



35.221 IN PROCESSV

RECTORIS SOCIE

TATIS I E SV CALATAIVBII.

SVPER APPREHENSIONE.

¶ POR D. MARIA FERRER PEREZ DE
Nueros. Respuesta à las Dudas.

¶ Primum Dubium.



A de España, suo ultimo testamento Antonium, & Frã-
ciscum Ferrer, filios eiusdem in omnibus suis bonis here-
des instituit expressa adhibita prohibitione alienandi, nisi
in filios, unde cum postea Franciscus, non tantum Petrum
Ferrer eius filium, verum etiam filios, & descendentes, ex
illo sub aliquibus conditionibus, & grauaminibus heredes
reliquerit, videtur per contrauentionem bonis prædictæ
Anne de España priuatum remansisse, nullumq. ius in
Mariam Perez de Nueros transmittere potuisse, præsertim inspectis verbis
testamenti. Item quiero, ordeno y mando, que si alguno de mis hijos, Anton, y
Francisco Ferrer, no tuuiere, seruare y guardare con efecto el presente mi vl-
timo testamento, y cosas en aquel contenidas, y viniessen, o alguno dellos vinies-
se contra las cosas por mi arriba ordenadas, y mandadas, assi en lo que yo dis-
pongo de la hazienda del dicho Pedro Ferrer mi señor, y marido, como de los
otros bienes mios; en tal caso, el tal de los dichos hijos que el contrario fiziere, e
no seruare, y tuuiere mi voluntad, quiero que en todo, y por todas cosas no pue-
da auer de mis bienes cosa alguna, salvo los 100. sueld. que le dexo en la legi-
tima, e de mis bienes no pueda mas auer. Nec refragatur, quod priuatio-
nis hæc pena locum non habet, absq. iudiciali monitione, vel Iudicis declara-
tione, nam ex magis recepta iuris sententia, verius videtur, necessarium non
esse, ubi ultra expressam prohibitionem disponentis ulterius processit testa-
tor priuando successorem ob contrauentionem, prout in presenti præcipue, in
illis verbis: Que en todo y por todas cosas, no pueda auer de mis bienes cosa al-
guna. Et rursus: E de mis bienes no pueda mas auer.

A RES

= A-641-10 =

Tut. 125134

AFA - 00017

Joanants 8



T 125134
C 1147325

= A-641-10 =

208



Fol. I



R. 55.221

IN PROCESSV
RECTORIS SOCIE-
TATIS I E SV CALATAIVBII.

SVPER APPREHENSIONE.

¶ POR D. MARIA FERRER PEREZ DE
Nueros. Respuesta à las Dudas.

¶ Primum Dubium.



Adelupra
fol 426
allegacion por
la parte



A de España, suo ultimo testamento Antonium, & Frä-
ciscum Ferrer, filios eiusdem in omnibus suis bonis here-
des instituit expressa adhibita prohibitione alienandi, nisi
in filios, unde cum postea Franciscus, non tantum Petrum
Ferrer eius filium, verum etiam filios, & descendentes, ex
illo sub aliquibus conditionibus, & grauaminibus heredes
reliquerit, videtur per contrauentionem bonis predictæ
Anne de España priuatum remansisse, nullumq. ius in
Mariam Perez de Nueros transmittere potuisse, præsertim inspectis verbis
testamenti. Item quierò, ordeno y mando, que si alguno de mis bijos, Anton, y
Francisco Ferrer, no tuuiere, seruare, y guardar con efecto el presente mi vl-
timo testamento, y cosas en aquel contenidas, y vinieffen, o alguno dellos vinief-
se contra las cosas por mi arriba ordenadas, y mandadas, asì en lo que yo dis-
pongo de la hazienda del dicho Pedro Ferrer mi señor, y marido, como de los
otros bienes mios; en tal caso, el tal de los dichos fijos que el contrario fiziere, è
no seruare, y tuuiere mi voluntad, quierò que en todo, y por todas cosas no pue-
da auer de mis bienes cosa alguna, salvo los 100. sueld. que le dexo en la legi-
tima, e de mis bienes no pueda mas auer. Nec refragatur, quod priuatio-
nis hæc pena locum non habet, absq. iudiciali monitione, vel Iudicis declara-
tione, nam ex magis recepta iuris sententia, verius videtur, necessarium non
esse, ubi ultra expressam prohibitionem disponentis ulterius processit testa-
tor priuando successorem ob contrauentionem, prout in præsentì præcipue, in
illis verbis: Que en todo y por todas cosas, no pueda auer de mis bienes cosa al-
guna: Et rursus: E de mis bienes no pueda mas auer.

A RES

copy of the
original
in notariis
of the
city of
Caraboli

Respuesta.

EN la Duda primera se pretende, que en el testamento de Ana de España, ay expresa prohibicion de agenaar, sino en hijos: y que auiendo dispuesto Francisco en Pedro, grauandole en fauor de sus hijos y descendientes, contrauino, y por la contrauencion estuuó priuado de todos los bienes, que por el testamento de Ana de España le pertenecian: de donde infiere, que no puede pretender ningun derecho Doña Maria Ferrer, por el testamento de Francisco Ferrer I. Porque Ana, en caso de contrauencion, solo quiere que alcance los cien sueldos de la legitima.

Respondo lo primero, que en el testamento de Ana de España, no ay prohibicion expresa de agenaar; como supone la duda, ibi: *Expressa adhibita prohibitione*, sino permission de agenaar en hijos; como ponderè en la primera alegacion punto 2. arti. 3. fol. 21. y lo que se dirà en la respuesta a la duda segunda.

Lo segundo, que no ha venido el caso de la contrauencion, ni el de succeder en fuerça del fideicomisso contrauencional; porque disponiendo en la persona permitida, no succede el nombrado, o eligido por el testamento de el que permite disponer en el; sino por la disposicion del eligente; y por la agenacion hecha en la persona permitida, salen los bienes de la prohibicion; como dixerón *Paul. de Castro*, y otros referidos por *Tiraquel. de retract. Lignag. §. 32. glos. 1. num. 5. idem Paul. cons. 77. vers. circa primum, & cons. 447. ex l. si pupillorum, §. si pupillus, de rebus eorum*, es doctrina de las palabras del *tex. en la ley cum pater*, 38. §. quindecim, de leg. 3. no se considera la persona que posee los bienes, ni la persona en cuyo fauor puso grauamen el eligente, ora sea estraña, ora sea contemplada; quia non possidentis persona, qui nunc extraneus est respicienda erit, sino la persona en quien primero se haze la agenacion, que sea de las personas permitidas, y contempladas; sed emptorum qui secundum voluntatem defunctæ ex illis fuerunt, quibus permisisit testatrix venundari: porque agenando en esta persona permitida, nec conditio extitit dati fideicommissi; así Francisco primero, disponiendo en Pedro Ferrer, persona permitida, pudo poner vinculos en fauor de sus descendientes: porque solo quiso Ana de España, que la primera persona en quien dispusiese, fuese vno de sus hijos, y poniendolos, no contrauino: V. S. lo sintio así en el processo Ioannis Blasco, y por esta parte se ha ponderado en dicha alegacion, punto 2. art. 2. fol. 17.

En la vltima parte de la duda primera, se pretende, que no es necessaria sentencia de priuacion de los bienes: porque Ana de España en su testamento, a mas de la prohibicion, priuó a qualquiera de sus hijos, que en todo, o en parte contrauiniere a su disposicion y voluntad. Respondo, que aunque ay contrariedad entre los Doctores: pero la comun es, que quando ipso iure, & facto inducitur priuatio, non est necessaria sentencia declaratoria circa amissionem dominij: pero es necessaria declaratoria para auocar la possession ab ipso possessore, *Alex. cons. 103. nu. 23. lib. 1. Ias. cons.*

21. col.

benetamen est necessaria ad auocandam possessionem ab ipso

possessore

quando ipso
iure et facto
inducitur pri-
uatio non est
necessaria sententia
declaratoria
benetamen est
necessaria ad
auocandam
possessionem
ab ipso
possessore

2 r. col. pen. in prin. lib. 3. Ripa, in c. Sape, nu. 101. de restitut. spol. alsi concilio las dos opiniones contrarias Juan Igneo en la l. necessarios, S. non alios; nu. 52. ff. ad Syllan. decis. Florent. Magony 16. nu. 49. Fusario, q. 583. nu. 4. ex Corneo, Crauet. R. olando, & Prælis. Lo segundo respondo, que quando procediera, sin disputa, el auer contrauenido Francisco Ferrer primero a la disposicion de Ana de España su madre, por auer dispuesto en Pedro Ferrer su hijo, graundole en fauor de sus descendientes. Pero q̄ la parte del Retor, y Colegio de la Compañia de Iesus, para excludir a doña Maria Ferrer, como habiente derecho de la disposicion de Francisco primero, para que Francisco quedara priuado por auer contrauenido, auia de articular y prouar, q̄ Francisco Ferrer I. tuuo sciencia clara de la clausula del testamento de Ana de España, en que priua a qualquiera de sus hijos que contrauiniesse a su voluntad, como es necessario el prouarla, Angelus in l. fin. S. fin. C. commun. de leg. & in l. Marcellus, S. res que ad Trebel. Seraphin. decis. 916. nu. 8. Petra de fideicomis. q. 3. nu. 42. Bald. in c. si vassallus, in fin. si de feudo fuerit controuersia, Ripa in l. filius familias, S. diui, nu. 11. ad finem de leg. 1. Rota apud Farin. in posthum. to. 2. decis. 160. nu. 7.

