



# POR LOS PADRES CARMELITAS DESCALZOS DE LA

Ciudad de Zaragoza.

**A D S I T, D E U S.**



**N** El Pleyto q̄ pende entre los Padres Carmelitas Descalços de vna parte, y Augustin Ximenez, como depositario de los bienes jacentes de Pedro Almazan de otra, y Sebastian Munarriz y litis consortes de otra, auiendo tenido dos sentencias conformes los Padres, por las quales se les admitia como herederos del Hermano F. Pedro de S. Theresa, la cobrança del dote capital, que fue de Maria de Altabas, madre de dicho Hermano, muger en segundas bodas de Pedro de Almazan, en cõcurso de Sebastian Munarriz y cõsortes, herederos de Isabel de Miranda primera muger, motiuando en ellas, que si bien la primera dote ha de ser preferida a la segunda, por precederle en tiempo, y assi en priuilegio, *l. assiduis, C. qui potiores*: pero esto sintieron los Iuezes de la primera instancia, procedia tan solamente en la cobrança del capital del dote: pero no en las arras y aumentos, y assi se mandò fuese preferida la cobrança del capital dela 2. muger a las arras y aumentos de la primera: Pero aora vltimamente se les ha moderado este mandamiento; y assi en esta vltima Sala pretenden los Padres Carmelitas, reconociendo su justicia, se han de cõfirmar las primeras sentēcias, y reuocar la vltima.

Y para que conste claro su buen derecho, se ha de supo-

ner, que las arras, el esponsalicio, antifato, aumento, dotis, ò super vitam ( que de todas estas maneras lo llaman los DD. como parece por *Rolan. cõs. 10. lib. 1. Afflict. decis. 242.*) todo es lucroso, y contiene mero lucro, como nacido dela liberalidad del marido, *l. assiduis in fin. C. qui potiores, auth. dos data, C. de donat. ante nup.* y si bien se dà propter deperditam virginitatē, como resuelue *Ferrer de pact. nup. 3. tempore decis. 1.* Pero como contracto matrimonio mulier illā ex vi iustitiæ teneatur præstare, *argu. l. quæ iam nupta de donat. inter.* ni el perderla induce remuneracion, ni el estar fugeta puede obligar al marido, *Ferrer ubi sup. nu. 284.* y assi las arras y aumentos dependen meramente de la liberalidad del marido, y son voluntarias, y no precissas, *ita Suar. tit. de las arras, n. 3. Coua. in c. offi. de test. Tello Fernandez, in l. 16. Tauri. n. 8. Spin. in speculo test. glos. 18. n. 95. Gutier. lib. 2. pract. q. 124. n. 2. Barbos. in l. si cū dotē, s. si pater, n. 11. ff. solut. mat. Angulo de melicrationibus, l. 12. glos. 1. n. 16. Sanchez, de matrim. lib. 2. disp. 36. n. 15. Monterosus tract. 7. de la practica de dote y arras.*

De donde se sigue, que si el marido a señalado arras, ò escrex (que assi se dize en Aragon) y le dexa algun legado en el Testamento a la muger, no estará obligada a cõpensar lo vno por lo otro, porque no es visto dexarselo animo compensandi, porque solo las deudas necessarias se compensan con los legados, *l. quoniam 29. C. de in offi. test. auth. præterea, C. unde vir. l. sicum dotem 23. s. si pater, ff. solu. matri. l. creditorem, ff. de leg. 2. l. una, s. primum. vers. ciendum. C. de rei. vxor. actione, ita Bart. & comuniter in d. auth. præterea, Campesius de dote 3. p. q. 100. Coua. cap. officij de test. nu. 2. Tello Fernandez, in l. 16. Tauri nu. 6. Acosta in cap. si pater, 1. p. verbo legauit, Peralta in l. Lucius de leg. 2. Petra de fideicom. q. 8. n. 113. Suarez, tit. de las arras nu. 36. Afflictis decis. 44. Serafinus decis. 222.* Y como las arras procedan de la mera liberalidad del marido, non mirum si en ellas no obligue la compensacion.

