



IESVS, MARIA, IOSEPH.

IN PROCESSV D. DIDACI GOMEZ DE ARTIEDA.

SVPER APPREHENSIONE.

*POR DOÑA RAFAELA CARDONA,
Como subrogada en las instancias y derechos
de Don Iuan Gomez Viues su hijo.*



VIENDOSE aprehendido à instancia de Don Diego Gomez de Artieda diuersos bienes, que están en la Ciudad de Calatayud, y en los Lugares de Villalua, y Paracuellos de su Comunidad, concurrieron en él quatro Proposiciones.

La pimera del Aprehendiente, como Successor suyo, que pretende ser, en virtud del Testamento de Iuan Gomez de Marcilla 3. de este nombre, por auer este para en falta de la descendencia de tres hijos que tenia, vinculados à fauor de Sebastian Gomez su primohermano, y de sus descendientes. Y por auer con la muerte de Doña Guiomar Diez sin hijos algunos, vltimo descendiente de Iuan, llegado el caso de suceder los descendientes de

Sebastian, de quien es hijo el Aprehendiente.

La segunda es. De Don Iuan Gomez Viues, que como heredero de dicha Doña Guiomar, pretende en ellos suceder, como en bienes libres; En cuyos derechos, e instancias, està subrogada Doña Raphaela Cardona su madre. La tercera es. Del mismo, por derecho de Viudedad, por auer estado casado con dicha Doña Guiomar Diez. De cuya pretension no se hablarà cosa alguna: Pues no pudiendo negar la parte contraria, que Doña Guiomar fue verdadera successora de estos bienes, es constante, que aun quando los huiera tenido vinculados, pudo conceder à Don Iuan su marido viudedad en ellos. *For. 1. de iure dot.* Y assi respecto del tiempo que viuio, fueron los frutos procedidos suyos.

La quarta Proposicion es. De Miguel de Vera, y Aguijar, con vn credito de ocho mil escudos, en que dichos Don Iuan, y Doña Guiomar Diez se obligaron a fauor de Dionisio de Vera, y Abarca, de quien es su habiente derecho, Miguel de Vera. De esta pretension tampoco se hablarà nada, porque en todo lo que se reciba la Proposicion de Don Iuan, como en bienes libres, ferà preciso se admita la del credito. Con que la disputa serà solo, si en estos bienes aprehendidos, se ha de suceder como en bienes libres, como pretendemos. O como en vinculados, segun se esfuerça por la parte contraria.

Y antes de entrar en su principal disputa se supone; Que aun quando la succession de estos bienes, se huiese de gouernar, segun la disposicion de Iuan Gomez de Marcilla, 3. de este nombre, no parece puede recibirse la proposicion del aprehendiente, en los bienes de los numeros segundo, y quarto del primero lugar. Porque siendo cierto, que vino este à aprehenderlos

sin possession propia, valiendose de la que pretende tu-
 uo de ellos Iuan Gomez vinculante, tenia segun las dis-
 posiciones de los *Fueros Cobdiciando 2. y A vezes 30.*
de Appreh. precisa obligacion de probar, quod tempore
 quo maioratum instituit fuerunt in bonis vinculantis.
Latè Peregrin. de fideicom. art. 44. num. 1. cum seq.
Vbi eius Addit. Franc. Censalius. pag. mibi 301. vers. 1.
Et 2. Pet. Surd. decis. 339. nu. 1. Petra de fideicom. quest.
12. nu. 7. Bard. ad dict. For. Cobdiciando num. 5. Luego
 auiendo faltado en esto, respecto de dichos dos numeros
 de bienes, el Aprehendiente, serà preciso que en quanto
 à ellos, quede excluida su proposicion.

Y en respecto de los demas bienes de los numeros 1.
 3. y 5. del primero lugar, y de todos los numeros del se-
 gundo. Aunque no pueda negarle esta parte, el llama-
 miento que Don Diego pretende en el testamento de
 dicho Iuan Gomez. Pero se opone en este, Defecto de
 potestad, respecto de ellos, para auer podido vincularlos.
 Por auerlos yà tenido èl mismo vinculados, por Isabel
 Sanchez de Magallon su Abuela, en la donacion que de
 ellos le hizo à Iuan Gomez su hijo, y 2. de este nombre,
 en su Capitulacion matrimonial: Segun la qual tuuo en
 ellos libertad de disponer Doña Guiomar Diez, con auer
 sido su vltimo descendiente. Como se verà en la Clausu-
 la del Vinculo siguiente.