Y no es bastante la sciencia que puede resultar de la diuision hecha entre Anton, y Francisco Ferrer, de los bienes que les pertenecia por la sucesion de su padre, y testamento de su madre, por lo que dize Farin. in d. nu. 7. ibi: *Quæ quidem scientia debet esse certa & præcissa, nec sufficit resultans ex productione testamenti, & immisione illius vigore per equitem obtenta, quæ ad hunc effectum priuationis nõ sufficit, nisi concurrat scientia aliarum qualitatũ, & præcipuè dictæ prohibitionis pœnalis: iuxta glos. communiter receptam in c. concertationi, verb. sciuerit, & ibi DD. de appellat. in 6. Alex. conf. 114. nu. 4. vers. accedit ad maiorem, lib. 1. Tiraquell. de retract. Lignag. S. 36. glos. 2. n. 30. Aymon. conf. 193. nu. 8. & fuit dictum in vna Romana dotis, 10. Maij, anno 1602. & Coram. Bo. memorie Card. Pamphilio, & Romana de Arronis 10. Nouembris, anno 1614. Coram D. Vbaldo Ludouis. dec. 425. nu. 5. & 6. & 525. nu. 8. Grat. c. 788. num. 11. & 625. nu. 11. Farin. in recentis. 2. p. decis. 593. nu. 4. & 5. Fusar. de fideicom. q. 596. nu. 43. y procede esto, quando del testamento de Francisco Ferrer consta, que dispuso de todos los bienes como suyos: De donde se colige la credulidad que tuuo, de que eran estos bienes suyos libremente; como dize Farin. in d. decis. 160. nu. 6. ibi: *Quia dolus cessat in nostro casu stante prædicta rationabili credulitate, quam equitem habuisse deduci videtur ex ipsamet donatione, in qua asseruit bona donata ad se iure dominij spectare, & de illis pro suo libito & voluntate disponere posse.* Y pues Francisco Ferrer primero, en su testamento dispuso de todos los bienes aprehensos, como de bienes suyos propios libres, y otros muchos; a saber es, de todos los bienes suyos, muebles y sirios de Calatayud, Maluenda, Paracuellos de Xiloca, Belmonte, Paracuellos de la Ribera, Saguñan, y Terrer, y en sus terminos, y en qualquiere parte dellos: consta con euidencia, que no contrauino, ni tuuo animo de contrauenir, pues no huuo dolo, ni se prueua sciencia expresa, clara, y precisa de Francisco Ferrer I. de la clausula del testamento de Ana de España su madre.*

Y de la misma manera, que segun lo dicho, le escusò la ignorancia facti,

no ay en algun in
9. documento clausula
reprobas con contra
chos contruiniendo
a los dispuestos sin
enunciado de segun bar
cho sinenta priuacion
de segun viene
en deducal clausula
de la donacion del
de contruiniendo i
esta

no ay en algun in
9. documento clausula
reprobas con contra
chos contruiniendo
a los dispuestos sin
enunciado de segun bar
cho sinenta priuacion
de segun viene
en deducal clausula
de la donacion del
de contruiniendo i
esta

le escusò tambien la ignoranci a iuris; a saber es, el ignorar que de aquella clausula resultaua prohibicion de agerar in testamento, y poner vinculos en fauor de sus nietos, y que estos no fuesen comprehendidos appellatione filiorum, y contemplados en el testamento de Ana su madre: todas quæstiones muy dudosas, y controuertidas con variedad de opiniones; nam vbi adest conflictus opinionum, & res multum dubia discernitur ignorans, etiam ignorantia iuris toleratur, l. regula, de iuris & facti ignor. glo. 12. in c. unico de postul. prel. in 6. Abb. in c. fin. de constit. Viuius, decis. 47. nu. 15. lib. 1.

Secundum Dubium.

ICET fateremur Franciscum Ferrer primum, iudicio permissiuo Annæ de España, bona ipsius in filios alienare potuisse, tam inter viuos, quam ex testamento omnino tamen prohibitum fuisse extra filios disponere, etiam in nepotes dicendum videtur. Nam filiorum appellatione nepotes non continentur, vbi prout in nostro Regno secundum proprietatem sermonis, verba intelligenda veniunt. Prasertim quædo de filiis non fuit simpliciter dispositum, prout in testamento dictæ Annæ, ibi: Sino en hijos suyos legitimos, dictio namq. suos, restrictiua personalitatem, & causam immediatam denotat ad exclusionem, seu non intelligentiam nepotum, quibus hæc qualitas minimè conuenire videtur, & ita cum in presenti filios tantum dictæ Annæ, non verò nepotes, & eorū descendentes contemplatos reperiamus, dispositio Francisci primi in filios Petri, & eorum descendentes, contra expressam prohibitionem, & voluntatem matris, facta omnino corrumpere videtur.

Respuesta.

ESTA Duda supone, que aunque Francisco Ferrer I. pudiera agerar por el iuyzio permissiuo de Ana, los bienes, pero que estuuu prohibido de disponer extra filios; lo qual señalò la duda primera in principio, ibi: *Instituit expressa adhibita prohibitione alienandi, nisi in filios.* Son terminos diferentes los que la duda supone, de los que esta parte ha pretendido siempre, y fundado en el punto 2. artic. 3. fol. 21. de la primera allegacion: la diferencia es, entre grauar al heredero, que disponga en vno de la familia; y entre permitirle que disponga en vno de la familia: En el primer caso, el que dispone no dà los bienes por su disposicion, ni los que succeden en los bienes le succeden a el: non enim facultas necessaria electionis propria liberalitatis beneficium est, quid enim quod de suo videatur reliquisse, qui quod reliquit omnino reddere debuit; como dixo el Iurisconsulto en la ley vnum ex familia 67. §. si de falcidia de leg. 2. Molin. de primog. lib. 2. c. 4. nu. 5. & seqq. Couar. & Zepha. relati a Mieres de maiorat. 2. p. q. 8. nu. 10. Peregr. de fideicom. art. 10. nu. 1. Caldas Pereyra, conf. 8. nu. 38. & conf. 33. nu. 2. Valanzuela, conf. 63. nu. 50. Barbosa. in l. si ab hostibus, §. fin. nu. 21. soluto matrim. Fontan. de pact. nupt. 10. 1. claus. 4. glos. 5. num. 64. Sesse decis. 436. nu. 1.

Nota la diferen-
cia q. ay entre
grauar al herede-
ro q. disponga
entre de la fa-
milia; y entre
permitirle que
disponga en
vno de la familia

5
712
nu. 1. & 5. & decis. 387. nu. 5. a donde interpretó así expressamente la ley
unum ex familia, §. *sed et si fundum de leg. 2. Castell. to. 6. c. 16. nu. 6. relati in*
addit. ad Molin. d. lib. 2. c. 4. ad nu. 22. Fusar. q. 511. nu. 5.

En el segundo caso, quando está vno permitido, que disponga en vno
de la familia, el que dispone da los bienes al nombrado, y el succede en
ellos al disponiente, y en fuerza de su disposicion, no al primero testador,
ni en fuerza de su testamento: porque como no está necesitado a dispo-
ner, reciben los bienes por su disposicion, y los puede grauar; *Fussario, q.*
511. nu. 1. ex Gabr. Spino, Peregr. videndus Cald. Pereyra de potestate elig. 3. p.
c. 16. num. 6. distinguió estos terminos *Sesse, decis. 363. nu. 7.* que por ser tan
puntual, se refieren sus palabras: *Vidi in hac materia prohibitionis aliena-*
tionum dubitatum, in his factis precedentium decisionum, quid si prohibitus
alienare extra familiam alienet in personam permissam capere, an talis hono-
ratus capiens dicatur capere à prohibente, an ab alienante, & fuit dictum, quod
tunc taliter honorati capiunt ab alienante non a prohibente, & sic tunc non po-
test persona permissa grauari a prohibente; quia non habet ab eo iudicio dispo-
situm, sed solum permissum, Bald. in l. voluntas, C. de fideicommiss. & hoc quan-
do prohibetur, ne alienes extra familiam, ut ibi secus si iubeatur, quis restitue-
re, vel eligere unum, vel plures ex familia, nam tunc facta in eos alienatione
dicatur, quis capere à iubente; confirmalo Ruyno en el conf. 121. n. 7. lib. 2. co-
nocio esta diferencia de la voluntad dispositiua, y permissiua, despues de
Zancho, en el §. cum ita, l. heredes mei, 7. p. nu. 7. Casanat. conf. 45. num. 36. in
fin. Fussario, d. q. 511. num. 2. & deducitur ex verbis, tex. in l. cum pater, §.
quindecim, de leg. 3. ibi: Quibus permissum est venundari.

