

= A-553-27. =

T 7190
C 1142272AFA-00075
Dato 3

R. 35.930

J. M. J.

ALEGACION EN EL PLEYTO

DE

APREHENSION DE CASAS SITAS EN LA PRE-
sente Ciudad de Zaragoza, y Calle del Cofo,
que actualmente habita el Marqués
de Coscojuela.

A INSTANCIA DE DON AGUSTIN DE HOMODEY,
y Doña Cathalina de Alagon (num. 15.)

Y OPOSICION DEL PRINCIPE PIO,
Marqués de Castel-Rodrigo, sobre credits dotales.

EN EL ARTICULO DE PROPIEDAD,
y grado de Revista.

POR EL EXC.^{MO} CONDE DE SASTAGO.

= A-553-27. =

T 7190
C 1142272

AFA-00075
Dato 3



R. 35.930

J. M. J.



ALEGACION EN EL PLEYTO

DE

APREHENSION DE CASAS SITAS EN LA PRE-
sente Ciudad de Zaragoza, y Calle del Coso,
que actualmente habita el Marqués
de Coscojuela.

A INSTANCIA DE DON AGUSTIN DE HOMODEY,
y Doña Cathalina de Alagon (*num. 15.*)

Y OPOSICION DEL PRINCIPE PIO,
Marqués de Castel-Rodrigo, sobre credits dotales.

EN EL ARTICULO DE PROPIEDAD,
y grado de Revista.

POR EL EXC.^{MO} CONDE DE SASTAGO.

ALTO A LA EN EL PLEITO

APRESENTACION DE DON JUAN DE LOS RIOS
A LA COMISION DE LA LEY Y LA JUSTICIA
DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA

A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA
DE LA CIUDAD DE BOGOTA

Y A LA COMISION DE LA LEY Y LA JUSTICIA
DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA

EN EL VISTO DE LA LEY DE PROPIEDAD
DE LA CIUDAD DE BOGOTA

POR EL EXCMO. CONDE DE SASTAGO
DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA



LOS hechos de que se ayuda el Marquès de Castel-Rodrigo para su pretension en este Artículo de Propiedad, y grado de Revista (y se expresan en el Memorial ajustado al fol. 88. ex num. 147.

usque 155.) se reducen : à que para el Matrimonio, que se avia de contraher, y despues contraxo entre Don Martin de Alagon (num. 12.) y Doña Cathalina Artàl de Alagon (num. 15.) fue otorgada Capitulacion Matrimonial, por la que dicha Doña Cathalina llevò en contemplacion del dicho Matrimonio. *Primeramente*, en Censales 17000. *lib. Jaquesas. Item*, en diferentes creditos à su favor 10257. *lib. 1. sueld. 10. din. Item*, en bienes, y alhajas 3500. *lib. cuyas partidas importan en universo 30757. lib. 1. s. 10. din.*

2. Que en dicha Capitulacion se estipulò, y pactò, que en caso de disolucion de dicho Matrimonio por muerte de qualquiera de dichos conyuges, la dicha contrayente (ò sus herederos en su caso) huvieran de sacar por suyos propios todos los Censos traídos por aquella, si estuvieren en ser; y no lo estando (por averlos vendido, luído, ò agenado, aunque en dichas agenaciones huviesse concurrido dicha Doña Cathalina con su voluntad expresa) huvieran de sacar esta, ò sus herederos en su caso los Censales subrrogados en lugar de los agenados (estando cargados sobre tan buenos Lugares, como los traídos por aquella) y no hallandose subrrogados, se huviesse de sacar el importe de ellos de lo mejor, y mas bien

A

para-



parado de los bienes de dicho Don Martin contrayente. *Item* se pactò, que se huviesse de sacar en caso de disolucion de dicho Matrimonio por dicha Doña Cathalina, ò sus Herederos de los bienes de dicho Don Martin contrayente 3500. lib. Jaquesas, por otras tantas llevadas por aquella en bienes muebles, joyas, y alhajas. *Item*, que huviesse de sacar de los mismos otra tanta cantidad, como importare lo que dicho Don Martin huviere cobrado de las 10257. lib. 1. sueld. 10. din. de los creditos, que dicha Doña Cathalina llevò al referido Matrimonio. Y finalmente consta por dicha Carta Dotàl, que dicho D. Martin contrayente firmò por excrex, y aumento de dote à dicha Doña Cathalina en 10000. lib. Jaquesas, con pacto, que en caso de tener hijos de aquel Matrimonio, huviesse de disponer en estos de dicha cantidad; y en caso de no tenerlos (ò teniendolos murieren menores de edad de poder testar) solamente le quedò facultad à dicha Doña Cathalina de disponer de las 5000. lib. Jaquesas de dicho aumento.

3. Que aviendo muerto dicho D. Martin (num. 12) la dicha Doña Cathalina su muger contraxo segundas Nupcias con Don Agustin de Homodey, quienes en quinze de Julio del año 1651. vendieron entre otros creditos à Doña Maria Luisa Ximenez de Araguès 33207. lib. 1. sueld. 10. din. por otras tantas que importaron los Censos agenados por dicho Don Martin de los llevados à dicho primero Matrimonio por dicha Doña Cathalina: las deudas cobradas por el mismo de las que esta llevò: y las 5000. lib. del aumento de dote, juntamente con las 3500. lib. de las joyas, alhajas, y bienes muebles, que llevò la dicha Doña Cathalina al referido Matrimonio.

Que

4 Que aviendose aprehenso los bienes, de que en este articulo, y grado se trata, en el año 1651. à instancia de los dichos Don Agustín de Homodey, y Doña Cathalina Artàl de Alagon (n. 15.) se diò Proposición por la dicha Doña Maria Luisa Ximenez de Aragùès, pidiendo, que se le mãdassen restituir los bienes aprehensos, para usufructuarlos hasta ser satisfecha de las dichas 33207. *lib. 1. sueld. 10. din.* de los creditos dotales pertenecientes à la dicha Doña Cathalina, incluyendose la dicha Doña Maria Luisa por la vendición expressada en el numero antecedente. Y para justificación de que devia percibir la mencionada cantidad, presentò diferentes Escrituras de vendiciones de los Censos, que dicha Doña Cathalina llevò al Matrimonio con dicho Don Martin su marido, y distintas Apocas, por las que resultaba aver cobrado este diferentes cantidades de las deudas llevadas à dicho Matrimonio por aquella: Y aviendose impugnado dicho credito por los Contendores en aquel articulo, en sus respectivas Replicas, y Triplicas, y probadose por las Partes lo que en ellas ofrecieron justificar, se puso dicho Pleyto en Sentencia, y baxo el dia veinte de Deziembre de 1663. se pronunciò Sentencia definitiva, en la que entre otras Proposiciones se recibì la de dicha Doña Maria Luisa, respecto de 16500. *lib. parte*, y porcion de dicho credito, con las costas.

5 Que la dicha Doña Maria Luisa en su ultimo Testamento, con el qual murió, dexò en heredero suyo universal à su hijo Don Juan de Villanueva: Y este en su ultimo Testamento, con el que igualmente murió, instituyò en heredero suyo universal al D.
D.

D. Miguel Perez de Olivàn y Baguèr, quien en el Pro-
cesso arriba mencionado fue repuesto en todos los
drechos, que en èl tenia la dicha Doña Maria Luisa
Ximenez de Araguès.

6 Que el dicho Don Miguel Perez de Olivàn y
Baguèr cediò los mencionados drechos à, y en favor
de los Executores Testamentarios de dicha Doña Ca-
thalina (*num. 15.*) los que tambien fueron repuestos
en dicho Proceso à los drechos de dicha Doña Maria
Luisa. Y con estas inclusiones se diò por dichos Exe-
cutores apellido de Aprehenfion de los mismos bie-
nes de que en este Pleyto se trata, baxo el dia diez y
seis de Marzo de 1669. Y provehido dicho apellido,
fue la Aprehenfion executada, encomendada, y re-
portada, y hechas las gritas, y pregones Forales, y en
el termino de dàr Proposiciones (entre otras) se diò
una por parte de dichos Executores aprehendientes
en fuerza del expreffado credito dotal, incluyendo se
para su pertinencia en la conformidad que queda rela-
cionada, y pidiendo en la conclusion se les mandassen
restituir dichos bienes aprehensos, hasta ser pagados
de dichas 16500. *lib. Jaquesas*, con las costas: Y avien-
dose replicado, triplicado, probado, y publicado
por las Partes, fue puesto en Sentencia dicho Pleyto,
en cuyo estado quedò sin averse pronunciado en èl.

7 Y ultimamente en doze de Noviembre del
año 1732. por parte de dicho Marquès de Castel-
Rodrigo se pareciò en este Pleyto, y grado de Revista,
y deduciendo su drecho, alegò, y pidiò, que se man-
dassen vender, y trazar las casas, y bienes aprehensos,
y que de su precio se le haga pago de 16500. *lib. Ja-
quesas*, parte de los creditos dotales de Doña Catha-
lina

5
lina Artàl de Alagon (*num. 15.*) con las costas hechas en dicho Pleyto por sus Causantes, y las que hasta su efectivo pago se causaren: A cuya pertinencia se incluye dicho Marquès, como Patron de la Memoria de Missas fundada por los Executores de dicha Doña Cathalina (*num. 15.*)

8 Relacionados asì los hechos con puntualidad, toda la dificultad consiste en si los bienes aprehensos de que se trata en este Pleyto, y grado de Revista, estàn sugetos, y afectos à la satisfaccion de los creditos dotales de dicha Doña Cathalina de Alagon? Y si por este motivo pueden, y deben ser subastados, y vendidos?

