

**POR DOÑA MARIA
FERRER PEREZ DE NVEROS,**
en el processo de Aprehension Re-
ctoris Societatis Iesu
Calataiubij.



APREHENDIERON los bienes de que se trata en este processo los Padres de la Compañia de Iesus de Calatayud, y auiendo cumplido los aprehendientes con todo lo foral, hechas las gritas y pregones, han dado proposicion tres puestos. Los aprehendientes: Los Tutores, y Curadores de Doña Maria Ferrer Perez de Nueros, hija de Don Iuan Perez de Nueros, y Doña Gracia Ferrer Garces de Marzilla. La tercera proposicion es de Don Iuan Perez de Nueros, por la viudedad en los bienes que pertenecieron a Doña Gracia su muger.

Doña Maria Ferrer pretende estos bienes, articulando, y prouando, que ha mas de sesenta años, q̄ Francisco Ferrer y Ana Cid desu legitimo matrimonio tuuieron en hijos a Pedro Ferrer, Francisco Ferrer, Geronyma Ferrer, y Isabel Ferrer: Que Francisco Ferrer, y Ana Cid conjuges, siendo señores de todos los bienes aprehensos hizieron su testamento, y en el instituyeron heredero a Pedro Ferrer su hijo, si viuo fuesse, y sino a sus hijos y descendientes legitimos, cō prelación de los masculos a las hēbras, disponiendo vn fideicomisso perpetuo, gradual, y successiuo, excluyendo los Religiosos, y en Orden sacro constituydos, con obligacion que huuiesen de llevar, y lleuassen el nombre y armas de los Ferreres: En defecto de hijos masculos, y descendientes de los masculos llaman a las hē

A bras,

*De infra
fol 908 abey
Requelta a la
Luda*



427
2 3 9 Informacion en derecho,

bras, guardando siempre orden de primogenitura, con prohibicion expressa, que los bienes de su vniuersal herencia no los pudiesen vender, empeñar, cambiar, feriar, permutar, ni firmar, ni assegurar, ni recompensar sobre ellos dote, ni aumento del, ni en otra qualquiere manera agenaar, ni en vida, ni en muerte. Y en caso de contrauencion, por no guardar las condiciones puestas en dicho testamento, quiere vayan los bienes al llamado en dicho testamento. En defecto de hijos masculos, y descendientes de dicho Pedro Ferrer, y descendientes dellos, da facultad a Pedro Ferrer, para que pueda nombrar heredera del Mayorazgo a vna de sus hijas, con los vinculos, pactos, y condiciones puestas en la institucion de Pedro Ferrer. En caso que Pedro Ferrer primer instituydo y llamado muriessse sin hijos, ni descendientes algunos, quiere que toda la vniuersal herencia, entera, y sin disminucion alguna, fuesse a Francisco Ferrer hijo de Francisco segundo, y Gracia de Soria, nieto de Francisco Ferrer primero, y Ana Cid, con los propios vinculos y condiciones puestas en la institucion de Pedro Ferrer, y en falta de hijos, y descendientes del dicho Francisco Ferrer, quiso fuesen los bienes de su vniuersal herencia en Geronyma Ferrer, hija de los dichos Francisco Ferrer primero, y Ana Cid, y sino fuesse viua, en aquel de sus hijos, que ella huuiessse instituydo heredero vniuersal: Y si dicho heredero no fuesse viuo, en los descendientes del dicho heredero de Geronyma Ferrer, repitiendo siempre los vinculos, y condiciones puestas en la primera institucion de Pedro Ferrer: Y si la dicha Geronyma Ferrer no huuiessse instituydo heredero alguno de sus hijos, quiere que todos los bienes de su vniuersal herencia vayan al hijo mayor masculino de Geronyma Ferrer, y Iuan Garces de Marzilla: y si viuos no fuesen sus hijos y descendientes, y en falta dellos quiere vayan los bienes a Isabel Muñoz, hija de Geronyma Ferrer

Ferrer, y Gonçalo Muñoz, y fino fuesse viua en sus hijos, y descendientes.

Hecho este testamēto, con los vinculos, fideicomissos, substitutiones, y condiciones referidas, los testadores Francisco Ferrer primero, y Ana Cid murieron; succedio Pedro Ferrer, y posseyò los bienes; y por muerte deste sin hijos, succedio Francisco Ferrer tercero, nieto de Francisco Ferrer y Ana Cid vinculantes, y hijo de Francisco segundo, y Gracia de Soria. Por muerte de Francisco tercero sin hijos y descendientes, succedio y vino el caso del llamamiento de Geronyma Ferrer, que de su primer matrimonio con Iuan Garces de Marzilla tuuo en hijo vnico, y primogenito a Geronymo Garces de Marzilla, que fue instituydo heredero por Geronyma Ferrer su madre: Y Geronymo Garces de Marzilla de su legitimo matrimonio que contraxo con Luyfa de Pueyo, tuuo en hijos a Doña Gracia Garces de Marzilla, Doña Iuana, Pedro, y Francisco: y por muerte de Doña Iuana, Pedro, y Francisco hermanos, y por la muerte de Geronymo Garces de Marzilla, y Luyfa de Pueyo, y por no quedar otros hijos, Doña Gracia Garces de Marzilla fue heredera vniuersal de dicho su padre, y asy de los bienes aprehensos, por los llamamientos y vinculos del testamento de Francisco Ferrer primero: Y la dicha Doña Gracia Garces de Marzilla Ferrer, por no contrauenir a los vinculos del testamento de Francisco primero, instituyò heredera a Doña Maria Ferrer Perez de Nueros hija vnica suya; y Doña Maria Ferrer Perez de Nueros vsa del nombre y armas de los Ferreres, segun el vinculo de Francisco Ferrer primero. Prueuase que los bienes aprehensos, y los que posseyò Francisco Ferrer primero vinculante son vnos mismos. De donde resulta, que por muerte de Pedro Ferrer, y Francisco Ferrer sin hijos, ni descendiētes algunos, y por muerte de Geronymo Garces de Marzilla, y Doña

Gra-

4 Información en derecho,

Gracia Garces de Marzilla successores y llamados en el vinculo de Francisco Ferrer, le pertenecē todos estos bienes a Doña Maria Ferrer Perez de Nuecos, como vnica descendiente de Geronyma Ferrer, por la linea de Geronymo Garces de Marzilla, hijo primogenito de Iuan Garces de Marzilla, y Geronyma Ferrer, y heredero instituydo en el testamento de Geronyma Ferrer, llamada por Francisco Ferrer primero, y Ana Cid vinculantes, en falta de hijos de Pedro Ferrer, y Francisco Ferrer sus hijos, y descendientes.

Los matrimonios y muertes para la inclusiō de Doña Maria Ferrer Perez de Nuecos estan confessadas por la parte contraria, y prouadas por esta.

Los Padres dela Compañia de Iesus de Calatayud aprehendientes dan su proposicion en este processo, y pretenden, que Pedro Ferrer domiciliado en el Lugar de Belmōte, siendo señor de los bienes aprehensos hizo testamento, y heredero vniuersal a Francisco Ferrer su sobrino; y este siendo possedor destos bienes, y casado con Doña Francisca de Sayas: Hizo testamento, y dexò de gracia especial a los Padres dela Compañia de Iesus de Calatayud, todos y qualesquiere bienes sitios de q̄ dicho testador podia disponer, y sin vinculo alguno a su voluntad, como heredero del dicho Pedro Ferrer, sitiados y estantes en el Lugar de Paraquellos de Xiloca y sus terminos, y hanegadas de tierra blanca, sitiadas en la Vega de la Ciudad de Calatayud, con obligacion de dar a Doña Francisca de Sayas su muger sesenta mil sueldos por sus bienes dotales: Que dicho Francisco Ferrer murio, sobreviuiendole Doña Francisca de Sayas. Que no ay vinculo alguno en los bienes aprehensos, ni se deue presumir; y assi que se verifica el legado del testamento de Francisco Ferrer, y q̄ por el les pertenecen a los Padres de la Compañia de Iesus los bienes aprehensos.

Con-

530

Contra la propoficion que la parte de Doña Maria Ferrer Perez de Nuevos da, incluyendose con el vinculo de Francisco Ferrer primero: Conociendo los Padres de la Compañia de Iesus, que verificando el vinculo de Francisco Ferrer, queda excluydo su legado; porque es de bienes de que libremente, y sin vinculo alguno podia Francisco Ferrer tercero disponer: Replican, que no obsta a la intencion, è inclusion de su parte el vinculo de Francisco Ferrer primero, y Ana Cid: porque siendo señora, y poseedora de los bienes aprehensos Ana de España, muger que auia sido de Pedro Ferrer, natural de Belmonte, hizo testamento, y puso vna clausula del tenor siguiente. *Item de todos los otros bienes mios, assi muebles, como sitios, nõbres, credits, derechos, y acciones a mi pertenecientes, y pertenecer podientes, y deuienes en qualquiere manera; cumplido empero primero el presente mi ultimo testamento, y cosas en aquel contenidas: Dexo a los dichos Anton y Francisco Ferrer hijos mios por yguales partes, de los quales instituyo herederos mios vniuersales. Con tal empero vinculo, è condicion, que todos mis censales los dexo por bienes sitios, y assi aquellos, como todos los otros bienes sitios, no los puedan vender, ni empeñar, ni en otra manera alienar, sino en hijos suyos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados. Y si alguno de los dichos mis hijos Anton, o Francisco Ferrer morira sin sobreuiuirle fijo, o fijos, fija, o fijas, nieto, o nietos, nieta, o nietas, legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, en tal caso quiero y mando, que los bienes mios paternos, y los otros de que yo puedo ordenar, vengan al sobreuiuiete de los dichos mis fijos, Anton, y Francisco Ferrer; con tanto que el sobreuiuiete, en este caso sea tenido de dar a la Iglesia de San Miguel del Lugar de Belmonte 2000. sueldos Iaqueses, allende de los 4000. sueld. que arriba le dexo. Con tal vinculo, y condicion, que el Capitulo de aquella validamente sea tenido de obligarse, y se obligue, como arriba es dicho de los 4000. sueldos; y sean tenidos*

B de

6 Informacion en derecho.

de dezir perpetuamente aquellas Missas que fuere justo en cada un año por mi anima, y de mis difuntos, a conocimiento de mis infrascriptos executores, & alias refiriendose al dicho testamento. Y en caso que Francisco, y Anton muriessen sin hijos, o sin hijas, nietos, o nietas, quiere y dispone, que todos sus bienes sitios, y censales vayan a sus hijas Maria Ximenez, muger de Micer Geronymo Larraga, y en Isabel Ferrer muger de Iuan de Morlanes; y en falta de ellas, de sus hijos, y hijas, nietos, y nietas, quiere que de todos sus bienes sean formadas rentas para casar huérfanas de su familia y linage.

En fuerça desta clausula pretendē los Rector, y Padres de la Compañia de Iesus de Calatayud, que Francisco Ferrer primero, hijo de Ana de España, y de Pedro Ferrer, no pudo hazer vinculo, ni grauar a Pedro Ferrer su hijo, en fauor de sus descendientes, ni tampoco en fauor de los descendientes de Geronyma Ferrer; porque Francisco primero estaua grauado de restituyr los bienes de su madre a sus hijos, y assi los bienes aprehensos, que fueron de Ana de España, pretende la parte contraria estuuieron libres en Pedro Ferrer, y que se verifica el legado del testamento de Francisco el tercero, vltimo poseedor de estos bienes.

Dizen que muerta Ana de España, sobreuiuiendole Francisco y Antonio, en fuerça del vinculo puesto en el testamento de su madre Ana de España, diuidieron y poseyeron los bienes como de su madre. Que Anton murio sin hijos, y que Francisco en fuerça del testamento de su madre, y por la substitution reciproca, poseyò los bienes, que a su hermano auian pertenecido por la particion. Que Francisco Ferrer tuuo en hijos a Pedro, Francisco, Geronima, y Isabel. Que Pedro Ferrer fue hecho heredero por su padre Francisco Ferrer, y que Francisco confesò muchas vezes poseia todos sus bienes en fuerça de los vinculos

532
por Doña Maria Ferrer, &c. 7

culos, puestos en el testamento de su madre, y que Francisco primero murio, dexando heredero a Pedro, y Pedro a Francisco tercero, por cuyo testamento se incluyen los Padres de la Compañia de Iesus. De donde resulta, que tienen legitimo derecho como bienes que libremente, y sin vinculo alguno, como heredero de Pedro, poseia Francisco tercero.

Alegan para exclusion de mi parte doña Maria Ferrer Perez de Nueros, que no ha venido a pedir los bienes dentro del tiempo foral, y que quando Francisco Ferrer primero pudiera hazer vinculos, no estauan llamados los descendientes de Iuan Garces de Marzilla, y Geronima Ferrer, sino los descendientes de la dicha Geronima Ferrer por la linea de Isabel Muñoz, que fue hija de Gonçalo Muñoz, y Geronima Ferrer en primero matrimonio. Que oy ay varones descendientes de Geronima Ferrer, y Isabel Muñoz su hija, que son don Lorenço Marzilla, y don Gonçalo Muñoz de Pamplona.

Los Padres de la Compañia de Iesus dan triplica en este processo, aunque la parte de doña Maria Ferrer no ha replicado a la proposicion dada por parte de la Compañia de Iesus, y en la triplica para prouar que los bienes aprehensos fueron de Ana de España, dicen, que los hijos de Pedro Ferrer, y Ana de España, por la muerte de Pedro Ferrer su padre ab intestato, se diuidieron treze, o catorze heredades entre Anton, Francisco, Maria, y Isabel hermanos, como herederos ab intestato de su padre. Que quando casaron Maria Ferrer, y Isabel Ferrer, las dotò Ana de España de sus propios bienes, y ellas renunciaron en fauor de su madre los bienes que les perteneciã por la muerte de Pedro Ferrer su padre, y diuision de sus hermanos. Que Ana de España, poseyendo dichas heredades en Belmonte, Maluenda, Paracuellos, y Galatayud; por cuya muerte Francisco y Anton hizieron diuision de los bienes

nes

933

8 Informacion en derecho,

nes de la dicha Ana de España, y que aquellos bienes, y los aprehensos son todos vnos. Que por ser los bienes de Ana de España, los descendientes se han llamado Ferreres de España. Que Francisco Ferrer primero en algunos procesos articulò y prouò la possession de Ana de España en estos bienes, y siempre dixo y confesò poseia estos bienes como heredero de su madre.

Doña Maria Ferrer Perez de Nueros mi parte en su triplica dize, que no le obsta lo articulado y prouado en la replica de los Padres de la Compañia de Iesus, ni el testamento de Ana de España, ni las confesiones, que la parte contraria pretende; antes bien tiene inclusion legitima en la misma clausula del testamento de Ana de España.

Antes de proponer los puntos principales desta informacion, se pretende por esta parte ha de ser feruido V.S. que la triplica de los Padres de la Compañia de Iesus se quite del processo, o por lo menos no se aya razon della para prouar lo que la parte contraria pretende. El fundamento, que para esto se representa, es, que en processo no ay dada replica alguna por esta parte, a que los Padres de la Compañia de Iesus puedan triplicar; y como la replica es necessaria para excluir la excepcion, como dixo Vlpiano en la l. 2. ff. de except. replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptionem excludant, semper enim replicatio idcirco obijcitur, ut exceptionem oppugnet. l. aduersus 3. l. non exceptionib. eo. C. eod. tit. l. si vnus, §. pactus ne peteret, ff. de pact. videndus Petr. Greg. lib. vi. sintagm. cap. 17. Asinus in praxi cap. 1. §. 16. Donellus in l. 3. de excep. lib. 22. comm. cap. 10. vbi Osualdus, & Cuiacius lib. 5. obs. cap. 34. y de la fuerte que en donde no ay accion no ay excepcion, Bart. in l. si ita scriptum de legat. 1. glos. in l. rebus, & ibi Bald. C. de iure dot. additio Bart. in §. excep. legis 1. ff. de excep. A si dõde no ay excepciõ opuesta, no ay replica. Es muy cõforme lo determinado por el fue

no
9 no se da replica
por unaparte
no puede haber
triplicar

ro hecho en las Cortes del año de 1626. en la rubrica: *Tie-
po para triplicar*, en donde conociendo, que los litigantes
quedauan indefensos, sin poder alegar los fundamentos
de justicia para enervar lo deduzido en las cédulas de re-
plica: y esto porque tan solamente auia señalado tiempo
para dar proposiciones, y replicar en los procesos de apre-
hension, estatuye y ordena, que aya tiempo para triplicar.
De lo deduzido en el proemio desta ley y fuero, ibi: *para
enervar lo deduzido y articulado en la replica*, se conoce, que
la intencion y voluntad de la ley fue dar tiempo para tri-
plicar, en caso que aya precedido replica; porque no auien-
do precedido excepcion, no es necessario enervar el fun-
damento que se pone en la replica: el proemio declara la
intencion y mente de la ley, *l. fin. ff. de heredib. instit. l. 1. ad
Macedonianum, l. cum hij, ff. de transact. Molin. de primog.
lib. 1. cap. 5. num. 1. abunde Barbosa axio. 192. num. 1. § 3.*
y esto es lo recibido en los tribunales, y muchas vezes de-
clarado, no solo en esta tela de processo, sino en processo
ciuil ordinario, segun el fuero 12. *de rei vindic. § in alijs*,
y por ser cosa sin duda, verbalmente lo declaran, como es
práctica recibida entre los caudicos desta plaza.