En nuestro caso, estamos en los terminos de la permission dada por
Ana, a Francisco su hijo, de agenaar en hijos; porque segun las doctrinas
que se han ponderado en la alegacion primera, punto 2. artic. 3. fol. 21. el
dezir Ana de España, no pueda vender, empeñar, ni en otra manera age-
nar, sino en hijos; es lo mesmo que si dixera, pueda agenaar en hijos, por la
fuerça de la palabra *nisi*, que afirma todo lo que auia negado la oracion
negatiua precedente, vltra relatos, *d. fol. 21. adde Bart. in l. actione, C. de tran-*
sactionib. Farin. Surd. Seraphi. relatos a Ricc. 7. p. collect. 1788. Felinum, in c.
significasti, 18 nu. 9. de foro compet. Port. verb. forus, nu. 23. y como dixe en la
primera alegacion, fol. 22. es permission expresa, y no tacita, a mas de los
alli referidos, lo dixo *Gratia discept. for. c. 416 nu. 4. ibi: Nam cum oratio*
precedens sit negatiue concepta, ipsa dictio nisi, affirmat quasi tunc aduerse-
tur precedentibus, & ponatur quo ad illa priuatiue non secus, ac si dictum fuisset
per testatorem, quod fiat alienatio cum consensu executorum adeo, ut non di-
catur concessio tacita, & a contrario sensu, sed directa, & expresa, ex Socino,
Beroyo, Ruyno, & Surd. conf. 71. nu. 6. lib. 1.

Las doctrinas de Peralta, en la ley *vi. ex familia*, de *Sesse decis. 55.* y en
la 380. y en la 254. n. 32. de *Fussar. en la q. 511. n. 8. de Cácer lib. 3. c. 7. n. 387.*
se entienden en los terminos del primer caso, que el heredero por necesi-
dad está obligado a elegir y nōbrar vno de la familia, y en este caso quādo
no pueda poner grauamenes, ni disponer extra contemplatos, no haze con-
tra el intento de esta parte; porque estamos en diferentes terminos, como

B

arriba



arriba se ha dicho; y así parece que lo entendió *Fusar. d. q. 511. nu. 8.* en donde auendo distinguido dos capitulos, hablando del segundo, quando ex necessitate tenetur eligere, dize, que este capitulo se declara, que pueda poner grauamen en fauor de los contemplados, dando por alientado, que en el primer caso de el permissiuo, como reciben los bienes por la disposicion del que elige, & ab eo capiunt, non refert, que sean contemplados, o no; y así la parte contraria ha de distinguir estos terminos, porque del iuyzio permissiuo infiere esta parte, que se reciben los bienes por la disposicion del permitido, q̄ fue Francisco I. y como reciben los bienes del, in omnium sententia, los puede grauar por la regla de la ley ab eo, C. de fideicommissis. Y así mismo, pues dispuso en Pedro Ferrer, persona permitida, pudo grauarle en fauor de todos sus descendientes, aunque supongamos, sine veritatis præiudicio, que no estuieran contemplados por el testamento de Ana de España: porque no contrauenia disponiendo en la persona permitida, y porque Pedro no recebia los bienes de Ana, ni por su disposicion, sino de Francisco su padre, y por la disposicion suya. Y el entender este punto con la distincion que hablan los DD. como son *Fusar. Caldas, Sesse en la decis. 373.* y otros referidos, no es subtileza que no se deua seguir, antes se deue entender conforme a ella, como dixo el I.C. en la l. 4. §. ult. ad l. *Rodiam de iactu.*

En la segunda parte de la duda, quiere V. S. excluyr la disposicion de Francisco Ferrer I. en fauor de todos sus descendientes, pretendiendo, que en la disposicion de Ana de España, solo estuieron contemplados los hijos de Francisco, y Antonio, de primero grado; porque Ana de España dixo en su testamento; *No puedan vender, empeñar, ni en otra manera ager, sino en hijos suyos.* Y porque en la palabra *hijos*, ex vii propria significationis, & proprietate sermonis nepotes non continentur, y por ser clausula de testamento de muger, y por la estrecha interpretacion de la carta de Aragon.

Pero no obstante estas consideraciones, se pretende por esta parte, que estan contemplados los nietos, y de mas descendientes, en el testamento de Ana de España.

Lo primero, porque en la palabra *hijos*, ex propria, & iusta significatione, cui non obstat carta, se comprehenden los nietos; *Franch. decis. 215. nu. 6. 16. & 19. l. 3. in fine, l. I. C. §. nepotes de gradibus*, omnino videndus, *Sesse* qui materiam latissimè declarat, *decis. 64. a n. 4. cum seqq. qui nu. 8. dicit, filiorum appellatione nepotes contineri, ex vero, & proprio intellectu attributo, per legem huic nomini filij, & per consuetudinem loquendi ex dictamine naturali*, ita referente *Casti. d. lib. 5. c. 66. n. 44. Sesse decis. 374. n. 13. ex Rusticis* loco per eum relato: Y en nuestro caso, quando vno està grauado de restituyr a sus hijos, que los nietos esten comprehendidos en la palabra *hijos*, y que estè grauado restituyr a los nietos, *Sesse, decis. 64. num. 64. num. 45. & Portol. verb. Forus, nu. 47. & verb. testamentum, n. 55. adducto in 1. allega. fol. 48. vbi dicit, ita fuisse iudicatum in processu Domnæ Dionysie de Embum, super apprehensione, in Curia Dñi Iust. Arag. 10. Martij 1576. Lo enscña *Fussar. q. 3 19. n. 10. ex Bald. Alex. & alijs*; y en el *vers. ego autem*, dize: Si*

Sub Verbum
fr. Lion. ompe
Senti (Nepo-
tes) disputa
tur ab Caldas

Si verò in fideicommissò ascendentis, non video cur grauatus restituere filijs, non videatur grauatus restituere nepotibus, cum eadem sit ratio, & affectio, erga omnes descendentes.

De donde se infiere la segunda coniectura, que concurre en nuestro caso, y es, que versamur in fideicommissò ascendentium; *ex Fussario, d. vers. ego autem: y lo confirma Pereyra de potestate eligendi, c. 14. nu. 32. ibi: Hoc maxime procedere in testamentis ascendentium, Surd. Peregr. Decian. & alij relati in addi. ad Mol. de Hispan. Primog. lib. 1. c. 6. num. 29. Sesse decis. 64. nu. 46.*

La tercera coniectura, porq̃ tratamos de vna disposicion fauorable, pues lo es la de poder agenar en hijos: *Peregr. artic. 21. nu. 61. ibi: Nec quidquam obest, quod agatur de incommodo heredis grauati, quia fideicommissa principaliter ordinantur fauore vocatorum, unde non consideratur onus heredum, secundario, & in consequentiam contingens, ac ideo filij nomine continentur nepotes, l. filium habeo, ff. ad Macedonia. quam sic intellexit, Bart. in d. l. liberorum, sub nu. 6. & ex l. hoc S. C. ff. de ritu nup. ex quibus omnibus satis constat hanc esse magis receptam, & communem sententiam;* en que caso dixo *Pereyra de potestate eligendi, c. 14. nu. 32. quod si testator instituendo, relinquendo, vocando, prouidet filijs, & pro eis fauorabilia facit, & disponit in hoc enim casu concors recepta est omnium sententia, & communis opinio appellatione filiorum nepotes contineri, per l. Lucius, de hered. instituendo cum Bart. Alex. Angelo, Socino, Beroio, & alijs quibus, & alijs relatis additio ad Molin. de primo gen. lib. 1. c. 6. n. 29. vers. tertia, Sesse decis. 64. a nu. 17. cum seqq. quem refert sequitur, & laudat Castillo controuer. lib. 5. c. 66 nu. 44. vers. verum Sesse.*