9 Y para proceder con claridad, y al mismo tiempo convencer, que los mencionados bienes aprehensos no estàn afectos à dicha restitucion, y que no ha lugar à la subastacion pretendida, se debe suponer: Lo primero, que es gravissima question entre los Autores, si la *Auhent. res que, Cod. commun. de Legatis*, que dispone, y permite la agenacion de los bienes de Fideicomisso, y Mayorazgo por causa de constitucion, ò restitucion de dotes (y que en Aragon està recibida, y practicada, ex *Sessè tom. 3. decis. 252. num. 3.*) tiene lugar, quando el Testador, ò el Instituyente del Vinculo, Fideicomisso, ò Mayorazgo, expressemente prohìbe la agenacion de los bienes aun por causa de constitucion, ò restitucion de dotes? En cuya question estàn divididos los Autores, sintiendo muchos, que aun en este caso por causa de dicha restitucion, ò constitucion de dotes, pueden ser agenados. Ita Surdo *decis. 62 per totam*, Fontanella de *pactis nupt. claus. 5. glos. 1. part. 2. num. 72. & 73.*

B

Cor.

Cortiada tom. 4. decis. 276. num. 58. Peguera decis. 118. num. 2. Cancer variar. part. 1. cap. 9. num. 172. Castillo de aliment. cap. 36. num. 54. vers. Ille sane casus, Burato tom. 2. decis. 641. num. 26. con otros muchos: fundados en que sino tuviera lugar la agenacion quedarian muchas mugeres inuptas, y los successores en los Vinculos, y Mayorazgos no hallarian mugeres de igual condicion con quienes casarse, por no poder estas assegurar sus dotes en los bienes vinculados con semejante clausula, y por otras razones, que en los mismos Autores pueden verse.

10 La contraria opinion llevan otros Autores de igual, y aun superior nota, afirmando, no poder ser agenados, ni tener lugar la *Authent. res qua*, quando expressemente por el Testador, ò Vinculante se prohibe la agenacion *adhuc ex causa constitutionis, & restitutionis dotis*, por la razon (entre otras muchas) de que la mencionada Authentica procede *ex praesumpta voluntate testatoris vinculantis*, cuya presumpcion cessa quando ay expressa prohibicion de agenacion *ex causa dotis*. Ita D. Covarrubias lib. 3. variar. cap. 6. num. 10. vers. Caterum Paulus Castrensis. Antonius Gomez in L. 40. Tauri, num. 87. in fine, vers. Vnum tamen est. Reg. Vico. ad prag. reg. Sardin. tom. 2. tit. 40. cap. 4. num. 18. Petra de fideicom. quest. 8. num. 432. & 437. Sarmiento Select. lib. 1. cap. 8. num. 22. Tiraquello de Primog. quest. 61. num. 7. Menochio de praesumpt. lib. 4. praesumpt. 189. num. 116. & punct. D. Molina de Hisp. Primog. lib. 4. cap. 6. num. 11. ibi: *Nisi specificò à testatore dispositum sit, quod bona fideicommissi etiam ex causa dotis, seu donationis propter nuptias alienari non valeant.*

Ea

Ea namque alienationis prohibitio, in qua etiam de causa dotis testator meminit, præcisè, atque ad unguem observanda erit. Y esta misma opinion lleva el Cardenal de Luca en quanto à la agenacion por causa de restitucion de dote; aunque fiente lo contrario por causa de constitucion de este. Ita Luca de dote, disc. 145. num. 19.

11 Y en nuestro Reyno de Aragon con toda expresion fiente Casanate *consil. 34. num. 30. § 31. ibi: In quarta questione breviter resolvendum est, quod licet bona fideicommissi possint ex causa dotis obligari, tam ex generali practica hujus Regni, quam ex jure communi Authent. res quæ, Cod. comm. de legat. Tamen hoc non procedit in presenti specie, quod bona Francisci Ferrer senioris, in cujus testamento expresse, § specialiter prohibetur alienatio, seu obligatio ex causa dotis: constans enim est apud omnes conclusio, posse libere testatorem disponere ne bona fideicommissi, etiam ex causa dotis alienentur, seu obligentur :: Quod fortius procedit in hoc Regno, ubi carte standum est, § omnia disponenti licent etiam contra jus publicum, que non contineant aliquid impossibile, vel contra jus naturale. Observ. item iudex de fide instrument.*

12 Concluyendo, que esta es la opinion recibida, y practicada en esta Real Audiencia, de que pudieran señalarse repetidas Sentencias, que con acuerdo se omiten, por suponer las tendrà presentes la superior inteligencia de la Sala: en cuya consideracion entra la doctrina de Suelv. *Cent. 1. consil. 28. num. 16. ibi: Et cum adest discordia opinionum, sequenda est opinio in quolibet Tribunali, que in eo approbata est. Quia stilus Curie facit jus.*

Su-



13 Supongo lo segundo : y se repite (à fin de que setenga presente) lo que yà se tiene dicho en otra Alegacion, à saber es, que Don Martin de Alagon (*num.7.*) en su ultimo Testamento agregó al Condado de Sastago las Casas aprehensas, y litigiosas, subrogandolas, y permutandolas en lugar de las de la Plaza del Justicia agregadas por Doña Maria de Luna (*num.4.*) al Vinculo del dicho Condado, como manifestamente resulta de las clausulas primera, segunda, tercera, y quarta de dicho Testamento, que se hallan copiadas en el Memorial ajustado desde el fol.7. hasta el 10: Disponiendo en la clausula sexta de dicho Testamento, que dicha agregacion, permutacion, y subrogacion, sea, y deva entenderse con los mismos Vinculos del Condado de Sastago, por aquellas palabras : *Y esto con, y debaxo de los pactos, condiciones, y vinculos à que los dichos Condado de Sastago, Lugares, y bienes están sujetos, y sobre ellos están impuestos, los quales quiero haver, y he aqui por insertos, y repetidos, como si de palabra lo fuesen, en quanto no sean contrarios à lo arriba por mi dispuesto.*

14 En cuyos terminos, y en la consideracion de fer las Casas aprehensas, y subrogadas por dicho Conde Don Martin (*num.7.*) con exceso mayores, y de mucho mas valor, que las de la Plaza de Justicia agregadas, y unidas por dicha Doña Maria de Luna (*num.4.*) assi por el mayor ambito, y mas dilatada habitacion, como por las mejores luces, disposicion de aposentos, situacion en la Calle del Coso, en que existen, y otras muchas causas, segun concluyentemente resulta de la probanza hecha por el Conde de

de Sastago al art. 17. de su Interrogatorio, en que dos testigos Alarifes (como peritos dignos de toda fee en lo respectivo à su arte, ex Suelves *consil.* 38. num. 7. Mascardo *de probat. clone* 1041. num. 14. Gomez *variar. cap.* 9. num. 5. ubi Ayllon num. 6.) expressan en sus respuestas: Y lo mismo dicho Conde Don Martin (n.7.) explica en dicho su Testamento.

15 Aparece con evidencia no poderse dudar del valor, y eficacia de dicha subrogacion, y permuta, como expressamente sienten Peregrino *de fideicom.* art. 40. num. 32. Fusario *de subst. quest.* 530. num. 4. § 5. Petra *de fideicom. quest.* 8. num. 527. Ciriaco *contro.* 364. num. 36. Mantica *de tacitis, lib.* 5. tit. 4. num. 15. y con mucha claridad, y latitud Ciarlino *contro.* lib. 3. cap. 241. ex num. 2. § *per totum*; & punctim à nuestro intento en los identicos, y uniformes terminos de nuestro caso Rosa *consult.* 32. n. 19. ibi: *Etenim in promptu responsio est id nempe procedere, si subrogatio hac foret fideicommissio damnosa; at cum sit omnino utilis, & expediens (est enim secunda domus amplior, & pulchrior, & meliori loco sita) omnino dicendum est, etiam in prejudicium aliorum vocatorum subrogationem fieri posse, & admitti debere, fit enim tunc species quedam utilis permutationis, que proculdubio in rebus fideicommissi admittitur::: Maxime, si venditio fiat pro emenda re quam testator ipse si viveret, utique compareret. Franchis decif.* 355. num. 6. *Tunc enim licet verbis alienationem prohibentibus videatur alienatio repugnare, menti tamen testatoris (que semper attendenda est) non repugnat: Quis autem poterit dubitare, Hectorem, Pignatellum fideicommissi institutorem, si res*

109
C
hac

hec in ejus vita contigisset, fuisse empturum domum, de qua agimus pro suorum habitatione, & ad hunc effectum alienaturum illam, quam sub fideicommissio reliquit que nec tanta amplitudinis, nec in tam conspicuo loco sita erat.

