiam ad aliam Aulam, decisum fuit, Exc. Comitem non teneri restituere redditus præceptos ex donatione Regiæ vitalitia

ad Exc. suam uxorem prædefunctam pertinente. Aliam literam super eodem puncto, disputatam fuisse in Regio Consilio, & remissam ad tres aulas aſſeric D. Salcedo in Theatr. honor. glos. 52. num. 29. videndus à num. 21. sed non refert, quid in ea iudicatum.

164 De que se infiere, quan pocos son los Autores, que favorecen a la parte contraria, de los que dize en el num. 106. que conforman en su dictamen; y quan poco nos puede obstar lo que en los num. 107. 108. y 109. pondera de la gravedad de la question: pues, hallandose yá seguida por tantos, que mas modernamente han escrito, con respuesta a los q̄ escrivieron antes, y a los fundamētos, que para su sentir tuvieron; y decision, que con vista, y consideracion de vnos, y otros, saliò; lo que primero pudo ser question, es yá dotrina calificada, que en semejantes casos deve seguirse, ad text. in l. Filius, ibi: Sic inveni Senatam censuisse. ff. ad l. Corneliam de fals. l. 1. §. Air sextus, ibi: Sic esse iudicatum, ff. ad sylan. & in l. 1. ibi: Extarentque exempla, ff. de Offic. Perfect. Prat. cum traditis à Valasco consult. 148. n. 34. Gamma decis. 228. Cavedo decis. 212. n. 5. p. 1. Graciano discept. forens. c. 127. n. 40. cum seqq. Como ni puede obstarnos lo que se quiere persuadir en los n. 110. 111. 112. y 113. sobre que la voluntad de los contrayentes pudo en la carta de pago declarar, y decidir la disputa a su favor, por la razon de que es mas de hecho, y de voluntad, que de drecho. Porque respondemos, que la disputa, y la question es, en respeto de la constitucion de la dote, al tiempo de contraer el matrimonio, y pactar los contrayentes, antes de celebrar el contracto; pero en respeto de la constitucion, estimacion, y pactos, hechos despues del matrimonio contraido, como aqui sucediò; nadie ha dudado, que el marido no los puede hazer en perjuizio de los bienes vinculados, y sus successores, como yá tenemos fundado.

SEPTIMA EXCEPCION.

165 Esta excepcion comprehende toda la cantidad de

de ducados de vellon, que se pide por la dote, y firma de dote de la Señora Marquesa; y consiste en q̄ alegandose para esto, que el Señor Marques recibió los generos, ò especies de bienes, que arriba se han referido, estimadas como se pretende, con aquella estimacion, que haze contrato de empcion, y vendicion; necessariamente se ha de atender, para la restitucion, y satisfacion de dicho credito, a la estimacion de dichos bienes al tiempo del contrato del matrimonio en que se alega se recibieron. Y esto por dos razones; La vna, especial de las dotes, porque el uso de la dote, que el marido recibe, sirve para llevar las cargas del matrimonio, *l. Pro oneribus, Cod. de iur. dot.* y la estimacion, que al marido le ha de servir para esse fin, precisamente es, y ha de ser, la que la moneda dotal tuviere al tiempo, que ha de usar de ella, como lo dicta la razon natural, y la experiencia, y practica en qualquiera dote, que ha de ser de provecho; y assi aquella estimacion, y no otra deve satisfacer al tiempo de la restitucion; porque la otra, que es la que se pretende ex aduerso, del tiempo de la restitucion, ò solucion de la dote, yà no es, ni puede ser considerable para el caso; pues, como sea de tiempo, en q̄ yà murió el marido, y por su muerte acabò el matrimonio, y por esta causa cesse el fin, y la razon del uso, y goze de las dotes, y su estimacion; tarde, mal, y en vano, se considera la de este tiempo, no siendo la que se recibió, ni la que sirvió para el fin, porque introduxeron los derechos las dotes en el mundo, en cuyos terminos citamos *in 1. allegat. num. 112.* la doctrina puntual de Aloysio Riccio, que llena vna coleccion de decisiones, y Autores, en su comprobacion.

166 La otra razon, especialissima del caso presente, es, porque quando los bienes, ò especies, que se llevan en dote, se estiman con estimacion, que se pretende hizo empcion, y vendicion; aquella estimacion se tiene por precio de las especies, ò bienes estimados, como arriba se ha dicho; y deviendo ser el precio de aquel contrato, por su pro-

pia naturaleza, segun la estimacion de aquel tiempo, como también arriba se dixo; de aqui nace, q̄ aquella misma estimacion, ò precio, en q̄ los bienes estimados se recibieron, es la que se ha de restituir, y pagar; no la que, disuelto yà el matrimonio, y desvanecido, ò acabado yà el efecto del mismo contrato de la empcion, y vendicion, huviere sobrevenido; qual seria la del tiempo de la restitucion, y solucion de la dote; que essa no puede caer yà sobre materia; en cuyos terminos citamos tambien *in ead. allegat. & num. 112.* la doctrina puntual de Mario Giurba, que junta otros muchos.

167 Responde la alegacion contraria *num. 114. & seqq.* a dicha excepcion, y doctrinas, que llevamos referidas, que la comun, y mas admitida censura del drecho, y Doctores tiene lo cõtrario, segun la Addicion de Cesar Virgilius a la *decis. 194. de Afflictis*; A que dezimos, lo primero, que *Afflictis* en dicha *decis. 194.* refiere en nuestros mismos terminos de restitucion de dote, aver entendido, y resuelto, en conformidad, el Cõsejo de Napoles, ser el tiempo del contrato del matrimonio, el que devia atenderse para la estimacion de la dote, que se avia de restituir, constituida en su principio en cierta moneda; refiriendo también, y nombrando, por celebres Jurisconsultos, los demàs, que intervinieron a votar la causa; cuya decision sola podia bastar, por su grande autoridad, en este punto, como en otro dixo D. Joseph de Rosa *consult. 54. num. 25.* en donde aviendo propuesto en el *num. 21.* la question, y su sentir a nuestro favor, lo prueba en primero lugar à *ratione* en los *n. 22. 23.* y *24.* y passando a probarlo *ab autoritate* en el *n. 25.* dize: *Authoritate verò hæc assertio probatur; & quidem sufficere deberet autoritas Afflictis, immò, & totius Sacri Consilij, à quo congregato fuit in ea decisione ita determinatum, presidentibus eo tempore eminentissimæ scientiæ viris, quos Afflictus enumerat; & decisio in propria nostra specie restitutionis dotium facta est; & illam in hunc sensum accipiendam esse bene observat Carol. Molin. Bolognet. Grivell. Berlich & plerique alij in locis infra citan-*

sandis, & patet ex ijs quæ scribit *Afflictus ipse num. 4. & 5.*
 & nos *infra latius explicabimus*; la qual aun al mismo Cesar
 Virilis parece le hazia gran fuerza, segun la templanza con
 que entrò a anotar lo contrario, vt *n. 2. ibi: Verò adverte, si
 placet, quòd quatenus Afflictus hic velit, &c. & nu. 4. ibi:
 Et propterea in prædictis, si oblectant, nota vnum.*

168 Ni se deve dexar de reparar en que la ale-
 gacion contraria quiera dar a entender en las palabras,
 que transcribe *num. 115. in fine* del mismo Addicio-
 nador, que este imprueba la decision, ù doctrina de
Afflictis, transcribiendolas de otro modo, que el que
 se lee en su original, pues del modo, que las trans-
 crive es este: *Quod in bonitate prædicta extrinseca atten-
 datur tempus solutionis, & non contractus, licet Afflictis, ut
 vides, aliter referat, & male: como si le refutara el dictamen;*
 y del modo, que en su original se leen, es asì: *& in omni-
 bus prædictis concordat Andreas in tit. Quæ sunt Regalia, in d.
 verb. Monetæ, videlicet, quod in bonitate extrinseca attendatur
 tempus solutionis, & non contractus; licet EV M Afflictis, ut
 vides, aliter referat, & male;* y asì el aliter referat, & male,
 vâ al citar, ò referir a Iuan Andreas, no a lo que se decidiò,
 y escriviò en lo sustancial de la decision.

169 Lo segundo, porque Cesar Virilis en dicha ano-
 tacion tampoco habla con mucha seguridad, ò por lo me-
 nos reconoce la limitaciõ de nuestro caso, que es el de pe-
 dirse, como de estimacion, que precediò, la cantidad cor-
 respondiente a ella, pues en el *n. 2. ad fin.* cita a Boerio en la
decis. 3 27. y a Baldo *cons. 213. vol. 5.* que nos favorecen, di-
 ziendo despues: *Movetur isti Domini ad firmandam hanc
 communem opinionem inter cætera per text. l. Si inter virum, C.
 de iure dot. & per ea quæ voluit Socin. &c.* siendo asì que
 el texto *in dict. l. Si inter, Cod. de iure dot.* es decisivo contra
 lo que vâ el mismo Cesar Virilis anotando; pues decide, que
 en caso de no restituirse las especies, ò bienes, que se lle-
 varon en dote, se ha de restituir la estimacion, que enton-
 ces tenian, y no otra, con estas palabras: *Si inter virum,*

Et uxorem pactum sit interpositum, ut si matrimonium, intra quinquenij fortè tempora, quoquo modo esset dissolutum, species æstimatæ, doti datæ, pretio, quibus æstimatæ sunt, reddentur: manifestum est, non pretia specierum dari, sed ipsas species debere restitui: cum in placitis specierum reddendarum, idcirco pretiorum nomen videatur annexum: ne, si species aliqua diminuta fuisset, aut perditæ, alio pretio, quam quo taxata fuerat, reposceretur.