La quarta coniectura se pondera, que milita la misma razon en los nietos, que en los hijos; porque queriendo Ana de España, beneficiar a sus descendientes, prohibio la agenacion en estraños, (y esto se conseguia tambien, y aun mejor, haziendo disposiciõ en fauor de nietos, que en fauor de hijos; quia per nepotes magis propagatur sanguis noster, ac memoria; como dixo elegantemente *Pinel. in l. 1. p. 1. num. 71. C. de bo. mater. Perey. de renoua. emphy. c. 14. nu. 35. y 36. Menoc. cons. 1037. nu. 12. lib. 11. Rauden. var. lib. 1. c. 38. n. 6. Manti. de coniect. lib. 8. tit. 8. nu. 15. & 16.)* En que caso dicen los DD. que es coniectura recibida, que la palabra hijos, comprehende los nietos, *Socin. Paris. Manti. Surd. Decian. Rimin. Perey. referidos por la adicion de Molin. lib. 1. c. 6. nu. 29. vers. sexta, Fusar. q. 320. nu. 37.*

La quinta coniectura se deduce, de que los nietos de Francisco I. auian de succeder abintestato; y en este caso se comprehenden los nietos, en nõbre de hijos, *Mantic. de coniect. lib. 8. tit. 8. n. 15. Menoch. lib. 4. presum. 94. n. 28. Peregrin. cons. 65. lib. 4. Fussario, q. 320. n. 48. & 321. nu. 30.*

La 6. coniectura ponderan los DD. que procede en nuestro caso, en el qual no auian nacido los hijos de Francisco, y Anton, quando Ana hizo su testamento, y quando la disposicion en que se contiene la palabra hijos, est collata in futurum euentum, y se ignora si auia hijos, o nietos, que en este caso appellatione filiorum continentur nepotes, *Peregr. art. 22. n. 50. Mantic. lib. 8. tit. 8. nu. 20. Rusticis de filijs in cond. positi in prefat. nu. 21. Surd. de alim. q. 36. Fussar. q. 320. n. 15. qui innumeros refert, Sesse, decis. 64. nu. 14. 46. & 108.*

*Per nepotes magis
propagatur san-
guis noster, ac
memoria*

& 108. decis. 293. nu. 9. *Castillo controuers. iuris, lib. 5. c. 66. num. 45. ibi: Quod etiam verum existimo modo, filius, & nepos, simul non concurrant.*

La 7. coniectura que se aplica a nuestro caso, es, que la palabra *hijos*, no se puede dudar que comprehendio a las hijas hembras, que fueron Geronyma, y Isabel, y así comprehendia los nietos, *quando enim masculinum concipit fœmentum, filiorum appellatione comprehenduntur nepotes*, *Curt. Jun. conf. 21. nu. 15. & conf. 111. Cephal. conf. 162. nu. 10. Præcis de interpret. fol. 227. nu. 51. Pereyra de potest. elig. c. 14. nu. 31.*

A esto se añade, que vna parte del testamento se declara por otra: *Paul. Castr. & Bart. in l. qui filiabus, de leg. 1. cum vulgatis*, y lo condicional declara lo dispositiuo, ex late adductis a *Castillo, lib. 4. c. 55. nu. 1. ultra relatos in alleg. punto 2. art. 9. fol. 48.* Y así estando seys vezes en lo condicional del testamento de Ana de España, a saber es, en la reciproca entre Francisco, y Antonio, y en la de Isabel, y Maria Ferrer, y en la de la causa pia de la Iglesia de Belmonte, puestos hijos, y nietos, expressamente consta de la voluntad clara, que en la permission de agenaar, y igualmente contemplò los nietos, como los hijos.

Ni obsta la coniectura que V. S. pondera en su duda, que el auer dicho Ana de España, no pueda vender, empeñar, ni en otra manera agenaar, sino en hijos suyos; fue querer excluir los nietos, y que aquella palabra *suyos*, denota la causa inmediata: Porque se responde, que aunque ay algunos DD. que tienen esta por coniectura exclusiva de los nietos; vt per *Fusar. q. 321. nu. 27.* Pero por la contraria, que por esta coniectura no estan excluidos los nietos; antes bien comprendidos en aquellas palabras, *hijos suyos*; allega el mismo *Fusar. a Alexan. conf. 37. n. 1. lib. 6. Paris. conf. 75. nu. 65. lib. 2. Præcis conf. 56. n. 12. lib. 1. Peregr. conf. 31. n. 4. lib. 2. & in hoc casu dicit, loquutos fuisse innumeros, qui consuluerunt pro nepotibus, quos retulerat, q. 319. n. 1. cum seqq. y añade, & hæc verior opinio mihi videtur, quia semper est necesse exprimere nomen patris filiorum vocatorum, & ita fuisse iudicatum, refert *Sesse, decis. 54. n. 46. quando testatrix dixit in filios suos, & meos*: Luego la palabra *suyos*, no tiene mas significacion, ni misterio, que declarar cuyos son los hijos llamados; que si solo dixera *en hijos*, se podia dudar cuyos hijos autan de ser.*

Y aunque estuuiéramos en mas fuertes terminos, que huiera dicho, *filios ex se natos, ex suo corpore natos*, no por esto se deua entender que quiso excluir los nietos; como lo enseña refiriendo a muchos DD. y diziendo que es comun opinion, y la contraria comunmente reprouada, *Fusar. d. q. 321. nu. 16.* en donde responde a los argumentos contrarios, y con *Russicis, c. 13. nu. 4. Peregr. y Paul. de Castr. lo enseña Sesse decis. 263. nu. 7.*

Perfuade esta verdad, la doctrina comunmente recebida de los DD. adhuc in materia strictiori de condicion, que deue cumplirse in specifica forma, quando el testador dize, *si mori* sin hijos suyos, ex se ex suo corpore natos; que en este caso la palabra *hijos*, comprende a los nietos, *Peregr. que alega muchos, art. 28. n. 34. & art. 22. n. 61. Sesse d. decis. 263. n. 8. ex l. Lucius 85. de hered. instit. Peregr. de potest. elig. c. 14. nu. 17. vers. secundus casus, Fusar. q. 413. nu. 8.*

Ni

Testamenti
Vn pars per
aliam declarat

La Palabra Suyos
denota la causa
inmediata. Ita
nem ex claret
nepotes.

Quia si mori
dixit sine
hijos ex se
ex suo corpore
natos ad hoc
tamen comprehenduntur nepotes

9

Ni obsta afsi mismo, lo que V. Señoria en la duda pondera de ser palabra puesta en testamento de muger: porque no por esto se excluye la interpretacion del derecho, como en los Mayorazgos, que las mugeres instituyen, se vee, y afsi en el exemplar que arriba se ha traydo de *Sesse*, decis. 64. nu. 45. no se tuvo consideracion con ser testamento de Isabel Aragonnes, muger de Francisco Lopez, antes sin embargo dello se pronuncio por los nietos.

Y a mas de lo dicho, para satisfacion de que a esto no obsta la obseruancia de nuestro Reyno, de estar a la carta, se pondera, que el excluir los nietos por la palabra *suyos*, no es letra, sino vna de las conjeturas que los DD. ponderan para exclusion de los nietos, como consta del lugar de *Fusario*, arriba allegado, q. 321. nu. 27. a qua recedunt, vt supra dictum est, y no ay violacion dela carta en admitir los nietos, por la justa, y propia comprehension que de ellos tiene la palabra *hijos*, conforme *Sesse in decis.* 64. n. 8. & seqq. quem refert, & multum extollit D. Ioannes del Castillo, d. cap. 66. num. 44. & in decis. 374. num. 13. & decis. 263. nu. 9. ibi: *Imo in casibus in quibus de iure veniunt nepotes appellatione filiorum in eisdem in Regno veniunt, non obstante carta, dicit communem Portol. verb. testamentum, nu. 52. & licet contrarium teneat Menoch. de presumpt. lib. 4. presump. 94. nu. 15. cum multis; possunt conciliari Menoch. loquitur in statuto de stando littere, Portoles de stando carta, que videntur quantum ad casum differre.*

Y no obsta lo que suelen ponderar los DD. de el llamamiento discre-
tino de los hijos, y nietos. Porque aqui no ay llamamientos distintos de
hijos, y despues de nietos, sino permision de disponer en hijos, y despues
los mismos hijos, y nietos puestos en cõdicion en todos los otros grados,
iteratis vicibus; y quando estuieramos en diferentes llamamientos, no
procediera esta conjetura para exclusion de los nietos: porque quando
habla de los nietos, habla de los mismos hijos, de que ya antes auia habla-
do, en q caso no son excluydos los nietos, *Fusar. d. q. 320. n. 80. vers. possent.*

De lo dicho resulta, que tenemos por nuestra parte las siete conjeturas
arriba ponderadas, que incluyen otras muchas, todas aprouadas por los
DD. afsi de derecho comun, como de el Reyno; y que las que por la parte
contraria se pueden ponderar, son reprouadas; y siendo esta question, si
comprehenduntur nepotes appellatione filiorum, conjetural, como dicen
Rusticis, in l. cum auus, lib. 6. c. 11. nu. 46. Menoch. lib. 4. presump. 94. num. 2.
Surd. de alimentis, tit. 9. q. 36. nu. 33. Castillo, d. lib. 5. c. 66. nu. 34. se deue, salua
la censura de V. S. entender, que quiso Ana de España comprehender los
nietos en vna disposicion fauorable, y no representandose, ni pudiendose
imaginar mayor razon de dileccion en los hijos, que en los nietos, y que
Francisco disponiendo en los hijos, y despues de faltar ellos en los demas
descendientes suyos, y de Ana de España, vberius prospexit, & ad imple-
uit voluntatem dictæ Annæ, eius matris, & testatricis.