16 Con igual expresion sienta esto mismo el doctissimo Knipschilt de fideicom. familiar. nobil. cap. 11. num. 71. ibi: Atque ita etiam, si permutatio fideicommissio utilis, & res permutata familie conservationi convenientior sit, permutatio quoque rei fideicommissarie permessa videtur; maxime si verisimile sit id ipsum etiam fideicommissi institutorem fecisse, si ejusdem rei vel emenda, vel permutanda occasio sibi oblata fuisset, vel ipsi fideicommissi successores reliqui id facturi fuissent, vel institutorem, si id scivisset, permutationem permisisse; cum illud quod est verisimile, & de quo, si testator interrogatus, verisimiliter responsurus fuisset, habeatur pro expresse.

17 Sin que contra esto obste la doctrina del Señor Molina de Hispan. Primog. lib. 4. cap. 6. num. 26. & 27. D. Castillo contrav. lib. 5. cap. 65. num. 59. y otros que enseñan, que el successor del Mayorazgo no puede sin licencia, ò facultad Real permutar los bienes de aquel, aunque dicha permuta ceda en mayor utilidad, y beneficio del Mayorazgo. Porque à esto se dize: Lo primero, que estos Autores hablan de Mayorazgos de Castilla, que no pueden fundarse sin facultad Real, al menos ultra tertium, & quintum; por cuyo motivo su doctrina no es adaptable à nuestro caso, y en nuestro Reyno, en el que puede qualquier fundar Vinculo, ò Mayorazgo de todos sus bienes sin facultad, ni licencia alguna, por

por ser libre la disposicion de ellos aun en caso de aver hijos, *ex foro de testament. nobil. foro unico de bonis vincularis*, ex Sessè decis. 26. & decis. 273. per totas. Lo segundo se dize, que dichos Autores deben entenderse, y hablan, quando los bienes del Vinculo se permutan con estraños; no empero quando la permuta se haze entre los mismos llamados, y contemplados en el Vinculo, Fideicomiso, ò Mayorazgo (que es lo que ocurre en el caso presente, como aparece por el Testamento de D. Martin de Alagon (num. 7.) en las clausulas primera, segunda, y tercera copiadas en el Memorial ajustado fol. 7. & 8.) Latè Ciarlino d. lib. 3. cap. 241. num. 4. & 9. omninò vendendus: Peregrino d. art. 40. num. 34. vers. Concedendum, ibi: Concedendum tamen est, permutationem de rebus fideicommissarijs vicissim inter ipsos fideicommissarios valere, sicuti inter eos divisio permittitur. Knipschilt d. cap. 11. num. 75. ibi: Si inter ipsos fideicommissarios, vel alienari prohibitos permutatio fiat, hac interdicta non videtur.

18 Lo tercero se dize, que dicha subrogacion por su conocida notoria utilidad fue aprobada, y aceptada por Don Martin, y Don Henrique, hijos de dicho Don Martin (num. 7.) è inmediatos sucesores en el Estado de Sastago, y Vinculos del Testamento de su Padre; pues consta en Autos, que el dicho Don Martin, su hijo primogenito, por la muerte de su Padre entrò à posseder las Casas aprehensas, y litigiosas, y Don Henrique su hermano segundogenito las de la Plaza del Justicia: En cuyos terminos es indubitable el valor de dicha subrogacion, aunque hecha sin facultad Real, como en caso identico (tenien-

niendo presente la mencionada doctrina del Señor Molina en el lugar citado) se declaró en el Consejo Supremo de Portugal, sin embargo de aver en aquel Reyno ley expressa municipal conforme à dicha opinion, como refiere Cabedo *part. 1. decis. 176. ibi: Bona majoratus posse facultate Regia interveniente pro alijs bonis ipsi majoratui utilioribus permutari, tradit latissimè Molina de Primog. lib. 4. cap. 4. num. 1. & cap. 6. num. 26. Qui multos DD. allegat; non verò absque facultate Principis, & est apud nos extravag. 1. part. tit. 4. L. 1. §. 122. Contigit autem, quod quidam possessor majoratus bona quedam permutavit pro alijs utilioribus sine Principis licentia, interveniente tamen consensu sequentium successorum predicti majoratus; quesitum fuit an sufficeret consensus iste successorum, ut permutatio hac firma maneret, & valeret? Y pone esta decisión, ibi: Decretum fuit in senatu validam esse permutationem hanc; nec enim voluntas testatoris mutatur per hoc, sed solum permuatatur bona pro alijs, seu illorum loco subrogantur, fortè utilioribus, & bonitate melioribus, ut in presen- ti casu accidit.*

19 Esto asì supuesto, y considerada la naturaleza de la subrogacion, por la que la cosa subrogada se reviste de las mismas calidades de aquella en cuyo lugar se subroga, ut punctim en nuestro caso Knipschilt *d. cap. 11. num. 76. & 77. Addent. ad D. Molina lib. 4. cap. 4. sub num. 36. Sessè tom. 2. decis. 130. ex num. 6. Sperello tom. 2. decis. 135. num. 95. D. Salgado de reg. protect. part. 3. cap. 10. num. 317. videntur: de tal forma, que la cosa subrogada dicitur eadem, ac illa in cujus locum subrogatur, ut latè D. Castillo*

tillo de tertijs, tom. 7. cap. 4. ex num. 12. usque ad 18. *É* controu. tom. 4. cap. 36. ex num. 52. Resulta concluyentemente, que las Casas aprehensas, y litigiosas se hallan vinculadas con las mismas qualidades, pactos, vinculos, y condiciones, que las Casas de la Plaza del Justicia, agregadas al Condado de Sastago, y en cuyo lugar se subrogaron aquellas.

20 Veamos, pues, què pactos, vinculos, y condiciones se hallan, y leen en la agregacion, y vinculo de dichas Casas de la Plaza del Justicia? Para lo que es menester tener presente (como se dize en el Memorial ajustado fol. 5. *Supuesto* 3.) que para el Matrimonio, que se avia de contraher, y contraxo entre Don Artàl de Alagon (num. 4.) con Doña Maria de Luna, se otorgò Carta Dotal, por la que dicha Doña Maria llevò à dicho Matrimonio, entre otros bienes, las mencionadas Casas de la Plaza del Justicia, con los pactos, vinculos, y condiciones siguientes. *Item, con tal pacto, vinculo, y condicion, que los dichos Lugares, Casas, y demás bienes traídos por la dicha Doña Maria, y de parte de arriba confrontados, expecificados, y designados, ayan de ser, y sean de, è para el hijo varon mayor del presente Matrimonio, y para los descendientes de aquel, herederos, è successores, que seràn en el Condado de Sastago, y Casa de Alagon, en tal manera, que perpetuamente, y para siempre jamás sean los dichos bienes havidos, è incorporados en la dicha Casa, y Condado de Sastago; de manera, que en el que succederà en el dicho Condado de Sastago, y Casa de Alagon, de los descendientes de la dicha Señora Doña Maria, ayan de pervenir los dichos bienes.*

21 *Otrofi, por quanto es cosa razonable, que los*

D

bic-

bienes de la dicha Señora Doña Maria queden enteramente, y sin diminucion alguna para los herederos, y successores de aquellos, es pactado, y concordado entre las dichas Partes, que aquellos, ni parte alguna de ellos no puedan ser vendidos, agenados, empeñados, hypotecados, ni obligados en todo, ni en parte en manera alguna, ni por ninguna causa, y razon, quanto quiere urgentissima, aunque por Fuero, ò Drecho sea permitida; y en caso que tal agenacion se hiziere, aquella sea nulla, &c.

22^m Por aquellas palabras, por ninguna causa, y razon, quanto quiere urgentissima, aunque por Fuero, y Drecho sea permitida, se prueba con evidencia hallarse prohibida la agenacion de dichas Casas aprehensas, aun por causa de constitucion, y restitucion de dotes, y por configuiente no tener lugar en el caso presente la *Authent. res que*, *Cod. comm. de legatis*. Lo primero, por la doctrina de los Addiccionadores al Señor Molina *lib. 4. cap. 6. ad num. 10.* en donde dizen, que la agenacion por causa de restitucion, ò constitucion de dotes se prohibe: *Non solum quando ab institutore majoratus expressè in causam dotis, vel alimentorum prohibita est alienatio: verum etiam, quando id ex conjecturis, ac presumptionibus incomperito est, veluti si dixisset, quod nullo modo, aut nullo eventu, vel aliud simile alienatio bonorum majoratus fiat; semper enim illa via tutior, ac securior est que majoratus conservationi, ac perpetuitati favet.* Lo mismo siente el Padre Molina de *justitia, & jure, tract. 2. disput. 648. vers. Dubitant Doctores, circa medium, ibi: Quando autem testator prohibuit expressè alienationem rerum, quas fideicommisso sub-*
jicic-

jiciebat, etiam in dotem, aut donationem propter nuptias, fatetur communis Doctorum sententia (quam Doctores citati, & inter eos Antonius Gomez ubi supra referunt, ac sequuntur) locum non esse dispositioni eorum authenticorum, ac proinde neque in dotem, neque ad donationem propter nuptias, in eventibus explicatis, neque ex alia causa pia, posse validè alienari. Idem dicerem, si in alienatione, expressa apposuit verba illa, nullo modo, aut in nullo eventu, vel aliud simile, unde sufficienter exprimeret, nullum excipere eventum, quem sub ipsius potestate esset validè prohibere.