*Con tal pacto, Vinculo, y condicion, que aquellos, ni
 partida alguna de ellos, el dicho Iuan Gomez mi hijo,
 no pueda dar, vender, agenaar, ni en otra manera, assi
 en vida como en muerte disponer, sino es, en hijos su-
 yos, ò en descendientes snyos legitimos, y de legitimo
 matrimonio procreados. Y los dichos sus hijos, y des-
 cendientes, assi mesmo, en sus hijos, ò descendientes le-
 gitimos, y de legitimo matrimonio procreados; Y assi*

de unos, en otros, successiuamente ad in perpetuum.
 Y si el dicho Iuan Gomez morirà sin hijos, ò descendientes de ellos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, en tal caso, dichos bienes arriba confrontados, tornen, vengan, y peruengan en la dicha Isabel Sanchez de Magallon madre suya, si viua serà, è si viua no serà, en tal caso, tornen, vengan, y peruengan en Antonio Gomez, Hermano del dicho Iuan Gomez, si viuo serà, è si viuo no serà, en tal caso, vengan, y peruengan en sus hyos, y descendientes de ellos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados.

De esta disposicion claramente resulta, que por auer estado Iuan Gomez donatario grauado de disponer en sus hijos, ò descendientes, Y assi mesmo estos en sus otros hijos y descendientes, queriendo por esse medio Isabel Sanchez de Magallon donante, que la succession de ellos fuesse *De unos en otros successiuamente ad in perpetuum*; Que de la manera que mientras durasse toda su descendencia auia en ella de durar la Succession. Lo primero. Por la prohibicion de agenaar, que auia en todos los descendientes, Fufar. *de subst. q. 637. à num. 2. Sesse decis. 373. num. 6.* Lo segundo. Por las palabras *Con tal vinculo. vt ex Couar. Mier. & Azeb. scriptit Castillo lib. 2. controu. cap. 22. num. 42.* Lo tercero. Por las otras que dicen. *Y assi de unos en otros.* Fufar. *ubi sup. q. 382. num 54.* Y lo quarto. Por las palabras *Successiuamente ad in perpetuum.* Perreg. *de fideicom. art. 18. num. 19. & 22.* Que tampoco Iuan Gomez de Marcilla pudo hazer el vinculo que hizo, y con que se incluye Don Diego. Porque el poseedor del Mayorazgo no puede alterar los llamamientos, que ay en el a perjuizio de los demas Successores suyos. *Mol. de Hispan. primog. lib. 1. cap. 8. num. 20.*

Reconociendo la parte contraria la seguridad de esta doctrina, nos opone dos cosas. La primera; Que por estar en dicho vinculo para en falta de los Descendientes de Iuan, llamado Antonio su hermano, y sus Descendientes, tiene tambien en el mismo, como nieto que es de Antonio, llamamiento. Y la segunda. Que la dicha Isabel Sanchez de Magallon, no tuuo facultad para hazer dicho vinculo. Porque aunque posseyo dichos bienes, no fue como señora de ellos, sino iure viduitatis. Pero entrambas dudas tienen cabal satisfacion.

La primera. Porque el llamamiento de Antonio, y de sus Descendientes, no estuuo concebido absolute, para siempre, y quando faltassen Iuan, y sus Descendientes primero llamados, como se pudiera persuadir estarlo, si lo estuuiera con las palabras de *Faltando, no quedando, o muriendo, los descendientes de Iuan Gomez*. Por lo que sobre ellas discurrieron *Pereg. de fideicom. ar. 29. nu. 9. § 15. Casan. conf. 24. num. 5. § conf. 33. num. 34.* Pero no estando concebida la deficiencia de los Descendientes de Iuan con essa formalidad, sino con la otra en que se dixo. *Y si el dicho Iuan Gomez morir à sin hijos, o Descendientes de ellos legitimos, en tal caso &c.* Es cierto, que por estar referida dicha Condicion al tiempo de la muerte de Iuan, que con auer muerto este con hijos, caducò el segundo llamamiento de Antonio. *Vt ex Oldradi consilio 21. & Pereg. de fideicom. art. 29. num. 38. ac alijs, tenet D. Sesse decis. 246. à num. 1. cum. seq.* Y lo dixo el motivo de la Causa de Pradilla referido por dicho *S. R. Sesse decis. 245. fol. 99. colum. 4. ibi: Tamen ex alio capite defecit vocatio Beatricis, in cuius locum subrogatur gradus Petri, ob pramorientiam, illius sine filijs, & descendibus; & filiorum etiam Ioannis: Quia cum illa fuerit vocata, sub expressa conditione:*