170 Lo tercero, porque con dicho texto tambien citada a Socino, ibi: *Et per ea, quæ voluit Socin. in cons. 56. consilij nostris num. 7. col. 1. volum.* que habla en los mismos terminos del texto referido, y de vno, y otro deduce, quod postquam est data pecunia debitori, & per consequens translatum dominium; omne commodum, vel incommodum est commune. Sicut dicimus de marito, qui recepit rem æstimatam in dotem, quod omne commodum, vel aliud, est ipsius, postquam habet dominium rei, pro ut etiam sunt annotata infra decis. 270. con que entiendo, que en caso de preceder estimaciõ hecha al tiempo del contrato, esta, y no otra es la que se ha de atender; y como en el presente pida la parte adversa la cantidad de reales, y ducados de vellon, que importò la estimacion de las especies, ò bienes dotales, al tiempo del contrato del matrimonio; se infiere, que la estimacion de los reales, y ducados de vellon de entonces, y no la de despues, era la que se devia aver hecho constar en processo. Y lo confirma en la anotacion a la decis. 270. a que se remite, en donde concluye: *Et de prædictis, quod per emptionem quis dominus efficiatur ad omne commodum, si ve damnatum suum, in subiecto mutationis monetæ notavi supra in decis. 194.*

171 Lo quarto, porque despues de aver anotado todo lo que conducia a la opinion contra lo que Afflictis avia escrito, y de aver reparado en q̄ Boerio, a quien haze de dicha opinion, referia aver conformado la decision de su caso con la de Afflictis, siguiendo tambien a Baldo vt ibi: *Licet referat diversimode indicatum ibi in Curia Parlamenti, quando scutus fuisset datus tempore consignationis ad rationem libra-*

brarum, vel solidorum; quia illarum estimatio deberet reddi, secundum Baldi opinionem cons. 213. Punctus questionis 5. volum. advierte, que no obstante aquella contraria opinion, avia buelto a decidir lo mismo el Sacro Consejo de Napoles en otra causa, que se avia disputado, alli: Quæ, licet vera esse videantur, & magis communia inter scribentes, quod tempus solutionis attendatur circa valorem monete mutatae, & sic circa bonitatem extrinsecam; TAMEN aliter videtur determinasse Sacrum Consilium in simili questione, si ve facti specie, videlicet, quidam Mercator, &c. y la refiere largamente. Y aunque, quiere ultimamente interpretar esta decision, alli: Nisi forte diceretur Sacrum Consilium considerasse, &c. dandole varias inteligencias; tambien lo haze con aquella poca firmeza, nisi forte, &c. y mas abaxo: Et propterea in prædictis, SI OBLECTANT nota, &c.

172 Lo quinto, porque se deve hazer diferencia de la moneda, en que se contrata, y su estimacion, y la moneda con que se ha de pagar, y la fuya, quando esta es variable; pues quando se contrata en vna moneda, y la paga se ha de hazer con otra, cuya estimacion estrinseca es variable; entõces en respecto de esta, entra la questiõ de si se ha de atender para la paga, la estimacion, q̄ tenia al tiempo del contrato, ò la q̄ tiene al tiempo de la solucion; pero la estimaciõ de la moneda por la qual se paga con otra, siẽpre ha de ser la q̄ aquella tenia al tiempo del contrato; como aqui sucederia, si aviendose de pagar con libras, y sueldos Iaqueses, que es nuestra propia moneda, la cantidad de moneda de vellon, a cuya estimacion se reduxo el contrato dotal de los Señores Marqueses; los sueldos Iaqueses de que se compone la libra, fuesen variables, y al tiempo del contrato cada sueldo valiesse 12. dineros, y al de la solucion valiesse 10. que en tal caso, si la estimacion de la cantidad de ducados de vellon al tiempo del contrato correspondiesse a la cantidad de diez mil libras, y cien mil sueldos Iaqueses, y esta fuesse la que se avia de pagar; entrava la questiõ de si los herederos del Señor Marques satisfacian

pagando las diez mil libras, ò cien mil sueldos, que era la cantidad cierta, a que la de vellon al tiempo del contrato correspondia; aunque los sueldos valiesse aora dos dineros mas cada vno, y esta fuesse su estimacion al tiempo de la paga: ò si se avian de pagar, segun la estimacion, que tenian al tiempo de la paga, que era de 10. dineros cada sueldo tan solamente, y assi se avian de pagar tantas menos libras, y tantos menos sueldos, quanto importare la baxa de los dos dineros por cada vn sueldo, y 40. dineros por cada libra, que es la diferencia con que responde D. Ioseph de Rosa *dict. consult. 54. num. 26.* a los que dicen, que para el valor de la moneda se atiende al tiempo de la solucion, y no del contrato, explicando, y exemplificando esta doctrina, que merece ser vista en su original.

173 Mas no estamos en nuestro caso en los terminos de dicha question en respeto de la moneda, en que la otra parte pide se le pague la estimacion de la cantidad de ducados de vellon, que arbitrablemente computa: porque la Iaquesa de nuestro Reyno, no ha padecido, ni padece baxa, mudança, ni variacion segun los *Fueros de cursu monete*; con que cessa toda la dificultad, y queda en limpio, que la estimacion de la cantidad de reales, y ducados de vellon, que pide, se ha saber, qual era, y a que cantidad de libras, ò sueldos Iaqueses correspondia, al tiempo del contrato, para que se pueda hazer el computo con seguridad, y justificacion.

174 Y vltimamente, aunque entre los que han escrito en estas materias, como en todas las demás, aya diversidad de opiniones; lo cierto es, que en la razon, y la autoridad, es la que favorece a esta parte, superior; especialmente en los terminos de restitution de dote, como V.S.I. se servirà de ver en D. Ioseph de Rosa *d. consult. 54. ex. n. 21.* que es, en donde propone la duda, hasta el 31. en donde concluye su resolucion, y respuesta; que es alegacion moderna, y abundante para estos puntos, y nos puede es-

cusar de alargarnos mas en su comprobacion; sin omitir el
 q̄ esta opinion es tambien la que se halla seguida, y practi-
 cada comunmente en los Tribunales, como de la decision
 de Afflictis, y la misma anotacion de Cesar Vrsilis sobre
 ella, se colige; y lo atesta con otros Aloysio Riccio en su
 colectanea 1722. part. 5. que dexamos citada, en donde,
 referidas varias decisiones, dize: *Ex quibus decisionibus appa-
 ret hæc communis opinio Decisionariorum, ut testatur etiam Ca-
 pella Tholos. in decis. 99. ut testatur etiam Idem Farinac. in
 decis. Rot. Rom. 909. Et fuisse etiam decisum in Prætorio Fri-
 zizanen. testatur Borgn. Cavalc. decis. 3. part. 4.*

175 Fuera, de que en el caso de pedirse esta, ò la otra
 cantidad, por la estimacion, que se hizo de las especies, ò
 bienes, que se dieron en dote, qual es el nuestro; ningun
 Autor se ha visto, que niegue, deva atenderse al tiempo del
 contrato, para satisfacer la estimacion, que en aquel tiem-
 po se hizo de aquellas especies, ò bienes dotales; y asi en
 estos especialissimos terminos, queda la doctrina de Giur-
 ba sin contradiccion.

176 Y juntandose a esto el pedirse, que aque-
 lla cantidad se pague en vna moneda, cuya estimacion
 siempre ha sido, y es, vna misma, qual es la laquesa de este
 Reyno; estamos fuera de los terminos, en que los Autores
 discurren, sobre si para dar satisfacion con ella, se ha de
 atender el tiempo del contrato, ò el de la solucion: porque
 en vn tiempo, y otro, ha sido, y es vna misma su estimacion;
 y unicamente se ha de atender a la que tenia la moneda
 de vellon al tiempo, que se contratò en dicha moneda, por
 la qual se pide agora satisfacion en moneda laquesa, segun
 la distincion, con que explicò D. Joseph de Rosa este pun-
 to, y antes lo entendiò hablando de dos monedas Areti-
 no *conf. 84. sub num. 5. vers. Venio ijitur ad secundum.*

177 Con esto tampoco parece puede obstar la doctrina
 de Cencio, que en ex adverso se transcribe, *nu. 116.* porque,
 ademàs de que habla en terminos de contratos de censos,
 en q̄ puede aver otra razon por su especial naturaleza; y no

en los de restitucion de dote, y dote, q̄ se pide por estimada, que son los nuestros; habla tambien en caso, en que la misma moneda con que quiere pagarse la pensión, ò redimirse el censo, ha tenido variacion, y mudanza; lo que no puede aplicarse a la laquesa, como tenemos dicho.