23 Pues si esto sucede por las palabras nullo modo, aut nullo eventu; que dirèmos por las palabras arriba mencionadas, por ninguna causa, y razón, quanto quiere urgentissima, aunque por Fuero, y Dicho sea permitida, que son mas expresivas, universales, y preñadas? Por lo que entra la doctrina de Fontanella tom. 1. decis. 294. num. 21. ibi: *Et quid in his immoramur dicebatur? Non est certum, quod quando verba sunt multumprægnantia, universalia, & generalia, ex sui natura omnia comprehendunt, nihil excludunt, quantumvis particulari nota indigerent::?* Resolutio hac est certa, & indubitata, de qua plura per Stephan. Gracian. Be'tramin, & Surdum, qui loquuntur in transactione, dicentes venire etiam in ea que non erat in lite, & fideicommissum etiam (licet alias no venirent) quando verba sunt adeò prægnantia, & generalia, ut salva ratione recti sermonis non possint restringi.

24 Lo segundo, porque la general disposicion se tiene, y reputa por especial, quando solamen-

te



te se puede verificar en una especie, de forma, que se entiende *nominatim*, & *specialiter expressum*, quando *genus in una tantum specie potest verificari*, L. 2. ff. de liber. & posthum. L. si optio 13. ff. de optione legata, ita Torre de Majorat. Italie, tom. 1. cap. 10. §. 4. num. 50. & tom. 2. quest. 50. num. 29. & 30. Ciriaco tom. 2. controvers. 662. num. 39. Peregrino de fideicom. art. 52. num. 32. Tiraquello ad leges conubial. L. 15. glos. 7. ex num. 128. & punctim Fontanella tom. 1. decis. 294. num. 19. ibi: *Cum verba generalia, & universalia non possunt nisi in certo casu verificari, tunc dispositio habetur pro speciali, ac si pro illo casu particulari, & pro provisione speciali illius, & non ad aliud facta fuisset.* Casanate consil. 34. num. 28. ibi: *Quia si verba (quantumvis generalia) non possint verificari nisi in una specie, censetur dispositio specialis, & expressa.* Y lo mismo repite in consil. 57. num. 23. teniendo esta doctrina fundamento claro en derecho in L. fundus, qui locatus 24. ff. de instrum. legat. ibi: *Fundus qui locatus erat, legatus est cum instrumento. Instrumentum quod colonus in eo habuit legato cedit, Paulus. An quod coloni fuit, an tantum id quod testatoris fuit? Et hoc magis dicendum est, nisi nullum domini fuit.*

25 Y siendo cierto, que para la agenacion de bienes de Mayorazgo, y de Fideicomissos perpetuos, graduales, y sucesivos, solamente ay expressa en derecho la causa de constitucion, y restitution de dote in dicta Authent. res qua, Cod. comm. de legatis; pues aunque algunas mas traen los Autores (como se puede ver en el Señor Molina d. lib. 4. cap. 6. ex num. 7.) que son causa de alimentos, redencion de captividad del

del poseedor del Mayorazgo, liberacion de carcel, y otras; todas son por identidad de razon, ò extension de la mencionada *Authent. res qua*: excepto el caso que los bienes vinculados se agenar por deudas legitimas del mismo Vinculante, cuya causa està expressa en drecho, *L. filius familias* 114. §. *divi severus* el 2. ff. *de legat.* 1. la que por agenacion necesaria no debe traerse en consecuencia, ni podia el Vinculante evitar, *L. debitorem* 15. *Cod. de pignor.* ibi: *Debitorem, neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fideicommissum relinquentem, posse deteriore facere creditoris conditionem certissimum est.* Resulta, que por aquellas palabras aunque por Fuero, y Drecho sea permitida, es lo mismo que si expressa, y especialmente huviere dicho, *no puedan ser agenadas dichas cosas por causa de constitucion, ò restitucion de dote.*

26 Lo tercero, porque esta inteligencia se haze forzosa aviendo de estàr à lo literal de la Carta, segun las disposiciones forales de nuestro Reyno, *observ. 1. de Equo vulnerato, observ. item si Index* 12. *de fide instrument.* y por ello no deberse admitir restriccion alguna de lo en ella expressado; pues no es compatible, no poderse agenar, ni obligar por causa alguna, quanto quiere urgentissima, aunque por Fuero, y Drecho sea permitida, y el poderse hypotecar, y agenar por causa de restitucion de dote, que es la que expressa, y permite el drecho.

27 Lo quarto, se convence por aquellas palabras *en todo, ni en parte en manera alguna, ni por ninguna causa, y razon, quanto quiere urgentissima*, las que tienen tanta eficacia, como pondera Marco An-

E

tonio

tonio Sa belli tom. 4. lit. V. §. 9. num. 4. ibi: *Verba universalia posita in legato, puta, pro omni eo, quod posset prætendi, quocumque modo, ratione, vel causa, comprehendunt omnia, que possent excogitari, trahuntur ad casus improprios, & etiam ad ea, que sunt in superlativo gradu; cum universalia semper magis operentur, & habeant vim singularis expressio- nis, siue affirmativè, siue negativè, sint prolata, etiam in materia penali, & odiosa.* Y si la clausula general, y voces quovis titulo en concepto de la Ro- ta coram Bichio decis. 225. num. 2. comprehenden omnes titulos, etiam disimiles, & majores expressis; què dirèmos quando estas se hallan exaltadas con el superlativo quanto quiere urgentissima puesto expres- samente por el mismo Vinculante; y por aquellas: aunque por Fuero, y Drecho sea permitida?

28 Con solo lo ponderado hasta de aqui, queda en mi concepto concluyentemente probado, que las Casas aprehensas, y litigiosas no pueden ser agenadas por causa de los creditos dotales de Doña Cathalina Artàl de Alagon, y su restitucion. Pero aunque así no procediera (quod absit) no avia lugar en el caso ocurrente à dicha agenacion; por quanto por muerte de dicho Don Martin de Alagon su marido quedaron muchos bienes libres, con los que pudo hazerse en- tera restitucion, y pago de dichos creditos dotales: En cuyo caso es maxima cierta en Fuero, y Drecho no aver lugar à la disposicion de la *Authent. res que, Cod. comm. de legatis*, por ser subsidiaria la accion, que de ella resulta contra los bienes vinculados, y de Ma- yorazgo, esto es, en defecto de bienes libres. Ita Luca de dote, disc. 145. ex num. 64. Suelves cent. 1. consil. 28

num.

num. 13. D. Molina de Hisp. Primog. lib. 4. cap. 7. n. 1. § 2. D. Cortiada tom. 4. decis. 276. num. 48. § 49. Antunez de donat. regijs. part. 2. lib. 1. num. 99. Fontonella de pactis nupt. claus. 5. glos. 1. part. 2. ex n. 9. § claus. 7. glos. 3. part. 14. num. 25. Selsè tom. 3. decis. 253. num. 9. § 10. Portolès de consortib. cap. 46. num. 14. § 15. Cancer variar. part. 1. cap. 9. de dote, num. 102. con otros muchos que pudieran citarse, y se omiten por ser proposicion cierta, y vulgar.

29 Y en esta parte (para lo que despues se dirà) se haze preciso advertir: *Lo primero*, que la existencia de bienes libres (quando no aparece de inventario) se prueba bien, y concluyentemente por presumpciones, y congeturas, ut punctim D. Cortiada *decis. 276. num. 62. Suelves Cent. 1. consil. 28. num. 17. Cesar Barcis decis. 105. num. 21. Juan Bautista Costa de remed. subsid. prelud. 6. num. 1. § 2.*

30 Lo segundo se advierte: que si al tiempo de la restitucion del dote por muerte del marido, y de tener expedita la muger (ò sus havientes drecho) la accion para su recobro, se verificare aver bienes libres con que poderse satisfacer, y aquella, ò estos fueren negligentes en intentar la accion, y pedir la restitucion del dote (por cuyo motivo se consumieren, ò se hizieren intrincados, y de dificultosa cobranza los mencionados bienes libres) no le queda recurso à la muger contra los bienes vinculados, de Fideicomisso, y Mayorazgo; por quanto la negligencia de la muger no debe dañar, ni perjudicar al successor del Vinculo, ut punctim Noguero *Alleg. 40. num. 62. videndus ex num. 54. usque ad 65. ibi: Et in terminis in nostro casu quando uxor que dotem*

po-



potest habere ex bonis allodialibus mariti, soluto matrimonio, & ob negligentiam omittit, quod non habeat recursum ad majoratus bona, resolvunt Menochio, &c. Con igual expresion assienta la misma doctrina el Señor Salgado in Labyr. part.3. cap.11. num. 57. ibi: Item de uxore negligente exigere suam dotem defuncto marito, existentibus bonis liberis, ut non habeat regressum ad bona majoratus sibi pro dote obligata. Lo mismo afirma Fontanella de pact. nupt. claus.6. glos. 1. part. 2. num. 66. ibi: Nec id quidem mirum est, cum idem reperiatur dispositum respectu mulieris, si ipsa negligens sit in recuperatione dotis cum posset. Menochio de presumpt. lib. 4. presumpt. 190. num. 52. ibi: Declaratur tertio, ut locum non habeat quando culpa aliqua adscribi potest mulieri, que potuit exigere, & consequi dotem à marito, quem videbat in dies rem suam malè agere, & ad inopiam vergere, & tamen exigere neglexit: Hoc sanè casu non poterit deinde consequi dotem ex bonis fideicommissi.