A tres puntos principales reducirè esta alegacion. El
primero, que los descendientes de Geronima Ferrer, hija
de Francisco primero, y Ana Cid, tienen llamamiento por
los vinculos y testamento de Francisco Ferrer primero, y
Ana Cid, y q̄ D. Maria Ferrer Perez de Nueros, lo tiene co-
mo descendiente de Geronima, por la linea de Geronimo
Garces de Marzilla, hijo varon vnico y heredero de di-
cha Geronima Ferrer, y Iuan Garces de Marzilla, cō prela-
cion a todos los demas descendientes de Geronima Fe-
rrer, por la linea de Isabel Muñoz.

El segundo punto serà responder a la clausula del testa-
mento de Ana de España, en donde la parte contraria fun-
da la exclusion de Doña Maria Ferrer Perez de Nueros,

C antes

*Dividese la
alegacion en
tres puntos*



535

antes bien se prouara con muchos fundamentos que esta parte tiene inclusion en el vinculo del testamento de Ana de España.

En el tercero punto se prouará, que la parte contraria falta en la prouança de lo articulado, y articulacion de lo necessario para su inclusion, y exclusion desta parte por el testamento de Ana de España.

Punto primero.

Que Doña Maria Ferrer tiene llamamiento en el testamento de Francisco primero.

Nota
catur
Commissum
petuum

¶ El primer punto es certissimo en drecho, porq̄ delas palabras y substituciones puestas en el testamento de Frã cisco Ferrer primero, y Ana Cid, se induze fideicomisso perpetuo, gradual, y successiuo. Primo, porque instituydo Pedro Ferrer *si vino fuesse, y sino a sus hyos y descendientes*, se induze fideicomisso perpetuo. Es de Alciato *in l. Gallo, §. quidam recte in pri. lectu. num. 47. ff. de liber. & posthu. Bald. cons. 341. si pater, lib. 5. Corne. cons. 226. lib. 4. Menoc. lib. 4. presum. 71. nu. 6. Intriglo. de subst. cent. 3. q. 81. num. 4. Fusar. de substi. q. 479. nu. 10.*

Segundo, porq̄ los llamò debaxo el nōbre descendiētes, q̄ induze fideicōisso perpetuo entre los descēdiētes. *Crot. in l. filij, §. diui, n. 17. deleg. 1. Couar. in c. Raynut. §. 2. in fin. de testam. idem lib. 3. var. cap. 5. nu. 5. vers. secundum quod. Menoch. cons. 88. nu. 10. lib. 1. & cons. 277. n. 3. lib. 3. Cepha. cons. 268. num. 25. lib. 2. Petr. de fideicom. q. 8. nu. 38. & nu. 596. Simon de Pratis de interp. vlti. volun. lib. 3. int. 2. dub. 6. sol. 9. nu. 46. & plures relati a Farin. in recent. 1. p. decis. 134. nu. 5. latifs. Fusar. de subst. q. 489. nu. 13.*

Lo tercero, porque en este vinculo ay palabras de perpetuydad, *ibi, yendo siempre de uno en otro entre los hyos, y* des-

M

336

descendientes de Pedro Ferrer, y en todos los demas, de que palabras queda formado vn fideicomisso perpetuo, gradual, y successiuo. *Pereg. art. 18. de fideicom. nu. 5. Molina de Hisp. primog. lib. 1. cap. 5. ex tex. in l. cum ita legatur, §. in fideicomisso, ibi: Specialiter defunctus ad ulteriores suã voluntatem extenderit, & ex Bart. Cuma. Galiau. Pau. Alex.*

Menoch. lib. 4. præs. 71. nu. 10. Petr. de fideico. q. 5. n. 165. Surd. decis. 346. nu. 18. eleg. decis. Farin. 2. to. in recentis. decis. 344. nu. 4. Card. Manti. lib. 8. tit. 12. nu. 11. Farin. 1. to. decis. 266. nu. 12. ex pluribus Fusa. d. q. 479. nu. 5. §. num. 90. cum pluribus seq. §. q. 382. nu. 54. Sess. 3. to. decis. 266. n. 86.

Lo quarto, porque prefirio los masclos a las hembras, *Bald. in cap. 1. n. 3. quæmadmod. feud. §. in l. maximũ vitio, num. 3. C. de liber. præter. Molina lib. 1. cap. 5. nu. 35. Auend. in l. 41. Taur. glos. 3. nu. 17. Mieres de maiora. 2. p. q. 5. n. 26. Flores de Mena lib. 1. var. q. 17. ex nu. 31. Menoc. conf. 1006 num. 3. lib. 11. D. Ioan. del Castillo lib. 2. contr. cap. 4. ex n. 79.*

Menoch. lib. 4. præs. 71. nu. 36. y mas quando con geminacion la repite, ex Paris. conf. 90. num. 15. §. 24. lib. 2. sequitur Rota apud Farina. decis. 143. nu. 6. 1. p. recen. §. 3. p. decis. 344. Pereg. decis. 111. §. art. 19. num. 17. §. num. 47, Grat. cap. 285. nu. 15.

Otras razones se pueden ponderar para prouar q̄ ay fideicomisso en fauor de todos los descẽdientes de Francisco Ferrer, y Ana Cid, como que Francisco primero en su testamento hizo otras substituciones y llamamientos en defecto de hijos, ex doctrina Farina. *2. tom. recentis. decis. 344. ex Bald. §. Menoch. §. Farina. Fusar. de substi. q. 479. nu. 12.* Y que en el testamento ay clausula codicilar, ex qua vocationem esse factam per fideicommissum, *latis. Pereg. art. 18. a nu. 6. cum seq. Fusar. q. 382. nu. 67. Grat. cap. 774. nu. 38. Farina. decis. 344. 2. tom. in recentis.*

De todas estas razones resulta, que en el testamento de Frãncisco Ferrer primero huuo vn fideicomisso perpetuo, gra-

Informacion en derecho,

gradual, y successiuo, en fauor de todos los descendientes de Pedro Ferrer, hijo de Francisco primero, y en defecto dellos, de los descendientes de Francisco Ferrer segundo, y en falta destos, en fauor de Geronyma Ferrer, y de sus hijos y descendientes.

Deste vinculo referido en el principio desta alegacion se entiende con la poca razon que pretende la parte contraria, que en caso, que por los llamamientos y vinculos del testamento de Francisco Ferrer se huuiesse de gouernar esta succession, no tiene llamamiento la linea de Geronimo Garces de Marzilla, hijo de Geronima Ferrer, y Iua Garces de Marzilla. Porque es clara la vocacion de la linea de Geronimo Garces de Marzilla, por estar llamado el hijo varon de Geronima Ferrer en defecto de los hijos y descendientes de Pedro Ferrer, y Francisco Ferrer tercero. Geronima Ferrer, aunque fue dos vezes casada, del primer matrimonio tuuo en hija a Isabel Muñoz, y del segundo a Geronimo Garces de Marzilla, hijo vnico y varon de Geronima Ferrer, y afsi llamado por el testamento de Francisco primero.

Tambien tiene llamamiento claro, porque en el testamento de Francisco primero està llamado en falta de hijos de Pedro, y Francisco tercero, el heredero de Geronima Ferrer, o sus hijos y descendientes. Geronimo Garces de Marzilla fue heredero de su madre Geronima Ferrer, y afsi llamado por el testamento de Francisco Ferrer primero en falta de la succession de Pedro y Francisco tercero; y pues la linea de Isabel Muñoz, hija de Geronima Ferrer no tiene llamamiento y vocacion, sino en falta de los hijos y descendientes de Geronimo Garces de Marzilla. La inclusion de doña Maria Ferrer Perez de Nueros es clara, y don Gonzalo Muñoz, y don Lorenço Marzilla, descendientes de Geronima Ferrer por Isabel Muñoz, no tienen vocacion hasta que falten los descendientes de doña

Ma-

538

Maria Ferrer Perez de Nuevos, porque el fideicomissario no está obligado a prouar, que no ay otro mas proximo, y es suficiente el prouar ser descendiente del llamado, *Simon de Pretis de interp. vlti. volun. lib. 5. inter. 2. dub. vlt. nu. 266. Laderch. conf. 5. num. 11. Aldouin. conf. 91. num. 75. 76. Fuluius Pacianus de probat. lib. 2. cap. 12. num. 38. 40. latissime Peregr. tom. 2. con. 47. num. 20.* Y alegando drecho de tercero no pueden excluyr a esta parte, pues no han venido a este processo los Muñozes, ex doctrina *Portol. ad Molin. verb. exceptio num. 67. 4. de consor. cap. 30. num. 2. 4.*

Y no impide la inclusion de doña Maria Ferrer, la oposicion de la parte contraria, de que no viene dentro de año y dia, segun el fuero *a vezes 31. de apprehens. Molin. verbo occupatio, fol. 242. 4. ver. apprehens. fol. 28. 29. vbi Porto. verbo apprehensio el primero num. 36.* Se responde con dos razones: la primera, que la parte contraria no ha prouado, que se sabia publicamente la muerte de Francisco Ferrer tercero, y vltimo poseedor de los bienes vn año antes de la aprehension, expresse *Molin. ver. apprehens. fol. 29. vers. in eod. foro col. 2.* La segunda, que Doña Maria Ferrer: a venido a este processo a pedir los bienes aprehensos, antes que començara a correr el año, y dia de la prescripciõ del fuero *a vezes.* Viuia Doña Frãcisca de Sayas viuda de Frãcisco Ferrer tercero, quando los Padres legatarios aprehendieron los bienes, y fue proueyda la aprehension, *saluo in re viduitatis,* cuya possession por ser vsufructuaria en bienes vinculados aprouecha al successor en los bienes del fideicomisso, *Molin. verb. apprehensio. fol. 28. cap. 4. in prin. vbi Portol. en el pri. nu. 36. idem verb. Possessio, nu. 72. Tiraquel. in tract. de consti. 2. p. amp. 13. nu. 7.*

El fideicomissario no está obligado a prouar que no ay otro mas proximo, y es suficiente el prouar ser descendiente del llamado

debe de ser prouado el año y dia de la aprehension de los bienes

Possessio in re viduitatis aprouecha al successor en los bienes del fideicomisso

D Punto

539

Punto segundo.

En que se trata de la Clausula del testamento de Ana de España.

que el prohibido de agnacion en ciertas personas no puede gravarlas

De la clausula referida del testamento de Ana de España, pretēde la parte cōtraria, q̄ Francisco Ferrer primero no pudo vincular en su testamento a Pedro Ferrer los bienes, porq̄ en el testamēto de su madre Ana de España esta ua prohibido de agnacion, sino en hijos, y el prohibido de agnacion, sino en ciertas personas, no puede gravarlas. *Peralta in l. unum ex familia, §. qui unum, num. 17. de legatis 2. Sesse decis. 55. n. 13. tex. in l. unum de familia, §. si de falcidia, de legat. 2. Peregr. de fideicom. art. 8.* Porque como estan llamados por la disposicion del gravante, los llamados, y cōtemplados, no recibē los bienes del gravado, sino del gravante, por la regla, *grauare non possum quem non honoro. l. habeo, C. de fideic. ad quem tex. videndus Donel. lib. 8. cap. 7. Barbosa in rubr. C. de prescrip. nu. 206. l. si adrogator, ff. de adoptio. l. unum ex familia, §. delegat. 2. l. 1. §. 1. sciendum de leg. 3. Mantica de coniect. lib. 8. tit. 1. nu. 33. Mol. de H. sp. primog. lib. 1. cap. 8. nu. 8. §. lib. 2. cap. 4. n. 15. Peregr. de fideicō. art. 35. nu. 33. §. conf. 63. lib. 4. Caldas de iur. emphit. 3. p. de potestate eligendi, cap. 16. num. 8. Barbof. axiom. 108. num. 1.* De donde quieren excluir a mi parte Doña Maria Ferrer, que no tiene llamamiento, por la clausula del testamēto de Francisco Ferrer primero, porque este no podia agnacion sino en hijos.

Pero mi parte tiene derecho legitimo, fundado en la clausula del testamento de Ana de España, para succeder en los bienes aprehensos, y para mayor claredad de la materia, la yrē diuidiendo por articulos, proponiendo en cada vno los fundamentos que persuaden, y hazen clara la justicia de mi parte.

Arti-

540

Articulo I. Que los prelegados dexados en el testamento de Ana de España no estan comprehendidos en el fideicomisso.

¶ ANTES de representar los fundamentos que de la cláufula de Ana de España se ponderan en fauor de mi parte, para separar lo que es cierto, y sin disputa. Es necesario suponer, que Ana de España en el testamento que dexò herederos a Francisco y Anton Ferrer sus hijos, y en donde les prohibio de vender, empeñar, o en otra manera agenaar los bienes. Antes de hazer la instituciõ de herederos, les dexò de gracia especial ciertos prelegados, que son de los bienes de Paraquellos de Xiloca, aprehendidos en este processo, los quales es cierto, que no estan comprehendidos en la herencia vniuersal; porque aunque en terminos de derecho, segun los textos en la l. miles ad sororem. §. pro parte, ff. deleg. 2. cui adde D. Joan. Chumazero disp. 5. nu. 18. tex. in l. Marcellus, 3. §. quida liberis, ff. ad Trebel. cui iunge, Donel. lib. 7. cap. 25. vers. prelegatum, l. in fideicommissaria, §. vlti. & in l. si Titius a contrario sensu, ff. ad Trebel. Peregr. de fideicom. art. 7. num. 34. Menoch. presum. lib. 4. nu. 2. & plures relati à Fusario q. 650. de fideicom. El prelegado se comprehende en el fideicomisso vniuersal; pero en nuestro caso no tiene lugar, porque despues de auer dexado los prelegados a Francisco y Anton, los instituye herederos debaxo aquellas palabras: Item de todos los otros bienes mios, en cuya formula de institucion quedan excluydos los prelegados. Siguenla como comun esta opinion Cuman. en el cons. 37. Fulgos. en el cons. 100. Paulo de Castro en el cons. 398. Thesauro en la question forense q. 17. num. 14. Peregr. de fideicom. artic. 7. num. 48. artic. 34. num. 46. Fusar. q. 650. de fideicom. num. 24. & cons. 82. De donde se infiere claramente, que en los bienes dexados de gracia especial a Francisco Ferrer en el testamento de su madre, no estu-

Nota que quan
de el testamento de
de Ana de España
especial algunos
bienes y de
pues de la
herencia que
los dexò de
gracia espe-
cial es que
los bienes pre-
legados no son
comprehendi-
dos en el fideicom-
isso vniuersal
de la herencia

uo prohibido de agenaar, y en ellos sin disputa alguna pudo poner vinculos, y fideicomisso perpetuo en fauor de todos sus descendientes.

Articulo 2. En que se trata, que los hijos de Francisco Ferrer primero, no sucedieron por el fideicomisso del testamento de Ana de España, sino por la disposicion del testamento de Francisco Ferrer primero.