Ultimamente infiere la Duda, que estando solo los hijos de Francisco,
y Anton, de el primer grado contemplados, y no lo estando los nietos, la
disposicion de Francisco, como hecha extra contemplatos, es de ningun
valor: A lo qual se responde, a mas de lo dicho, con dos fundamentos: El
pri-

primero, que en la disposicion de Ana de España, estan llamados los nietos, en caso que, sine veri preiudicio, concedamos, que lo estan los hijos; y así mucho mejor se dirá, que estan contemplados: porque Ana de España despues de auer prohibido, que Francisco, y Anton no pudiesen vender, empeñar, ni en otra manera agenaar, sino en hijos suyos, en la substituciõ reciproca de vn hijo a otro, pone a los hijos, y nietos de dichos Frãisco, y Anton en condiciõ, con la calidad, de legitimo matrimonio procreados, y en la substitucion de Isabel, y Maria sus hijas, y en la substituciõ q̄ llama a los legados pios, pone tãbien a los hijos, y nietos en cõdicion, sub eadem qualitate legitimatatis, y aunque sea muy disputada question. An filij possint in conditione dicatur vocati? Como se ve en la de Fussar. 437.n.3. Pero quando concurre la coniectura de legitimo matrimonio procreados, los pue-
 tos en condicion son llamados, Fussar. d. q. 437. nu. 3. idem Fussar. conf. 157. nu. 8. particularmente, quando el testador hizo muchos grados de substituciones, fue originalmente de Anchar. conf. 74. col. 2. & tenent relati a Rusticis, de liberis in conditione positis, lib. 3. c. 1. nu. 1. vbi dicit communem, & magis receptam, Mant. de coniectu. lib. 1. tit. 3. nu. 13. Menoch. lib. 4. præsump. 76. nu. 53. vbi similiter dicit esse communem, Petra, Thesaurus, Milanensis, Intrigliolus, Raudensis, Magon. Farinacius, Seraphi. relati à Fussar. d. q. 437. num. 90. idem Fussar. conf. 157. n. 16. qui dicit esse communem, & magis communem, & magis receptam: Et maximè, quando in vltimo gradu está llamado algun extraño, Mant. de tacit. & ambi. lib. 11. tit. 3. nu. 13. ex Ripp. Fornel. Capha. Menoch. & alijs Fussar. q. 437. nu. 94. Fontanel. de pact. nupt. p. 1. clau. 4. glos. 24. n. 9. vbi dicit, ita pluries fuisse iudicatum, & solam coniecturam vocationis extraneorum sufficere, vt possint in conditione dicantur vocati, Sesse qui refert ita decisum, decis. 362. nu. 46. Donde tambien admite por coniectura de vocacion con Alciat. in l. Lucius, nu. 53. de hered. instit. el auer dado el testador facultad a los executores, de vender los bienes de su herencia, despues de auer puesto en muchos grados a los hijos, y nietos en condicion; y pues en nuestro caso concurren todas estas coniecturas; de ser puestos en condicion los hijos, y nietos, con calidad de legitimo matrimonio; auerlos puesto, y procedido a muchos grados de substituciones; y auer en vltimo lugar substituydo vna causa pia persona extraña dela testadora; con facultad a los executores de vender los bienes; es cierto, segun la opinion de los DD. referidos, que los hijos, y nietos estuuieron llamados, sin que al admitir estas coniecturas, obste la carta de Aragon; ex latè adductis a Sesse, ex Menoch. & alijs grauissimis Doctoribus, d. decis. 302. a nu. 46. & seqq.

El segundo, que quando no se admitiessse el estar llamados los nietos en el testamento de Ana de España; por lo menos no se puede negar, que estan en el contemplados: porque no solo se ha de mirar en quien ha dispuesto el testador, sino a cuyo beneficio hizo la disposicion; ex l. si pater, §. qui duos, ff. de adoptionibus, vbi Bald. Simon de Præ. lib. 1. interpret. 2. dubit. 2. solut. 6. nu. 3. en donde dize, quod vigor, & efficacia contemplationis, id principaliter respicit, ad quod intentio testatoris dirigitur, ex l. peto, in prin. l. cum pater, §. donationis, de leg. 2. l. 3. §. hoc autem de leg. præst. ibi: Nec enim que-

Disputatur
 filios in
 ditione an sint
 Vocati etc.

de filijs de
 q. filijs de
 pater in
 dispositio-
 ne etc.

querimus cui adquiratur, sed cui honor habitus sit, in fideicommissa, S. inter dum, de leg. 3. ibi: Multum autem interesse arbitror, qui voluit praeferam cuiusque contemplatione testator fecit: De donde inferre con muchos DD. Castillo lib. 5. c. 84. nu. 27. que para conocer en vn testamento, que personas estan contempladas, se ha de considerar toda la escritura, lo precedente, subsiguiente, y todas las clausulas del testamento, de las quales se colija, e infiera, a quien quiso beneficiar el testador: y pues Ana de España en su testamento, en la substitution reciproca, juntò, y hizo yguales a los hijos, en quien auia permitido la agenacion con los nietos; y despues en las demas substitutiones siempre habló de hijos, y nietos yguualmente; bien se colige su voluntad clara, de auer cõtemplado los nietos, como a los hijos, y a beneficio suyo, auer hecho la prohibicion de agenar.

De lo qual resulta, que como està dicho en la primera alegacion, punto 2. artic. 9. fol. 48. fue Francisco Ferrer 3. como nieto de Francisco I. contemplado en el testamento de Ana de España, y como en tal, pudo disponer Francisco Ferrer I. y a fauor suyo poner los vinculos en su testamento, en la herencia que dexò a Pedro Ferrer su hijo; y que por el consiguiente poseyò Francisco 3. y le pertenecieron los bienes aprehensos, en virtud del testamento de Francisco Ferrer primero, y Ana de España, y no los poseyò, ni fue señor dellos, como heredero de Pedro Ferrer su tio; y assi, que falta en estos bienes la calidad que Francisco Ferrer 3. quiso que concurriessè en los que dexaua a los Padres de la Compañia; a saber es, que le perteneciesse, y pudiesse disponer dellos libremente, y sin vinculo alguno, como heredero de dicho Pedro Ferrer su tio; y assi, que les falta la inclusion.

Tertium Dubium.

BONA praelegata Antonio, & Francisco Ferrer in testamento Annae de España, etiam in restitutione fideicommissi venire verificata contrauentione asserendum videtur. Nam licet anceps, & satis controuersa sit inter DD. dubitatio, praelegata, an, & quando veniant in restitutionem fideicommissi, de illo planè, nemo dubitare videtur praelegata in restitutionem venire, si testator omnem suam substantiam, vel suum patrimonium, ab herede insserit, aut verbis alijs aequè, aut magis pregnantibus praelegata comprehendere, & heredem ab eorum retentione excludere voluisset, quod a voluntate testatoris pendere notum est, & in praesenti satis expressum videtur in supra relata clausula testamenti dictae Annae praesertim, ibi: En todo, y por todas cosas, no puedan auer, ni alcançar cosa alguna de mis bienes, salvo los 100. suel. que le dexo en la legitima, e de mis bienes no pueda mas auer: Siquidem horum verborum longè latior appellatio est, ut quidquid quocumque titulo relictum fuit comprehendat, & ob eorum vniuersalitatem faciunt, ut comprehendantur ea, quae alias non comprehenderentur. Ex quibus inferri videtur, ex dispositione Francisci contra prohibitionem facta priuatum remansisse, nec consequi po-

uisse illam rem, ex bonis Annæ de España, & secuta contrauentione omni iure, & titulo cecidisse ab hereditate dictæ Annæ prelegatis, & portione Antonij fratris, & heredis predefuncti, cui substitutus fuit sub conditione, si sine filijs desessisset.