178 Ni la de Tonduto Sanlegerio, transcrita en el n. 117. Lo primero porq̄ habla de dote prometida, y recibida en moneda generica, que llaman imaginaria; esto es, de q̄ no ay cierto cuerpo, ò materia, qual es la libra; por la qual las monedas especiales, que tienen cierto cuerpo, ò materia, se estiman, y comprehenden, con capacidad de que qualquiere de ellas supla, y corra en lugar de la otra; en cuyo caso el marido satisface a su obligacion, restituyendo vna, ò otra especie, comprehendida en aquel genero, segun la estimacion de cada vna, y con la distincion de su variacion, ò mudanza, respeto de la bondad intrinseca, ò extrinseca, como el mismo Tonduto explica; y mejor, y mas latamente Don Ioseph de Rosa *d. consultat. 54. num. 2. ad 20.* pero esto es pagando, y satisfaciendo en la misma moneda prometida, y recibida, generica, ò interpretativamēte, que ha tenido variacion, y mudanza, como se ha dicho arriba; lo que tampoco puede tener aplicacion al caso presente, que es el de pedir, que se pague en moneda laquesa de nuestro Reyno, invariable, y no comprehendida en la de ducados de vellon.

179 Lo segundo, que el mismo Tonduto reconoce, que en el caso de restitucion de dote, que se pretende, q̄ y ò se estimò, no entra la question, *ut num. 5. ibi: Cum species receptas non fuisse estimatas supponamus,* con la *l. Si inter 21. C. de iure dot.* y que en tal caso, siempre es lo que se ha de pagar, y recibir aquella estimacion, que se hizo al tiempo del contrato, *ut num. 10. et seqq. præcipue num. 12. ibi: Et ideo non possunt peti, nisi centum librae, sicut dicitur de re data in dote, estimata.*

180 Lo tercero, porque la moneda de vellon, para en este Reyno, no se ha de considerar como moneda, sino como

mo especie, ò mercaderia, segun lo que aun de la de oro, dixo el Doctor Suelves *conf. 64. num. 2. lib. 1.* y assi del modo que de las primeras especies, ò bienes llevados en dote, se ha de atender la estimacion de ducados de vellon con que se estimaron; assi tambien de esta segunda especie de moneda de ducados de vellon, y estimacion que le ha de corresponder para satisfacerla, en propia, y verdadera moneda laquesa, se ha de atender la estimacion, que tuvo en aquel mismo tiempo; argumento que parece bien claro.

181 Lo quarto, porque conformando todos los Autores, en que siempre la estimacion del valor intrinseco, que la moneda en que se contratò, tenia al tiempo del contrato; es la que se ha de atender para su paga, y satisfacion; de necesidad se avia de aver hecho constar en proceso, qual, ò quanto era el valor intrinseco de la moneda de ducados de vellon en dicho tiempo, para certificar, y liquidar el credito de la dote, y obligacion de restituirlo, lo que tampoco se ha dicho; y mas aviendose de pagar, y satisfacer en la moneda propia, è invariable de Aragon, la cantidad correspondiente, por lo menos a aquel valor intrinseco, que la de ducados de vellon tenia al tiempo del contrato; que es convencimiento inevitable del defecto, que representamos, de la incerteza, è iliquidacion, con que dicho credito se pide, con sola la probanza generica, y dudosa, de que los ducados de vellon en la *Villa de Madrid*, donde se otorgò la *Capitulacion matrimonial de los dichos Señores Marqueses D. Joseph de Funes y Villalpando, y Doña Maria Leonor Monroy y Aragon, y en los Reynos de Castilla, de muchos años continuos, hasta de presente, continuamente, un ducado de vellon, ha valido, importado, è importa, segun su comun estimacion, la cantidad de 13. suel. y 4. din. laqueses*; dexando en incierto todavia, no solo el valor extrinseco del tiempo de la *Capitulacion*; sino tambien el intrinseco de la moneda de los ducados de vellon.

182 Menos obsta la doctrina de Giurba del *nu. 118.*

Lo primero, porque habla de especies, que se llevaron en dote, *in pondere, numero, & mensura consistentes*, como vino, azeyte, trigo, y otras semejantes, cuya restitucion se satisfice, bolviendo otras, que fueren de la misma calidad, y bondad, al tiempo de restituirlas, por juzgarle, y tenerse, segun la opinion de Ayora, que antecedentemente refiere, por las mismas que se recibieron; y esta opinion de Ayora dize Giurba procederia, *si in genere eorum alterum in dotem viro datam fuerit*: por la razon, de que, *cum genus non pereat, consequens est, ut totidem reddere vir possit, aut eius valorem, vel estimationem, in specto tempore, quo solvitur matrimonium, non autem contracti matrimonij, & dotis receptæ tempore*, que no es nuestro caso; porque las especies, ò bienes que se llevaron en dote, no consistieron in pondere, numero, vel mensura; y ademas de esto, se estimaron, y se pide aquella estimacion, que se hizo de ellos.

183 Lo segundo, porque despues inmediatamente refiere el mismo Giurba segunda opinion de Escobar, que niega, *totidem restituendum, sed pretium quanti valeret consumptionis tempore*; y declarando tambien esta opinion, que no haze a nuestro proposito; passa a referir tercera opinion de Maranta, que es con la que queda, y la amplia a nuestro favor, diziendo: *Tertia fuit Marentæ opinio, cons. 139. pretium omni in casu restituendum uxori esse, in rebus pondere, numero, vel mensura consistentibus, INSPECTO eorum valore contracti matrimonij tempore, Sanz, d. cap. 9. n. 3. 4. VT LICET nulla fiat estimatio, censeatur tamen facta à lege, cum facta censeatur pro pretio, quanti contractus tempore valebat, & maritus potest illam consumere, & alienare, Gloss. l. Estimata, ff. solut. matrim. Bald. l. Res in dotem, ff. de iure dot. SIC usufructuarius olei, vel vini, finito usufructu, electionem habet dandi rem, vel pretium quanti tunc fuerit estimata; cum eam recepit, ad quod tempus legalis estimatio refertur, l. Si tibi olei, ff. de usufruct. ear. rer. que usu consum. &c. Marant. dict. cons. 139. num. 2. AMPLIA 1. si pro pecunia, aut certo eius pretio, datum sit oleum, frumentum, Maranta dict. cons. 139. num. 1. VBI enim in re dotali fit men-*

io pretij, ibi contractus emptionis est, l. fin. Cod. de præd. Curia-
lib. lib. 10. &c. *AMPLIA* 2. ut si oleum restituere promis-
serit, in ea tamen æstimatione se redditurum promississe intelli-
tur, qua fuit datum, Marant. dict. cons. 139. num. 4. 5.

184 A la probanza de testigos, con que se quiere
certificar, y liquidar el valor de los ducados de vellon, te-
niendose por legitima en el num. 109. aun en procesos pri-
vilegiados de aprehension, y lite pendiente, y por impossi-
ble otra, con la practica, que se afsienta en esta, y otras ma-
terias semejantes, y el exemplo de la liquidacion de me-
joras. Respondemos, que segun la *Obs. pen. de pign.* la li-
quidacion, que se ha de hazer con testigos, necessita de vn
proceso ordinario, capaz de su contradicion, segun Miguel
del Molino, *verb. Liquidatio*, fol. 210. y Miguel Ferrer *in*
method. proceden. fol. 2. *in dorso ad finem.* Y en terminos de li-
quidacion de cuenta, idem Molin. *in verb. Emparamentum*,
fol. 115. col. 3. *ad fin.* *Et in verb. Manifestum*, fol. 221. col. 2.
ad fin. cum seq. Y estos procesos de aprehension en el articu-
lo de lite pendiente no son capaces de liquidacion, ni con-
tradicion de testigos, *For. Item por dar forma* 23. *de apprehens.*

185 Ni la imposibilidad q̄ se dize, de probar dicho va-
lor en otra forma, puede dispensarla, no aviendo alguna en-
traer otras probanzas de Prematicas, documētos, y testimo-
nios, por donde facilmente se podia hazer constar; de otro
modo, del dicho de dos testigos, a quien no se puede con-
tradezir, vendria a pender la estimacion de vna dote, quã-
do aun la que con mas seguridad se haze, contraido yà el
matrimonio, y en perjuizio de los successores de bienes
vinculados, quales son los aprehendidos en este proceso,
es de tan poco efecto, como tenemos representado; cir-
cunstancia que puede diferenciar este caso de otros (si al-
guno, ò algunos fuessen) en que se pueda aver practicado
el admitir estas probanzas sobre valor de ducados de ve-
llon, para pagarlos en moneda laquesa; como tambien el
especial de admitirse probanza, y liquidacion de mejoras
se diferencia de qualesquiera otros, por fundarse en col-

tumbre, ò praxi admitida, que como desviada de la regla Foral deve contenerse en sus mismos terminos, sin que pueda por argumento de semejança, identidad, ò mayoría de razon, estenderse a otros casos, *ex iuris regula in l. Quod verò 14. ff. de legib. l. Si verò 64. S. De viro 9. ff. solut. mar. & Obs. 3. tit. declarat. monetaric. Molin. in verb. Consuetudo, fol. 73. col. 3. & in verb. Possessio, fol. 258. col. 3. Suelv. conf. 33. num. 28. & conf. 42. num. 19. & 20. lib. 2.*