Si Ioannes Vinculans sine filijs, & descendentes decesserit; *Merito super existentia tempore eius mortis Ioannis Francisci de Lanaja eius filij, facit deficere conditionem appositam vocationi Beatricis, & similiter Petri, in cuius locum subrogatur Didacus agens.*

Lo qual procede con mayoria de razon, por las otras palabras de la condicion, ibi: *En tal caso*, las quales son de su naturaleza restrictiuas, sin admitir extension a otro caso, que al expreso, *Casan. conf. 4. num. 137.* Con que auiendo con la falta de dicha condicion, caducado el llamamiento de Antonio, y de sus descendientes, será preciso confessar, que en el vltimo descendiente de Iuan, que fue Doña Guiomar, quedaron los bienes libres.

Menos obsta la segunda duda, que respecta al poder de Isabel de Magallon en vincularlos, el qual se impugna, diziendo, que la possession que tuuo de ellos, fue solo iure viduitatis. Para lo qual en los articulos 4. hasta el 9. de su Triplica inclusiue, se alega q̄ Iuan Gomez, 1. de este nombre, siendo señor, y poseedor suyo, aurà 130. años, contraxo matrimonio con la dicha Isabel Sanchez, del qual huuieron en hijos à Iuan, Antonio, Maria, Violante, Isabel, y Luisa Gomez. Y que el dicho Iuan Gomez, sin auer hecho Testamento, aurà 100. años que murió, sobreviviendole su muger, è hijos. De que se quiere inferir, que supuesto que yâ el marido al tiempo de contraer matrimonio, era señor de dichos bienes; y por serlo sitios, no se comunicaron con su muger, y quando se los mandò esta à Iuan Gomez su hijo, era yâ muerto el marido, que la possession que tenia en ellos, fue por el derecho de la viudedad, que conforme a Fuero, por el contracto del matrimonio le competia; y no porque fuesse señora de ellos.

Pero se responde lo primero: Que no se ha probado lo que la parte contraria en dichos articulos alega: porque los testigos que sobre el *artic. 4.* de la Triplica depsoaron, ninguno concluye, de que Iuan Gomez al tiempo de contraer matrimonio fuesse yã señor de dichos bienes, pues los que mas dizen es, de que de algunos años antes de su muerte lo era. Y assi el dominio si lo prueban, es solo del tiempo del matrimonio, con que no constando auerlo sido antes, ni auer despues adquirido los titulo *lucratiuo*, se deben presumir saltim comunes de entrambos conyuges. *Plebanus in obseru Nota quod de consuetudine 53. num. 33. de iure dot.* Y assi con la misma prueba de la parte contraria, se conuence, que alomenos en la mitad de dichos bienes, no le faltò poder a Isabel Sanchez de Magallon para vincularlos.

Respecto de la otra mitad, tambien debe proceder lo mismo, porque si segun pretende la parte contraria perteneciò esta a los seis hijos que quedaron, por auer muerto su padre ab intestato, a lo menos la sexta parte que perteneciò a Iuan donatario, por auer este expressamente aprobado el vinculo, ha de quedar sujeta a la disposicion de Isabel Sanchez su madre, pues es lo mismo otorgar el que es señor la disposicion, que no siendolo aprobarla despues, el que lo es. *Negus. de pigno. 2. memb. part. 2. princ. num. 54. Sesse decis. 189. num. 9.* Y en quanto a las otras cinco partes restantes, no pudiendo tener el aprehendiente sino a lo sumo drecho de vna de ellas, tampoco parece que puede oponer el defecto de potestado a lo menos en quanto a las otras quatro de los demas hijos. Porque aunque la excepcion de iure tertij, que es exclusiva omnino iuris agentis, sea licito el oponerla, *Sesse decis. 229. num. 2. Portol. in §. exceptio num. 75.* Por ser esta excepcion tambien exclusiva del drecho del apre-

hendiente, no ha de poder oponerla, porque si es licito oponer la excepcion, que compete al tercero, es porque con excluir con ella al actor, queda incluido bastante-mente el que la oponc.