31 Y conduce para esto la doctrina del Señor Olea de cession jurium, tit. 7. quest. 3. num. 38. vers. Adeò autem, & num. 39. D. Larea decis. Granat. 17. num. 13. Guzmàn de evict. quest. 35. num. 34. Carleval de judicijs, tit. 3. disp. 6. num. 28. Cancer variar. part. 2. cap. 6. num. 170. Graciano discept. forens. lib. 1. cap. 64. num. 23. & 24. Y tiene fundamento expreso esta doctrina in L. periculum 35. ff. de rebus creditis, ibi: *Periculum nominum, ad eum cujus culpa deterius factum probari potest, pertinet.*

32 Adviertese lo tercero: que es question muy grave, à quien pertenece la obligacion de probar la existencia, ò deficiencia de bienes libres, para la res-
titu-

titucion de los creditos dotales, que se pretende? Sobre lo que refieren quatro opiniones, D. Cortiada *decis. 276. num. 61. Suelves Cent. 1. consil. 28. num. 15.* y al fin de dicho numero dize este segundo, ser la opinion mas recibida, y hasta de presente practicada en esta Real Audiencia, que el que intenta accion dotal contra bienes vinculados debe probar concluyentemente, que no quedaron bienes libres; sin que baste negarlo, segun afirma otra opinion (la que en el caso presente no puede tener lugar por lo que se dirà abaxo al num. 40.) ita Suelves d. num. 15. *in fine*, ibi: *Sed semper existimavi primam opinionem* (que es la inmediatamente referida) *verissimam esse, quam in casibus similibus à Tribunalibus Regni amplexam intueor, Et ita si mihi casus contingeret judicarem, alias non esset actio subsidiaria.* Portolès de consortibus, cap. 46. num. 17. *omninò videndus.* Y fuera del Reyno, es opinion que lleva el Señor Molina de Hisp. Primog. lib. 4. cap. 7. num. 34. *videndus ex num. 32.* Fontanella de pact. nupt. claus. 5. glos. 1. part. 2. ex num. 12. *videndus num. 18. per sequentes*, Noguerol Alleg. 40. num. 40. y otros.

33 Y la razon de esta opinion es gravissima, y consiste en que quando dos tienen à su favor la regla, pero el uno la tiene *simpliciter*, y el otro *qualificate*, la obligacion de probar pertenece à aquel, que tiene la regla à su favor *cum qualitate*: Y este es nuestro caso; pues el fideicomissario, ò successor en el Vinculo tiene la regla por sì *absolutamente*, es à saber, que los bienes vinculados, y sugetos à restitucion no pueden agenarse: Empero la muger (ò sus habientes derecho) aunque tienen à su favor otra regla de que pueden

F den

den ser agenados por causa de constitucion, ò restitucion de dote, esta no procede *simpliciter*, & *absolutè*, sino con la qualidad *sino huviere bienes libres*: Luego la muger que se funda en esta regla qualificada, tiene obligacion de probar la no existencia de bienes libres, que es la qualidad en que se funda; pun-
 ctim Fontanella *ubi supra num. 19.* A que se añade: que en derecho mas se atiende la regla *prohibitiva*, que la *permissiva*, Barcis *decis. 105. num. 13.* Bursato *consil. 80. num. 28.* Fontanella *ubi supra num. 29.* Y como por el successor en el Vinculo esté la regla prohibiti-
 va, y por la muger la permissiva: De aqui es, que à esta le incumbe la obligacion de probar la deficiencia de bienes libres. Sirviendo de mayor comproba-
 cion à este sentir lo que dicen los Addicionadores al Señor Molina *lib. 4. cap. 5. ad num. 6. vers. Et ex adductis*, ibi: *Et ubicumque bona majoratus obligan- tur, majoratus est ad instar fidejussoris*; y lo mismo afirma Noguero *d. Alleg. 40. num. 41.* Añadiendo al *num. 42*: que se le debe dar repulsa al que exercita la accion dotal contra bienes vinculados, y de Mayo-
 razgo *ante excusionem bonorum liberorum*, por enten-
 derse exercitada *ante purificationem conditionis*.

34 Bien pudiera el Conde de Sastago, fundado en esta recibida, y probabilissima opinion, aver omitido la prueba de la existencia de bienes libres al tiempo de la muerte de Don Martin (*num. 12.*) y de Don Henrique su hermano (*num. 13.*) fiado en que sin duda la tendria presente la gran perspicacia de la Sala; pero no obstante (aunque sin necesidad, y obligacion) à mayor abundamiento la ha hecho conclu-
 yente, justificando, que muertos dicho Don Martin,

mb

7

y

y Don Henrique, quedaron bastantes, y aun superabundantes bienes libres para satisfaccion de los creditos dotales de dicha Doña Cathalina de Alagon (num. 15.)

35 Y respecto à dicho Don Martin lo prueba. Lo primero: por el Testamento de este, en que dispone, y dexa diferentes Legados (que se expressan en el Memorial ajustado al fol. 97. num. 159.) que todos importan seis mil trescientos noventa y cinco escudos de plata, por lo que se induce una grave, y vehementemente congetura, y prueba de la existencia de bienes libres al tiempo de su muerte; ut punctum Cortiada decis. 276. num. 62. & 63. ibi: *Benè tamen alias verum existimo, quod fideicommissarius ad exclusionem tenute in bonis vincularis potest conjecturis probare bona libera adfuisse, & esse::: Et inter alias conjecturas ea est, si maritus varia legata reliquit, quod est maximum argumentum bona libera existisse; cum de fideicommisso subjectis legare non potest.* Y con igual expresion Suelves Cent. 1. d. consil. 28. num. 17. ibi: *Alia non minor est conjectura nimirum testamentum ejusdem Dominici Palacio, in quo varia legata reliquit, quod est maximum argumentum, bona libera habuisse cum de fideicommisso subjectis legare non potest.* Y esta misma doctrina assienta Cesar Barcis decis. 105 num. 29. ibi: *Tertia est presumptio, quæ colligitur ex dispositis in testamento dicti Domini Thome in quo apparet ipsum plura legata notabilis quantitatis reliquisse, & voluisse ea solvi, & prestari debere de alijs bonis ipsius testatoris (exceptis prohibitis expressè alienari, de quibus nunc agitur) ostendant enim hæc, testatorem fuisse hominē locupletē, ut considerat Natta,*

¶

Et filios non fuisse legitima portione defraudatos, sed longè plus eis relictum. Con otras muchas doctrinas, que se omiten.

36 La segunda prueba resulta de dicho Testamento, en que el mismo Don Martin afirma, y declara tener varias, y graves cantidades de dinero depositadas en diferentes personas, que nombra: como asimismo, que se le están deviendo diversas sumas de dinero, que expresa (que todas juntas importan la cantidad de quareinta mil quinientas diez y siete libras, doze sueldos de plata) cuya assercion induce tambien otra vehemente ponderable prueba, y congetura, de la existencia de bienes libres, especialmente considerada la qualidad, y nobleza del Testador, *argument. text. in cap. Nobilissimus, 3. dist. 97. ibi: Nobilissimus vir, atque strenuus vestra sublimitatis legatus, licet nullam Epistolam juxta consuetudinem à vobis nostro Pontificio detulisset, licet nunquam Apostolice Sedis modus fuerit absque signatis apicibus undecunque legationem suscipere: Nos tamen vos in illo honorantes, ejusque gravitatem, Et eloquiorum illius veridicas cognoscentes asserciones; nihilominus eum, Et sicut decuit suscepimus, Et ei sicut honestum fuit, credidimus; punctim Ramon consil. 87. num. 14. Mascardo de probat. clone. 1096. Tiraquello de nobilit. cap. 20. num. 35.*

37 Y en tanto grado prueba dicha assercion (atendida la qualidad del Testador) y es de tanta eficacia, que aun contra los mismos depositarios, y deudores induce una semiplena probanza de la deuda, y deposito, como aparece por la especiosa, y no vulgar doctrina de Antonio Gomez *variar. resol. lib. 1. cap.*

12. de legatis, num. 81. vers. Item adde circa finem, ibi: Item adde quod si testator in suum favorem confitetur, Titium sibi debere certam quantitatem, vel rem, & sit homo probatæ opinionis, & famæ, inducat præsumptionem, & semiplenam probationem pro se, ut possit heres petere sibi deferri juramentum in supplementum probationis: ita singulariter Paulus in L. rationis, Cod. de probat.