186 Lo que en el *num. 120.* se responde a la discrepancia del valor de cada ducado de vellon en la reducciõ a moneda laquesa, alegando ser de 13. suel. y 4. din. laqueses, y diziendo los testigos ser de 11. suel. y 8. din. no parece puede satisfacer: porque el dezir fue error del alegato, y que en la suma de 13. ϕ . y 4. din. se contiene la de 11. y 8. no evita el que pueda ser lo contrario, ni el que la verdad sea lo que los testigos dizẽ; pues vno, y otro puede ser; mas entre esta diversidad, no se admite conciliacion con pretexto de error, sino que se tiene por incerteza de lo vno, y lo otro, que vicia la peticion, que en ello funda; *ex relatis in 1. allegat. num. 146.* especialmente quando en la misma proposicion, que ha dado la parte adversa en otra aprehension, introducida despues de esta, en la Real Audiencia, de la Baronía de Figueruelas, y Cabañas, en donde tambien este credito se pide; se halla en el *artic. 50.* otro alegato sobre el mismo valor, no solo diverso del de este processo, sino tambien de la dicha probanza de testigos hecha sobre el, pues contiene: *Que en la Villa de Madrid, en donde se otorgò la dicha Capitulacion matrimonial de los dichos Señores Marqueses Don Ioseph, y Doña Maria Leonor, y en los Reynos de Castilla, de muchos años continuos hasta de presente, el ducado de vellon se ha formado de onze reales, que reducido a la moneda de este Reyno, ha sido, y es de valor, y estimacion de diez sueldos, y quatro dineros laqueses, y vn quinto: como para mayor instruccion de la verdad constará a V. S. I. por el Sumario hecho, y entregado por las partes, fol. 33. con la circunstancia, de que vno de los testigos, que es Mossen*

Ioseph Gonzalez, depone en ambos procesos, provt in articulo ; con tanta diversidad de vn dicho a otro , como de lo dicho se manifiesta: Y en este processo es el 2. à fol. 3939. y en el de la Real Audiencia es el 3. à fol. 2127. segun el mismo Sumario, fol. 34. ad finem. Con que todo es duda, y confusion.

187 Además , de que nunca la estimacion de la moneda de vellon puede justamente igualarse a la laquefa , ò de plata , como largamente escribe el Fiscal D. Iuan de Larrea *decis. Granatens. 11. per tot. precipue, num. 36. & seqq. & decis. seq. & decis. 21. num. 11. & seqq. & decis. 23.* advirtiendò , que en Castilla suele aumentarse el cambio de a diez por ciento , quando se ha de pagar vna moneda con otra, *vt in dict. decis. 21. num. 30.* y que en otros Reynos es ninguna su estimacion , *vt ibidem sub num. 26. ibi: Sed, & si in aliud Regnum, VBI NULLVS VALOR PECVNIAE, vt intra Hispaniam, Lusitaniam, ARAGONIAM, Valentiam, migrare veller, nec itineri necessaria potuisset eius Regni limitibus inferre.*

OCTAVA, Y VLTIMA EXCEPCION.

189 Fundase en la regla de que no puede la restitution de la dote pedirse, ni exercitarse su exaccion en bienes vinculados, sino en defecto de libres , ex D. Ludovico Molina *de primogen. lib. 4. cap. 6. num. 1. & 2.* D. Francisco Salgado *in labyrinth. credit. part. 1. cap. 11. nu. 122. & part. 3. cap. 4. num. 20. & seq. & cum alijs noster Suelves cons. 28. num. 13. lib. 1.* y que de las probanzas, asì de testigos , como de instrumentos , que se han presentado en processo, consta, que el Señor Marques dexò al tiempo de su muerte, diversos bienes libres , contra los quales se devia en primero lugar aver intentado la accion dotal ; y despues, por lo q̄ faltasse, contra los bienes vinculados; cuya omision excluye la accion en este processo intentada; ò alomenos la haze incierta , è iliquida , por no aver passado primero por los bienes libres hypotecados en primero

lugar a la restitucion de dicha dote , y su aumento, de donde avia de resultar la certeza , y liquidacion de lo que podia pedirse contra los vinculados.

190 Respondefe en la alegacion contraria a esta excepcion ex *num. 121. cum seqq.* y lo primero se dize en el *num. 125.* que de los bienes muebles , que quedaron en Aragon, vnos se hallan inventariados , y en el processo de inventario opuesta la Señora Marquesa de Offera , Doña Atanasia Abarca de Bolea, viuda del Señor Marques Don Francisco Jacinto, en fuerza de su credito dotal , anterior al de la Señora Marquesa Doña Maria Leonor de Monroy, y Aragon, madre de la Señora Condesa de Montijo; y que afsi hallandose dichos bienes implicados con otros creditos, y no expeditos, y desembarazados para cobrar, y exigir de ellos su credito dotal posterior , no se ha de hazer cuenta que los ay, con algunas Doctrinas, que para esto se juntan.

191 Pero se replica, que la Señora Condesa de Montijo compareció en dicho processo de inventario , alegando, y confessando fer los bienes inventariados de la herencia vniversal del Señor Marques su padre, y que como a heredera suya le pertenecian en fuerza de su testamento; y aunque la Señora Marquesa Doña Atanasia se opusiera en el mismo processo, como acreedora; ni se ha calificado hasta aora su credito; ni aunque se le calificasse, se haze constar, que confuma, y absorba todos los dichos bienes.

192 Y las doctrinas que ex aduerso se citan, hablan en casos diferentes, como es el de la decision 144. de Merlino, en que no se intentava la accion de dote subsidiaria contra bienes vinculados, sino contra los libres, hypotecados generalmente a la restitucion , para lo qual tenia eleccion el acreedor dotal, y no necesidad de recurrir a ellos en subsidio, y defecto de otros especialmente hypotecados, que era la razon de dudar de dicha decision , como se puede ver en el *num. 12.* antecedente , ibi: *Hypoteca verò specialis non impedit agere contra bona generaliter obligata,*

gata, eorumque possessores, stante forma Camerali, in predictis instrumentis apposita, quæ tribuit electionem creditori, reiecta excusationis necessitate, Socin, &c. è inmediatamente profigue diciendo: *Quæ fortius procedit in hoc casu, in quo nedam non constat, quod dicti census remanserint in hereditate Antonij Mariæ; imò contrarium resultat ex lectura inventarij, in quo non leguntur descripti, iuxt. gloss. fin. in l. Cum de lege, ff. de probat.* y aqui se subfigue el fragmento q̄ en contrario se transcribe: *Nec illos esse liberos, & expeditos, ita quod haberi possint sine litibus, acque dispendijs, quæ malier, ac eius heredes non tenentur subire, Castrenf. &c.* con que no se aplica esta doctrina a los terminos de accion dotal necessariamente subsidiaria contra bienes vinculados en defecto de libres, como explicando la diferencia entre ambos casos de obligacion general, y especial, y de obligacion de bienes libres, y vinculados, afirman Avendaño in l. 46. Tauri, gloss. 9. num. 8. Azevedo cons. 38. num. 28. & 9.

193 Y el de la decis. 145. tampoco tiene aplicacion porque supone, que sobre los bienes libres avia yà precedido sentencia graduatoria entre los acreedores anteriores, a quienes se avian adjudicado en satisfacion de sus creditos, como de sus mismas palabras se demuestra; lo que aqui no ha sucedido.

194 Ni el de la decis. 101. del mismo Merlino, transcrita en el num. 126. porque alli constava ciertamente, que no podia exigirse, y cobrarse el credito dotal de los bienes libres, que se dezia aver heredado el marido, de vna hermana suya, llamada Laura; porque constava, *alia fuisse iudicialiter evicta, alia verò censibus, debitisque ipsius Lauræ* (que era la testadora) *& litibus obvoluta;* pero aqui no consta que la Señora Condesa de Montijo, sin embargo de la oposicion de la Señora Marquesa Doña Atanasia, no pueda obtener en el inventario.

195 A que se aumenta, que en dicha decision se considerò otra razon especial, que en nuestro caso no milita; y era, el que alli pedia sus creditos dotales la misma mujer,

ger, que con ellos avia de alimentarse, y sustentarse, como se lee en las palabras inmediatas al fragmento transcrito ex aduerso, en donde se omitió transcribirlas, ibi: *Sed necessarium est, quod sint alia, ex quibus absque alia lite, & controversia, dos cum effectu haberi possit, ITA ut talia bona possint deseruire pro alimentis, & sustentatione mulieris;* lo que aqui no se verifica; pues la Señora Marquesa Doña Maria Leonor de Monroy, acreedora dotal, no es la que pide la dote, fino la Señora Condesa de Montijo su heredera, en quien no puede considerarse la misma razon.

