

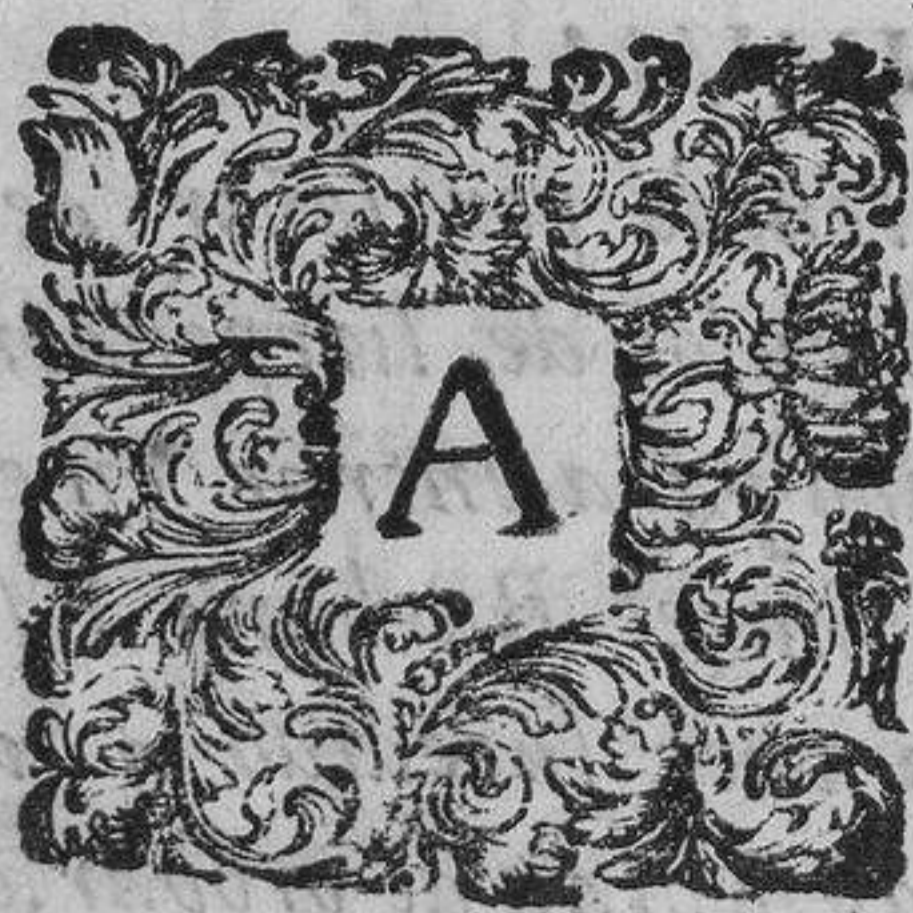
IN PROCESSV
CISTERNO IOSEPHI
Dauden, & Mariæ Cecilix
Royo coniugum.

SVPER APPREHENSIONE.

IN ARTICVLO PROPRIETATIS:

SOBRE QUE DEVE DECLARARSE
nula, y revocarse la Sentencia proferida en
esta causa, como se suplica.

POR JOSEPH DAUDEN Y ROYO,
Infançon, y Barbara Escuder y Mar-
cilla coniuges.



Viendose decretado esta Apre-
hension sobre la Masada, que
se comprehendiò en el apelli-
do, y se confronta en el bona-
vero, baxo el num. 11. se dis-
putò su posesion sumarie en
el articulo de litendente, y
despues pleno examine en el de firmas, y en entram-
bos,

bos , aunque principalmentē no se arguyò sobre el dominio , pero sin embargo se reconociò este en favor de Juan Lopez , y por tanto deseando Mossen Miguel Pastor passar a disputar esta causa en la propiedad, obtuvo citacion contra Juan Lopez, decretada por V. S.