38 Pudiendo añadir à esta doctrina de Gomez, que aun plena probanza parece debe inducir dicha assercion, y que no se necesita de juramento del heredero; por la consideracion de que aviendo muerto dicho Don Martin (num. 12.) sin contraria declaracion, yà la muerte habet efficaciam juramenti, & tantum facit, quantum juramentum, como punctim hablando de los Libros de Mercaderes para prueba de deudas à su favor, assienta Reinensstuel in decretal. lib. 2. tit. 22. de fide instrument. §. 7. num. 218. Vease al Cardenal de Luca de feudis, discar. 94. num. 11. Surdo decis. 103. num. 4. 7. & 8. Menochio lib. 5. præsumpt. 5. per totam. Y la de ser declaracion hecha en Testamento hallandose el Testador preocupado de grave enfermedad, en cuyo estado, nemo præsumitur immemor salutis eterne, ut passim Doctores. Por lo que dixo Quintiliano declamat. 7. ibi: Nihil à morientibus fingi, nihil vita laborantibus simplicius.

39 Confirma en propios terminos de nuestro caso lo sobredicho, la doctrina de Cesar Barcis decis. 105. num. 24. & 25. Para cuya inteligencia se debe suponer, que el argumento, y duda de dicha decisio es: si un Testador prohibe en su Testamento la agnacion de ciertos bienes, y dispone diferentes Lega-

G

dos,

dos, dexando à sus hijos la legitima en los restantes bienes, y estos intentaren deducirla de los bienes prohibidos agenaar, en consideracion de que no ay bienes libres de donde pueda deducirse. Dificulta à quien pertenezca la obligacion de probar la existencia, ò no existencia de bienes libres? Y resuelve en los mencionados numeros, que si la presumpcion està contra *negantem adesse bona libera*, le incumbe à este probar la no existencia, ò deficiencia de bienes libres, y entre otras pone la congetura siguiente, ibi: *Quinto practica ejusdem glossæ in L. cum. de Lege, ff. de probat. non procedit, quando presumptio esset contra negantem, ut per Nattam :: Et plures in hoc casu vigent presumptiones contra negantes extitisse alia bona testatoris, sufficientia pro legitima filiorum. Prima est assertio testatoris asserentis, alia stare bona sufficientia pro legitima; que assertio, licet non sit tam efficax, ut contra eam probari nequeat, ut dictum fuit: Operatur tamen, ut onus probandi in eum transferatur, qui vellet contrarium dicere. A* que despues al num. 29. añade la de disponer en su Testamento varios Legados (cuya autoridad dexamos arriba transcrita num. 35.) que son las congeturas, que terminantemente ocurren en nuestro caso.

40 De que resulta: que aunque sea opinion muy probable, y que llevan gravísimos Autores, que la muger que pretende la satisfaccion de sus creditos dotales de los bienes vinculados, y de Mayorazgo, no està obligada à probar la deficiencia de bienes libres, si que basta alegarla, por cuyo alegato se transfriere la obligacion de probar la existencia de estos al successor, ò posehedor en el Vinculo, y Mayorazgo;

ut

ut punctum Cancer *variar. resol. part. 1. cap. 9. num. 103. vers. Contrariam partem*, D. Franco *in suo Cod. tit. de solutionib. fol. 607. colum. 1. in fine*, con otros muchos que refiere Suelves *d. consil. 28. num. 15 vers. Tertia opinio distinguit*, fundados en la celebre, y Magistral glosa *in L. cum de Lege, ff. de probat.* Esta opinion solamente puede tener lugar en terminos generales: no empero quando concurren contra la muger que niega, las vehementes, y ponderosas presumpciones arriba expresadas, u otras, de la existencia de bienes libres, que es la original doctrina de Natta *in consil. 199. y 238.* à quien sigue Barcis *ubi supra*, ibi: *Quinto practica ejusdem glosse in L. cum de Lege, ff. de probat. non procedit, quando presumptio esset contra negantem.* Conduce à esto eficazmente la doctrina del Señor Covarrubias *lib. 2. variar. cap. 6. num. 4. ubi Faria num. 24. § 25. Menochio lib. 6. presumpt. 26. num. 5.*

41. La tercera prueba resulta de la Apoca instrumental, y una Escritura publica de declaracion hechas, y otorgadas por Doña Luisa de Alagon, Religiosa de Santa Cathalina, y hermana de dicho Don Martin (*num. 12*) en que confiesa tener en deposito, y aver recibido de los bienes libres de dicho D. Martin (de orden del Duque de Yxar, Executor universal de este) seis millibras Jaquesas: como tambien tres mil y siete libras mas pertenecientes à dicha universal herencia, aver recibido de diferentes personas, que ambas partidas hazen la de nueve mil y siete libras Jaquesas, las que devian servir para fundacion de un Convento de Religiosas en Zaragoza (*Memorial ajustado num. 159. y 160.*) por cuya declaracion, y

Apo-

Apoca sin duda alguna se prueba concluyentemente la existencia de dicha cantidad, ex *L. ult. C. de Edicto Divi Adriani, cap. 2. de fide instrument. cum vulgatis.*

42 Ni dicha Doña Cathalina de Alagon (nu. 15) pudo ignorar todos los mencionados depósitos de dinero, y deudas de dicho Don Martin su marido, y por configuiente aver con facilidad exigido todos sus creditos dotales; yá porque de ellos se presume ciencia entre conyuges, ex traditis à Costa tom. 1. tract. de facti scientia, & ignorantia, inspect. 73. per totam; y yá porque (como se dize en el Memorial ajustado num. 158. in fine) inmediatamente que murió dicho Don Martin, fue en su casa abierto, y publicado su Testamento: en cuyos terminos se supone ciencia de lo en él contenido, ut punctim Peregrino de fideicom. art. 52. num. 104. vers. Sextus, ibi: Sextus casus (hablando de presumpcion de ciencia) ubi testamentum mortuo testatore, uti sapè fieri solet, publicatum fuisset per Notarium, in ejus Domo, Menochio tom. 1. consil. 87. num. 59.

43 Ni contra todo lo sobredicho obsta el que desde que se otorgò dicho Testamento hasta la muerte de dicho Don Martin (num. 12.) passaron cinco años (como se dize en el Memorial ajustado fol. 112. num. 188. & 189.) en los que pudo consumir las deudas, y cantidades mencionadas en dicho su Testamento, y por ello no estàn existentes al tiempo de su muerte. Porque à esto con facilidad se satisface diciendo: Lo primero, que aunque sea cierto que las pudo consumir, no se arguye bien de esta potencia al acto de averlas consumido por la regla general de que el argumento de potencia ad actum affirmativè

no

no vale, ex vulgatis iuribus. Lo segundo: porque la consumpcion es *quid facti*, y el hecho no se presume sino se prueba, *Et alleganti illud, incumbit onus probandi*. L. in bello. 12. §. facti, ff. de captivis, *Et post liminio reversis*. L. quecumque, 13. §. ultimo, ff. de publiciana. L. 1. Cod. de probat. cap. Cum in iure peritus, 31. de officio delegati, latè Menochio de presumpt. lib. 6. presumpt. 14. per totam, Costa tom. 1. tract. de facti, scientia, *Et ignorantia*, inspect. 13. per totam. Lo tercero: porque es inverosímil, que si dichas cantidades las huviera consumido en dichos cinco años, huviera dexado de hazer algun codicilo, ò declaracion para que constasse de dicha consumpcion, à fin de que su heredero, y executores testamentarios, no vexassen, ni molestassen à sus deudores, y depositarios, pidiendoles las cantidades, que expresa en su Testamento; y mas en la consideracion de inducir su assercion una no leve presumpcion, y semiplena probanza de la deuda, y deposito, como queda arriba fundado con Antonio Gomez (num. 37.) por la que podia ocasionarles un grave perjuizio, gastos, y dispendio. Ni por el transcurso de dichos cinco años se presumen consumidas dichas cantidades; pues esta presumpcion solo ha lugar en aquellas cosas que tienen poca duracion, como son trigo, vino, y otras semejantes, las que solamente se presumen que duran per trienium, y se entienden post trienium consumidas, extra dictis à Escobar de rationijs, cap. 17. num. 7.

44 Menos obstan las declaraciones hechas por los testigos en el Proceso *Executorum* hecho en la Villa de Madrid à instancia de Doña Maria Pacheco, Marquesa de Almonacil, y la Piobera: Y en el Pro-

H

ces-

cesso de Lite-Pendente de Don Agustín Homodey,
 por Doña Maria Luisa de Aragués (de las que se haze
 mencion en dicho Memorial ajustado *ex num.* 184.
usque ad 187.) quienes deponen, que el dicho Don
 Martin se tratò con tanto lucimiento, y ostentacion,
 que consumió todos sus bienes libres, de modo, que
 al tiempo de su muerte no dexò, ni se hallaron bienes
 libres, de donde dicha Doña Cathalina su muger pu-
 dieffe cobrar su dote; y esto de vista. *Porque estos tes-*
tigos no concluyen, ni enervan lo sobredicho en los
numeros antecedentes, assi considerada la razon que
señalan, como tambien aunque deponen de vista: Yà
porque no està reñida la ostentacion, y lucimiento con
la buena economia, y son compatibles los lucimien-
tos ostentosos en publico, con el tener ahorradas al-
gunas cantidades, y deudas à su favor, como enseña la
experiencia, y mas en las Casas de rentas considera-
bles, como lo es, y yà era la Casa de Sastago en aquel
tiempo: Yà porque, aunque los testigos deponen de
vista, esta solo pudo apelar, y caer sobre los muebles,
plata, y alhajas de casa, las que podian ser pocas en la
de dicho Don Martin (num. 12.) no empero sobre
las cantidades de dinero, que tenia depositadas en
terceras personas, ni en las deudas à su favor, pudien-
do igualmente compadecerse bien, ser muchas, y cre-
cidas estas (ignorandolo los testigos) y ser pocas aque-
llas: Y assi las deposiciones de dichos testigos no di-
zen contrariedad obstativa al Testamento de dicho
Don Martin, ni à sus declaraciones, sino à lo su no di-
versificativa, la que nada daña, argumento eorum
quæ tradit Farinacio de oposit. cont. test. quest. 64. D.
Sessè tom. 3. decis. 237. num. 8. & decis. 397. num. 27.