196 Y aunque Don Luys de Molina *de primog. lib. 4. cap. 7. num. 27. & seqq.* discurrendo en terminos de acreedor de bienes vinculados con facultad Real, y juntamente de bienes libres, parece inclinò a que, si en respeto de los libres concurrían otros acreedores, devia, ò podia el primero reducir su hypoteca a los vinculados; teniendo en tal caso a estos por hypotecados especialmente, y a los libres por generalmente hypotecados; con que se haria lugar la disposicion del texto en la *l. 2. C. de pignor.* comprobandolo con la razon de no dever el acreedor passar, en los terminos regulares, y ordinarios, por la excusion de bienes implicados en pleytos; mas no se asegura en este dictamen, y dexa el punto a mayor deliberacion. Y Avenaño *in ll. Tauri, l. 46. gloss. 9. num. 9.* lo resuelve como podiamos desear, ibi: *Imo, & crederem non, sufficere, quod super liberis bonis esset controversia, ut ad reliqua maioratus, specialiter hypotecata, posset creditor devenire, sicut ex regulis ordinarijs excusionis voluit Molina lib. 4. cap. 7. num. 31. SED fore necessarium, omnino deficere bona libera debitoris, per consummatam, & realem excusionem: quia cum verba illa, deficientibus bonis liberis, inducant veram, & formalem excusionem; clarissimum est, eorum defectum non verificari per controversiam super eisdem bonis ortam; sed necessarium esse, non extare cum effectu libera bona: cum litigiosa non vere deficient, sed suspendatur eorum distractio, donec constituerit de prioritare, seu prelatione creditorum.*

197. Cui veritati non obstabit dicere, quod, sicut rem esse litigiosam sufficit, ut creditor non indigeat alia excusatione; ita sufficeret controversia super bonis liberis orta, ut intelligatur bona deficere ad effectum compellendi creditorem agere aduersus rem maioratus, hypotecae speciali subiectam, ut consideravit Molina dict. cap. 7. num. 31. ex l. A Diuo Pio, S. Si super rebus, ff. de re iudic. *¶* Vbi facile responderetur, quod, licet sufficiat litigium regulariter pro excusatione, non inde probatur deficere bona, sicut erat necessarium: neque esse rem controversam, est deficere ipsam rem, sed impedire exactionem: Et huiusmodi impedimentum tollitur demum lite finita: unde necessarium erit omnino deficere libera bona, neque sufficeret controversia.

198. Lo mismo resuelve con otros muchos Nogue-rol. allegat. 40. num. 70. quien, propuesta la opinion de D. Luys de Molina, y de algunos estrangeros, que le siguieron; refiere varios juzgados contra ella, y atesta aver admitido, la praxi la contraria, ibi: Contraria opinio certior est in maioratus favorem, ut creditor, qui facultatem habet, debeat se opponere creditoribus eam non habentibus, ut creditum exigere possit, & maioratus liber remaneat, ut tradit Sarmiento lib. 7. selectar. cap. 5. Avend. ad l. 46. Tauri, gloss. 9. num. 9. usque ad 12. Molin. Theolog. de iust. & iur. tom. 3. disput. 653. num. 6. & 7. Azeved. conf. 38. num. 27. vers. Quartus, & ultimus casus, & num. 28. vers. Aliam vero, & contrariam, & num. 29. & 30. Franch. decis. 519. *¶* Vbi dicit contra Molinam fuisse in facti contingencia decisam, & novissime Castillo tom. 4. cap. 26. num. 29. 30. & 31. *¶* Vbi dicit, ita fuisse decisum, Leon decis. Valent. 176. tom. 2. Ciriac. tom. 2. controvers. 328. *¶* Vbi sequitur Franchum, reprobrato Molina, Cuteli decis. 13. num. 15. vers. Altera dubitatio, *¶* Vbi, questione late disputata, dicit veriolem opinionem esse contra Molinam, ET HÆC opinio praxi recepta est; nicitur enim verbis, & natura Regiarum facultatum, quæ nihil operantur contra bona maioratus, bonis liberis existentibus: opinio vero Molinæ procedit ex quadam equitate, & sine iure, & ratione: & DD. exteri, qui eam sequuntur, fortasse loquuntur iuxta statuta illarum partium, quæ fortasse

sis disponunt, quod quando feudum obligatur cum assensu principalis, obligatio in eo consistat, & non in bonis liberis.

199 Y D. Iuan del Castillo *controvers. iur. lib. 4. c. 26. sub n. 30. vers. Verum nec ista*, aviendo referido en el *vers. anteced.* la razon de dificultad en los bienes libres, con que D. Luys de Molina, quiso comprobar su opinion; observò muy bien (notando la duda, entre otras, en que el mismo D. Luys de Molina quedò) que mayores dificultades, pleytos, y questiones, encontrará el acreedor, si intentare su accion contra los bienes del Mayorazgo, omitiendola contra los libres; *Verum nec ista ratio, dize, quicquam concludit, nam, si ad lites, & controversias consideratio habeatur; maiores equidem lites, & controversiae erunt, opinione ipsius Molinae retenta, quam tenendo contrariam excogitari valeant; prout ex his, quae inferias adnotabantur, constabit; atque ex traditis per Avendañum, dict. gloss. 9. l. 46. Tauri, num. 9. in fine; ET INTER MINIS ita observabit P. Molina tom. 3. de iust. & iur. disput. 353. ad ad finem, vers. Ad primam verò confirmationem: IMO ET Ludovic. ipse Molina lib. 4. dict. cap. 7. num. 31. in fine, SIC etiam agnovit, & propter id de superiori sententia relata, quam tenuit, dubitavit, ut apparet ex illis verbis: Item dubium etiam est, an possit excusio bonorum liberorum vitari ex eo, quod in eorum exactione lites cum alijs creditoribus sperentur: dum multo maiores valeant super exactione in bonis maioratus facienda resultare, contendentibus successoribus, non posse ad bona maioratus, bonis liberis existentibus, deveniri. Deinde, si ex natura maioratus tacita, & subintellecta, etsi non exprimat, ex praesumpta etiam institutionis eiusdem voluntate, id fieri debet, quod hi Authores contendunt, qui opinionem Ludovici Molinae impugnant; parum equidem interest, quod lites, & controversiae futurae sint, necne: cum ratio iuris, & primogeniorum primordialis ipsa natura, non litium timor, aut eventus, nos adducere, atque excitare debeat, ut ad oculum patet, y con D. Iuan del Castillo, y otros, siguen la opinion contraria a la de D. Luis de Molina, sus Adicionadores d. lib. 4. c. 7. sub n. 17. ad 32. vers. Quarta conclusio sit.*

Pero

200 Pero en el caso presente, cessa, al parecer, del todo la dificultad: porque ya la señora Condesa del Montijo se opuso en el proceso de inventario, en donde pide, como heredera del señor Marques, su padre, aquellos bienes libres inventariados, cuyo exito deve esperar, para poder recurrir al subsidio de los vinculados, como se ha dicho.

201 Y nuestro Suelves en el *conf. 28. num. 16. vers. In casu presenti, &c.* tambien ponderò entre otras cosas, para exclusion del subsidio de la accion dotal; que pendia proceso de sequestro en el Tribunal de la Santa Inquisicion, de bienes libres del obligado; sin que aquella litispendencia embarazasse su ponderacion, para dicho fin.: De otro modo seria facil el defraudar a los sucesores de los bienes vinculados, de la justa excepcion de no poderse recurrir a ellos, sino en subsidio, y en caso de no poderse exercitar la accion dotal en otros; procurando inventarios, emparamientos, ò aprehensiones de los bienes libres, con que poder dezir, que eran litigiosos. Y aun la misma muger, y acreedora dotal, que en vn proceso de emparamiento, inventario, ò aprehension de los bienes libres, exercitase ya su accion para el recobro de su dote, en concurso de otros acreedores; podria, con pretexto de este concurso, passar a segundo proceso contra los vinculados, diziendo, que los libres no estaban desembarazados, y expeditos; y consiguientemente antes de constar, ni saberse, que estos faltassen, ni quanto era lo que faltava, para recurrir al subsidio; que son gravissimos absurdos.

202 Acrecientase, el que no todos los bienes libres, q̄ quedaron por muerte del señor Marques, los cõprehendiò el inventario; pues no se invetariò la partida de seda, ò dinero, que se facò della, que dize la alegacion contraria *num. 124. ad fin.* deponen los testigos, que depositaron en otro proceso de emparamiento, que pendia en esta Real Audiencia; no aviendola depositado, sino en el proceso *D. Christophori de Funes*, que es el de la aprehension an-

tigua

tigua desta Baronía, como se lee en la deposicion de los mismos testigos, q̄fielmente copiamos *in 1. alleg. n. 118. ad fin.* y así en respeto de esta partida no ay pleyto, sino deposito, a donde, si la señora Condesa no ha ido, se le deve imputar, ex Nogueroi. *dict. allegat. 40. num. 46. & seqq. Salg. in labyrinth. part. 3. cap. 11. num. 57.*

203 Y en respeto de las cantidades, que los mismos testigos contestan, entraron en poder de Don Iuan, Maestrescuela, y de Blas Assensio Monterde, Procuradores de la señora Condesa; tampoco ha auido, ni ay otro pleyto, que el que la alegacion contraria pone en el *num. 129.* al dicho de los testigos, que deponen de vista, y hecho propio, de la existencia real, y verdadera de dichas cantidades, entrega, y recibo de ellas, como referimos *dict. 1. allegat. num. 118. & seq.* pues no parece les puede obstar, el ser probanza de testigos, quando la sugeta materia los admite, segun se vè practicado en los mismos terminos, en el caso en que escribió el D. Suelves *dict. cons. 28. nu. 16. vers. In casa presenti, &c. lib. 1.*

204 Tampoco le ay en quanto a los bienes sitos de Xessa, y molino de Burbaguena, que en nuestra *1. alleg. num. 130.* diximos poseyò el señor Marques D. Ioseph, como libres, no constando fuesen vinculados; Y aunque la alegacion contraria *num 130. ad fin.* responde, que auientolos agenado el señor Marques, quedò el acreedor dotal desobligado de exigir de ellos la dote, cò Pablo de Castro, y Peregrino; mas la opinion de estos Autores la refuta con otros muchos, y con grande razon, Don Pedro Nogueroi, quando los bienes agenados existen en poder de los compradores, ò sus habientes drecho, como en los sitos, ò raíces, por su permanente naturaleza, se verifica; *dict. allegat. 40. num. 49. ibi: Et quando bona alienata constante matrimonio, sunt apud tertium possessorem, certius est, mulierem præiudicari, & non posse recursam habere contra maioratus bona; quia sibi satis consultum est actione hypothecaria, quam habet contra possessorem bonorum allodialium sui mariti, que sunt principaliter obligata,*

gata, & idem tradit Menoch. contra alios, lib. 4. præsumpt. 190. num. 45. & seqq. ubi late hoc confirmat; & melius Rusticis lib. 3. cap. 4. num. 3. usque ad finem, Sforzia de fideicommiss. ex prohib. alienat. quest. 44. art. 4. num. 70. & seq. num. 76. vers. Et sunt alienata, ubi sequitur eandem distinctionem, Marta de successione legali part. 4. quest. 21. art. 17. n. 84. & 85. Avend. in l. 46. Tauri, gloss. 9. num. 8. & 9. ET RATIO est, quia obligatio maioratus est subsidiaria, & tam necessaria prævia excussio, ut contra bona maioratus procedatur, quod prius debet litigari cum tertijs possessoribus bonorum debitoris principalis, quam cum fideiussore, ut tradit Roman. in l. fin. de reb. credit. num. 2. ad fin. & ibi Iason num. 13. vers. Limita istam conclusionem, Hering. de fideiussorib. cap. 27. part. 1. num. 204. & in nostra specie in hanc sententiam inclinatur Sarmiento, lib. 7. selectar. cap. 5.