Y en nuestro caso, si Isabel Sanchez primera vincu- lante no tuuo potestad para hazer la disposicion, que se ha referido, tampoco la pudo tener Iuan Gomez tercero de este nombre su nieto para hazer la en que se quiere incluir el aprehendiente, porque no tuuo este mas dre- cho para suceder en ellos, del que le dieron en dicha dis- posicion, pues con auerse introducido en virtud de ella Iuan Gomez segundo ha posscherlos, se los mandò des- pues este a Iuan Gomez tercero su hijo en su Capitulaciõ matrimonial, como cõsta de lo alegado, y probado en los art. 9. y 10. de la replica de esta parte, Con que, si Iuan Go- mez tercero tuuo facultad para vincularlos en el testa- mento, con que se incluye el aprehendiente, fue porque Isabel Sanchez su abuela se los mandò a Iuan Gomez su hijo; Y assi tan lexos està la parte contraria de poder im- pugnarle dicha facultad, que antes bien para defender la disposicion con que se incluye, ha de reconozerala.

A mas, que aunque se confesasse, que Iuan Gomez pri- mero possyò constante matrimonio como señor di- chos bienes, y se pretenda inferir de esso, que la possession que despues de su muerte tuuo Isabel Sanchez su mu- ger, respecto de la mitad (que se dize perteneciò a sus hijos) fue solo por derecho de viudedad; Esso pudiera pro- ceder, si en Isabel Sanchez se huuiera por esta parte probado solo possession. Porque entonces, se podria pre- sumir ser en virtud de la viudedad, que conforme a Fuero, en ellos le competia. Pero no auiendose proba- do a solas en su persona possession, sino tambien domi- nio, al tiempo que le hizo donacion de ellos a su hijo,
como

9
como sobre el *artic. 6.* de la Replica se ha probado; No puede dicha possession presumirse iure viduitatis, pues ay prueba contraria, de que lo fue iure dominij; y la presumpcion de que en esta parte se vale el aprehendiente, ha de quedar vencida por la prueba, que en este punto tiene hecha sobre dicho articulo esta parte: *Quia presumptio tituli cessat, ubi constat de contrario.* Rot. *apud Farin. in posth. tom. 1. decis. 14. num. 1.* Y de parte del aprehendiente, no ay prueba contraria, de que fuesse iure viduitatis.

Ni embaraza que el dominio, y possession que se alegò, y probò en Isabel Sanchez de Magallon, fue solo por treinta dias, y hasta en el dia, y tiempo de la dicha Capitulacion matrimonial; Porque se responde, que para obtener en este articulo de lite pendiente, solo es necessario probar possession por dicho tiempo en la persona de quien tiene derecho el litigante, *Bardaxi ad d. For. cobdiciando à num. 4. cum seq.* Como lo fuera bastante probandola en su persona, si viniera con ^{possessione} ~~proprietate~~ propria.

Menos obsta si se dixere, que el Vinculo que hizo Isabel Sanchez a fauor de sus descendientes, no fue absoluto, sino contrauencional, por estar concebido con las palabras: *Que no pueda disponer, l. filius familias 114. §. diui. el 2. de leg. 1. l. cum pater, §. libertis. Et l. Peto, §. fratre de leg. 2.* Y que assi pudo Iuan Gomez su nieto, disponièdo primero entre los contèplados, no solo grauar los entre si. *Peralta in l. unum ex familia 67. §. Sed etsi fundum. ff. eodem.* Sino tambien passar para en falta suya, a hazer digression de llamamientos de personas estrañas. *Vt ex Goueano. lib. 2. lect. iuris cap. 19. Scripsit Suelu. cons. 27. num. 22. in centur. ibi: Nam electo semel uno de familia, satisfactum voluntati testatoris, quam*

quamuis electus rogatus sit extraneo restituere.