Lo otro se sigue, que si bien los dotes son tan priuilegiados, que merecen assi en su constitucion, como en su restitucion, que no se guarde en ellos el rigor del derecho, y para su seguridad se aya introducido la tacita hipoteca en los bienes del marido con prelación a otros acreedores, vt constat ex *Fontanella de Pactis, claus. 7. glos. 2. p. 1.* Pero esto está entendido, y deue limitarse quando se trata de cobrar el capital del dote q̄ lleuò la muger al matrimonio: pero no de ninguna manera en las arras, o esponsalicio, assi indiuiduamente lo tiene *Negusancio de Pignoribus 4. memb. 2. p. n. 64. Socin. cons. 23. vol. 3. Vrsilis in addi. ad decis. 291. Aflictis Couarrub. lib. 1. var. cap. 7. nu. 1. Gomez l. 50. Tau. n. 41. Barbof. l. 1. p. 6. nu. 16. § nu. 31. Alex. Trentaz in. variar. resol. lib. 3. tit. de matrim. res. 3. nu. 23. Gutierrez. pract. lib. 2. q. 17. nu. 5. Valascus cons. 16. num. 15. § 16. Barbof. in l. 1. 3. p. nu. 31. § p. 6. nu. 16. Sanchez de matri. lib. 6. disp. 7. num. 5. Sotomayor lib. 3. controuers. cap. 4. nu. 30. Gratianus discep. forens. 53. nu. 8. § discep. 823. nu. 17. Siguenza de clausulis tit. de la hipoteca, §. de los dotes, y la razon puede ser la que dà la misma l. *assiduis non enim pro lucro sobemus mulieres, sed ne damnum patiantur, § suis rebus fraudentur,* y assi como las arras sean meramente lucrosas como està dicho en ellas, no van a perder las mugeres, y la ley no quiso estender la hipoteca, sino tan solamente el capital del dote, y bienes llevados por por la muger para que estos sean priuilegiados en la cobrança con tacita hipoteca, y prelación a otros acreedores.*

De donde parece pende la justificacion de la pretension de los Padres Carmelitas Descalços; porque si bien la dote de la primera muger, que concurre en este processo con la segunda, y con los Padres sus habientes derecho, ha de ser preferida en el capital, pero no en las arras, y aumentos, pues el capital del dote de la segunda, es mas priuilegiado que ellos por lo que queda dicho.

Y no obsta, que las arras, aumentos, y conquistas son

aumentos de la dote, y sus sequelas, y assi eodem iure debent censerí que la dote.

Porque se responde, que el capital del dote se halla en esto priuilegiado, porque en la cobrança del, las mugeres tratan de damno vitando; y assi el drecho para su seguridad ha introduzido, que para su cobrança tengan la tacita hypotheca con prelacion a todos los acreedores, y como en las arras, conquistas, y aumentos tratan de lucro captando, aunque sean sequelas de aquel, no están priuilegiados, porque en ellos cessa la razon que milita en el dote.

Y esto con vna instancia parece claro, pues los frutos del dote mas sequelas son del, que las arras y conquistas; y tamen, si la muger los pidiere no tiene priuilegio de prelacion *Couar. lib. 1. cap. 7. nu. 1. Barbof. in l. 1. 3. p. nu. 51. vers. quod seruió, Ferrer ubi supra, nu. 4503. temp. decl. nu. 32. Fontan. 2. tit. claus. 1. p. 2. n. 54. Mariscot. var. lib. 2. ref. 67.* Luego aunque sean sequelas no deuen gozar del priuilegio, porq̄ este no se estiende sino a lo que se halla dispuesto y ordenado por el drecho, porque es estrikti iuris, *Tusc. concl. 731. lit. P. Oldradus conf. 268.*

Y no obsta, que el Alcalde de Cascante hizo particion de la hazienda de Pedro de Almaçan, y adjudicò parte a las partes. Y assi quando la primera muger venciera a la segunda en la cobrança de sus arras por la autoridad de la adjudicacion de la sentençia, parece le ha de preceder por la excepcion rei iudicatæ.

Porque se responde, que la sentençia del Iuez partitiuo, no le dà al credito, porque adjudica bienes, priuilegio nuevo, ni mas aficacia de la que se tenia, porque factum iudicis factum pactis reputatur, *Bal. conf. 227. Alex. conf. 11. lib. 1. l. 1. C. si in cau. iud. ubi DD.* y la particion es como vna transaccion, y el Iuez arbitro puesto por las partes, *Signorolus conf. 187. & conf. 251. Anchar. conf. 207.* y como los arbitros cõpromissarios, son ministros de las partes, y las representan, assi el Iuez partitiuo lo que haze es hecho delas partes,

y los

5  
y los derechos de ellas no se alteran ni mudan, ni adquieren mas priuilegio, ò prelación de la que tenían.