205 Que es el evidente argumento, que haze tambien D. Iuan del Castillo dict. lib. 4. cap. 26. sub num. 32. vers. Denique, & quinto, probando, que la l. 2. Cod. de pignor. no tiene lugar en estos casos, por la razon de que siendo el fin de la facultad, y permission de poder exercitar la accion dotal contra bienes de mayorazgo, el assegurar con la especialidad de esse subsidio la dote, que segun las reglas ordinarias del drecho comun, no se hallava segura; pudiendo tener seguridad, ò en todo, ò en parte, passando primero por los bienes libres, y exercitando contra ellos la accion dotal hipotecaria; que primera, è inmediatamente compete a la muger, aunque estèn agenados; no puede, ni deve antes permitirse la subsidiaria. Denique, & quinto, arguye, (hablando de las facultades Reales, que se conceden en Castilla, conformes a la de la Authent. Res, quæ. C. de fideicom.) Fortiter urget: nam hæ facultates Regis eo pertinent, ut debitum, siue dos, quæ iure communi secura futura non est, privilegio Principis sit indemnitas ab omni periculo; & ita subsidiaria est hæ hypotheca, in quibus subsidiarijs hypothecis dicta lex 2. C. de pignor. non procedit; SED iure communi secura est dos, siue debitum aliud, pro quo bona maioratus obligata

sunt, securum est; si bona sint libera, etiamsi alijs sint, post dotem constitutam, obligata, vel vendita, vel aliter alienata, ut in l. Absiduis, C. Qui potiores in pignore: Cessat ergo hypotheca in dictis bonis maioratus. Y de lo contrario se seguiria, que vendiendo, dando, ò agenando el marido en vida sus bienes libres; tendria arbitrio para gravar los del mayorazgo con la obligacion, y la exaccion de la dote de su muger, y esta para destruirlo, contra toda buena razon de drecho, y equidad, *ex supra relatis*. Ademàs, de que la agenacion solamente fue en parte de dichos bienes, como ex aduerso se reconoce *dict. num. 130. ad finem*; y assi en la no agenada queda nuestra excepcion libre de la mas leve duda.

206 Dize se en los *num. 131. & 132.* que con el fragmento de las deposiciones de Martin Diago, mayor, y menor, que deponen en respeto de los bienes sitos en Xelsa, se prueba, que estos tambien eran vinculados. Y aqui se ha de advertir, lo primero, que dichos testigos no deponen sobre el *art. 65.* que ex aduerso se dize, sino sobre el 38.

207 Lo segundo, que este articulo es de la triplica de la parte aduersa *fol. 2383.* y los testigos referidos fueron presentados por ella; Martin Perez Diago, mayor, à *fol. 3680.* y depone *fol. 3687.* y Martin Perez Diago, menor, à *fol. 3882.* y depone *fol. 3899.*

208 Lo tercero, que ambos testigos deponen llena, y concluyentemente, el dominio, y posesion del señor Marques Don Ioseph, y en su deposicion aumenta cada vno estas palabras: *aunque no sabe con que titulo (si solo que ha oïdo, y entendido publica, y comunmente, que aquel campo, y olivar era de la dominatura)* &c. y con esto respondemos, que de estas palabras nunca puede resultar probanza, de que dichos bienes fuesen vinculados, porque la presuncion de ser libres es de drecho; y esta es la que haze probanza legitima, y liquidissima, como dixo el D. Suelves *conf. 63. num. 11. lib. 1.* *ibi: Et probatio, que in presumptione iuris consistit, legitima, & liquidissima est, ex l. 1. ibi: Liquido probatur, ubi Gloss. & Alex.*

Cod.

Cod. de test. milit. & alijs, la qual no deve ceder a lo vago, y debil de aver oïdo dichos dos testigos publica, y comunmente, que dichos bienes avian sido, y eran de la dominatura, sino a la verdad de titulo contrario a la libertad, que el drecho presume, ex *l. Nuptura filio, ff. de iur. dot. l. fin. in princ. ff. de eo quod met. caus. l. Cum de indebito, ff. de probat. Gratian. discip. forens. com. 5. cap. 832. num. 15. & cap. 909. num. 23.* con que no se aplica la doctrina de Marco Antonio Nata, que en dichos numeros se expende.

209 Passa la alegacion contraria en el *num. 134.* (que con error se numera 124.) a cõsiderar sobre los bienes, que por muerte del Señor Marques Don Ioseph quedaron en Oran, Cartagena, y Madrid; y en respeto a los de Oran, y Cartagena, dize, reduciendo su probanza a los dos testigos, que son Nicolas Polo, y Ioseph Sayas; Lo primero, que no deponen estos testigos del dominio, y posesion del Señor Marques D. Ioseph al tiempo de su muerte en la Ciudad de Oran.

210 A que respondemos, que aviendo muerto dicho Señor Marques Don Ioseph en dicha Ciudad; y por su muerte, embarcadose con su Casa, y Familia, para Cartagena, la Señora Marquesa viuda; en su embarcacion, como en su continuado, aunque portatil, domicilio, traia los bienes, que por la muerte del Señor Marques, su marido, avian quedado en Casa, y por muebles, ò gananciales avian de ser, saltim comunes, en fuerza de la sociedad legal, que entre marido, y muger, se contraxo con el matrimonio, ex glosa in *l. Quintus Mutius, ff. de donat. inter, & Aberico in l. Etiam, Cod. eod. Palacios Rub. in rubric. eod. tit. §. 60. nu. 15. & 21. & §. 62. num. 25. & seqq. Matienzo in l. 2. gloss. 1. num. 9. lib. 5. recopilat. in l. 3. gloss. 8. num. 2. cum alijs. Portolles in Observant. Item mortuo altero §. 5. de iur. dot. Petrus Molin. in praxi process. super divis. bonor. fol. 175. sin que para esto aya necesidad de probar, que el Señor Marques poseyò aquellos bienes, porque yà así se presume, no confutando de lo contrario; y sin mas probanza, que está, muer-*

to el marido, ò la muger, en los que se hallan en la casa, y poder del sobreviviente, entra corrientemente la division, sino probare, que son propios, *ex supra relatis.*

211 De calidad, que aunque se probasse, q̄ poco despues de muerto el marido (que es quanto puede adelatar su discurso la otra parte) se avian aumentado algunos, se presumiria, que procedian de los que aquel dexò, y se avrian de dividir, Palacios Rubios *in dict. Rub. de donat. inter §. 60. num. 15. ibi: Amplia secundo predicta, ut procedant, non solum constante matrimonio, verum etiam eo soluto per mortem mariti, si breve tempus est, quod maritus sit mortuus, arg. text. in l. Si fundo, ff. de fund. dotal. &c.* y como se probasse, que se avian adquirido antes de la division, se entenderia tambien, que eran adquiridos a beneficio de la sociedad, por durar toda via esta, hasta que la division la disuelve, Matienzo *in dict. l. 2. gloss. 1. num. 9. lib. 5. recopilat. ibi: Tertio extendit hanc conclusionem, ut non solum constante matrimonio duret societas inter coniuges, verum, & eo soluto, bonis in divisis apud superstitem manentibus: nam quæ sita, & lucrata eo in tempore dividuntur inter coniugem superstitem, & heredes defuncti, lo mismo dixo Palac. Rub. *in dict. Rub. de donat. inter vir. & uxor. nu. 25.* y nuestro Pedro Molinos en su praxi *dict. fol. 175.**