¶ Prohibio Ana de España en su testamento, que Francisco, y Anton Ferrer sus hijos, no pudiessen agenaar sino en hijos, de cuya prohibicion resulta fideicomisso en fauor de los hijos de Francisco y Anton, nietos de Ana de España; pero este fideicomisso no es absoluto, ni restitutorio, sino contrauencional, hoc est, que no venga el caso del fideicomisso, sino sucediendo el caso de la contrauencion, *Bart. in l. pater filium, §. filium, ff. de legat. 3. Gratus conf. 126. num. 19. Alciat. conf. 184. Beroius conf. 84. lib. 2. Petra q. 5. num. 101. Cacher. decis. 50. col. penul. vers. nec obstat, Bardel. conf. 66. num. 7. Menoch. conf. 327. num. 96. Surdus decis. 188. num. 16. Fusar. conf. 1. num. 22. §. 25. idem de fideicom. q. 688. num. 25. Franciscus Mantica lib. 6. ultim. volun. tit. 14. num. 24. Socin. in l. qui Roma, §. coharedes col. 5. vers. 4. de verbor. oblig. & plures relati ab Intigr. cent. 3. q. 72. num. 35.* y lo mismo procede quando en la prohibicion de agenaar ay dada facultad de agenaar entre los hijos, o entre los de la familia, que en este caso no se induze fideicomisso, sino in casu contrauentionis, lo defienden Anton. Gabriel conclus. 9. de fideicom. num. 38. Ruin. conf. 128. col. 3. vers. quandoq; volum. 2. Gozadin. conf. 52. col. 2. vers. sed hic non solum, Intigr. cent. 3. q. 72. n. 62.

Muchas diferencias proponen los Doctores entre el fideicomisso absoluto, o restitutorio, y el contrauencional, como se pueden ver por *Bart. in l. qui Roma, §. coharedes*

*ay fideicomisso
absoluto y
restitutorio y
conuencional*

des, de verbor. oblig. in l. cum pater, §. cum inter de legat. 2. l. pater filium, §. Iulius Agripa. de legat. 3. l. unum ex familia, §. 1. de leg. 2. Gozadin. conf. 52. num. 4. Cephalo conf. 624. vol. 5. Roland. à Valle conf. 94. num. 15. vol. 2. Jntigr. d. cent. 3. q. 72. num. 70. Anto. de Petra q. 7. de fideicom. Pero la principal es, que el fideicomisso absoluto y restitutorio no depende de la voluntad del grauado, si se ha de cometer, y ha de venir el caso del fideicomisso, sino que sucediendo la muerte del grauado, sucede el llamado, y por esso se dice invariable, simple y absoluto fideicomisso, segun el texto in l. omnia 32. alias cum ita legatur, §. in fideicomisso de leg. 2. tex. in l. peto, §. fratre de legat. 2. ad quæ iura vidend. Moli. de Hispan. primog. lib. 1. cap. 4. num. 17. Curt. Jun. conf. 145. col. 5. in primo casu, Socin. conf. 42. col. 3. vers. quare, Alciat. conf. 36. num. 10. lib. 9. Menoch. conf. 197. num. 9. Socin. Senior. conf. 277. num. 10. in 2. Peregrin. de fideicom. art. 14. a num. 6.

Pero el fideicomisso contrauencional, vel in casum contrauentionis, no se comete, ni se succede ex vi fideicommissi, sino viene el caso de la contrauencion, y la agnacion, fuera de las personas contempladas, y de la suerte que en el fideicomisso condicional, no viniendo la condicio no se sucede por el; assi en el contrauencional: esto se deduce de expresas decis. de Iureconsult. in l. peto, 69. §. fratre, ibi: Sed si domus ad exterum peruenerit, fideicommissi petio competit, tex. in l. unum ex familia, §. si duos, ibi: Pro his quidem portionibus, quas iure hereditario retinent, fideicommissum non petetur, non magis quam si alteri fundum praelegasset delegatis 2. textus in l. cum pater 77. §. libertis ibi eos enim ad fideicommissum videtur inuitasse deleg. 2. tex. in l. pater filium, 38. §. quindecim, vers. claudius, ibi: quia non possidentis persona qui nunc extraneus est respicienda est, sed emptorum qui secundam voluntatem defunctæ ex illis fuerunt quibus permittit testatrix venundari, nec conditio extitit dati fideicommissi,

E

ff. de

*fideicomisso ab
solutu & restitutorio
no depende de la volun-
tad del grauado*

*A fideius miso
se puede pedir q
contra la agra-
nacion contra
la voluntad y
disposicion del
q dispone*

ff. deleg. 2. y en otros tex. se dize q se podra pedir el fideicomisso, en caso q se figa la agenaciõ, *l. filius fam. §. cū pater, deleg. 1. l. pater, §. 15. deleg. 3. l. peto, §. fratre, deleg. 2.* como advertieron Cumano, Paulo de Castro, ibi: Tiraq. Alciato, Deciano, Menoch. referidos por Peregr. *artic. 14. de fideicom. nu. 7. Sesse decis. 382. in princ. & in motiuo.*

Asi lo entendieron y explicaron Hier. Gabr. *cons. 132. q. 9. nu. 70. Barri. de substi. fideicom. lib. 8. num. 53. Petra de fideicom. q. 5. nu. 28. vers. rursus, eleganter Peregr. de fideicõ. art. 14. num. 6. cum seqq. latissime Fusar. de substi. 688. nu. 9. vers. 3. & 4. Cacheran. decis. 50. nu. 7. & 14. Sess. decis. 380. num. 1. idem decis. 254. nu. 32. ibi: Hac enim prohibitio tantummodo inducit fideicommissum conditionale, scilicet in casu quo prohibitus fecerit contra prohibitionem alienando extra personas contemplatas, y auiedo alegado muchos Doctores, dize: *Ex hoc fideicommissio illud tantummodo resultat, quod casu quo quis disponat, tenetur in filios descendentes masculos disponere, & si noluerit disponere, nec contrauenire, poterit hoc facere, & tunc non purificata conditione per contrauentione, sed potius illa defecta reducitur res ad non causam, & materia remanebit sine prohibitione quasi nulla facta fuisset à principio.* Es elegante el lugar de Geronymo Gabriel en el tom. 1. de los consejos, *cons. 132. q. 11. nu. 75. ibi: Quando res in aliquem de familia alienatur, non accipitur à testatore, quia conditio non extat. Et haeres non alienat, nec legat vni de familia, vt testatori pareat, sed pro sua voluntate, nec contrafacit.**

Esta Corte lo motiuò asi doctissimamente en el processo Ioann. Blasco, mens. Iunij. 1624. super apprehens. *Quia dicta Maria de Aurin, haeres fuit instituta, cum onere non alienandi, nisi in filios dicti Francisci Cerbantes grauantis, quo in casu non purificatur fideicommissum in fauorem dictorum filiorum nisi, sequuta contrauentione, & alienatione aduersus testatoris prohibitionem, nec vbi constitutum reperitur*

344

ritur in prohibitione alienationis, extra certum genus personarum, alio modo fideicommissum resultare, quam in casu contra factiois, & ita est in potestate grauati ut fideicommissum committatur. Et cum ex supradicta clausula appareat dictos Franciscum, & Andream Cerbantes non esse vocatos, nisi in casu contrauentionis bene deducitur dictam Mariam de Aurin bene potuisse eos instituendo grauare in fauorem filiarum, cum ab ea, bona capiant, & non a dicto Francisco Cerbantes patre. & primo testatore.

Y aunque por la parte contraria se puede ponderar, que ha de ser fideicomiso absoluto, porque Ana de España despues de auer llamado a Francisco, y Antonio, y en falta dellos, y de sus hijos, o hijas, nietos, o nietas, llamó a Isabel, y Maria Ferrer hermanas. Pero aun en este caso que puso despues de la prohibicion de agenaar, y otras substitutiones, ha de ser fideicomiso contrauencional, y no absoluto, Zanch. in l. heredes mei, §. cum ita num. 677. ff. ad Trebel. Bart. in l. talis scriptura vers. ad ea in fi. de leg. 1. in l. quesitum, §. si quis fundum num. 16. de fundo instr. Bald. in l. in multis, ff. de statu homi. Caualc. decis. 5. num. 90. vers. conclusum, Socin. Alex. Paris. Ruin. Honde. relati a Fusar. de substit. fideicom. q. 688. num. 15. & 16. y la substitution puesta despues de la prohibicion de agenaar, se limita por la prohibicion, y la substitution se entiende si contra prohibitionem factam sit, Pereg. de fideicom. q. 14. nu. 6. ex Alex. de Socino, Deci. Ruin. Grabielle, latissime Casanate cons. 36. Petra de fideicom. q. 5. num. 41. & 124. Ludouis. decis. 433. num. 12. es originalmente de Bart. in l. pater filium, §. filiam num. 4. de leg. 3. Y dan la razon, porque en donde precede prohibicion de agenaar, y se sigue otra substitution, se entiende si contra factum sit, ex Cephal. Decio, Jmol. Croto, lo defiende Casan. ubi proxime n. 4.

La substitution
puesta despues
de la prohibicion
de agenaar que
operetur

Resulta deste discurso, que Pedro Ferrer hijo de Francisco Ferrer primero, y Ana Cid, auiendo sido heredero, insti-

instituydo en el testamento de su padre, succedio en los bienes de Ana de España, por la disposicion de su padre Francisco Ferrer primero, y no por el fideicomisso contrauencional, que resultaua de la prohibicion de agenaar, sino en hijos; del testamento de Ana de España; porque no vino el caso de la contrauencion, ni Francisco Ferrer dispuso sino en hijo suyo: y assi la parte contraria no se puede alegrar del fideicomisso contrauencional de testamento de Ana de España, por no auer venido el caso de succeder en fuerça del.

Ni obsta el dezir, que disponiendo Francisco primero en Pedro su hijo, y grauandole en fauor de todos sus descendientes, como personas no contempladas, *videtur contrauenire*. Porque se responde, que no auiendo succedido el caso de disponer extra filios, no vino el caso del fideicomisso condicional, o contrauencional, y assi Pedro recibio los bienes por la voluntad y disposicion de Francisco primero, y no del fideicomisso, que resultaua de la prohibicion de agenaar del testamento de Ana de España, y los pudo grauar, segun la dotrina de Gabriel, y los Doctores arriba referidos. Tambien se responde, que auiendo sido agenados los bienes en la persona permitida, que era Pedro Ferrer, quedaron ya libres para poderlos agenaar en qualquiera persona, segun la dotrina del *texto en la l. cum pater 38. §. quindecim de legat. 3. ubi Bart. num. 4. & in l. pemptio y la q. nult. in fin. C. ad Trebel. & Bald. in l. si quis ad declinandam, C. de Episc. & Cler. & additio ad Bart. in d. §. quindecim, Tiraq. de retr. ligna. §. 32. glos. 1. num. 5. Pereg. cons. 113. nu. 7. vers. secundo*, y assi lo sintio esta Corte en el proceso Ioannis Blasco, super apprehensione, el año 1624. in mense Iunij. *Insuper respondetur, quod si bona prohibita alienari semel in personam permissam, alienentur postea simpliciter alienari, nam res exiuit à causa prohibitionis, taliter quod ipse, in cuius fauorem est dispositum, poterit*

quando herederos
de poder disponer
de persona de los
bienes, esta es
viniendo y la q. nult.
los bienes libres
para en adelante

346

terit in quemcumq; passim libere, & simpliciter alienare; illa namq; prohibitio alienationis de prima tantum vice intelligitur, nec requiritur quod semper sit res in persona, qua erat permissa, sufficit namq; in personam permissam semel disponere, ne fiat contra voluntatem prohibentis.

Articulo 3. Que en la clausula del testamento de Ana de España no ay prohibicion de agenaar, sino permission.

¶ Consideradas las palabras de la clausula de Ana de España, para tener verdadera noticia y conocimiento del fideicomiso, que resulta dellas, segun la dotrina y precepto que nos enseña *Petra de fideicom. q. 1. § 5.* se conocerá, que no son de prohibicion de agenaar, sino de permission expresa y clara, en que dio facultad a Francisco Ferrer primero, que pudiesse agenaar en hijos. Las palabras de la clausula, como se ha referido, dizē, que los dichos Francisco y Anton Ferrer no puedan vender, empeñar, ni en otra manera agenaar, sino en hijos: destas formales palabras se sigue la permission de agenaar en hijos. Porque auiendo precedido vna oracion negatiua, como es, que no puedan vender, empeñar, o en otra manera agenaar, figuiendose vna diction, sino, afirma todo lo que la negatiua precedente auia negado, elegantemente lo dixo *Ramo. en el cons. 61. n. 47.* del cap. peccatum, de regul. iur. in 6. l. actione, ubi *Bart. Jason. C. de transact. Menoch. cons. 156. nu. 9. § cons. 356. num. 9.* *Steph. Gratian. discep. tom. 3. cap. 542. num. 22.* *Farin. decis. 96. p. 1. in recentis. Seraphi. decis. 343. num. 3.* *Barbos. de dict. dict. 217. num. 5.* & punctim en prohibicion de agenaar si no en hijos, *Sesse decis. 254. num. 32. Menoch. cons. 379. nu. 1. § dicit communem, § magis receptam lib. 4. pr. sum. 189. num. 115. Surd. cons. 194. num. 12. § in decis. 75. col. 1. § 2. Surd. cons. 111. § 77. num. 6. vbi dicit, non posse negari datam esse facultatem alienandi, Ruin. cons. 132.*

Deditione, si no aduerte q. abe quid non videtur potest sequitur dictis sine talis dictis affirmatorem, illud quod negatiua placeat

F

Y no

*Ladivision nisi
solamente tacita
mente da licencia
de agenaar sine
ex presalto*

*Alienatio prohibita
ad tempus, post tem-
pus censetur per-
missa*

Y no solo resulta por fuerza de la particula nisi, tacita licencia de agenaar, sino expressa, Decius in l. actione in 6. notabili, C. de transact. § cons. 532. num. 1. § cons. 523. nu. 4. Alexand. cons. 83. in causa, § lite col. 2. in prin. latissime Tiber. Decian. vol. 3. resp. 78. num. 14. DD. in l. eum qui, §. qui iniuriarum, ff. si quis cautionibus, Bald. in cap. cum accessissent col. 3. de constit. ex Bart. Angel. Anchar. Curt. Sentori docet. Fusar. de fideicom. q. 736. y de la suerte que prohibida la agenacion ad tempus, post tempus censetur permessa, Peregr. artic. 52. num. 3. Alexan. cons. 55. col. 3. lib. 3. Ruin. cons. 121. num. 8. lib. 3. Zanch. in §. cum ita p. 4. num. 43. y esto no con tacita ilacion, sino con expressa permission, lo enseñan Iason cons. 173. col. 3. lib. 2. Decian. cons. 27. nu. 13. lib. 3. Menoc. cons. 1091. num. 1. porque lo que se deduzze a contrario sensu, se dize expreso, glosa en la l. qui testamento, §. mulier, ubi Bald. § Paulus, ff. de testam. Euerard. in loco a contrario sensu, Menoch. cons. 1091. nu. 9. Fusar. de fideicom. q. 680. nu. 7. 8. § 9. assi tambien puesta la prohibicion de agenaar, añadiendo, sino en hyos, en hijos esta permitida la agenacion.

Y no es de encuentro a la pretension desta parte, lo que se puede ponderar de Pereg. el cons. 113. vol. 3. Decio cons. 386. cap. 3. Honded. cons. 16. decis. Pedemonta. 85. nu. 14. Fusar. q. 736. num. 6. en donde el argumento contrario que se saca destas palabras, que no se pueda agenaar extra familiam, no es que se pueda agenaar en ellos, sino q en ellos no este prohibida la agenacion, y que siendo argumento a contrario sentido, se ha de entender limitadamente, y de suerte, que no se siga absurdo, como sucederia aqui, porque la prohibicion de agenaar, que auia hecho fideicomisso, lo destruyria la permission, sacada de la diction, nisi.