A mas, que los Padres en dicha particion no fueron citados, ni conuinieron; y afsi como cosa inter alios acta, no les puede parar perjuizio por la regla vulgar; y quando pudiera auer excepcion rei iudicatæ de la sentençia del Iuez partitiuo, no puede auer lugar aqui, porque ha de ser de eade re inter easdem personas, y no concurriendo los Padres en el juyzio partitiuo, la excepcion rei iudicatæ (quando la huuiera) no le puede obstar.

Todo lo dicho milita tambien, aun en caso que el dicho Pedro de Almaçan aya vendido algunas possessions adjudicadas a medias por el Iuez partitiuo, porque en aquellas agenaciones los compradores no adquirieron mas derecho en las cosas, que tenia el vendedor por la regla *nemo de reg. iur.* y como el vendedor las tuuiese afectas a la hipoteca con priuilegio de prelación de las arras de la segunda muger, con essa misma han de ser preferidos los Padres Descalços Carmelitas, como habientes derecho suyo en el dinero procedido de aquella hazienda depositado, quedandoles el recurso de la euiccion a los herederos de la primera muger, tan suficiente para cobrar todo su derecho.

Por todo lo qual, la justicia de esta parte parece clara, y mucho mas por auer tenido dos sentençias conformes, que si bien la vltima propter authoritatem tanti consilij præponderat; pero en reclamo de agrauios in dubio pro conformibus est iudicandum, segun la comun y mas recibida opinion, porque si a duabus conformibus non admittitur appellatio, *vt notant DD. in Clem. 1. de re iudicata, Conar. c. 25. præct. nu. 5. cons. 102. Surd. n. 9. Farin. decis. 647. l. si quis aduersus, C. de præcibus Imperatori, Cancer. 3. p. c. 18. n. 31. Giurba decis. 66. Gratian. decis. 18.* Y aunque en vna Provincia se admita por lo menos en aquella la presumpcion de las dos conformes semper viget. Salua, &c.

*Geronymo Manuel del Caluo, I.D.*

Y los derechos de ellas no se alteran ni mudan ni adquiren  
con mas privilegio, o prelación de la que tenían.  
A mas, que los Partes en dicha particion no fueron  
tados, ni comunicaron, y asi como esta interdiccion, no  
les puede parar perjuicio por la regla vulgar, quando pu  
diere auec excepcion rei indicata de la tenencia del lugar  
partitino, no puede aver lugar aqui, porque ha de ser de  
cada rei inter caldem personas, y no concurrendo los Pa  
des en el juicio partitino, la excepcion rei indicata (quan  
do la huviera) no le puede obstar.  
Todo lo dicho milita tambien, aun en caso que el dicho  
Partido de Almazan aya vendido algunas posesiones adju  
dicadas a medias por el lugar partitino, porque en aquellas  
agencaciones los compradores no adquirieron mas derechos  
en las cosas que tenia el vendedor por la regla vana de reg  
um, y como el vendedor las tuviere afectas a la hipoteca  
con privilegio de prelación de las aras de la segunda mu  
ger, con esta misma han de ser preferidos los arades de Cal  
cos Carmelitas, como habientes derecho suyo en el dinero  
procedido de aquella hacienda depositado, quedandoles el  
tercio de la enuiccion a los herederos de la primera muger,  
tan suficiente para cobrar todo su derecho.  
Por todo lo qual la justicia de esta parte parece clara, y  
ipso iure por aver tenido dos sentencias conformes, que  
si bien la ultima propter auctoritatem tantum consilij pra  
ponderat; pero en reclamo de agraviados en dubio pro con  
formibus est iudicandum, según la comuna y mas recibida  
de opinion, porque si a dubus conformibus non admitti  
tur appellatio, ut notant D. D. in Clem. 1. de re iudicata. Co  
m. c. 2. p. 2. n. 7. conf. los 2. y 3. de re iud. de 47. l. 1.  
p. 1. de re iud. C. de precibus impetratorum. C. de re iud. l. 1. n.  
31. C. de re iud. de 47. l. 1. C. de re iud. de 47. l. 1. n.  
viciat se admittit por lo menos en aquella la prelación  
de las dos conformes semper viget. Salus, etc.

Geronymo Manuel del Campo, I. D.