212 A lo segundo, que en el *num. 127.* se dize, de que los testigos no prueban especificamente lo que en fardos, cajones, y baules venia, ni el valor de los demás bienes; se responde, que a esta parte bastale el probar la existencia de bienes libres (quales todos se presumen serlo, no constando, que sean vinculados) despues de la muerte del Señor Marques, que era quando yà la Señora Marquesa podia pedir su credito dotal, *ex l. 2. ff. solut. matrim. Giurba ad consuetud. Messanens. cap. 13. gloss. 3. nu. 17. & seqq.* y es lo q̄ todos los que hablan de esta materia escriven; sin necessitar de especificar, ni declarar cada especie, ni su valor, que esso le toca a la parte, que ha de passar primero por ellos, y hazerse pago de lo que importaren, para poder tener el subsidio a los bienes del vinculo, por lo que

se le restare a dever de su credito , como hablando de la excusion de los muebles, para passar a los sitos , advirtió Pedro Molinos in praxi, fol. 60. col. 2. in fine: *Que aunque la execucion se haga por 1000. ducados, y no se hallen bienes sino de muy poco valor; necessariamente se han de vender primero de mandar executar los bienes sitos; aplicandose aqui con mayor razon las palabras del motivo de esta Ilustrissima Corte, que refiere el Doctor Suelves dict. conf. 28. num. 16. vers. Et in casu presenti, lib. 1. alli: Quia, ex documentis in hoc processu traditis, aliqua extare bona mobilia, non obscure colligitur.*

213 Al num. 128. que tambien niega la existencia de bienes libres, al tiempo de exercitar la accion dotal, queda yá respondido con lo dicho a los dos numeros antecedentes; pues aviendo quedado yá vna vez en poder de la misma acreedora; es inevitable el aver de imputarse en su credito, ò mostrar, que los consumió en pagar otros anteriores, *ex supradictis.*

214 Al num. 129. que dize, no ha de bastar la existencia de bienes libres fuera del Reyno; se responde facilmente, considerando, que aviendose contraido tambien fuera del Reyno el matrimonio, y seguido la Señora Marquesa al Señor Marques, su marido, en su Gobierno de la Ciudad de Oran, en donde murió; y quedado por su muerte dichos bienes en poder de dicha Señora Marquesa; se prueba su existencia en la mejor parte del mundo para el intento, que era su misma Casa, para recobrarlos de ellos por su propia autoridad, a pie llano, y por su mano propia, lo que fuesse su estimacion; con que mal puede aora la Señora Condesa, su hija, y heredera, alegar distancias para desvanecer aquella tan proxima existencia; y mas aviendo seguido tambien dicha Señora Condesa la misma jornada, y muerto dicha Señora Marquesa, su madre, en el lugar del mismo desembarco, que fue la Ciudad de Cartagena, de quien quedó vniversal heredera, passando por este titulo a su dominio, y poder, quantos bienes alli existian, como consta de processo.

215 A los num. 130. 131. 132. y 133. en donde se tiene a nuestros testigos, por de oïda, y copias de los presentados por la otra parte, para hazer dependientes sus dichos de sus originales, que atestan, no bastaron dichos bienes para el gasto de la funeraria, y deudas contraïdas; se responde, q̄ los testigos en sus dichos concluyen de vista la existencia de los bienes referidos, como bienes de los Señores Marqueses; y aumentaron de oïda, que vna porcion de plata, (de que vieron se vsava en varias ocasiones) era de la que avia venido de Oran; circunstancia, que sobrava, a vista de ser tambien plata de la casa, y así entrava en la presuncion de todos los demás bienes: y tambien aumentaron de oïda de diferentes criados, que en los caxones, baules, y fardos, venian muchas cosas de mucho valor, y estimacion, plata labrada, dineros, ropa blanca, alajas de casa, y esclavos; lo que tampoco excluye la existencia de bienes, antes la confirma, siendo los criados, a quienes lo oyeron, los que mas, y mejor informados podian estar, de lo q̄ se avia puesto, y venia embarcado en los caxones, baules, y fardos, ex *l. Quoties, Cod. de naufragijs, l. Consensu, Cod. de repudijs. Cap. Veniens, in fin. de testib. Cap. Super prudentia 14. quest. 2. Farin. de testib. quest. 55. num. 36. 37. & 48. vbi de probatione supellectilium, & rerum immittarum in navim; fuera de lo que està dictando la misma razon natural, y lo que en tales casos se ve cada dia.*

216 Y nada de esto haze a dichos testigos copias, como la alegacion contraria quiere persuadir, de los presentados ex adverso; pues los nuestros, en lo principal de sus dichos deponen de vista; y en lo que deponen de oïda, no consta, que alguno de los que deponen por la otra parte, sea original suyo; ni que en respeto de lo que deponen los vnos, sean contrarios los otros; sino que antes bien, suponiendo ser verdad lo que los nuestros contestan, se pretende probar con los de la parte adversa, que los bienes, de cuya existencia aquellos deponen, sirvieron para pagar la funeraria, y deudas, en q̄ estos dizen, que se emplearon; que es cosa diversa. Ni

217 Ni el dezir que dichos bienes se consumieron en funeraria, y deudas, le puede a la otra parte sufragar; porque ni se prueban deudas, ni cantidad cierta, como devia, arg. text. in l. *Magis puto*, S. *Non passim*, ff. de reb. eorum, l. *Minorum* 6. l. *Ob es alienum* 12. l. fin. C. de praed. minor. Escobar de ratiocin. c. 16. n. 30. y menos, que fuessen anteriores a la de la señora Marquesa; como tambien era necesario, punctim Rot. & Cerr. decis. 121. n. 9. & 10. lib. 1. Ni aunque lo dixeran los testigos contrarios, se les podria en esto dar fee, y a por no dar legitima, y concluyente razon, iuxte tradita per Bald. in l. *Solam*, post n. 1. vers. *Hoc esset vis*, C. de testib. y ya porque depondrian a favor de su misma señora, y a propria utilidad suya; haziendose, como se hazen tambien, acreedores del señor Marques, para excluir al mas antiguo, y legitimo, qual es el sucessor de los bienes, que poseia, por mayorazgo, como le considerò bien D. Iuan del Castillo lib. 4. cap. 26. sub num. 32. vers. *Denique*, & *quintò*, alli: *Nec aliquem moverit, creditoribus fraudi esse videri: Quia & successor maioratus est potior, & antiquior creditor: cum rebus maioratus recte constituti, nullum possit esse antiquius debitum, vel potius, quàm successoris in ipso, qui primò titulum habet, non à debitore istius dotis, ut innuit text. in l. Liberto*, ff. de solut. & in l. 1. C. de bonis authorit. Iudic. possiden. *quas in id expendit, & superiorem rationem ponderat contra Molinam* D. Franciscus Sarmientus lib. 7. selectar. dict. cap. 5. *¶ BI concludit, quod equitas quaedam, quæ pro creditoribus ponderari solet, potius est iniquitas; quæ enim equitas est, anteriori creditori adimere, ut posteriori concedatur: quod nulla causa pia patitur, ut in d. l. Alsiduis, ibi: Ne ius, quod posteriori datum est, &c. Et quod hoc ita videtur clarum, ut multis verbis opus non sit.*

218 Menos puede darse evasion con dichos testigos, segun se dize ex adverso num. 134. a la existencia de bienes, que tambien por esta parte se prueba, quedaron en la Villa de Madrid, y Lugar de Villaverde; quando en respeto de ellos no señala el informe contrario, que huviessen depositado cosa alguna; y passa a dezir, que de las letras narrativas

tivas de los inventarios hechos en dicha Villa, y Lugar, presentadas en proceso, resulta, que los bienes inventariados en el Lugar de Villaverde, eran del mayorazgo de Luzon, y patrimonio propio de la señora Marquesa; lo que tampoco resulta del fragmento, que en dicho numero se transcribe, y se halla en el quaderno de los autos, que empieza à fol. 6033. porque transcrito enteramente dize así: *En el Lugar de Villaverde, à 27. dias del mes de Junio, año 1685. yo el Escrivano, en cumplimiento de lo que se manda por dicho auto, y para efecto de hazer el inventario, que en él se refiere, fui à las casas que en este Lugar tiene el mayorazgo de Luzon, que possayeron los Excelentísimos Señores Marqueses de Oñera, y Castañeda, difuntos: y estando en ella, presentes Miguel Martinez de Herrera, vecino de la Villa de Madrid, y Administrador de los bienes, y rentas de dicho mayorazgo, el susodicho manifestó diferentes bienes, q̄ se hallaron en dichas casas, PERTENECIENTES A DICHS SEÑORES, y se pusieron por inventario en la manera siguiente. Primeramente se ponē por inventario dos tapizarias, &c. Y lo que de él resulta es, q̄ las casas eran del mayorazgo de Luzon; pero no que los bienes muebles fueren del mayorazgo, antes lo contrario, pues dize: *Manifestô Miguel Martinez de Herrera diferentes bienes, que se hallaron en dichas casas, pertenecientes a dichos Señores, y se pusieron por inventario en la manera siguiente, &c.**

219 Y se confirma con lo que atesta, despues de executado este primer inventario, el mismo Escrivano, allí: *Todos los quales dichos bienes se hallaron en dichas casas, y pusieron por inventario, y quedaron en ellas en poder del dicho Miguel Martinez de Herrera, el qual, estando presente, se constituyô por depositario de ellos, por quanto los recibô en presencia de mi el Escrivano, y testigos, de que doy fee, y se obligô à tenerlos de manifesto, para entregarlos cada, y quando que se le pidan por parte legitima, que los deva haber en nombre de los mismos Excelentísimos Señores Marqueses de Oñera, y Castañeda, à ley de deposito Real, que otorgô en forma.*

220 Y despues prosigue: *En la Villa de Madrid, à 30 dias*

dias del mes de Junio año de 1685. en cumplimiento del auto de esta otra parte, estando en las casas donde està la familia de la Excelentissima Señora Marquesa de Oßera, difunta, por el dicho Miguel Martinez, por ante mi el Escriuano, se prosiguiò el inventario de los bienes, que ay en dicha casa, que quedaron por fin, y muerte de dicha Señora Marquesa, y que a via traido del Lugar de Villa Verde de la casa que està en dicho Lugar del mayorazgo de Luzon, en la forma siguiente. Primeramente dos bufeces de peral. &c.