Porque se responde, que los DD. referidos hablan en diferente caso: El nuestro es de clausula de prohibicion de agenaar sino en hyos, en que los citados por Decia-

on Y

no

*Verba que no
se pueden ag-
near extra fam-
liam quod opo-
rentur disputat*

no vbi sup. por Fusario q. 736. num. 4. dicen ay expressa licencia de agenaar. Que no se halla en los casos de Peregrino, y otros arriba referidos; ni hablan en caso de la particula nisi. Y en donde por sentido contrario se inferia la licencia de agenaar, y no admiten el argumento a sensu contrario, en caso que se siguiesse destrucion de vn fideicomisso; pero en el nuestro no ay otro fideicomisso, sino el que se induze de la prohibicion de agenaar; y como este sea contrauencional, no sucede el caso, sino agenaar fuera de los permitidos, pero en ellos ay licencia expressa de agenaar. Es puntual el lugar de Deci. vol. 3. resp. 78. n. 18. q̄ por serlo tanto se pone la letra. *Et ultra eos, & per eos adducta allego not. dictū Alex. cons. 83. in causa, & lite col. 2. in prin. vers. nec ab hoc obstat si dicatur, & etiam n. 3. in 1. vol. ubi concludit, quod licet inter negare, & confiteri sit hoc medium non confiteri, tamen si post orationem negativam addatur dictio nisi, erit confessio expressa, & assertiva, & probat tex. qui evitari non potest, & cui non respondet Dec. in d. l. quibus diebus, §. quidam Titio in fin. ff. de cond. & demonst. de quo supra. Ergo non bene locutus est Dec. d. cons. 386. quod ista dictio tollit tamen prohibitionem, sed nihil ponit, quia imo ponit, & concedit ut dixi, & nullus prater eum unquam hoc dixit. Et secunda responsio etiam quam dat, quod cum dictio nisi inducat exceptionem ad regulam prohibitionis, ut sit de regula: non potest inducere concessionem, nam imo hac consideratio retorquetur mirifice contra eum. Nam si regula precedit, quod hac res non possit alienari, exceptio postea facta per dictionem nisi, puta nisi post 30. ann. vel ut in casu nostro, nisi inter ipsos heredes, optime est de regula, & secundum ipsius terminos: nam regula erat, quod heres non poterat alienare, exceptio autem contrarium sonare debet, & contrarium effectum inducere, quod scilicet in casu excepto alienare possit is, qui in regula alienare non poterat; quod regula affirmat, exceptio negat, & e contra, quod regula negat, excep-*

libro nisi indu-
ere Exceptionem ad
regulam pro Sibito
vixit

ceptio affirmat, l. generaliter, §. uxori, ubi Bart. ff. de usufru. cum concor. de quibus per Dec. & in l. 1. de reg. iur. & ideo cum in casu nostro regula prohibitionis neget, posse alienari, exceptio affirmabit posse alienari, & hac adeo clara sunt, & ad sensum patent, ut superfluum sit ulterius insistere. Concludit ergo, per hanc exceptionem mediante dictione nisi, concessam, & permissam fuisse per hunc testatorem alienationem bonorum suorum inter ipsos heredes, & eorum descendentes.

Asi tambien en nuestro caso pudo Francisco Ferrer primero, por la facultad dada de Ana de España en su testamento, disponer en Pedro Ferrer, o en otro qualquiera de sus hijos, por la permission y licencia, que tuuo de su madre para disponer entre ellos. De donde se infieren dos cosas, que Francisco Ferrer primero por la licencia y permission que tuuo de agenaar entre sus hijos, asi por contrato, como por vltima voluntad pudo disponer entre ellos: de la agenacion por contrato lo dizen Geronimo Gabriel conf. 99. num. 35. lib. 2. Surd. conf. 21. lib. 1. Menoch. lib. 4. prasump. 188. num. 10. Jntigr. de subst. cent. 3. num. 73. num. 16. De la agenacion por testamento lo enseñan Bart. in l. si ita quis, §. ea lege de verb. oblig. & in l. peto, §. fratre de legat. 2. Raud. conf. 15. num. 37. Surd. conf. 10. & 71. Menoc. conf. 87. num. 6. Pereg. conf. 53. num. 13. lib. 1. Fusar. de subst. q. 549. num. 2. cum seqq. Y aunque de las palabras de la prohibición esté todo genero de agenación prohibido. Pero por la naturaleza de la palabra nisi, como se ha ponderado, está permitido todo lo prohibido en las palabras, no puedan vender, empeñar, ni en otra manera agenaar. Y si Francisco Ferrer primero estuuo prohibido de agenaar por contrato, o vltima voluntad, pero tuuo permission de agenaar en sus hijos por contrato, o vltima voluntad, por la fuerça de la diction, nisi.

La segunda illacion es, que estando permitido a Francisco primero de vender, empeñar, o en otra manera agenaar

do
q. sed a licen
cia de poder
agenar proce
dunt am inter
vivos quam in
vltima voluntate

550

nar en sus hijos, auiedo dispuesto Francisco primero en Pedro Ferrer su hijo, por la permission del testamento de su madre Ana de España, Pedro Ferrer instituydo por Frãcisco primero recibio los bienes por el testamento de Frãcisco primero, y no por el testamento de Ana de España; porque como Francisco Ferrer dispuso por la premission de su madre, Pedro Ferrer recibe los bienes ex iudicio permissiuo, non autem ex iudicio dispositiuo matris; es de Baldo en la l. voluntas, C. de fideicom. num. 3. § 13. Peregr. decis. 106. nu. 2. § 3. omnino videndus Gabriel. cons. 132. nu. 75. lib. 1.

Ni obstan las doctrinas que comunmente se ponderan de la l. unum ex familia, deleg. 2. §. sed si vno, §. sed si fundū, con Peralta in dictis. §§. Sesse decis. 55. 1. tom. En donde es comun resolucio, que el que nombra a otro en heredero, por el precepto, y mandamiento del testador, no le puede grauar. Estas doctrinas se entienden quando ay precisa obligacion, y mandato del testador; pero no quando ay permission de disponer, como dizen, y explican larguissimamente Peregr. decis. 106. num. 2. in fine. ibi: Aliud namq; est tribuere alicui potestatem disponendi, § eligendi quem velit, aliud tribuere necessitatem electionis de vno, vel de alio, omnino videndus Cald. Pereira de potestate eligendi. 3. par. cap. 16. a num. 6. cum seqq. En donde disputa toda la materia, respondiendo a los textos referidos, assi en nuestro caso, como Francisco Ferrer primero, por la permission que tuuo en el testamento de su madre Ana de España, de disponer en sus hijos, disponiendo en ellos reciben los herederos instituydos los bienes, por la disposicion de Francisco primero, y permission de Ana de España: y no disponiendo en ellos Francisco primero, vinieran los bienes abintestato: porque este derecho de sucesion legitima les estaua reseruado, como veremos en otro articulo, y no por el testamento de Ana de España, que solo en caso de

quando se per
misse ager a
algum entalpa
lo el q agena
instituido y nom
brado no dispo
ne por el test
amento q. de
el q se ager
miso. Sesse
et sic nota
Dico q. m. f.
dispositiuo
q. de q. d. d. d.
permissiuo
El que nombra
heredero con
grauamen pre
cepto, y manda
miento de testa
dor no puede im
poner grauamen
quien heredero
ay permission
de disponer de
quien heredero
grauamen

G con-

contrauencion fueron llamados, como arriba se ha ponderado.

Esto sintio V.S. en el processo Ioannis Blasco, en 8. de Junio 1624. con estas palabras. *Ex testamento paterno nihil petere possunt filij, & ita ab eo non capiunt, quando igitur res prohibita alienari extra familiam in aliquem de familia alienatur, non accipit ea à primo testatore, sed à secundo, quia conditio sub qua familia erat vocata, non extat, nec verificatur; & grauatus, seu prohibitus alienare, non alienat, seu legat uni de familia, ut testatori pareat, sed pro sua voluntate, & ne contra faciat: at vero in casu contrauentionis, & alienationis rei prohibita alienari extra personas permittas, contemplatos in prohibitione, certum est rem habere iudicio testatoris, & grauatis dispositiuo, & ab eius testamento, & ita in primo casu dicendum est, heredem institutum non à primo, sed à secundo testatore bona habere, & ipse eis donare videtur, nam qui non adimit cum adimere possit donare dicitur, & qui potest facere, ne quis succedat, si id non facit, videtur ei relinquere, & liberalitatem dicitur exercere, qui donare non cogitur. Dicta autem Maria de Aurin non disponendo bona filijs, adimere poterat, & facere, ne succederent in omnibus bonis extra eos prohibitis alienari, & nullo modo in eos disponere tenebatur, & ita eis donare videtur, & ab ea bona capiunt.*

Articulo 4. *Que Francisco primero pudo grauar a Pedro Ferrer, y a sus descendientes.*

De lo que se ha dicho en el artic. 3. se infiere, que recibiendo los bienes Pedro Ferrer, por la disposicion de Francisco primero, y no por la disposicion del testamento de Ana de Espana, pudo Francisco primero grauar a Pedro con fideicomiso perpetuo en fauor de todos sus descendientes,

do pro subel
alienari ali
quid extrafam
liam habe
netur in aliq
de familia tal
in casu non au
ipis apimste
testatore sed à
secundo

ERR 552

dientes; porque quando vno tiene facultad de elegir, nõ-brãdo el heredero instituydo, recibe los bienes por la nominacion, y assi le puede grauar. l. 1. §. sciendum, delegat. 3. Cald. Pereira ubi supra, cap. 16. nu. 9. Pelaez in tract. de maioratu, lib. 1. q. 68. num. 1. l. si fundum per fideicommissum, §. ult. §. l. seq. delegat. 1. §. ibi Ias. in primo notab. Paul. Castrens. in l. si unum ex familia, §. si de falcid. delegat. 2. Decius cons. 48. in fine lib. 2. Fusar. q. 511. nu. 2. por la regla de la l. ab eo, C. de fideicom. y la ley 92. §. fin. delegat. 1. abunde Cald. ubi supra. nu. 7. §. 8.

Y aun Surdo dixo en el lib. 1. cons. 29. nu. 18. que puede el padre grauar a los hijos, aunque este grauado de disponer en sus hijos; porque puede dar a vno mucho, y a otro poco, y de la fuerte que el padre puede grauar al substituto pupilar, l. si fundum per fideicommissum, §. fin. delegat. 1. videndus Cuiat. lib. 39. Iuliani ad edictum. Donel. lib. 8. c. 8. in princ. ubi Osual. Castr. in l. ex tribus, nu. 3. C. de inofficioso testamento, Modernus in l. cum in prioribus, limit. 1. num. 13. §. 15. C. de inoffic. testam. DD. in l. cohæredi, §. cum filia, de vulg. Ias. in l. si adrogator, nu. 28. de adopt. Y de la fuerte que el que tiene facultad de nombrar ad emphyteosim, lo puede grauar con fideicomisso, Pereira d. cap. 16. n. 6. cum seq. Assi en este caso pudo Francisco primero grauar a Pedro Ferrer su hijo, en los bienes de Ana de España su madre; porque pudo disponer en otros hermanos, y porq̃ pudo dexar de disponer, sin que sucediera el caso del fideicomisso; y porque Ana de España en su testamento no le impuso necesidad de disponer, antes bien le permitiò que pudiera disponer en sus hijos: y assi recibiendo los bienes por la disposicion de Francisco primero, se fugetaua Pedro Ferrer, y sus descendientes al fideicomisso, y grauamen que Francisco Ferrer primero puso en su testamento. De donde se conoce, que no obstante el fideicomisso cõtrauencional que resulta del testamento de Ana de España,

Quando no tiene facultad de elegir nombrando heredero instituido recibe los bienes por la nominacion de tal y tal grauar

El Padre tiene facultad de nombrar heredero a sus hijos que puede grauar al hijo nombrado heredero

Informacion en derecho.

ña, en fauor de los hijos de Francisco, y Anton Ferrer; pu- do Francisco poner dicho vinculo, en fauor de todos sus descendientes, y Doña Maria Ferrer tiene llamamiento claro, por el vinculo de Francisco Ferrer primero, sin im- pedimento del testamento de Ana de España.

Todos estos fundamentos representò grauisimamen- te la Corte de V. S. en los motiuos del processó Ioannis Blasco.

Quãdo esto no procediera, no podia Pedro Ferrer dex- ar de estar sugeto a los vinculos, grauamenes, y fideico- misos que Francisco Ferrer primero puso en su testamen- to, porque fue heredero instituydo en el testamento de Francisco Ferrer, como consta del testamento produzido en el processó. Es de nuestro practico Portoles, en el cap. 61. num. 17. de consortibus. Porque el heredero no puede impugnar la disposicion del testador. Pinet in l. 1. 3. p. nu. 81. C. de bon. mat. Roland. a Valle cons. 71. nu. 35. Riminald. Iun. cons. 239. num. 102. vol. 3. Beroi. cons. 47. num. 4. vol. 4. Cald. Pereira d. cap. 16. nu. 22. in fine: el heredero represen- ta la persona del difunto, l. cum a matre, C. rei vendic. l. 24. ff. de nouationibus. l. ex qua persona, ff. de reg. iur. l. si uxor. C. de bon. auth. iud. poss. l. si ab eo, C. de negot. gest. ex Castren. Fulgaf. Cumanò, Roman. Decio, Pereira, d. cap. 16. num. 20. in fine.

Y quando el fideicomisso que Francisco primero hizo en su testamento, en fauor de los hijos y descendientes de Pedro Ferrer, se tenga por agenacion, (por ser hecha, en fauor de los no contemplados, como pretende la par- te contraria) Pedro Ferrer, ni Francisco tercero vltimo possedor de los bienes, no podran reuocar, ni quexarse deste fideicomisso, sino que auian de estar sugetos a el, co- mo herederos de Francisco Ferrer primero. Es de Moli- na lib. 4. de Hispan. primog. cap. 1. num. 16. de la l. filius fami- lias, §. cum pater, delegat. 2. cui textũ adde Cuiatium lib. 15. obser.

Heres non potest impugnar eodj pto litis nem testatorij

Heres representat Personã defuncti

obses. cap. 5. Portol. de consort. cap. 32. num. 16. de que texto prueua Molina, que si el padre prohibio la agenacion extra familiam, y el hijo prohibido ageno, el nieto heredero del padre no puede ageno, Roder. Suar. latissime, in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. ampliat. 7. num. 4. Anto. Gom. in l. 40. Tauri, nu. 84. Albarus Valasc. 1. p. consulta. 69. Mastril. decis. 56. nu. 34. Peregr. de fideicom. art. 33. nu. 1. y otros muchos q̄ refiere Fufar. q. 557. nu. 9. Pereira in c. 16. 3. p. de potestate eligendi, nu. 21. relati a Casana. conf. 34. nu. 29. Peregr. art. 6. n. 6. Menoc. lib. 4. praf. 197. n. 16.

Aprueua este assumpto el discurso que propone Cald. Pereira d. cap. 16. num. 20. que el testador que instituye heredero vniuersal, a quien ha de restituyr vnos bienes iure præmissiuo testatoris, lo puede grauar, como en cosa propria del heredero, tex. in l. vnum ex familias, §. si rem, delegat. 2. porque de la fuerte que puede grauarle en las cosas proprias del testador, puede en las cosas proprias del heredero, §. non solum inst. delegat. §. 1. insti. de sing. reb. per fideicommiss. l. sticho de vsuf. leg. cui textum adde Barb. in rub. num. 103. §. 204. C. de præscrip. 30. annor. l. heredum, C. de fideicom. l. si heredis substitutus, deleg. 1. fmola, Bart. Bald. Alex. Bello. Couar. Socin. larga y doctamente Rota diuers. 2. p. decis. 110. n. 26. Ludø. decis. 556. n. 3. trae Pereira vn exēplo del hijo de familias, que sucede al padre en los bienes aduenticios, siendo heredero del padre, no puede reuocar la agenacion hecha en estos bienes, aunque la propiedad sea fuya. l. filium, ff. de lib. caus. glos. §. Bart. in l. fin. §. in comput. num. 6. C. de iure deliber. vbi Bald. Paul. Alexand. §. Ias. num. 9.

Ultimamente se pondera en fomento de este discurso, que Pedro Ferrer, y Francisco Ferrer tercero, no han podido rehusar de estar sugetos al fideicomisso, y grauamen puesto por Francisco primero (aunque procediera sin disputa lo que la parte contraria pretende, que no podia Frá

Si el Padre
Si se la agenacion
en extra familia
y el hijo prohibido
agena el Nieto
Heredero del Padre
no puede reuocar

555

Sic heredero a quien se le debe restituir los bienes consentiendo en el gravamen que sobre ellos se pone, queda sujeto a el

Acceptatus fideicommissi gravatus sufficit ut vocatus neque successor est potest aliquid contra legem disponere in gravamine

cisco, gravar a Pedro Ferrer) porque el heredero a quien se han de restituyr vnos bienes, si consiēte al gravamen puesto por el testador, queda sujeto a el; y cessa la doctrina de la ley *unum ex familia*, por su consentimiento, *l. quoties*, C. de fideicom. *l. cum pater*, §. *libertis*, delegat. 2. Porque puede vno renunciar el favor introduzido en su provecho, y utilidad, *l. si quis in conscribendo*, C. de pact. *Pereira ubi supra*, cap. 16. a num. 23. cum sequentibus.