¶ Respuesta:

IA 3. Duda quiere, que Francisco, y Anton estuuiessen priuados, verificada la contrauencion, de todos los bienes que fueron de Ana de España, por la clausula ponderada en la primera Duda: de donde infiere, que auiendo contrauenido Francisco Ferrer, estuuu priuado de toda la herencia, y de los prelegados de la porcion, y prelegados de Antonio, a quien estaua substituydo, quo supposito parece, que en la disposicion que Francisco hizo en Pedro Ferrer, no le dio bienes algunos suyos. Respondo, que aunque huiera contrauenido Francisco Ferrer (que negamos) y estuuiera por ello priuado de la porcion en que fue instituydo, y de sus prelegados, y de la porcion de la herencia vniuersal que pertenecia a Anton, y en que estaua substituydo: pero no lo estuu de los prelegados que fueron de Antonio, y assi tuuo Francisco bienes de los aprehensos en este processo libres, que fueron estos prelegados.

Esto se prueua, porque Antonio Ferrer, como está confessado por las partes, murio abintestato, y como la substitucion estuu puesta solamente en la porcion hereditaria, no auiendo contrauenido Antonio, en los prelegados, succedio su hermano abintestato beneficio fori, como en bienes libres de Antonio: por la adicion de Antonio, y por la aceptacion dela herencia de su madre, dexaron de ser bienes de Ana de España, y fueron hechos de Antonio, *ex Ludouic. decis. 219. nu. 6. Viuió decis. 36. nu. 10. Barbos. appellat. 113. n. 1.* Y assi, aunque de los prelegados de Francisco, por la clausula que pondera la Duda, estuuiera priuado Francisco: no lo pudo estar de los prelegados de su hermano Antonio, a quien succedio abintestato: porque ya Francisco no los recibia ex iudicio matris, que es necessario para que se comprehendieran en el fideicomisso contrauencional: *ex Fusar. q. 723. nu. 6. y los referidos in 1. alleg. fol. 16. & 17.*

¶ Quartum Dubium:

IN presenti processu, non constat Franciscum Ferrer I. de alijs bonis disposuisse, quam de bonis Annæ de España. Nec Petrum eius filium, testamentum dicti Francisci, expressè, nec tacitè acceptasse, itaque grauamina, & vincula in eo contenta, minimè obseruare videtur. Immo bona dictæ Annæ in presenti apprehensa, eidem Petro libera remanserunt, & de illis libere disponere potuit, in Franciscum tertium, a quo Collegium Societatis Calataiubij, ius, & causam habet.

Ref.

Respuesta.

DOS partes tiene esta duda. La primera, que Francisco Ferrer I. no dispuso en su testamento de otros bienes, que de los de Ana de España: Y a esto se responde, lo que se ha ponderado en la primera allegación, punto 2. artic. 5. fol. 32. pretendiendo, que Francisco Ferrer dexò a Pedro los prelegados, dexados a el por su madre, y los dexados a Antonio su hermano, y los que fueron de su padre; como consta por la particion producida en proceso sobre el artic. 13. de la replica de los Padres de la Compañia. Tambien se pretende por esta parte en el artic. 6. fol. 35. que la porcion de que fue instituydo heredero Antonio, recayò libre en Francisco; porque en la reciproca substitution, no ay puesta prohibicion de agerar, y no se puede entender repetida la prohibicion puesta en la institucion, por las doctrinas referidas d. artic. 6. fol. 35. y 36. y porque Ana de España, al que sucediesse por la reciproca substitution, le puso nuevo grauamen expreso, en que caso, segun las doctrinas referidas, dicto artic. 6. fol. 38. de *Mascard. Menoch. punttim Sesse, decis. 238. nu. 8. vers. & eo fortius*, el grauamen, y la condicion puesta en la institucion, *non censetur repetitum in substitutione*: Suplicase a V.S. se vean los lugares referidos, d. fol. 38. que que son decisiuos de este punto.

De donde infiero, que tuuo Francisco todos estos bienes libres, que fueron otro tanto y mas de lo que su madre le auia dexado, iure institutionis, y con el grauamen que pretende la parte contraria: y assi, segun las doctrinas de *Sesse*, y *Peralta*, auiendo añadido otros tantos bienes, le pudo poner nuevos vinculos en todos, a fauor de sus descendientes, aunque no fueran contemplados.

La segunda parte desta duda contiene, que Pedro Ferrer, no aprobò expresa, ni tacitamente el testamento de Francisco su padre, y que no estuuò obligado a las cargas, y vinculos puestos en aquel. Respondo, que de lo deducido en este proceso consta, que Pedro Ferrer fue heredero, y aceptò la herencia de su padre Francisco; y quedò obligado a las cargas, y vinculos de su testamento, vltra de lo alegado en el punto 2. arti. 4. fol. 28. de la primera alegacion, videndi, *Cald. Percy. de extinct. emphyt. cap. 5. num. 24. in fine, Gratian. discep. forens. cap. 839. num. 4. & cap. 511. nu. 24. ibi: Id adeo, ut stantibus predictis non possit aliquo modo impugnari alienatio per heredem quambis bona alienata fuissent, sibi ex fideicommissis, debita tanquam ex additione hereditatis teneatur approbare factum defuncti, prout in terminis fideicommissi, multis comprobatur, Menoch. &c.*

Y que aya aceptado la herencia, se prueua: Porque Pedro Ferrer, y Francisco Ferrer 3. vltimo poseedor de los bienes, han poseydo, como consta de proceso, y la parte contraria ha prouado, los bienes de los prelegados de Anton Ferrer, que pertenecieron a Francisco primero, por la sucesion ab intestato de su hermano; como se ha prouado en la duda proxima precedente; y assi no podia poseer por otro titulo, sino por el de heredero de Francisco primero. Por la possession de vnos bienes, quando no se han podido poseer por otro titulo, sino por el de heredero, se presume

la adición: *Menoch. lib. 4. praeſump. 101. nu. 37. additio ad Ludouif. decif. 7. & 98. nu. 1. lit. A. & Ludouif. decif. 98. Franchis, decif. 80. Monach. decif. Flor. 20. nu. 65. & Lucenſi 31. n. 22. Seraphin. 1157. nu. 7. Riccius, 6. p. collect. 2234. ni es neceſſaria aceptación expreſſa, y es ſuficiente la poſſeſſion de los bienes, expreſſe *Farin. in poſſb. decif. 230. nu. 14. tom. 2. ibi: Non requiritur expreſſa acceptatio, ſed ſufficit tacita reſultans ex poſſeſſione bonorum cum plus ſit factis, quam verbis mentem declarare, l. pæn. ff. rem ratam haberi.* De donde conſta, que ſe ha de preſumir la adición, porque no huuo otra cauſa para poſſeer los bienes del prelegado de Antonio.*

Y quando concedieſſemos, ſine veri præiudicio, que contrauino Francisco I. en la diſpoſicion que hizo, no pudieron Pedro Ferrer, ni Francisco, ultimo poſſeedor, ni los habientes derecho de ellos, impugnar la voluntad, y agenacion de Francisco primero, por ſer herederos ſuyos, y el heredero nunquam poteſt venire contra factum defuncti, l. filius familias, §. cum pater, ff. de leg. 1. *Cuiacius, lib. 15. obſer. c. 5. Portol. de Conſor. c. 23. nu. 16. Molin. de Hiſp. primog. lib. 4. c. 1. nu. 16. Viuius, decif. 56. n. 2. Menoch. conſ. 89. 1. tom. a n. 34. & nu. 98. in ſin. Conſilia Doctorum Siciliæ, conſ. 8. nu. 31. Fuſar. & ab eo relati, q. 557. Y eſto aunque ſea heredero in re minima: DD. in l. cum a matre, C. de rei vend. Barboſ. in l. Lucius 39. nu. 18. ff. ſol. matrim. plures DD. relati in addit. ad decif. 67. Gamme elegantiffimè Barcis, decif. 64. nu. 33. cum ſeqq. Menoch. d. conſ. 89. nu. 72. & tom. 4. conſ. 443. nu. 86. Y aſſi ſiendo Pedro Ferrer, y Francisco Ferrer 3. herederos de Francisco primero, y auiendo poſſeydo por lo menos, ſin diſputa, los prelegados, que fueron dexados a Antonio, por el teſtamento de Ana de Eſpaña de la poſſeſſion de aquellos bienes, ſe infiere neceſſariamente la adición, y aceptación de la herencia, y aprouacion del teſtamento ſuyo, con todos los vinculos en el contenidos.*