Y yà porque, para que los testigos concluyeran la negativa, y deficiencia de bienes libres, era preciso que huvieran depuesto en los estrechos terminos, que asienta Sabelli tom. 3. lit. N. §. *Negativa, 3. num. 13. ibi: Negativa quod testator alia bona non habuerit potest directè, & per obliquum probari: directè scilicet, ex partis confessione facta in responsione ad positiones, vel juramento decisorio, vel per testes determinatè deponentes de bonis testatoris tempore mortis cum abnegatione pluris, nempe alia non habuisse illo tempore mortis, additaque ratione (etiam non interrogatos) per remotionem actus à sensu, scilicet, aliter esse non posse, quin ipsi scirent.* Lo que no declararon, ni podian declarar sin grave temeridad, por no concurrir en dichos testigos las qualidades, de que para ello se necessita, especialmente para poder deponer respecto à deudas, y depositos, *aliter esse non posse, quin ipsi scirent.*

45 Ultimamente lo que es induvitable (y la Parte contraria no puede negar) es: que por muerte de dicho Don Martin (num. 12.) quedò en ser el Juro sobre la Baylia de Valencia de veinte y dos mil ducados de propiedad: como tambien, que dicho Juro era efectivo, exigible, y de facil cobranza por entonces, como aparece de un Certificado del Archivero General de los Reales Archivos del Real Patrimonio, y Baylia General de Valencia, por el que consta, que las pensiones, y reditos anuales del mencionado Juro se cobraron desde su imposicion hasta el año de 1639. en que murió dicho Don Martin: Y que este cobró tambien 5139. lib. 8. sueld. 5. din. que se estaban deviendo à su Padre de pensiones devengadas del referido

rido Juro (*Memorial ajustado fol. 98. num. 161.*) En cuyos terminos es igualmente cierto en Fuero, y Derecho, que la dicha Doña Cathalina pudo, y debió recurrir ante otros bienes, al mencionado Juro, para el recobro de sus creditos dotales ; y si no lo hizo (y despues este se ha hecho intrineado, y de dificultosa cobranza) debe imputarse à esta, ò à sus Executores Testamentarios, à quienes por su negligencia no les ha quedado recurso contra los bienes vinculados, y aprehensos, por las puntuales doctrinas de *Noguerol, Salgado, Fontanella*, y otras arriba expressadas en el *num. 30.*

46 Ni à lo sobredicho obsta lo que en contrario se alega, diziendo, que dicho Juro se cargò por la Magestad del Rey Don Phelipe Segundo, à favor de la Orden de Calatrava, y sirviò para parte de precio de la vendicion de la Villa de Calanda, y Fozcalanda, que el mismo Señor Rey (como Gran Maestre de dicha Religion) otorgò à favor de D. Martin su Padre (*num. 7.*) y que despues por Sentencia se rescindiò dicha vendicion de Calanda, y se cediò el Juro por dicho Orden de Calatrava à favor de Don Martin (*num. 12.*) como successor de su Padre: resultando de aqui aver recaído el mencionado Juro en D. Martin (*num. 12.*) con los mismos vinculos, pactos, y condiciones, con que avia sucedido à su Padre en la Villa de Calanda: Y constando por el Testamento de Don Martin (*num. 7.*) que formò Vinculo perpetuo, gradual, y successivo à favor de Don Martin su hijo (*num. 12.*) y de los demàs llamados, y contemplados en èl; es consecuencia legitima, que tuvo, y possedyò dicho Juro, sugeto à los mismos Vinculos, con que
avia

avia sucedido à la Villa de Calanda, y sus anexos, como subrogado en lugar de ellos.

47 Porque à esto se satisface diziendo, que el mencionado Juro se colocò sobre la Baylia de Valencia, con carta de gracia de poderlo luir, ò como comunmente se dize *al quitar*, como de su inspeccion resulta: En cuyos terminos se anumerà, y computa *inter bona mobilia*, ut punctim Molinos *verb. Mobilia*, fol. 226. colum. 4. *in fine*, Portolès *verb. Mobilia*, num. 5. cuya Sentencia es muy conforme à drecho, como enseña Tiraquello *de retract. lignag. §. 1. glos. 6. num. 7. & glos. 14. num. 119. & 120. Martienzo lib. 5. nova recopil. L. 2. glos. 1. num. 83. fol. 256.*

48 Y en este supuesto: aunque se conceda que dicho Juro quedò subrogado en lugar de la Villa de Calanda, y sus anexos, y por consiguiente sugeto à los mismos Vinculos dispuestos por Don Martin (n. 7.) en su Testamento; sin embargo dicha Doña Cathalina, ò sus Executores devieron intentar para recobro de sus creditos la accion dotal primeramente en respecto al dicho Juro: Y quando generalmente la huvieran intentado contra todos los bienes vinculados, devia el Juez declarar procedia la restitucion de dichos creditos con la adjudicacion del Juro, ò su precio, y no con los aprehensos; por ser cierto, que quando se pide la restitucion del dote sobre bienes vinculados, de Fideicomisso, ò Mayorazgo (entre los quales ay muebles, y sitios) debe hazerse con aquellos, y no con estos, ex Luca *de dote, discurs. 145. num. 95. ibi: Et quod dicitur de fructibus, fortius procedit in mobilibus, alijsque bonis in sorte minus*

utilibus, Et ad conservationem minus congruis, ex eadem ratione, atque ex illa deducta, ex text. in L. lex quæ tutores, 22. Cod. de admin. tut. Si enim consuli potest modo minus damnofo, non est alter permittendus, atque ita in praxi vidi plures alienationes ex ista ratione annullari. Esto mismo enseña Kinipschilt de fideicom. familiar. nobil. cap. 11. num. 486. ibi: Alienande prius sunt res mobiles antequam ad immobilia fideicommissi bona perveniatur, arg. L. à Divo Pio 15. §. in venditione, 2. ff. de re judit. y con igual expresion Rota part. 11. recent. decis. 142. num. 8. Garcia de expensis, cap. 16. num. 7.

49 Y en especial (con antelacion à todos los bienes vinculados, asì muebles, como sitios) deben preservarse las Casas principales del Mayorazgo, ò Vinculo (como son las aprehenfas) ex D. Salgado in Labyr. part. 3. cap. 4. num. 67. ibi: Sublimitatur secundo, quando alienaretur domus antiqua de familia, vel locus dignus affectione fideicommissarij, cum alia bona extarent: tunc enim restituto pretio emptori, res tota vendicari posset per fideicommissarium. Lo mismo sienta Peregrino de fideicom. art. 40. num. 26. ibi: Ego autem animadvertendum censeo ad qualitatem prædij alienati: quid enim si vendita fuisset domus antiqua de familia, vel locus aliquis, dignus affectione fideicommissarij, cum ex alijs rebus hereditarijs oneri aris alieni satisfieri potuisset? In his sanè casibus ad gravamen fideicommissarij venditionem retractandam puto. Y tiene la doctrina referida expreso fundamento en drecho in L. lex quæ tutores, 22. Cod. de administrat. tutor. ibi: Nec verò domum vendere liceat in qua defecit pater, minor crevit, in qua majora-

tum

*tum imagines, aut non videre fixas, aut revulsas
videre, satis est lugubre: ergo & domus, & cetera
omnia immobilia in patrimonio minorum perma-
neant: nullumque edificiij genus, quod integrum here-
ditas dabat, collapsum tutoris fraude depercat.* Por lo
que buelvo à repetir, que la dicha Doña Cathalina
pudo, y deviò recurrir ante otros bienes al mencio-
nado Juro (aunque estuviéffe vinculado) para el re-
cobro de sus creditos dotales; y si no lo hizo (y des-
pues este se ha hecho intrincado, y de dificultosa co-
branza) debe imputarse à esta, y à sus Executores
Testamentarios, à quienes por su negligencia no les
ha quedado recurso contra los otros bienes vincula-
dos, y menos contra las Casas aprehensas, ex D. Salga-
do *in Labyr. loco immediatè citato*, y las doctrinas de
Noguerol, Fontanella, y del mismo Señor Salgado
transcriptas al *num. 30.*

50. Hasta de aquí avemos hablado de la prueba
de bienes libres, que quedaron por muerte de Don
Martin (*num. 12.*) dexando convencido, que fueron
bastantísimos para satisfaccion de los creditos dota-
les de Doña Cathalina (*num. 15.*) Y hablando agora en
particular respecto à los bienes libres, que possedyò
en vida su hermano Don Henrique (*num. 13.*) y que
por su muerte quedaron, tengo por conocida super-
fluidad gastar tiempo en ponderar su numerosidad,
ni su prueba; pues por el Inventario de ellos, y las
muchas, y varias Escrituras publicas, y documentos
fee facientes presentados por el Conde de Sastago en
estos Autos (de que se hazen mencion, y expressan
en el Memorial ajustado desde el *num. 163. hasta
el 176.* à que me refiero) concluyentemente resulta
fue-



fueron tantos, tan quantiosos, y efectivos, que con ellos se podian satisfacer duplicados creditos dotales, que los pretendidos por dicha Doña Cathalina, ò sus havientes drecho.