Y de la fuerte que en la legitima del hijo se puede poner gravamen con consentimiento del hijo, segun la doctrina de Suarez, en la *l. quoniam in priorib. amplia. 10. num. 27. §. 31. Palacios Rubius de donat. inter vir. §. uxor. in rub. §. 47. num. 2. Anto. Gom. de test. cap. 11. num. 25. Menchaca de succes. creat. §. 10. num. 254. Cald. Perei. ubi sup. nu. 29.*

Para cuyo gravamen no es menester consentimiento expreso, sino tacito de la adición de la herencia resultante, como defiende *Molin. de Hisp. primog. lib. 2. cap. 3. num. 7. Surd. de alim. tit. 2. q. 15. Fusar. de substit. q. 296. num. 63.* en donde con muchos lugares responde a los argumentos de Pretis. Esto procede claramente, quando a mas de la legitima le dexa algunos bienes libres, como dizen *Mieres 1. p. q. 55. num. 3. Mastr. decis. 185. num. 8. latissime Castillo tomo 5. cap. 64. §. tomo 6. cap. 107.* y otros muchos, que refiere el *Addicionador de Molina d. cap. 3. num. 7.* Afsi en nuestro caso, aunque estuiera prohibido de ager, y no con permission, como esta parte pretende, por auer consentido Pedro Ferrer, y Francisco Ferrer tercero al gravamen, fideicomisso y substitution, que Francisco Ferrer primero puso en su testamento, estuieron sujetos, y obligados a restituyr los bienes a los successores, y descendientes de Francisco, en fuerça del fideicomisso perpetuo gradual y sucesiuo, que Francisco hizo en su testamento, aceptado por Pedro, y Francisco Ferrer tercero, heredero de Francisco Ferrer primero.

Todo

596

Todo este discurso no tuuiera fuerça; sino se prouara con evidencia, saluando la censura de V.S. por lo deduzido, y prouado en este processo, que Pedro Ferrer, y Francisco tercero fueron herederos, y aceptaron, por lo menos tacitamente el fideicomisso, y grauamen, puesto en el testamento de Francisco Ferrer primero.

Que ayan sido herederos, se prueua, porque en este processo estan aprehendidos bienes, que fueron dexados de gracia especial, y por prelegado, a Francisco Ferrer, por Ana de España en su testamento, cuya possession la parte contraria confiesa, y quiere prouar. No podia Pedro Ferrer, y Francisco Ferrer tercero posseder los bienes, dexados por prelegado a Francisco Ferrer primero, por su madre Ana de España, sino fueran herederos de Francisco primero. Lo segundo, que ayan aceptado el grauamen, y fideicomisso, puesto en el testamento de Francisco Ferrer primero; se prueua, porque pues no podian posseder los prelegados, dexados a Francisco primero en el testamento de Ana de España su madre, sino siendo Pedro Ferrer, y Francisco tercero; herederos de Francisco primero. Siguiese la aceptacion y consentimiento a las cargas, grauamenes, y fideicomissos del testamēto de Fráncisco Ferrer primero, por la regla del *§. heres inst. de oblig. quæ ex quasi contractu* es elegante la razon que refiere *Fusar. de subst. q. 296. num. 63. vers. 7. de Surdo tract. de alim. tit. 2. q. 15. num. 184.* que en este caso mas parece la carga y el fideicomisso, puesto por la voluntad del hijo heredero, que no por la del padre grauante. Pudo Pedro Ferrer, y Francisco tercero suceder en fuerça del fideicomisso (quando huuiera venido el caso de suceder por el) en los bienes de Ana de España, dexando los que eran de Francisco Ferrer primero, y no quedara obligado como heredero, y pues aceptò la herencia, possyendo bienes, que de otra suerte no le podian pertenecer, como son los prelegados, quedò obligado a las



las cargas, y fideicomisso de Francisco Ferrer primero, y assi no es impedimento alguno la clausula del testamento de Ana de España; porque no obstante ella, el fideicomisso gradual y successiuo y perpetuo de Francisco primero, comprehendio todos los bienes aprehensos, y se ha de regular la succession por dicho vinculo de Francisco Ferrer primero.

Este discurso lo aprouò el doctissimo Luys de Casanate en el *cons. 34. num. 29.* consultado en esta causa, y sintio, que Pedro Ferrer heredero inmediato, y Francisco tercero mediato successor de Francisco primero, no podian rehusar estar sujetos al fideicomisso de Francisco, porque con hecho y cõ palabras auian aprouado el testamento, y lo en el dispuesto por la doctrina de *Beroi. cons. 24. nu. 6. lib. 2. Cephal. cons. 232. num. 142. late Pereg. artic. 36. nu. 84. ¶ faciunt tradita a Borgn. de usufruct. mulier. relicto num. 104. Curt. Iunior. cons. 120. num. 7. Bellonus cons. 9. n. 9. Roman. cons. 35. n. 2. Corn. cons. 87. n. 10. lib. 2.*

Articulo 5. *Que Francisco Ferrer primero añadió a los bienes de su madre otros, y les pudo poner nuevos fideicomissos.*

Francisco Ferrer primero añadió y aumentò muchos bienes a los que heredò de su madre, y segun la opinion de muchos Doctores, es suficiente para poner nuevos vinculos, y el successor aceptando la herencia, se obliga a los nuevos fideicomissos, y grauamenes. Vnos Doctores dixeron, que si añade *tantundem*, segun la *l. unum ex familia, §. sed si fundum de legat. 2. cui iunge Donel. lib. 8. cap. 28. vbi Osual. lit. E. Sesse decis. 437. Didacus Segura in rep. l. si vir, uxori de acquir. posses. Peralta in l. cum Pater, §. à filia num. 92. ¶ in l. 3. §. qui fideicommiss. num. 63. de hered. instit. Ludou. Moli. lib. 2. de primog. cap. 4. num. 33. ¶ cap. II. num. 4.*

Disputase si ana
siendo el dumen
tando algunos
bienes a los
el heredero de
su madre le
podran grauar
por el fideico

Cancer variar. resol. 3. p. cap. 15. de renun. cap. 15. num. 173.
Fontan. de pact. nup. claus. 4. glosa 9. p. 5. num. 82. Otros Do-
 tores dixeron, que basta añadir alguna cosa, para que pue-
 da poner nuevos vinculos y fideicomissos, y que el here-
 dero los ha de admitir todos, desfiendenlo los Doctores en
 la *l. filius fam. §. cum pater de leg. 1. Mol. de Hispan. primog.*
lib. 1. cap. 8. num. 35. Otros Doctores dixeron, que era bastan-
 te instituyrlo heredero, con muchos que refiere Portoles
 lo desfiende en el *cap. 61. de consor. n. 17.*

En nuestro caso es cierto, que Francisco Ferrer prime-
 ro prohibido de agenaar sino en hijos, instituyò a Pedro
 Ferrer, y muerto el sin hijos ni descendientes, instituyò a
 Francisco tercero, vltimo possedor de los bienes: de don-
 de claramente se conoce fueron herederos Pedro, y Fran-
 cisco tercero, de Francisco primero, y que les pudo poner
 nuevos vinculos, segun la dotrina de los Doctores arriba
 referidos. Y que Francisco Ferrer primero por su testamē-
 to, le dexasse a Pedro Ferrer heredero porcion de bienes
 libres, que no estauan sujetos al fideicomisso, que la parte
 contraria pretende del testamento de Ana de España, pa-
 rece que se prueua con euidencia (salua censura) porque
 Francisco Ferrer tuuo los prelegados, dexados a el en el
 testamento de Ana de España los dexados a Anton Ferrer
 su hermano, la porcion de bienes, que Anton Ferrer tenia
 de su padre, como heredero ab intestato: esto se prueua
 de lo produzido en processo en la particion entre Anton
 y Francisco, sobre el artic. 13. de la replica de los Padres
 de la Compañia de Iesus, en donde Anton y Francisco di-
 uiden los bienes, que estauan indiuisos entre ellos por
 muerte de Pedro Ferrer, y Ana de España sus padres: de
 donde resulta, que Francisco Ferrer primero tuuo sus pre-
 legados, los dexados a su hermano (de quien fue heredero
 ab intestato, como la parte contraria confieffa) la porcion
 de los bienes de su padre Pedro Ferrer, la que heredò tam-
 I bien

559

34 Informacion en derecho,

bien su hermano de Pedro Ferrer su padre, que todas estas porciones de bienes la hazen muy grande, para dezir que Francisco Ferrer primero añadio a los bienes de su madre Ana de España mucha cantidad de heredades, y bienes sitios, para poderles poner nuevos vinculos y fideicomissos a los bienes que heredò de Ana de España; a mas de que como consta del testamento de Francisco Ferrer primero, instituyò heredero a Pedro Ferrer en bienes de Calatayud, Maluenda, Paracuellos de Xiloca, y de la Ribera, Sabiñan, y Terrer, y en muchos destos Lugares no consta en processò Ana de España tuuiera bienes en ellos, y afsi Pedro Ferrer añadio gran cantidad de bienes a los de Ana de España, y les pudo poner nuevos fideicomissos.

Y quando se aya de regular por el *tantundem*, que admiten mas comunmente los DD. arriba referidos, añadio Francisco Ferrer primero otros tantos bienes, y muchos mas. Porque la porcion dexada a Anton Ferrer por su madre Ana de España por la reciproca substitution, quando vino en Francisco Ferrer, recayò libre, y sin grauaamen alguno, como se prouarà en el articulo siguiente, y afsi Francisco Ferrer primero, dexando essa porcion a Pedro Ferrer, y todos los demas bienes, que a el le pertenecian, le dexò a Pedro Ferrer, no solo otros tantos bienes, de que no podia disponer sino en hijos por el testamento de Ana de España, sino muchos mas, & ex consequenti, pudo poner nuevos grauamenes y fideicomissos en su testamento a Pedro Ferrer, en quien dispuso por el testamento de Ana de España su madre.

Articulo 6. Que la porcion en que Francisco primero sucedio a Anton Ferrer su hermano por la reciproca substitution, vino libre, sin prohibicion alguna de agenaar.

¶ Pretende esta parte, que aunque Ana de España en su testa-

testamento instituyò a sus dos hijos Anton y Francisco por yguales partes, con prohibicion de no poder vender, empeñar, ni en otra manera agenaar, sino en hijos: que auie do muerto Anton Ferrer sin hijos ni descendientes, y su porcion, en que fue instituydo, por la reciproca substitution, puesta entre ellos por su madre Ana de España, auer recaydo en Francisco. Que esta porcion de Anton, en que sucedio Francisco, en Francisco Ferrer primero, estuuò sin el grauamen, ni prohibicion de agenaar: porque aunque sea verdad, que la porcion en que sucede el substituto en fuerza de la reciproca substitution, esté sujeta, y se comprehenda en el fideicomiso, como enseñan *Bart. en la l. Scebola num. 5. vbi Paul. de Castr. ff. ad Trebel. Cum. in l. Marcel. §. quidam liberis, ff. ad Trebel. Corn. cons. 330. n. 6. lib. 1. Grato cons. 9. nu. 19. lib. 2. V asch. de succes. progesu. §. 26. num. 21. Menoch. lib. 4. pr. sump. 193. num. 15. Peregr. de fideicom. artic. 8. num. 13. Jntigr. cent. 3. q. 74. num. 174. Fusar. q. 657. num. 23.* Y aunque sea verdad, que la prohibicion de agenaar comprehenda la parte del coheredero, quando viene por substitution, o derecho de acrecer, como enseñan *Bart. en la l. ex testam. ff. de vulg. ex Cefal. Bur sat. Surd. Mant. lo enseña Fusar. en la q. 723. num. 2. Jntig. d. cent. 3. q. 74. num. 173. cum seqq.* Pero en nuestro caso ay razon muy conforme a derecho, y a las reglas forales, para que la porcion en que sucedio Francisco primero no esté comprehendida en la prohibicion de agenaar, ni la prohibicion se estienda a la porcion, que por la reciproca substitution vino a Francisco Ferrer primero.

Lo primero, porque Ana de España prohibio la vendicion y agenacion, y despues en diferente oracion los substituyò reciprocamente, en que caso la porcion que viene del coheredero, no està sujeta a la restitucion, como enseña *Bart. en la l. Marcellus, §. quidam liberis num. 9. ff. ad Trebel. Padilla, Decio, Mant. Prat. Menoch. Peregr. Intrig.*

Ca-

380
 La porcion en que sucede
 el substituto en fuerza
 de la reciproca
 substitution, está
 sujeta y comprehendida
 en el fideicomiso

Caval. referidos por Fusar. de fideicom. l. q. 657. n. 16.

Para proponer otras dos razones en corroboracion de esto, es menester suponer, que Ana de España en el testamento que hizo, dexò vn legado de quatro mil sueldos a la Iglesia de san Miguel de Belmonte, y despues instituyò herederos a sus hijos Anton y Francisco, con tal, que no pudiesen vender, empeñar, ni en otra manera agenaar, sino en hijos, y si alguno dellos muriesse sin hijos, o sin nietos, substituyò al sobreuiuiente en la porcion de su hermano, con obligacion y carga, que el sobreuiuiente substituydo en el caso de la substitucion, estuuiesse obligado a dar a la Iglesia de San Miguel de Belmonte, vltra de los quatro mil que dexò a la Iglesia de Belmonte, otros dos mil sueldos.

Dos cosas resultan desta clausula. Vna, que la prohibicion de agenaar solo se puso por Ana de España en la institucion, y no en la substitucion reciproca. Otra, que a la mesma Iglesia de San Miguel de Belmonte dexò vn legado en la institucion, y otro en la substitucion. Esto supuesto, se forman las otras dos razones, que son fundamento del asunto desta parte.