221 Y despues prosigue: En la Villa de Madrid, à 3. dias del mes de Agosto, año de. 1685. en cumplimiento de dicho auto, se prosiguiò el inventario de los bienes, que quedaron por muerte de la Excelentissima Señora Marquesa de Oßera, de los q̄ vinieron de la Ciudad de Oran, en la forma siguiente, &c.

222 Y concluye, especificando tambien diferentes certificaciones de los Oficios, y Oficiales Reales, por donde cõstava, averse quedado deviendo a dicho señor Marques diversas cantidades de dinero de sus sueldos, sobresueldos, y otras semejantes. De donde se manifiesta, no ser dichos bienes de mayorazgo alguno, como la alegacion contraria pretende num. 135.

223 Y el otro fragmento, que transcribe en dicho num. 135. que se dize ser de los demàs bienes inventariados en Madrid (y se halla en el quaderno, que empieza à fol. 5902.) no es sino del testimonio de las cuentas, que el dicho Miguel Martinez de Herrera diò de otros bienes, y cantidades, que avian entrado en su poder, de que se và haziendo cargo; y llegando a los bienes muebles, dize en dicho fragmento: De los bienes muebles que p̄aran en mi poder, no he vendido ningunos mas, de los que voy hecho cargo en las cuentas antecedentes, que tengo entregadas; y empeñados tengo algunos, por no mal venderlos, ni aver quien dè por ellos, ni la mitad de su rassaçion para los gastos precisos de los alimentos, y vestidos, y otras cosas de mi Señora, y raciones de criados de su Señoria; que todo convence, no solo la existencia de bienes libres, que probamos, sino que tambien entraron en poder de la señora Marquesa, oy Condessa de Montijo, heredera de su madre.

224 En el num. 136. se transcribe el fragmento del inventario, que se prosiguiò en Madrid, en 3. de Agosto de 1685. de los bienes, que se truxeron de la Ciudad de Oran, como

mo arriba referimos num. 221. y aqui es en donde, despues de inventariada vna porcion de bienes, dize el Escrivano; *todo lo qual declarò D. Iuan Maestresala estar empeñado, &c.* Pero se ha de advertir, que como se halla dicho fragmento en el auto, es en esta forma: *Todo lo qual declarò D. Iuan Maestresala estar empeñado en poder de Geronimo Montero, Mercader en la Puerta de Guadalajara de esta Corte, en mil ciento y ochenta y cinco reales de a ocho de plata, para pagar otra tanta cantidad, que buscò a su credito, para pagar los gastos del entierro de dicha Señora Marquesa, y conducir su familia a esta Corte; y despues de esto buelve a proseguir el inventario, diciendo; Mas ocho platillos trincheros de plata, quatro flamenquillas, una palangana, &c.*

225 De donde resulta, que ademàs de no comprehender, sino la porcion, en dicho dia 3. de Agosto inventariada; la declaracion, que refiere el Escrivano, solamente era de D. Iuan Maestresala, criado de la Señora Marquesa, a la qual por ninguna razon se deve estar, no constando de semejante deuda, y empeño, sino por su nuda assercion; y menos quando el mismo D. Iuan Maestresala, en lo que dize en este processo, como testigo, se haze tambien acreedor de aquella cantidad, diciendo, se la avia prestado al señor Marques, segun se lee en su deposicion, alli: *Y al testigo le quedò deviendo el dicho señor Marques mil ciento y ochenta y cinco reales de a ocho, que le avia prestado; Variacion, que haze mas desestimable a vno, y otro dicho. Y ultimamente en su misma deposicion añade: Y despues se los pagò la dicha señora Condesa del Montijo, su hija; para cuyo efecto se vendiò parte de su plata. Y no puede negarse, que el credito dotal de la señora Marquesa era el cierto, y el anterior, que de todos los bienes libres del señor Marques avia primero de satisfacerse; con que por ningun lado puede evadirse la dificultad del inmediato subsidio a los vinculados.*

226 Desde el num. 137. hasta el 149. se procuran desvanecer todas las cantidades, y bienes, que contienen los dos documentos, ò autos de Castilla, que mediante letras subsidiarias de esta Ilustrissima Corte, se hallan presentados en processo; el vno, de las cuentas, que diò Miguel Martinez de Herrera à fol. 5902. y el otro de los inventarios de los bienes muebles, que quedaron por muerte de los señores Marqueses de Oñera (que segun el poco
tiem-

tiempo, que passò de la vna a la otra, podemos dezir, fueron ambas a vn mismo tiempo) à fol. 6033. De los quales se prueba ciertamente la existencia de muchos bienes libres, así en cantidad, como en especie, sin que ex aduerso se aya hecho constar lo contrario, con que no puede dudarse de ella; pues no ha reconocido el derecho otro medio mas seguro, ni mejor, para estas probanzas, ad text. in l. in l. fin. §. Et si prefatam 4. C. de iure deliberan. cum adductis à Suelves dict. conf. 28. num. 17. lib. 1.

227 Y aunque contra esto se dize, que se agenanaron vnos, y empeñaron otros, y que todos los demás son de tan difícil exacción, como la alegacion contraria pondera. Mas ninguna de estas ponderaciones pueda evitar la fuerza de vna execucion, que instrumentalmente consta, por la lectura de los documentos, y autos referidos, la qual tenemos por la mejor doctrina para el caso, aunque sea con alguna molestia del señor Relator; de calidad, que, ò no ha de ser verdadera la proposicion, de que solamente, *deficientibus bonis liberis*, se puede intentar la accion dotal contra los vinculados; ò se ha de verificar en el caso presente; y à huviessse adido la señora Marquesa, madre, la herencia del señor Marques, su marido; ò yà huviessse muerto antes de adirla; porque vltimamente consta, que la señora Condesa del Montijo quedò heredera de padre, y madre, y todos los bienes contenidos en cuentas, è inventarios, a su nombre, y orden, como de los mismos autos, y documentos se demuestra.

228 Y aunque se huviesssen agenado, ò empeñado algunos de dichos bienes; esto nunca satisface a la instancia, que hazemos; pues, fuera de que siempre quedavan en ser todas las demás cantidades, y bienes, existentes en cuentas, è inventarios; y que el precio de lo agenado, ò empeñado tambien avria entrado en beneficio de la otra parte; aun de esta agenacion, ò empeño no consta legitimamente; ni como hecho de la misma acreedora dotal, podia causar perjuizio a los que tenian derecho anterior; l. Stichum 95. §. penult. ff. de solut. bene Ruinus conf. 45. num. 5. lib. 5. cum alijs supra relatis num.

229 Ni el refugio, a que la alegacion contraria se acoge, num. 150. *es seq.* (que con error se buelve al 105. & seqq.) de que puede su proposicion recibirse cõdicionalmente, esto es, *quatenus bona*

bona libera non subsistant, vel non sufficiant, con el exemplar, que refiere del processo *Don Garcia Fernandez de Heredia*; le puede sufragar: Porque siendo el subsidio contra los bienes vinculados condicional, y consiguientemente siendolo tambien la accion dotal contra semejantes bienes; entra el principio elemental de que antes de liquidarse los bienes libres, la accion subsidiaria es incierta, è ilíquida, y como tal es imposible, que la sentencia la califique, sino con vna reservacion desconocida en este Reyno, è impracticable en estos procesos, como la misma sugeta materia, è impossibilidad en el modo de practicarla, lo està manifestando; sin que el exemplar referido pueda evitarla, ni se aya seguido jamás, antes se ha decidido en muchos lo contrario; ni se hallará despues acá alguno, en que por existencia de bienes libres, no se aya repelido la proposición de la acción subsidiaria cōtra los vinculados, bantando para desengaño de esta verdad lo que escriviò el Doctor Suelves en el Consejo tantas vezes citado 28. de su centuria, donde obtuvo contra el credito dotal, por la misma razon, que representamos.

230 Lo que en vltimo lugar se responde a la excepcion especial de hallarse agenado en gran parte el aumento de dote de la Señora Marquesa, madre; tampoco parece puede satisfacer: porque sobre obstarle todas las demás, de que hasta agora hemos tratado, & punctim Suelves *d. conf. 28. n. 19.* esta excepcion es omnino exclusiva iuris agentis ex relatis in *1. alleg. n. 145.* & in venditione, Mol. in *verb. Exceptio, de iure tertij, fol. 124. col. 4.* y así aviendola esta parte opuesto; aunque no ayan venido los compradores a oponerla en este processo; tampoco la otra puede obtener con vn credito vendido, por defecto notorio de inclusion, ù exclusion, que para el efecto es lo mismo, ex Molin. *ubi supra.*

Ex quibus, contenta in propositione Egregij Comitiss de Atares, in cuius locum reperiti sunt Egregij Comites, vxor, & filius, fieri, vtraque adversæ partis repulsa, mandandum fore, apparere videtur; Salva Senatus G.C. Cæsararaugustæ 27. Martij 1694.

Petrus Antonius Lorfelin, I.C.D.