51 Solo resta satisfacer lo que en contrario se alega diziendo: que aunque sea cierta la existencia de bienes libres de Don Henrique, estando este solamente obligado à la paga de los creditos dotales de dicha Doña Cathalina Artàl de Alagon *nomine hereditario*, nunca la dicha Doña Cathalina pudo intentar la accion dotal para su recobro contra los mencionados bienes libres propios de dicho Don Henrique, si unicamente contra los bienes de la universal herencia, y propios de dicho Don Martin su hermano: Especialmente en Aragon en donde se succede *beneficio inventarij*, por lo que el heredero solamente està obligado à satisfacer *intra vires hereditatis* las obligaciones pasivas del difunto. *Observant. item de foro, 12. de testament. Molinos in reper. verb. heres in princip. ubi Portolès num. 1. § 2.*

52 Para satisfacer esta duda, que al parecer tiene grave fundamento, es preciso suponer. Lo primero: que por el Testamento de dicho D. Martin (*nu. 12.*) consta, que este nombrò en heredero universal de todos sus bienes libres à su hermano D. Henrique, con la precisa obligacion de satisfacer à Doña Cathalina de Alagon su muger todas las cantidades, que importaren los Censos, y alhajas, que huviere agenado de los llevados por dicha Doña Cathalina para el Matrimonio que contraxo con dicho Don Martin; y con el pacto expreso de que primero huviesse de satisfacer las mandas dispuestas por dicho Testador, antes
de

de entrar à posseder los bienes libres de la universal herencia: la que fue acceptada por dicho Don Henrique, como todo aparece por el Memorial ajustado fol. 96. num. 158. y el num.º 163.

52 Supongo lo segundo : que el heredero por la adiccion, ò acceptacion de la herencia, se entiende celebrar un quasi contracto, no solo con el difunto, sino con todos los acrehedores, y legatarios de este: de forma, que en virtud de aquella se induce una obligacion, y promessa virtual, y tacita de pagar las deudas del difunto, y satisfacer los Legados dexados en Testamento, §. *heres*, 4. *instit. de obligat. ex quasi contractu*, L. apud Julianum, 3. *in fine*, ff. *quibus ex causis in possessionem eatur*, ita Conciolo *de herede*, art. 1. num. 24. & Alleg. 51. num. 20. Merlino *de pignor. lib. 2. quest. 16. num. 5*. Barbosa *de potest. Episcopi*, Alleg. 115. num. 8. & alijs. De que resulta, que aviendo dicho Don Martin *nominatim*, & *specificè* impuesto à dicho Don Henrique su hermano la obligacion de pagar à dicha Doña Cathalina sus creditos dotales, y este aver acceptado la herencia con este cargo *especifico*; se induxo por esta acceptacion un quasi contracto, y promessa especial à dicha Doña Cathalina de pagarle dicho determinado debito.

53 En cuyos terminos (supuesto lo sobredicho) parece que à dicho Don Henrique no le sufragò, ni pudo sufragar el beneficio de inventario, y que quedò obligado *ultra vires hereditarias* à satisfacer de propios bienes suyos los dichos creditos dotales, por la especiosa doctrina de Conciolo *tract. de herede, tam simplici, quàm beneficiato*, art. 2. num. 51. en donde hablando del beneficio de inventario, q̃ (supuesta su con-

feccion) compete al heredero, pone diferentes casos, y limitaciones desde el mencionado numero, en que no le sufraga, que el primero es, ibi: *Limita primo dictam principalem conclusionem, ut habeat locum quando heres beneficiatus promittit solvere generaliter, & indefinitè debita hereditaria, vel legata à testatore relicta, quia tunc sibi non præjudicat quoad beneficium inventarij; secus tamen est quando heres beneficiatus promittit solvere debitum hereditarium certum, & determinatum, puta scuta centum, & similia, vel legatum certum, vel alias promissio est specifica, & relata ad quantitatem certam; quia tunc sibi præjudicat quoad beneficium inventarij, & tenetur debitum, vel legatum solvere etiam si deficiant vires hereditarie;* con otros muchos que cita este Autor, quienes assientan, y ponen la misma diferencia entre la promessa general, è indefinida, y la especial, y de deuda determinada, que es la que aqui ocurre.

54 Y si alguno dixere, que esta doctrina solamente debe entenderse, y habla de obligacion, y promessa *formal*, y *expressa*, que el heredero hiziere al Acrehedor, ò Legatario de deuda cierta, y determinada; no empero de la *virtual*, y *tacita*, que es la que unicamente resulta de la adiccion, ò acceptacion de la herencia: es voluntario este discrimen, sino se assigna la razon de esta diferencia, por estår en contrario la regla sabida *taciti*, & *expressi*, *idem est iudicium*. L. *cum quid*, ff. *de rebus credit*. L. *ultima*, ff. *de legatis*, 2. L. *item quia*, ff. *de pact.* con otros muchos textos.

55 Ultimamente quando lo inmediato dicho tuviera alguna dificultad respecto à que dicha Doña Catha-

Cathalina pudiera aver intentado la accion dotal contra los bienes libres de Don Henrique: Nada daña, ni perjudica al Conde de Sastago, por quanto queda concluyentemente probado desde el *num.* 36. que por muerte de Don Martin quedaron muchos bienes libres, bastantes à satisfacer todos los creditos dotales de dicha Doña Cathalina; pues sin contar las deudas à su favor (que menciona en su Testamento) solo las cantidades de dinero q̄ expressa tener depositadas en diferentes personas, suman la de 9717. *lib.* 12. *sueld.* y por el Apoca instrumental, y Escritura de declaracion hechas, y otorgadas por Doña Luisa, Religiosa de Santa Cathalina, consta por confesion de esta tener en deposito la de 9007. *lib.* Y quando ningunos bienes libres (*quod absit*) huviera dexado dicho D. Martin (*num.* 12.) lo que no tiene duda, y se convence con evidencia (en virtud de la subrogacion de las Casas aprehensas en lugar de las de la Plaza del Justicia) es: que aquellas no pueden ser agenadas, ni subastadas por causa de constitucion, ò restitucion de dotes, en fuerza de la clausula de la Carta Dotal, que se otorgò para el Matrimonio que se avia de contraher, y despues contraxo entre D. Artàl de Alagon, y Doña Maria de Luna (*num.* 4.) ibi: *Que por ninguna causa, y razon, quanto quiere urgentissima, aunque por Fuero, y Drecht sea permitida, puedan ser agenadas, &c.* las que incluyen, y comprehenden la prohibicion de agencion por causa de constitucion, ò restitucion de dotes, por las razones que alli se expressan; y la de que las palabras generales en nuestro Reyno se han de entender con toda la extension, y latitud, que admite la propiedad de ellas, aunque resulte correccion de drecht.

cho. Ita Portolès de confort. cap. 5. num. 33. ibi: *Verba statutorum generaliter prolata debere generaliter intelligi, etiam si ius commune corrigatur*...: *Que quidem opinio multo fortius in hoc Regno procedit, ex quo in eo adest statutum, quo cavetur, quod verba ad litteram intelligantur, quia quotiescunque tale statutum viget, nunquam proprietas verborum generalium restringenda est, sed verba ipsa generaliter prolata, generaliter intelligenda sunt; etiam si in casibus odiosi versemur.* Que es aver resumido la Alegacion.

56 Por estos motivos, y los de que la disposicion de la *Authent. res que*, Cod. comm. de legat. es exorbitante, ex Fontanella de pact. nupt. claus. 5. glos. 1. part. 2. num. 92. Suelves Cent. 1. consil. 94. num. 17. (como tambien, que los Mayorazgos son tan favorables, y del bien publico, como assienta el Señor Molina de Hispan. Primog. lib. 1. cap. 18. ex num. 1.) juntamente por los que adelantará, segun acostumbra à beneficio de la justicia, la superior inteligencia de la Sala: Entiendo debe ser totalmente repelida la pretension del Principe Pio, Marqués de Castel-Rodrigo, como Patron de la Memoria de Missas fundada por los Executores de dicha Doña Cathalina (num. 15.) Zaragoza, y Enero 28. de 1735.

D. Jacinto Ferrando y Arriola,
Canonigo Doctoral.