Ni obſta el ſer neceſſaria ſciencia y expreſſa aprouacion, para quedar obligado al grauamen impueſto por el teſtador, como ponderan *Gratian. 6. 824. nu. 52. Leon, decif. 169. nu. 12. Fuſar. q. 296. nu. 80. y Caſtillo lib. 5. c. 107. nu. 54.* Porque ſe reſponde, que ſiendo heredero, no es menester otra aprouacion, ſino la que ſe induce de la herencia, como prueuan los DD. arriba referidos. *Gratian. y Leon,* en los lugares citados, hablan en ratificación de vn contracto hecho por vn menor, no hablan en terminos de herederos; y la razon es, porque la ratificación ſe deue hazer a certo, & de omnibus inſtructo, non ab ignorante, *Caualean. decif. 46. nu. 162. vol. 1. Coſta de iuris, & facti, Ignor. inſpect. 63. nu. 20. Paris. conſ. 100. nu. 7. lib. 1. Grabiel. conſ. 36. n. 60. lib. 1. Pero el heredero como es la meſma perſona con el teſtador, l. hered. de reg. iur. Afflicti, decif. 240. nu. 8. Cachet. decif. 180. nu. 2. no puede venir contra el hecho del difuncto, *Ludou. de Molin. lib. 4. c. 1. nu. 12. Menoch. conſ. 1096. lib. 11. & conſ. 1104. nu. 14. lib. 13. y lo meſmo procede en el heredero de el heredero, Pinel. Menoch. Barcis. Peregr. relati per Fuſar. q. 557. nu. 5. Caſtillo, y Fuſario, arriba citados, hablan en la legitima, en la qual para que el grauamen eſtè aprouado por el hijo, es neceſſario expreſſo conſentimiento, y ſciencia; y es la razon, porque en la legitima ipſo iure, & diſpoſitione legis, ſe quita todo grauamen, y aſſi es menester expreſſo conſentimiento.**

*Successor no
poteſt impug
nare voluntatem
defuncti
nec
venire contra
factum defuncti*

*es menester ſciencia
de contracto
para el ſuſcep
to que obliga
do les largia
tione. l. l. l. l. l.
Vintetillig*

timiento, para renunciar este derecho, como lo dize el mismo Castillo, d. c. 107. nu. 38. & est doctrina iuxta in l. si quando, §. & generaliter, C. de inofficio. testam. Peregr. conf. 67. nu. 12. lib. 1. l. quoniam in prioribus, cui adde eundem Peregrin. d. conf. & artic. 36. nu. 84. l. Seius, & Augnerius, ad l. Falconisime, Hodierna, in l. hac edictali, q. 18. nu. 13. C. de secundis nuptijs, Phanusius de inuenta. q. 244. num. 157. Cranes. conf. 200. nu. 3. Lo qual como derecho especial de la legitima, no se puede traer en consecuencia para otro caso, y así Pedro fue visto aprouar, y aprouó el testamento de su padre, y los vinculos en el puestos.

Y quando se busque sciencia expressa de los herederos de Francisco I. la hallamos en Francisco 3. de quien los Padres de la Compañia pretenden derecho; porque este en su testamento, instituyendo heredera a Doña Gracia Ferrer de Marzilla, madre de D. Maria Ferrer mi parte, dize, que la instituya con los vinculos, fideicomissos, y substitutiones del testamento de Francisco Ferrer su aguelo, que quiso auer por repetidos, e inferros de palabra a palabra, deuidamente, y segun fuero. De lo qual consta, que tuuo sciencia clara, especifica, e indiuidual, del testamento de Francisco I. su aguelo, y de los vinculos en el contenidos, y que los aprouó expressamente en su testamento, posseyendo los bienes, y siendo heredero de su aguelo.

Y se ha de aduertir, que Francisco Ferrer 3. en su testamento, en la clausula de la vniuersal herencia, y en la del legado que pretenden los Padres de la Compañia, siempre entendio y conocio, que possehia bienes vinculados, y no podia ser, sino por el testamento de Francisco Ferrer I. porque quando huiera vinculo, y fideicomiso, en el testamento de Ana de España, ya se auia acabado en su persona, como nieto del hijo de Ana de España; por el testamento de Pedro, no huuo vinculo: luego necessariamente los vinculos que reconoció, y confesó, auian de ser del testamento de Francisco el primero, del qual mi parte tiene llamamiento expreso.

¶ Quintum Dubium.

Franciscus primus prohibitionem habuit alienandi bona dictae Anne, non tantum inter viuos, sed etiam in ultima voluntate, nisi in filios, nam verba illa prohibitionis, ni en otra manera agendar, vti pregnantia, & vniuersalia, ex magis communi Doctorum suffragio prohibitionem alienandi, etiam comprehendere videntur, quod multo magis procedit, vbi verba generalia negatiua, & geminata reperiuntur, prout in presenti, & latius apparet ex clausula supra in 1. dubio relata, quia ut indefinita ratione temporis indefinitum operatur effectum, ita ut nec in vita, nec in morte, nec per actus inter viuos, aut per ultimas voluntates alienare potuit extra illud personarum filiorum genus, maxime vigente statuto, seu foro prohibente aliter iudicare, nec dispositionem restringere, quam in carta continetur, & precipue agendo de verbis a muliere prolatis, in qua considerari, haud potest limitationem verborum generalium, ex dictione alia, nec illius intellectum aliter percepisse, quam ut litera sonat.

Ref.

Respuesta.

EN esta quinta Duda se propone, que en las palabras del testamento de Ana de España, *ni en otra manera agenar*, está prohibida la agenacion ex testamēto, por ser palabras indefinitas vniuersales negatiuas; por la carta de Aragon, y pronunciadas por muger, en quien no se puede considerar esta restricción. Respondo, a mas de lo dicho en la primera alegacion, punto 2. artic. 8. fol. 41. cum seqq. que en dos terminos disputan esta question los DD. El vno, quando el testador dize, *ni en otra qualquiere manera agenar*, con la dicion tan vniuersal, *qualquiere*: El otro, quando solo dize, *ni en otra manera agenar*. En el primer caso, aunque ay disputa entre los DD. pero la mas comun es, que por la palabra *alius*, que es *repetitiua similitum*, segun Casana. Bart. y los referidos en el dicho artic. 8. fol. 43. Narbona, lib. 4. recopilat. l. 20. glo. 17. no está prohibida, sino la agenacion semejante a las que en lo precedente fueron expresadas, præter Fulgos. & Surdum, & alios, referidos en la primera alegaciõ, es elegantissima la decision de la Rota Florentina, apud Monach. decis. 40. nu. 25. que por ser tan puntual, y decisiva, pondrè sus palabras, ibi: *Tamen quando voci alienationis est adiectum aliquod verbum speciale puta venditionis locationis, &c. prout in nostro casu tunc illud verbum generale restringitur ad casus similes expresso, & sic ad alienationem inter viuos, & titulo particulari*, Bart. in l. sed & si quis, §. quesitum, nu. 3. in fin. ff. si quis cautionibus, l. as. in l. si conuenerit, n. 46. & 47. de iurisd. omn. iud. Roman. conf. 271. n. 2. Homod. conf. 176. n. 12. Zephalus, conf. 487. nu. 25. & conf. 549. nu. 173. lib. 4. ubi subdit, idem esse si dictum fuerit alio quocumque titulo, Fulgos. conf. 115. & 215. num. 2. Socin. conf. 13. nu. 8. lib. 3. Corn. conf. 96. lib. 1. Ruyn. conf. 7. nu. 10. lib. 2. Balbus decis. 347. per totam, cent. 4. Socin. conf. 112. n. 14. & 15. lib. 1. ex quibus fallitur Peregr. d. art. 14. nu. 4. quia magis communis opinio est contra eum, vt patet ex prædictis, vt communem dicit Burs. conf. 157. nu. 32. Roland. a Valle, conf. 80. nu. 36. vol. 3. quos sequitur Rimin. lun. conf. 528. nn. 28. lib. 5. & etiam de communi Balb. d. decis. 347. & etiam iudicata stant pro hac opinione, vt patet ex Surd. in decis. 124. in fine iuncto nu. 9. 10. 20. 21. & 23. & conf. 77. nu. 24. & maxime vt in casu nostro, ubi est instituta hæres aliqui ab intestato successura referendo, quam plurimos, & ita etiam fuisse iudicatum, tenet Odd. conf. 49. nu. 30. & multo magis, quia sumus in materia restringibili, & odiosa: confirma esto lo alegado en el artic. 8. fol. 43. versy como, de la primera alegacion.