Porque se responde lo vno. Que aunque el Vinculo este concebido con las palabras: *Que no pueda disponer,* que son con las que el fideicomiso suele a principio ser solo contravenencional. Pero quando en el ay las palabras de perpetuidad, que se han ponderado arriba, aun dispuesto debaxo de esta forma de palabras, es a principio absoluto, gradual, y successiuo, *Tyber. Decian. cons. 31. nu. 98. ibi: Sed certum est, quod si ista ratio conseruanda agnationis, & familiae, fuisset expressa pro causa alienationis prohibita, fideicommissum censeretur inductum, non modo in casu contrauentionis, sed etiam in casu mortis, & sic absolute. Ut tradunt omnes in l. filius familias, §. diui. de leg. 1.*

Lo otto. Que aunque dicho Vinculo huuiera sido a principio solo contravenencional. Por estar en el grauado Iuan Gomez 2. de disponer en sus hijos, y descendientes, y juntamente estos en los suyos. No pudo despues Iuan Gomez 3. ni aun para en falta de sus descendientes, llamar a otro extraño. *D. Sesse decis. 55. nu. 12. ibi: Reduendo ad materiam, quia satis digressi sumus. Dum queritur, An prohibitus alienare extra descendentes, disponendo in personam permissam potuerit eam grauare, est dicendum quod sic, nam de iure est, quod ille qui potest eligere inter filios, potest inter eos disponere eo modo, & forma qua voluerit, dummodo non digrediatur ad extraneos non permisos, nec vocatos in fideicommissis. Fontan. decis. 94. n. 6. & 367. n. 13.* Y aunque la linea de los descendientes de Antonio, estuuo tambien llamada en el Vinculo de Isabel Sanchez; y assi se pueda pretender, que era de las contempladas, como su llamamiento fue solo (como ya se ha dicho) debaxo de la condicion: *Si Iuan moria sin hyos, y descendientes.* Para en el ca-

fo contrario de auer tenido hijos, ni estuvo llamada, ni contemplada; y assi en este, en quanto al vltimo descendiente, en quien auian de quedar los bienes libres, se han de reputar los descendientes de Antonio, como estraños, y no permitidos.

Con que parece, que la succession de los bienes de los numeros 1. 3. y 5. del primero lugar, y de todos los del segundo, se ha de gouernar, segun la disposicion de Isabel Sanchez de Magallon, segun la qual no tiene llamamiento la parte contraria, sino que conforme a ella, tuvo libertad de disponer Doña Guiomar Diez, como vltimo descendiente suyo. Y respecto de los bienes de los numeros 2. y 4. del primero lugar, aunque estos no pueden estar en dicha disposicion comprehendidos; porque no se ha probado dominio, ni possession en Isabel Sanchez. Pero por no auerla de ellos tampoco probado el aprehendiente en la persona de Iuan Gomez 3. Con cuyo testamento se incluye, padece el mismo achaque; y assi con auerlo probado esta parte en su persona, debe en ellos, como actual poseedor suyo obtener.

Y en quanto a los bienes del tercero lugar, aunque no fue señora Isabel Sanchez, y lo fue Iuan Gomez 3. su nieto, tampoco debe en quanto a ellos gouernarse por su Testamento la succession, por tenerlos yá tambien este vinculados por Iuan Gomez 2. segun consta de la Capitulacion matrimonial del mismo Iuan Gomez 3. que està en proceso, fol. 363. en que se los mandò su padre, sugetos al Vinculo siguiente.