Lo segundo, porque no estando la prohibicion de agenaar expressamente puesta en la substitucion reciproca, el entender, que la porcion que auia de venir por la substitucion reciproca, estaua comprehendida en la prohibicion de agenaar, ha de ser por repeticion, porque de otra suerte, la letra y palabras de la substitucion no contienen en si ~~condicion~~ *prohibicion* de agenaar; en estos terminos disputan largamente la materia de repeticion de condiciones, cargas, o fideicomissos, *Mant. de coniect. lib. 10. tit. 6. num. 2. Menoc. lib. 4. prafump. 178. Simon de Pratis de interpr. lib. 2. interpr. 4. dubit. 2. fol. 2. num. 178. Galga. Azene. Gutier. Peregri. y otros muchos que refiere Castillo tom. 6. cap. 117. a nu. 24. cum seqq.*

Pero

Pero esta repetición de la prohibición de agenaar, y que esta qualidad de no poder vender, o empeñar, o en otra manera agenaar sino en hijos, puesta en la institución de Francisco y Anton Ferrer, se repita en la substitución reciproca, no procede en fuerza de la letra, sino por interpretación extensiva, lo qual en Aragon no se puede admitir, como en materia de repetición de condiciones en diferentes grados de institución, y substitución, hablando en terminos de la carta de Aragon, lo enseñaron *Alciato en el conf. 96. num. 28. Bero. en el conf. 120. num. 33. § 73. vol. 2. referidos por Port. verbo forus num. 48.* y como elegantemente nota *Alciat. en el conf. 96. num. 28.* la repetición solo se haze para restringir la disposición odiosa, no para estenderla, y siendo el fideicomiso tan odioso, *l. coharedi, §. cum filia de vulg. Cefal. conf. 422. num. 101. Menoch. conf. 85. nu. 29. Fusar. q. 475. num. 5. § 291.* no se puede estender la prohibición de agenaar, puesta en la institución, para que comprehenda la porción de la substitución. Y confirma este discurso el que trae *Sesse decis. 238. 3. tomo, de Alciato y Berojo en los consejos citados, de Berreta en el conf. 74. num. 23. de Menoch. en el conf. 86. num. 38. de Mascar. in verbo repetitio concl. 1271. num. 4.* en donde enseña, que aunque en terminos de derecho comun en algunos casos se induze repetición, pero en Aragon, donde auemos de estar a la carta, no se puede admitir repetición de condición, ni la condición puesta en la vna parte del testamento, si las palabras no lo dicen, no se ha de repetir en otro. Luego en nuestro caso, el fideicomiso que resulta de la prohibición de agenaar del testamento de Ana de España, puesta en la institución de Anton y Francisco, pues expressamente no se lee en la carta en la substitución reciproca, no se ha de entender, ni se ha de estender a la porción de la substitución, porque seria contra el estatuto y regla tan repetida en Aragon, de que no se admite tacito, por auerse de juz-

K

gar

362

La prohibición de agenaar puesta en la institución no se puede estender a la substitución, si en ella no se repite dicha prohibición

En Aragon
de Cesar a la Santa

gar a la letra, y a la carta, *Obfer. 1. de equo vulnerato, iuncta explanatione Hieronymi de Blancas in commen. fol. 131. Obs. Item Index de fide instrum. Mol. verbo donatio, fol. 112. col. 2. § verbo exceptio, fol. 127. col. 2. § verbo haeres, fol. 168. col. 1. vbi Portol. num. 75. § verbo Index, fol. 189. col. 3. § verbo filius, fol. 142. § in verbo testamentum, fol. 315. col. 2. quibus in locis Port. idem, verbo eunctio num. 18. Bardaxi foro 1. de Aduocatis, Sesse decis. 189. num. 22. § decis. 236. nu. 12. § decis. 237. num. 1. § 7. § decis. 254. num. 10. § nu. 64. § 297. num. 6. § 374. num. 4. § 412. num. 34. § 435. num. 12. § 404. num. 41. § Bardaxi de offi. Guber. q. 5. nu. 62. adde Carp. in preludio ad stat. Medio. num. 138. Prætis de interp. ult. vol. lib. 1. interp. 1. dub. 2. col. 4. n. 7.*

Lo tercero se pondera, que auiendo puesto en la substitution reciproca diferente grauamen, no se puede entender repetido el grauamen y carga del fideicomisso, que resulta de la prohibicion de agenar del testamento de Ana de España; porque el expreso grauamen haze cesar el tacito, *l. cum filio, §. fin. de vulg. Mascard. de probat. concl. 1043. Menoch. conf. 706. num. 26. vol. 8. Sesse decis. 238. num. 8. vers. § eo fortius, ibi: nam repetitio cessat quando testator aliam substituto iniunxit diuersam conditionem, aliudue onus legati, vel fideicommissi, aliudue simile: nam tunc qualibet substitutio diceretur sub diuersa conditione formata, § qualibet persona debet dici sua conditione contenta, § sic conditio posita prima, non debet in secunda censeri repetita.* Y pues Ana de España en su testamento puso diferente grauamen en la porcion, que por la reciproca substitution auia de recaer en el sobreuuiente, no se puede induzir repeticion del fideicomisso, que resulta de la prohibicion de agenar del testamento de Ana de España.

Ni obsta lo que se puede pōderar de *Fusare. n. la q. 723. num. 3. de Mant. lib. 10. tit. 3. num. 17.* en donde enseñan, que como la prohibicion de agenar induzga fideicomisso,

fo,

El grauamen expreso
haze cesar el
tacito!

fo, y el fideicomisso sea carga, segun la *l. coharedi, §. cum filia, de vulgari*, y la porcion que recae en el coheredero, o en el substituto, pase con su carga, segun la *l. unica, §. ubi autem legatarij, C. de cad. tol. l. si Titio, §. ultimum fin. ff. de leg. 2. iuncta explicatione Osual. lib. 7. cap. 12. lit. B. § lib. 8. cap. 8. lit. B.* así, que la porcion del coheredero, aora sea por derecho de acrecer, aora por derecho de substitucion, aurà de venir con la carga del fideicomisso. Porque se responde, que esso puede proceder en terminos de derecho, pero en Aragon, donde auemos de estar a la carta, a la letra, sin admitir repeticion, particularmente en cosa odiosa, y auiendo puesto otro grauamen en la substitucion, no se puede admitir, que la porcion que vino a Francisco primero de Anton su hermano por la reciproca substitucion, venga sujeta a la prohibicion de agerar sino en hijos, y así con carga de fideicomisso en fauor de los hijos, por las dotrinas de Sesse, Beroyo, Mascardo, y otros arriba referidos.

Deste discurso se infiere, que Francisco Ferrer primero tuuo la porcion que heredò por la muerte de su hermano Anton Ferrer, en fuerça de la substitucion reciproca, puesta en el testamento de su madre, libre, sin prohibicion alguna, de la qual pudo libremente disponer en sus hijos, con los fideicomissos y grauamenes, que puso en su testamento, y que añadiendo Francisco toda esta porcion libre que tuuo, a la porcion que a el le pertenecia, añadió *tantundem*, y pudo poner nuevos fideicomissos, que son por los que se incluye mi parte doña Maria Ferrer Perez de Nueros.

Articulo 7. Que en el fideicomisso uniuersal de Francisco Ferrer primero estan comprehendidos los bienes, que fueron de Ana de España.

¶ General y admitida dotrina es, que los bienes sujetos

569

Los bienes sujetos
a restitucion de
fideicomiso no
se ompe senden
de la general dispo-
sicion de este
testador

tos a restitucion de fideicomiso, no se comprehenden en la general disposicion del testador, texto expreso en la l. sequens quaestio de legat. 2. Castren. in l. Lucius, §. maritus num. 2. ff. ad Treb. Roland. cons. 71. num. 26. lib. 2. Par. cons. 93. num. 37. lib. 2. Pereg. de fideicom. artic. 6. num. 14. Stepha. Grac. cap. 554. num. 26. cum seqq. Rota 1. p. in recētis. decis. 375. Seraph. Surd. relati à Beltramin. decis. 102. ad Ludou. num. 10.

Pero en nuestro caso ay razones, porque se deue dezir, que estan comprehendidos todos los bienes, aunque por el testamento de Ana de España parte dellos estuuieran sujetos al fideicommissio en fauor de sus nietos. Lo primero, por lo que enseña Pereg. en el artic. 6. de fideicom. nu. 6. siguiendo Autores de grande nombre, como son Phil. Dec. en el cons. 254. col. pen. Cur. Iun. cons. 54. Bart. en el cons. 33. Cor. en el 87. Que admitiēdo el hijo la herēcia del padre, se obliga a restituyr todos los bienes, aunq en ellos aya porcion, que se le deuia restituyr a el por otro fideicomisso. Lo segundo, porque las palabras que Francisco Ferrer primero puso en su testamento, fueron vniuersales de todos los bienes de la Ciudad de Calatayud, Maluenda, Paraquellos de Xiloca, Belmonte, Paraquellos de la Ribera, Sabiān, Terrer; las quales comprehenden bienes sujetos a fideicomisso, de que el testador no podia disponer, Juan. Bap. Fer. cons. 119. num. 12. Mand. cons. 73. num. 5. §. 6. Marc. de fideicom. 2. p. q. 4. Y mas auiendo nōbrado los Lugares en donde estauan los bienes, como enseñan Ferreto cons. 119. Pleb. verb. mobilia nu. 8. §. 9. Tiraq. de l. connub. glos. 5. verb. expres. num. 86. cum seqq. y otras muchas razones, que representò grauissimamente en esta causa el doctissimo Luys de Casanate cons. 34. a n. 23. cum seqq.

Resulta deste discurso, que Francisco Ferrer primero en la disposicion que hizo, quiso comprehender todos los

Indisponasne
de un fideicom
no bona son
presenduntur

566

los bienes propios, y de los que no podia agénar sino en sus hijos, en que caso vltra de los Doctores arriba referidos, *Laderch. cons. 111. nu. 1. cum seqq.* & *Rota in Rom. in Dom. de Monte en 29. de Abril 1579. coram Brauo*, & *in Bonon. de Fanucys, en 21. de Enero de 1617. coram Caval.* & *in vna nullius vinea, en 11. de Marzo de 1620. y Menoc. lib. 4. prasum. 197. num. 16.* referidos por *Beltramino decis. 102. num. 10.* enseñan, que si consta de la voluntad clara, o por conjeturas del testador, que quiso comprehender los bienes feudales, o sujetos a restitucion, estan comprehendidos en el fideicomisso, y assi Pedro Ferrer, y Francisco Ferrer tercero, como herederos de Francisco primero, estauan sujetos al fideicomisso, que puso en su testamento Francisco Ferrer primero, y en el se comprehendian los bienes propios de Francisco, y de los que fueron de Ana de España su madre.

Articulo 8. Que en las palabras del testamento de Ana de España no estuuo prohibida la agenacion ex testamento.

La clausula de Ana de España dize, que no puedan vender, empeñar, ni en otra manera agénar, sino en hijos. Desta clausula resulta, que Francisco Ferrer primero pudo disponer en su testamento de los bienes, que auian sido de Ana de España, porque solo estuuo prohibida la agenacion por contracto, no por vltima voluntad, de la sucesion ex testamento la defendieron *Angel. cons. 57. Fulg. 215. Cepha. cons. 13. & 153.* y otros muchos que refiere *Fu sar. 712. num. 5. Sesse decis. 382. num. 2. & 3. Port. de consor. cap. 39. num. 6.* particularmente en donde se instituye el que puede suceder ab intestato, como enseñan la glosa in *l. si pater, §. Iulius Agripa, ff. de leg. 3. Zanch. in l. heredēs mei, §. cum ita num. 402. ff. ad Treb. Petra de fideicom. q. 8. num. 258. Prax. de interpr. fol. 383. col. 1. in prin. Marcar. in*

Sans embargo de agénar qd no se pue dan vender Empeñar qd in en otra manera agénar sino en hijos lo sempre comprehendido es prohibida la agenacion por contracto pero no por vltima voluntad

L apitho.



apitho. de fideicom. p. 2. q. 42. Gabriel de fideicom. conclus. 10. num. 3. Intrig. de subst. q. 73. num. 34. relati à Fusar. q. 712. num. 30. De la succession ab intestato lo dixeron los textos en la l. cum pater, §. cum inter, Antonio Butr. Alexand. Castr. Bivio en la decis. 18. num. 24. Anto. Gama en la decis. 206. num. 19. §. relati a Fusar. en la 711. Todos estos DD. y los referidos por Belasco de priuil. paup. q. 22. num. 34. §. 35. y Portol. ubi supra, dicen, que prohibida la agenacion, no lo està la agenacion necesaria, y la que la ley permite, relati a Pereg. artic. 14. num. 26. §. cons. 63. num. 13. lib. 5. y mas quando la prohibicion es personal, como se puede pretender en nuestro caso, segun la opinion de Surd. cons. 77. num. 9. latissime prosequitur materiam Casana. en el cons. 34. a num. 19. cum seqq. Y en nuestro caso, segun lo que arriba se ha ponderado de la particula nisi, que es aduersatiua, y afirma todo lo que la prohibicion auia negado, es mas claro, por estar permitido todo genero de agenacion, y assi en las personas permitidas pudo agenar por testamento, contrato, o por otra disposicion, segun la doctrina de Fusar. en la q. 549. y en la q. 711. num. 1. vers. §. ultra iura.

Y que en el testamento de Ana de España estuuiesse sola prohibida la agenacion por contrato, lo dan a entender las palabras, que no pueda vender, ni empeñar, que solo se pueden verificar en contrato, Anton. Gabriel de fideicom. conclus. 10. num. 26. Intrig. de subst. cent. 3. q. 73. nu. 58. Mascar. conclus. 1236. Alex. cons. 76. Bursat. cons. 32. n. 21. lib. 1. Magon. decis. Lucen. 5. num. 33.

Ni es de impedimento las palabras que se figuen en la clausula de Ana de España, ni de otra manera agenar. Porque por las palabras antecedentes, vender, ni empeñar, la palabra general alienare, se restriñe por razon de lo precedente, como enseñaron Fulgos. en el cons. 57. en el cons. 215. Petra q. 8. de fideicom. num. 2. §. 8. Osas. decis. 50. num. 8. vers.

319
10 568

vers. pro hac opinione, referidos por Casanate en el *cons. 34. num. 20. Intrig. de substit. cent. 3. q. 73. num. 58. pulchre Surd. cons. 77. num. 24. lib. 1. § decis. 124. num. 10. § 20.* Esto lo persuade la palabra, *vel alio modo*, que es repetitua de lo antecedente, con las mismas calidades, *l. quidam relegatus, ubi Bart. de reb. dub. copiosa allegatio apud Barbos. dictio. 26. alius. Mol. § Port. verbo adueratio processus, fol. 9. col. 1. Casan. ubi sup. num. 22.* Es elegantissima al proposito la doctrina de Fulgos. *cons. 215. de Pedro Surd. en el cons. 77. num. 25. § 26.* en donde hablando en materia de estatuto, que prohibia legar, *vel aliquo alio modo relinqui*, no se comprende la institucion de heredero, y aq̃lla clausula general, *vel aliquo alio modo*, se restriñe por la palabra *legar*, antecedentemente puesta, porque como dizen Tusco en la *q. 245. num. 9. Ias. en la l. si vnus ex argentarijs nu. 10. de pact. en la l. quicumq; num. 3. C. qui admitti, Alex. en el cons. 76. n. 26. lib. 4. Fel. en el c. sedes. de restr. n. 5. Rom. en el cons. 180. num. 9. in fine*, quando ay vna diccion relatiua, como la palabra *alius*, aunque se siga vna palabra general, como es *quibuscumque*, siempre se entiende semejante a lo que auia dicho antecedentemente, ni la palabra general *quibuscumque* muda la naturaleza de la diccion *alius*, como enseña Calder. en el *cons. 111. in fin. aliàs 2. de arbitrarijs.*

Las Palabras *vel alio modo* son repetitua de lo antecedente con las mismas calidades

Y como la prohibicion de agenar es odiosa, *Osas. decis. 50. num. 11. Casan. cons. 34. num. 21. Font. de pact. nup. claus. 4. glosa 25. num. 88.* procede esta doctrina con mayor certeza, porque en materia odiosa la diccion *alius*, aunque se siga vna palabra general, *semper comprehendit similia, non autem maiora expressis*, como enseñan Cenedo *sing. 4. nu. 6. Rol. à Valle cons. 5. num. 45. vol. 1. § num. 47. § cons. 61. num. 40. Ruyno cons. 20. num. 4. vol. 1. Barb. de dictio. dictione alius num. 6.* en donde responde a muchas autoridades de Graciano, de Couar. de Surdo, de Meno. de Intrig. que hablan en materia fauorable, y no odiosa: Pero en nuestro caso,

en el caso de la d. q. 245. num. 9. Ias. en la l. si vnus ex argentarijs nu. 10. de pact. en la l. quicumq; num. 3. C. qui admitti, Alex. en el cons. 76. n. 26. lib. 4. Fel. en el c. sedes. de restr. n. 5. Rom. en el cons. 180. num. 9. in fine

caso, como estamos en materia tan odiosa, como es la prohibicion de agenaar, por auer hablado la testadora de vendicion, o empeño en las palabras que se figuen, o en otra manera agenaar, ha de hablar de semejantes agenaciones entre viuos, porque es materia odiosa, y por la naturaleza de la palabra *alius*. Ni se ofende la carta de Aragón en restringir la palabra general, o en otra manera agenaar, a las agenaciones por contracto, porque recibe la restriccion en fuerza de la diction *alius*, y la que puso el mismo testador hablando en las primeras palabras de agenacion entre viuos, por la dotrina de *Bart. en la l. generali, §. uxori de usu fruct. legat. Ruin. conf. 20. num. 2. vol. 1. Et conf. 188. nu. 11. vol. 2. Surdus conf. 77. num. 26.* y como en Aragon las palabras reciben la interpretacion del derecho comun, *Barda. foro unico, quod instrumenta semel exhibita num. 5. per Bart. in l. 1. §. leg. falc. num. 2. ff. ad l. falc. Plebanus verbo forus n. 9. Masca. de stat. interp. col. 2. nu. 243. Sesse decis. 201. nu. 81.* Esta palabra *alius*, segun reglas de derecho, es repetitiua de las mismas calidades, y en materia odiosa restringe las palabras generales a semejantes cosas de las que auia hablado: figuese, que Ana de España en las palabras que dixo, o en otra manera agenaar, no quiso prohibir otra agenacion, sino semejante de las que auia hablado.