Ni la carta de Aragon se restriñe: porque se le da la intelligencia que el mismo testador quiso darle, como ya se ponderò d. art. 8. de la 1. alegacion, ex Fulgoso, Casanate, & alijs: confirmasse esto con la ponderacion que el R. Sesse en la decis. 146. nu. 9. haze hablando del Fuer. por quanto de Tabellionibus, que dispone a cerca de las comissions de las notas, por muerte, o en otra qualquiere manera, y dize que no comprehende en aquellas palabras, sino modos de vacar semejantes, no obstante que estamos en Aragon, y es ley de Aragon, y se ha de entender ad cartam: porque como dize

de dñe hñe
ahy neque alio
modo vtrum
esturatur
et de intelligen
tradite. Dñe
my nota sequit
trial

dize *Sesse*, dictio alius, etiam si vniuersaliter fuerit prolata intelligitur, imo restringitur ad casus similes, glos. in clem. 1. de prebendis, Secm. in l. quidam relegatus, n. 10. de reb. dub. Felin. in c. sedes in 4. declarat. de rescriptis. l. as. in l. si vnus, nu. 10. C. de pactis, Rayn. conf. 116. nu. 13. lib. 2. Zephal. conf. 414. nu. 14. ergo verba fori, ni en otra qualquiere manera, restringida sunt ad casus similes expressis: porque la palabra general se restriñe por la especial. Gratia. c. 558. nu. 35. ex *Praxis de interpret. vlt. vol. fol. 255. T Surdo en el conf. 77. con Fulgos.* hablan en terminos de estatuto, en donde se ha de estar a la carta, *Azeued. conf. 127. nu. 8.* y siendo materia odiosa, se deve restriñir para que menos se quite la libre disposicion de los bienes. Y esta inteligencia ha tenido V. S. en repetidas ocasiones en las firmas del Subsidio, que con ser tan generales las palabras del fuero de subsidijs, ibi: *Dezima, o subsidio alguno de qualquiere natura sia*, se han entendido, que no alterauan, ni extendian la disposicion a otros, ni mas subsidios que los Apostolicos, de que auia hablado antecedentemente; y aunque palabras tan generales y comprehensiuas, en fuero que se deve entender a la carta, se han limitado por lo inmediatamente dicho: ex *Crauet. conf. 144. nu. 7. Grat. c. 579. nu. 27. Farin. decis. 365. nu. 8. 2. p. recentis.*

Y no obsta la inteligencia que quiere dar *Fusar. q. 712. nu. 7.* que la opinion de los que dicen, que la palabra, *alio modo alienare*, se ha de entender de similibus, proceda quando está antepuesta la palabra general, y se sigue la especial, porque contra el estan *Fulgos. Petra, Osasco, referidos por Casanate en el conf. 34. nu. 20. Surd. conf. 77. n. 24. y en la decis. 124. y a mas de los referidos en la primera alegacion, fol. 43. addo Marta, conf. 43. n. 32. Bardello. conf. 66. n. 8. & 10. Hodierna, ad decis. 124. Surd.* que hablan quando precedio la palabra especial, y se siguió la general, y esto en fuerza de la diction *alius*, como está dicho; y en el fuero de *Tabellionibus*, arriba ponderado, precedieron modos especiales de vacacion, y se siguió la generalidad, *de en otra qualquiere manera*, y sin embargo se restriñó, como está dicho.

En el segundo caso, quando no ay diction vniuersal, es mas sin disputa, y comun de los DD. que la diction *alius*, es repetitiua de lo antecedente, con las mismas calidades, como he dicho in 1. allega. fol. 44. y *Carbona lo enseña, d. lib. 4. l. 20. glos. 17. nu. 1. Intrigl. decis. 3. nu. 133.* Estamos en este caso que tiene menos dificultad; y assi procede el no estar prohibida en el testamento de Ana, la agenacion, ex testamento, que hizo Francisco en Pedro Ferrer, con substitutiones en fauor de sus descendientes.

Ni obsta dezir, que son subtilezas, que no se han de considerar en palabras proferidas en testamento de muger: porque la interpretacion, e inteligencia segun los terminos de derecho, aun en testamento de hombre rustico, e ignorante se admite, *Mantic. de tacit. lib. 3. tit. 13. num. 4. & lib. 8. tit. 18. n. 43. Bald. conf. 40. col. 2. lib. 3.* Y assi no obsta el ser palabras indefinitas negatiuas, y vniuersales, para que por ellas se comprehendan otras agenaciones, que no sean semejantes a las exprelladas.

E

Dubium



¶ Sextum Dubium.

TRIPPLICAM pro parte dicti Collegij, in presenti processu oblatā, non esse amouendam, vel ab eo tollendam videtur, eo quod tempore oblationis illius, nec postea ante conclusionem in causa procurator dictae Mariae Perez de Nuevos, non dissenserit, nec protestauerit, immo pro eius parte fuit petitum diffinitiuē pronunciari: ideo videtur non posse postea reclamare, quia causae conclusio, & renuntiatio omnium probationum, & defensionum renuntiationem inducere secundum iuris regulas videtur.

¶ Respuesta.

QUIERE la duda, que por estar puesto en sentencia por esta parte el proceso, y concluydo, sin protestar, ni dissentir, no se huuiesse razon de lo deduzido en la triplica, aquella no deue ser quitada del proceso. Confessio, que es doctrina recibida, que post conclusionem in causa nihil potest deduci, *Gail, obser. 107. lib. 1. Borrellus. tit. 26. n. 2. DD. in c. dilectus, de fide instrum. Giurb. decis. 26. nu. 11.* Pero el alegar en derecho, y lo que procede del, es permitido, etiam post conclusum in causa, *Borrel. d. tit. 26. num. 61. Maranta, 6. p. fol. 449. §. de conclusione, nu. 2. Menoch. lib. 1. de Arbitr. casu 35.* Lo que esta parte alega, es, que V.S. no ha de auer razon de lo articulado y prouado en la triplica, como alegado fuera de tiempo, por las razones alegadas en el primer papel, *fol. 8. vers. antes de proponer.* El exēplo, en el que dá proposición, que si lo que le pertenece deduzir para su inclusion en la proposicion, no lo dixesse en ella, sino en replicas, no se debria hazer caso dello, ni recibir aquella proposicion; aunque las partes sin oponer este defecto lo huuieshen puesto en sentencia, *Bard. in for. por quanto 25. de apprehen. nu. 26.* y por las clausulas, que no quiere expresa, ni tacitamente aprouar, nec aliter, nec alio modo, &c. no quedò aprouado este defecto, *Barbosa claus. 82. nu. 17.*

¶ Septimum Dubium:

Identitas bonorum Anne de España, in presenti apprehensorum satis probari videtur, ex testium depositionibus, nam ad effectum obtinendi in hoc articulo, sufficit probare possessionem dictae Anne in bonis apprehensis, in eius vita, & tempore suae mortis, ut notum apparet, ex forali dispositione *For. cobdiciando de apprehens. ibi: O almenos, que aquel a qui el appellidant succedece por muerte, en el tiempo de la dita muerte possedia la cosa de que se appellida.*

Ref.

*Post conclusionem
in causa nihil
potest deduci
bene autem aliter
de iniunctis*

Respuesta.

NO pretende mi parte, que no sea bastante la prouança de possession, quando se trata de succeder al que possedia los bienes; que en este caso habla el *Fuer. cobdiciando*, referido en la duda: sino que los Padres de la Compañia auian de prouar, que Ana de España posseyó estos bienes, para excluyr el vinculo de Francisco Ferrer, cuya possession por esta parte está prouada, como se dize en la primera allegacion, punto 3. fol. 51. Y que caso, negado, que prouará esta possession, deuia prouar identidad de los bienes, a lo menos de los contenidos en las particiones de que hazen fee, diziendo, y prouando, que los expressados en las particiones, y los aprehensos, son vnos mismos, y esto mas particularmente, prouando la possession con testigos, que dizen no saben los bienes, los quales no pueden cōcluyr, sino es depolando identidad de los bienes, que oyeron dezir a sus mayores auia posseydo Ana de España, y de los aprehensos, y de otra manera, no sabiendo los bienes, q̄ es el termino, ad quem refertur depositio, no prueuan, como de *Alex. Bart. Abba. y Thusc.* se prouò in prima alleg. fol. 56.

De todo lo qual resulta, que está respondido bastantemente, a las Dudas que V. S. ha propuesto: y así deue ser recibida la proposicion de esta parte, como en ella está suplicado. Salua la censura de V. S. A 30. de Mayo 1637.

Diego Serra de Fonzillas.

Septimum Dubium.

927