Con tal pacto, vinculo, y condicion, que de aquellos no pueda en vida, ni en muerte disponer, sino es en hijos suyos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados. Y si el dicho Iuan Gomez de Marcilla morirà sin hijos

jos y descendientes suyos legitimos. Y sus hijos y descendientes legitimos assi mesmo sin hijos legitimos y de legitimo matrimonio procreados, ò menores de edad de catorze años, dichos bienes vuelvan y peruengan en el dicho Iuan Gomez, y Ana de Marcilla sus padres si viuos suran. E si viuos no seran, en quien dispuesto y ordenado auran. Y si dispuesto y ordenado no auran, en Isabel Gomez su hija, si viua serà, con los mismos pactos, vinculos, y condiciones arriba expressados. Y si lo que Dios no mande, muriere sin hijos y descendientes legitimos, ò los dichos sus hijos y descendientes, sin hijos y descendientes legitimos, ò menores de edad, que todos los dichos bienes, vuelvan y peruengan en Antonio Gomez hermano del dicho Iuan Gomez, si viuo serà; Y si viuo no serà, En sus hijos y descendientes legitimos, de la forma arriba dicha.

De esta disposicion resulta, Que pues Iuan Gomez donatario estubo grauado de disponer de dichos bienes en sus hijos; No pudo despues en su testamento a perjuizio de estos, aumentar nueuos llamamientos, vt est supra dictum. Y assi no auiendo tenido facultad de hazerlos, no se incluyò con ellos en su proposicion legitimamente el aprehendiente.

Ni obstará si se dixere, que supuesto que para en falta de los hijos y descendientes de Iuan, è Isabel su hermana. Estubo llamado Antonio y sus descendientes, por serlo Don Diego, nieto suyo, por la misma Escritura por donde se le pretende excluir, se le incluye, con que sino puede suceder en dichos bienes por el testamento que en su proposicion traxo, ha de suceder en ellos por la Capitulacion misma que para su exclusion se ha traído en nuestras replicas.

Porque se responde. Que quando constasse que en fuer-

fuerça de dicha escritura , para en falta de todos los descendientes de Iuan, è Isabel , estubo llamado Antonio, y sus descendientes, por no constar en su proposicion (que es a donde auia de alegar todo lo que era tocante a su inclusion) sino en su triplica, que Don Diego fuesse nieto de Antonio , no ha de poder valerse del llamamiento que pudiera en dicha escritura pretender. Y esto , porque las triplicas son solo para excibir y oponer contra lo que se alega por la parte contraria , y no para incluirse de nuevo deduciendo diferentes derechos. Y aunque esto padece limitacion , quando en las mismas escrituras con que se quiere excluir en las replicas , se halla que tiene por ellas mismas el contrario inclusion. Esto parece debe proceder , quando de lo alegado en la proposicion , y de lo mismo que la tal escritura contiene, resulta su inclusion, sin necessitar de probança de otro hecho extrinseco, como lo hubo menester aqui Don Diego, articulando en la triplica nuevo grado de filiacion para incluirse en descendiente de Antonio. Porque entonzes , como sin alegar y probar la nueva circunstancia que necessita para su inclusion , no queda incluido en la escritura con que se le excibe, y en las replicas y triplicas no pueden legitimarse de nuevo las partes , mas de lo que en sus proposiciones lo han hecho; De aqui es, que el que con lo que la misma escritura dize , y lo contenido en su proposicion no queda incluido, no ha de poder de nuevo en virtud de ella aspirar a la succession.

Y aunque el que ha dado proposicion en virtud de vna Antipoca , puede en las replicas para excluir al acreedor anterior, valerse de la escritura original del treudo. Esto es, porque la Antipoca como referente de la original imposition es parte suya. *l. Affetoto 76. de hered. inst.* Y como tal , no se entiende que de nuevo se alega , porque la

escritura relata, como parte de la referente, se puede en qualquiera parte traer. Y en este caso el acreedor, aunque con valerse de su credito anterior, dexa sin efecto a la Antipoca, pero no illegitima su titulo, ni con él prueba, que el que pretende el dominio en virtud suya, no se incluyò legitimamente en su proposicion. Pero en nuestro caso con auer traído esta parte en sus Replicas dichas Capitulaciones, ha probado que la disposicion, de que se vale el aprehendiente, es nula por defecto claro de potestad en quien la hizo; y que assi con ella, no se incluyò legitimamente en su proposicion. Con que no estandolo a principio, no ha de poder de nuevo hazerlo: Y assi parece se debe repeler su pretension en todo, admitiendo la de esta parte. Salua grauissima Senatus censura: Zaragoza, Febrero 15. 1658.

*El Doctor Antonio Blanco, El Doctor Augustin
y Gomez. Estanga.*