Por la opinion contraria se puede ponderar el *conf. 36. de Peregrin. lib. 5.* referido por *Fusar. en la q. 712. num. 6.* donde toma por asunto el fundar, que prohibita venditione, & pignoratione, aut alienatione extra descendentes, está prohibido todo genero de agenacion, respondiendole a los argumentos de *Surdo en la decis. 124.* Pero se responde, que es de mucha mayor autoridad la decision de vn Senado tan graue, como refiere *Surd. en la decis. 124. Osas. en la decis. 50. num. 11.* y quando por autoridad de consejos se quiera esto regular, tenemos por nuestra parte el *conf. 77. de Surdo*, y el consejo del doctissimo Casanate, que no

es

La palabra
Alius es re-
petitiua de las
mismas calidades

es de menor autoridad, que la de Peregrino. Tambien se responde, que los textos que Peregrino trae en el primer argumento, que son la *l. filius fam. §. cum pater de leg. 1. l. peto, §. fratre de leg. 2. la l. pater filium, §. duobus de leg. 3.* en donde prohibida la agenacion generalmente extra familiam, està prohibida la institucion de heredero. A este argumento se responde, que Peregrino habla, y los textos en diferente caso, que es quando se ha prohibido la agenacion extra familiam. El nuestro es de prohibicion de agenacion fino en hijos, en que se permite expressamente en fuerça de la particula *nisi*, y afsi en caso de permision, como se ha ponderado arriba. Tambien se responde, que en los textos citados por Pereg. no se halla la palabra *alio modo*, que es repetitiua de semejante calidad, como se ha ponderado, y que en dichos textos solo deciden los Iurisconsultos, que auiedo prohibido la venta, o hipoteca, o otra qualquiere agenacion extra familiam, instituyendo heredero vn estraño, se haze contra el precepto del testador, porque como su intento fue, que no saliesse extra familiam la cosa prohibida, instituyendo vn estraño viene el caso del fideicomisso, porque estaua formado vn fideicomisso contrauencional en fauor de todos los de la familia. Pero en nuestro caso, por la palabra *alius* repite la mesma prohibicion por contracto, de que auia hablado en las primeras palabras.

El segundo argumento que trae *Pereg. lib. 2. en el mismo conf. 36.* no prueua el intento, por lo que se ha respondido a los textos proxivamente referidos, y por lo que Bart. trae en la *l. si ita quis, §. ea lege de ver. oblig.* y la adición *lit. E.* y por lo que el mismo *Pereg. en el num. 3.* dize, que la regla afirmatiua es mas poderosa, que la negatiua; y en nuestro caso estamos en la regla permisiua por la particula *nisi*, segun las dotrinas arriba referidas de *Casanate en el num. 19. Surd. en el conf. 10. y en la decis. 124. a* que no fatif-

M fazc

faze Pereg. en las respuestas que da, como se puede ver, que por no alargar mas este papel, no voy respondiendo singularmente a cada dotrina.

Articulo 9. y ultimo. Que Francisco Ferrer primero pudo poner vinculos entre todos sus descendientes, porque todos estuuieron contemplados.

¶ Es el intento de la parte contraria pretender, que Francisco Ferrer primero, aunque pudo poner nuevos vinculos, pero que esto se entiende entre los contemplados, y que en el testamento de Ana de España, solo lo estuuieron los hijos de Francisco, y Anton, y que assi Francisco pudo poner vinculos a Pedro Ferrer hijo suyo, en fauor de Francisco segundo, y Geronima Ferrer, hermanos de Pedro, pero no en fauor de los hijos de Pedro Ferrer, ni de los descendientes de Francisco tercero, ni de los descendientes de Geronima Ferrer. Assi explicaron esta materia *Peralta en la l. si unum ex fam. §. sed si fundum nu. 17. de leg. 2. ex Baldo conf. 162. vol. 5. Sesse decis. 55. num. 13. & 14. Molin. de Hisp. primog. lib. 2. cap. 4. num. 10. Bart. in l. si unum ex fam. §. sed si fundum de leg. 2. in vers. quero executor, Fernandez Loarez in l. filius fam. §. diui num. 212. de leg. 1. Castren. conf. 446. lib. 2. Ruin. conf. 115. col. 4. & conf. 116. col. pen. lib. 2. Zanc. in l. heredes mei, §. cum ita nu. 357. Fusar. de substit. q. 511. num. 8.* En nuestro caso, aunque sin perjuyzio de la verdad recibamos esta opinion por comun, todos los descendientes de Francisco, y Anton Ferrer estauan contemplados, y en qualquiere dellos podia Francisco Ferrer primero disponer y agenaar, segun la voluntad de Ana de España su madre. Porque prohibio Ana de España, que no pudiesse vender, empeñar, sino en hijos, en cuya palabra se comprehenden los nietos y demas descendientes; porque aunque sea muy controuertida la que-

*Que el estado de
pueden ser
cual es alarg
Estan contemplados*

*Palabra
sijos que om-
presend antur*

question an appellatione filiorum veniant nepotes, & pro-
nepotes, como se puede ver en los textos de la *l. qui uxo-*
rem, §. concubina de legat. 3. l. filij appellatione 84. ff. de verb.
obl. l. quod si nepotes 6. ff. de testam. tut. §. ult. inst. qui test. tuto.
Pereg. de fideicom. artic. 1. num. 22. §. art. 22. num. 61. Ze-
ball. com. contra com. q. 694. Moli. de ritu nup. lib. 3. q. 35. nu.
23. Valas. consul. 215. num. 95. Seraph. decis. 1486. Thes. lib.
1. q. 91. Mol. de Hisp. primog. lib. 1. cap. 6. latissime Fusar. de
substit. q. 319. §. 320. Pero lo cierto es, que en el fideico-
misso que resulta de la prohibicion de agenaar en la pala-
bra *hijos*, se comprehenden los nietos y otros descendien-
tes a mas de los referidos, la *glos. in l. Lucius, l. 2. de hered.*
instit. y otros muchos que refiere *Fusar. de subst. d. q. 320.*

Con mayor seguridad procede esta opinion, quando
se trata de vna disposicion, q̄ se ignora si al tiẽpo de surtir
efecto aurà hijos, o nietos, *Imol. in l. Gal. §. inst. n. 48. de lib.*
§. post. Bald. cons. 487. in fin. lib. 2. Pereg. de fideico. artic. 22.
num. 50. Surd. de alim. tit. 9. q. 36. num. 35. Mol. de Hisp. pri-
mog. lib. 1. cap. 6. num. 29. latissime Addicionator in d. nu. 29.
Franch. decis. 215. num. 8. Fusar. q. 320. y es mas cierta opi-
nion quando se figue algun absurdo, *Bart. en la l. liberorũ*
num. 5. ff. de verbor. signif. Mantie. de coniect. tit. 8. num. 16.
en donde dize, que sin dificultad se ha de admitir, *Menoc.*
Pereg. referidos por Fusar. en la q. 320. num. 44. Addiciona-
tor ad Mol. lib. 1. cap. 6. num. 29. En nuestro caso se figuraria
vn absurdo, que si en la prohibicion de agenaar sino en hi-
jos, solos los hijos estuieffen comprehendidos, y no los
nietos, muriendo Francisco, o Anton sin hijos, pero con
nietos, podrian agenaar los bienes, sin dexarlos a los nie-
tos, estando los nietos en la reciproca substitucion pue-
stos en condicion, y assi llamados para excluir la substi-
tucion reciproca; y como lo dispositiuo de vna clausula
se declare por lo condicional, *Ruin. cons. 125. lib. 3. Zanch.*
in rep. l. heredes mei, §. cum ita 8. p. num. 212. Rustic. in pro-
hem.

*In fideicommissis
regulatur ex pro-
hibitione alicuius
natiuis sub ver-
bum filij Compre-
henduntur nepotes
et alij dependen-
tes*

573
48
Informacion en derecho

hem. legis cum aius cap. 3. Mol. de Hisp. primog. lib. 2. cap. 12. num. 4. Casanate cons. 29. num. 59. copiosa allegatio D. Ioan. del Castillo controuer. lib. 4. cap. 55. num. 1. cum seqq. estando en lo condicional de la substitution reciproca puestos los nietos en condicion, queda declarada la disposicion de Ana de España, en donde prohíbe la agenacion sino en hijos, que estan comprehendidos tambien los nietos, y demas descendientes.

Esta opinion sigue Sesse en la decis. 263. num. 8. 3. tom. con Socino, Rusticis, Zephal. Port. verbo testam. num. 55. en donde hablando de estatuto de estar a la carta en la palabra hijos se comprehenden los nietos, por las conjeturas que pondera, y las que arriba he referido: de donde resulta, que en el testamento de Ana de España, y en la prohibicion de agenaar estuuieron contemplados los hijos y nietos, y demas descendientes, porque en donde se comprehenden los nietos en la palabra hijos, tambien lo estan los demas descendientes, y assi pudo Francisco Ferrer primero poner vinculos nuevos a Pedro Ferrer en fauor de todos los descendientes suyos, y en fauor de Geronima Ferrer, y de todos los descendientes de Geronima, porque estuuieron todos contemplados, y entre los contemplados se pueden poner vinculos, y fideicomissos.

Y quando estemos a la letra, y propria significacion de las palabras, y que solos los hijos, y los nietos esten contemplados, los vnos por la propria significacion de la palabra hijos, los otros como puestos en condicion en la substitution reciproca, se sigue, que Francisco tercero vltimo posschedor de los bienes, y hijos de Francisco segundo, y nieto de Francisco primero, estaua contemplado en el testamento de Ana de España, como nieto de Francisco primero, a quien se prohibio que no pudiera vender, empeñar, ni en otra manera agenaar, &c.

*De donde se infiere vn fundamento (salua censura) que
con*

574

con evidencia excluye a los Padres de la Compañia de Iesus, porque Francisco tercero dexa en el testamento por donde se incluyē, de gracia especial a los Padres de la Compañia de Iesus de Calatayud, todos y qualesquiere bienes sitios, de que dicho testador podia disponer libremente, y sin vinculo alguno, como heredero de dicho Pedro Ferrer su tio, sitiados, y estantes en Paraquellos, y Calatayud.

De donde se sigue, que para suceder los Padres de la Compañia de Iesus en los bienes de Francisco Ferrer tercero, dexados por el legado, se ha de verificar la calidad de los bienes que le pertenecian, como heredero de Pedro Ferrer su tio: Porque la qualidad de la disposicion si falta, la disposicion es de ningun memento, *glos. verbo aduocandū, l. mancipia, ff. de seruis fugitiuis. Menoch. lib. 6. pr. a. sump. 15. num. 47. Pacian. de probatio. lib. 2. cap. 14. num. 8. Camillus Gali. lib. 4. de verbor. signif. cap. 9. num. 9. Mar. Anto. vari. resol. lib. 1. resol. 82. num. 1.*

Luego si a Francisco tercero, los bienes que dexò por el legado a los Padres de la Compañia en Paraquellos, y Calatayud, no le pertenecian como heredero de Pedro, sino como a heredero de Francisco primero, no se verifica la calidad del legado de los bienes, que como heredero de Pedro libremente podia disponer. Porque aunque confesemos que estos bienes estuieron libres en Francisco Ferrer tercero, pero no como heredero de Pedro, calidad necessaria puesta por Francisco tercero, en el legado que dexò a los Padres de la Compañia.

Que Frãcisco tercero no posseyesse estos bienes como heredero de Pedro, sino como heredero de Frãcisco primero, se prueua. Porque como la parte contraria pretēde, y quiere prouar estos bienes fueron de Ana de España, y assi lo admitimos sine veritatis præiudicio: Si fueron de Ana de España estuieron comprehendidos en la prohibicion de agenaar sino en hijos, o en nietos, como se ha

N

pro-

579

prouado arriba : y assi Francisco primero pudo disponer de todos los bienes de su madre, y poner nuevos vinculos a Pedro Ferrer hijo suyo, en fauor de Francisco tercero su nieto, contemplado en el testamento de Ana de España; y quando Francisco Ferrer tercero succedio a Pedro Ferrer su tio, no succedio como heredero de dicho Pedro Ferrer, sino como heredero de Francisco primero, y en fuerza de su testamento. Luego no se verifica la calidad, que como heredero de Pedro le pertenecian. Y assi estando Doña Maria Ferrer Perez de Nueros mi parte heredera, instituyda por Francisco Ferrer tercero, no verificando la calidad del legado los Padres de la Compañia de Ieus: le pertenecen estos bienes, como heredera del ultimo poseedor dellos, q̄ fue Frãcis Ferrer...

Y no obsta lo que por la parte contraria se pretende, q̄ Francisco Ferrer primero confesò en procesos, q̄ poseia su hazienda, como bienes que fueron de su madre Ana de España, ex eo quod confessio noceat confitenti, & habentibus causam ab eo, Grat. cap. 736. nu. 6. § 89. § cap. 709. nu. 10. § cap. 728. nu. 7. § cap. 754. nu. 33. Ludouis. decis. 172. n. 1. y aunque la confesion hecha en vn juyzio daña en otro, Graci. cap. 869. nu. 7. Ricci. 1824. Porque se responde, que en su testamento declaró lo contrario, y quando la confesion estuuiera hecha, la podia reuocar, segun Farin. de reo coniuicto. q. 81. nu. 317. Gracia. cap. 501. nu. 27. ex Menoch. § alys. § 706. nu. 58. § cap. 718. nu. 152. Thesaur. decis. 112. Ricci. colect. 1824. § 2187. vers. vigesimo, Valan. conf. 90. nu. 97. Ludouis. decis. 522. nu. 16. Borr. in sum. to. 3. nu. 109. Tambien se responde, que la confesion hecha en los procesos (en caso que se aya hecho, que negamos) es confesion hecha por Procurador en proceso...

Confessio noceat confitenti et habentibus causam ab illo

El Procurador no puede confesar cosa en perjuicio del Principal

pro-

1576

probat. vol. 1. conclus. 369. nu. 6. Ram. conf. 46. nu. 15. eleganter Mantica. decis. 367. num. 5. quando esto no fuera suficiente, y Francisco Ferrer primero poseyera los bienes como de su madre los pudo vincular, como en los articulos deste punto segundo se ha procurado prouar.

Punto tercero.

Que la parte contraria no articula lo necesario para inclusion, ni lo prueua.

La parte de la Compañia de Iesus falta en la articulacion de la identidad de los bienes, y prouança della, porque era necesario que en la replica, para excluir el vinculo que pretendia de Francisco Ferrer primero, articular que todos los bienes aprehensos auian sido poseydos por Ana de España, segun la regla de Bald. en el conf. 84. circa finem, en el conf. 89. lib. 1. de Paulo de Castro en el conf. 94. de Cnaueta conf. 61. § 315. de Cephal. 386. de Bursat. conf. 48. de Menoch. el conf. 207. de Mascard. conclus. 777. Mag. decis. Flor. 10. num. 6. § decis. 37. num. 1. de Fusar. en la 614. a num. 1. cum seqq. y en toda la replica, ni articula, ni prueua la identidad de los bienes aprehensos, y los que poseyó Ana de España, porque aunque confesáramos que Ana de España poseyó los bienes aprehensos, no se sigue que son los mismos que dexó a Francisco, y Anton sus hijos.

En la triplica en el artic. 5. proponen, que los bienes aprehensos, y los que Anton, y Francisco diuidieron por la muerte de Ana de España, son vnos mesmos. Pero como se pretende por esta parte, toda la triplica se ha de mandar quitar del processo, o no se ha de hazer cuenta de lo deduzido, articulado y prouado en ella, como se ha representado en esta alegacion en el fol. 8. antes de proponer el primer punto, es de ningun efecto lo que articulan, y prouan. Y quando la replica se aya de quedar en pro-

ces-

que se da de incluir vnos por bandos q la identidad de los bienes y q aquellos lo prouan y han por sus personas por quien se incluye y pretende de derecho

cesso, no se ha prouado la identidad de los bienes, articulada y deduzida en el artic. 5. de la triplica.

La qual se auia de prouar, como de la identidad del fideicomisso lo prueuan *Pratis interp. ultim. volun. fol. 553. num. 319. cum seqq. Mascardo, Petra, Deciano, Menoc. Barcis*, referidos por *Fusar. en la q. 616. num. 20.* y de la identidad del legado lo dizen *Aymon conf. 198. num. 4. Menoch. conf. 507. num. 4. lib. 6. Rota apud Farin. decis. 391. num. 8. 2. p. Mantic. de coniect. lib. 7. tit. 6. num. 5. Surd. decis. 339. Ram. conf. 46. num. 26.*

Ni obsta el dezir, que se ha de presumir identidad en los bienes, porque se prueua, que Ana de España poseyó bienes en Paracuellos, y Calatayud, y que sus herederos Francisco primero, Pedro, y Francisco tercero poseyeron bienes en dichos Lugares, por la dotrina de *Pereg. in trac. de fideicom. artic. 44. num. 22. & conf. 48. vol. 1.* Porque se responde, que Peregrino está reprobado por *Sur. Men. y Ram. en el conf. 46. num. 34.* y en nuestro caso se verifica la dotrina de Peregrino, porque las particiones exhibidas por la parte contraria prueuan, que Pedro Ferrer, marido de Ana de España tuuo bienes en Paracuellos y Calatayud, pues sus hijos los diuidieron como bienes comunes de sus padres, y constando de nuevo titulo y diuersidad de bienes, no se presume fueron los bienes de Ana de España, por auerlos poseydo sus hijos y herederos, *Ludouis. decis. 576. num. 1. Rota decis. 131. sub num. 5. 1. p. in recen. Surd. conf. 410. sub num. 34. ex Fulg. & alijs, Beltram. d. decis. 576. num. 11. Pereg. art. 44. n. 22.*

Falta tambien la parte contraria, que no prueua, que Anton Ferrer, hermano de Francisco primero, muriessse sin hijos (prouança necessaria para la inclusion de su pretension) porque si pretende la parte contraria, que los bienes, que fueron de Ana de España, se diuidieron entre Anton y Francisco Ferrer sus hijos, y Francisco primero. estaua
lla-

[Faint handwritten notes in the left margin]

llamado por reciproca substitution a los bienes de su hermano, en caso que muriese sin hijos, y sin nietos, era forzoso el prouar la falta de hijos, y nietos, para que la porcion de Anton recayera en Francisco primero, *glos. in l. ex facto, §. si quis, aut. ubi Cum, §. Alex. ad Treb. Cagno. in l. si emancipati num. 68. C. de collat. Bald. conf. 216. lib. 4. Alex. c. 117. c. 1. lib. 1. Manti. de coniect. lib. 11. tit. 4. num. 1. Peregr. de fidei. ar. 43. num. 49. Fach. lib. 6. contr. cap. 44. Fusar. de substit. q. 436. num. 4. §. 5.* porque es el fundamento de su intencion, y articulan, que Anton murio sin hijos, *ex tex. in l. eum qui nouissimus, ad Treb. §. l. qui accusare, C. de eden. l. eum qui de probat. ex Menoch. Corn. Socin. Paris. §. Peregr. lo defiende Fusar. de substi. d. q. 436. num. 5. §. 6. ex Corneo c. 186. n. 1. lib. 3. Gratia. c. 536. n. 38.*

Y aunq̃ en la replica de los Padres de la Compania en el artic. 15. dizen, que ha 105. años, que Anton Ferrer, hermano de Francisco primero murio sin hijos, y está confesado por las partes, q̃ murio, pero no que muriese sin hijos, y el test. 3. que se produze sobre este artic. solo dize, que murio, pero no dize muriese sin hijos.

La particion produzida sobre el 13. de la replica entre Anton y Francisco Ferrer primero, no prueua, porque de ella consta, que Anton, y Francisco Ferrer hermanos diuidieron los bienes de Calatayud, Paracuellos, y Maluenda, que auian quedado indiuisos y comunes por la muerte de Pedro Ferrer, y Ana de España sus padres; y si diuidian estos bienes de Paracuellos, y Calatayud como comunes de sus padres Pedro Ferrer, y Ana de España, no serian todos los bienes de Paracuellos, y Calatayud solos de Ana de España, sino tambien de Pedro Ferrer, porque durando el matrimonio, el dominio y la posesion estaua en Pedro Ferrer, *ex Baez. Gomez, Tell. Suar. Matienzo, Ayora, Zebedo in l. 2. num. 17. tit. 9. lib. 5. recop. Suarez de execu. senten. cap. 3. num. 6. Pech. de testam. coniu. lib. 2. cap. 1. num. 2.*

O Par-

Parlod. lib. 2. rer. quoti. cap. 5. num. 14. §. 15. Giurba in can-
stitu. Mesa. cap. 1. glos. 5. p. 1. num. 27. y despues de la diui-
sion, se ha de prouar distintamente que bienes pertenecie-
ron a Ana de España, como se dira abaxo:

Tiene vn defecto esta particion; que segun las reglas fo-
rales, la particion entre los hermanos se ha de hazer *cum*
fidantia salutatis, y fino se haze con esta solemnidad, es nu-
la, for. de part. com. diuid. Obs. 4. de consort. Molin. verbo diui-
sio, fol. 97. §. verbo *fidantia*, fol. 139. col. 4. *quibus in locis*
Port. de qua *fidantia* fit mentio in Obs. 7. de contumacia, §.
in dictis foris; porque donde no se guarda la forma dispue-
sta por la ley, el acto es nulo, l. *cum hi*, §. *si prator de transac.*
cap. *cum dilecta* de rescrip. Gerar. sing. 4. num. 4. Rebus. resp.
195. vers. 5. Alex. cons. 138. num. 7. lib. 7. Geroni. Gabr. cons.
169. num. 56. Canal. decis. 20. num. 24. Valan. cons. 78. num. 11.
y porque las obseruacias, y fueros, que hablan desta *fidan-
tia salutatis*, hablan por la palabra, *ut debeat fieri*, la qual
induce necesidad y precepto, cap. *proposuit*, §. *super quo*,
§. cap. *oblata* de appel. Sesse decis. 230. num. 15. Bar. dia. 77. ab
n. 1. Grat. c. 970. n. 40. Far. de furt. q. 170. n. 217. En esta particion
no se pone fiança *salutatis*, sino deriedra

La particion que se trae sobre el 4. de la triplica, non
prueua el intento, porque tambien diuiden los pupilos,
hijos de Pedro Ferrer, y Ana de España, los bienes que
quedaron comunes, indiuisos, y entre ellos se adjudican a
los pupilos bienes de Belmonte, y Paracuellos; de donde
consta, que los pupilos tuuieron de su padre bienes en Pa-
racuellos; y aunque a la viuda Ana de España se le adjudica
bienes en Paracuellos, pero no consta en processo que
les fueron los bienes, que Ana de España, como suyos pro-
prios possedyò en Paracuellos, cuya identidad se auia de
prouar, ex *Fusar*. §. *alys supra adductis*, y estando esta du-
da, si los bienes de Paracuellos fueron los de los hijos, o
los de Ana de España, los Padres de la Compania, que fun-
dan

La diuision de Pie-
nes se da entre
Germanos se da
se da en un filan-
tra *salutatis* ab-
est nulla

La Palabra de
beat induce
necesidad

dan su intencion en este fundamento, distintamente auia de prouar, que fueron de Ana de España, ex adductis ab *Angel. Afflict. Monte. Sim. de Prat.* referidos por *Beltra. decis. 576. num. 11.* y mas, que en nuestro caso se prucua por mi parte la possession de Francisco Ferrer primero, y se incluye Doña Maria Ferrer por la disposicion, y vinculo de Francisco primero, que especificamente vincula los bienes q̄ tenia, y posseia en Paracuellos, y en Calatayud, y siempre se presume dispuso el testador de sus bienes, *l. cum testamento, ubi Bart. de aur. & arg. leg. Peregr. art. 2. nu. 44. Ludouis. decis. 225. num. 7.* y pues los vinculo y posseyo, y no consta claramente de la possession de Ana de España, valdra el vinculo de Francisco primero.

Ni obsta el dezir, que posseyo Francisco en fuerza del testamento de su madre, porque aunque los testigos prueuen la possession, no pueden prouar con que titulo posseia, ex late adductis, & cumulatis a *Mascar. de probatio. concl. 1200. 3. tom. ex Bart. in l. sciendum de verbor. oblig. l. 1. de usur. l. 1. ad Turpil. Alex. conf. 180. vol. 6.* y es la razon, porque *qualitas possidendi in sensum testis non cadit, licet enim, como dize Mascar. possessor dicat se possidere ut dominus, tamen hoc non cadit in sensum testis, nisi quia ille dicit.*

Y aunque la parte contraria ha producido testigos para prouar, que estos bienes aprehensos son los que posseyo Ana de España; pero por esta parte se pretende (salua censura) que tienen tales defectos los testigos, que no prueuan la pretension de la parte contraria, porque Domingo Aragon test. 3. y Francisco Ortiz test. 5. y Iuan Ortiz test. 6. de los bienes aprehensos, solo saben las casas contenidas en el num. 1. Domingo Ibanes test. 4. los bienes del n. 1. 15. 58. 63. y Iuan Perez Ferrer test. 12. y 6. de la comision de los bienes aprehensos, solo sabe los del num. 1. 2. 3. Todos estos testigos no pueden concluyr, porque no conocen los bienes sobre que deposan; porque aunque digan

gan

gan ser verdad lo contenido en dicho articulo, no conociendo los bienes sobre que depofan, no puedē concluir; eleganter *Tus. concl. 172. verbo testes, Alex. lib. 6. conc. 167. num. 6. vers. peccat in alio num. 6. ibi: Quomodo ergo potest concludenter deponere testis iste, quod Opizo possederat terras in capitulis qualificatas, & continuatas, si nescit per identitatem consinium eas demonstrare. l. forma de cens. l. Pomponius scribit si frumentum, §. fin. de rei vind. & notat Bart. in l.*

demonstratio falsa, §. 1. ¶ De la suerte que el testigo que no conoce las personas litigantes, de cuya possession se trata, no concluye, Abb. in cap. cum causam 37. num. 16. vers. secundo casu de test. ex Ioan. Andr. ad speculatore[m] tit. de teste, §. 1. num. 54. y como en la accion personal es necessario conocer las personas litigantes, glos. in l. testium, §. ideoque, ff. de test. Far. q. 71. num. 58. y como en la causa criminal el testigo que no conoce al delincente, no prueva, Bald. in l. fin. §. cum igitur de iure deliher. glos. in cap. cum causam, verbo personis, de test. Zeph. cons. 204. Far. q. 70. n. 18. q. 71. n. 34.

Pedro Torralua testigo 9. que sabe todos los bienes aprehensos, y Pedro Sanchez test. 11. que tambien sabe todos los bienes aprehensos, no pruevan, porque siendo interrogados en los interrogatorios, dados por Matias de la Rosada, valedor, de la Compañia, responden, que se refieren a su deposicion, y que no saben otra cosa, y en la deposicion no dize palabra de lo contenido en los interrogatorios, y despues producido por la Compañia de Iesus, depofa sobre los artic. 7. 10. y 12. dize ha oydo dezir a sus mayores lo contenido en dicho artic. y si en la primera interrogacion dize no ha oydo dezir, y en la segunda dize, ha oydo dezir, son contrarios a sus propias deposiciones, y no pruevan, *cap. licet causam, ubi glos. in verbo contradicunt de probat. Joan. & Imol. in l. his verbis, §. fin. de hared. inst. Alex. cons. 5. num. 10. lib. 1. Ludouis. decis. 298. num. 3. Rota diuers. 1. p. decis. 303. num. 1. la qual habla*

de

*El testigo de la Compañia
Las Personas hijas
de Iesus y de su madre
se trata en el artículo*

*Jesus y su madre
atun in deposicio
ne et interrogatoriis
non probat*

582

de contrariedad entre la respuesta de la interrogacion, y la deposicion, ex *Bal. Saliceto, Fran. Inno. Petra, Mascardo, Far. de opposi. test. q. 66. num. 126. §. 4.* particularmente siendo la contrariedad en lo sustancial de la deposicion, ex la te adductis à *Far. d. §. 4. num. 131. Far. decis. 147. num. 17. 2. parte.*

Y aunque la contrariedad de vn testigo se ha de cuitar, y su dicho se ha de concordar, pero esto se entiende para cuitar la falsia, no para que prueue, *Imola in cap. cum tu nu. 4. col. 3. num. 2. de test. Tinda. in tract. de test. p. 3. cap. 12. Nel. in eod. tract. num. 185. vers. sed aduerte, Petra de fideicom. q. 12. num. 924. Far. q. 66. p. 9. num. 321.* y menos procede de auerse de concordar los dichos contrarios de vn testigo, quando la contrariedad es euidente y manifiesta, *Bal. en la l. sed et si. §. sed et si. ff. de in. iur. Alex. in l. inter stipulantem, §. 1. col. 3. de verb. oblig. Monti. in repert. test. rubr. impugnatio testis, Petra de fideicom. q. 12. num. 908. cum seqq.* y auiendo sido interrogados primero por esta parte, se ha de estar al primer dicho, *Balb. c. 93. o por lo menos a ningun dicho se cree, glos. in cap. cum in causa de testib. Rota dec. 19. de test. in nouis. Ricc. coll. 1581. Menoch. cen. 2. cap. 108. nu. 7. Far. 2. p. decis. 147. n. 14.*

*Salomari edo delu
testis en su deposi
se ha de cuitar
concordar no para q
prueue si solo para
cuitar la falsia*

Ni obsta el dezir, que son en diferentes deposiciones; porque los interrogatorios son dados por esta parte, y las deposiciones estan sobre los articulos de replica y triplica, producidos por los Padres de la Compania: porque se responde con la *Rota 1. p. diuers. decis. 593. num. 3.* en donde el testigo producido por vna parte, esta obligado a dezir verdad sobre toda la causa.

Francisco Ortiz Baraiz test. 5. y Iuan Ortiz Baraiz test. 8. depusan falsamente, porque euidentemente se contradizen, en el articulo 21. de la replica de los Padres de la Compania, dizen conocieron a Francisco Ferrer segundo, hijo de Francisco Ferrer primero, y padre de Francisco Ferrer tercero. Francisco Ferrer segundo, como se articu

P la



83
4702
250 05

la y prueva en el art. 22. de la replica delos Padres dela Cõ
pañia, murio, sobreuiuiendole Francisco Ferrer primero
su padre: Este Francisco Ferrer primero ha que murio mas
de 60. años, como cnsta de la carta publica de muerte, pro
duzida en processo, y assi estos testigos deposan de su me
moria de mas de siete años de lo que dizen tienen de me
moria, y mas les falta el tiempo que Francisco Ferrer pri
mero sobreuiuió a Francisco Ferrer segundo; y como sea
esta contrariedad tan euidente y clara, no se pueden con
cordar para que prueuen, *Bos. in tit. de oppositione contra
test. num. 11. vers. Et hanc communem, Petra q. 12. nu. 923.
Et 936. Far. q. 66. de oppos. test. p. 9. num. 323.* y Iuan Ortiz
Barayz tiene otra contradicion, porque en el artic. 21. de
la replica dize conocio a Francisco Ferrer segundo, y en
el 22. de la mesma replica deposa de hecho antiguo, respe
to de Francisco segundo.

Con estas contrariedades, y defectos, que tienen los te
stigos, no queda prouança a la parte contraria para pro
uar, que Ana de España fue possehedora de los bienes
aprehensos, como era necessario la prouara, para que la
prohibicion de agenaar comprehendiera a estos bienes, y
pues queda el vinculo de Francisco Ferrer primero en su
fuerça y valor, y que doña Maria Ferrer Perez de Nueros,
descendiente de Geronima Ferrer, llamada en el vinculo
de Francisco primero, tiene llamamiento, por ser vnica
successora por esta linea, y espera esta parte, que consi
deradas las razones de justicia, que se han propuesto, y que
doña Maria Ferrer Perez de Nueros es descendiente de
Francisco primero, y de Ana de España, a quien parece
que la razon natural le da los bienes de sus mayores, *l. nã
etsi parentibus de inof. test. l. scripto inf. unde liberi, Anas
Rob. re. ind. cap. 1. lib. 1.* y assi parece deue V. S. recibir su
proposicion, repeliendo la de los Padres de la Compañia
de Iesus. Sal. C. 23. Junio 1636.

Diego Serra de Foncillas.

*Fons y Ferrer. y Castellano
7. de may allegacion ay d'vay
depe de per yta p'nte y en
estipulo. y la contraria se ap'ntala R. Au.*