2 En consideracion de no aver aquel satisfecho al Real decreto de V. S. por no aver citado a dicho Juan Lopez , en quien estuvo reconocido el dominio; y así mismo sin esta precisa circunstancia (bien persuadida por las practicas de nuestro Reyno) averse disputado, y sentenciado esta causa en el articulo de propiedad , porque se mandaron vender , y trançar los bienes , sin averse a este citado tampoco para las almonedas , trança , y moderacion , siendo así , que para todo esto mediò el decreto Real de V. S. parece , que con evidencia resulta , y se manifiestan notorias las nulidades de este Proceso , en fuerza de las quales Don Francisco Ibañez de Aoyz, Procurador en esta causa de Joseph Dauden, y Barbara Escuder, pidiò revocar, y anular esta Sentencia, para cuyo perfecto examen se ha servido V. S. participar las siguientes Dudas.

DVBIVM PRIMVM.

Aunque Juan Lopez fue tenido por señor de la Masada aprehensa en los Articulos de litendente, firmas, y propiedad, y no fue citado para entrar en este, parece, que Joseph Dauden, y su muger Barbara Escuder de Marcilla, que pretenden aver sucedido a Juan Lopez en el dominio de la Masada, avian de probar, que aquel era señor de dicha Masada, sin que baste, al parecer,

cer, averlo confessado las partes, pues parece, que esto solo podria aprovechar para legitimar la instancia de Dauden, y su muger, quia sufficit fumus, pero no para obtener la anulacion, porque para ello es necesario verificar el dominio de Lopez, como fundamento de su intencion, y verdadero interesse.

3 La comprehension de la Duda, parece, que en substancia se reduce, a que no pueden obtener la anulacion que suplican Joseph Dauden, ni su muger, sin que prueben primero el dominio de Lopez con quien se incluyen, como fundamento de su intencion, sin que para esta prueba pueda bastar el aver confessado las partes el dominio en favor de estos.

4 Para cuya satisfaccion devo suponer, que entre las varias especies, que el derecho tiene prevenidas de probaciones entre ellas, tiene seguro lugar la confesion, como resulta con evidencia del titulo de confessis en ambos derechos, y que ninguna sea mayor, ni mas privilegiada, lo advertiô Dec. *in cap. atrr Clerici de iudic.* Jasson *in l. cum te, Cod. de probat.* Roland. *cons. 70. n. 2. vol. 3.* Borrell. *sum. d'cis part. 2. tit. 2. n. 172. & seqq.* Surd. *cons. 54. & 60.* Vela *dissert. 23. à n. 4.* Suelves *cons. 14. n. 6.* y que esta tenga la eficacia de sanar qualquiera defecto en el Proceso, Mascard. *conclus. 351. num. 2.*

5 Y aunque algunos DD. ayan querido contrvertir, y disputar si la confesion es propia especie de probacion, ô circunstancia tan privilegiada, que relevet ab onore probandi, Felin. *in rub. de probat. n. 6.* Decian. *ead. rub. n. 10.* Alciat. *in l. cum t. Cod. de transact.* pero no obstante la corriente mas segura, y cierta Jurisprudencia es, que aquella sea legitima,

4

ma, adecuada, y concluyente probacion, Jaffon *in dict. l. cum te, n. 11. l. fin. §. licentiam, Cod. de iur. de liber. Clement. in fin. de elect.* Balasco *de iur. emphit. quest. 7. n. 72. vers. Sed ego verius.* Malcard. *in tract. de probat. conclus. 7. §. conclus. 360. vol. 1.* y segun las practicas de nuestro Reyno, no tiene dificultad, Molin. *verb. Confessio, ubi Portol. Saelves semicent. 1. conf. 14. á num. 6.*

6 Con estos seguros antecedentes supuestos, parece, que se arguye, y concluye con evidencia en nuestro caso estar probado el dominio de Juan Lopez legitima, y concluyentemente, pues las partes ex aduerso en todos los Articulos de este Proceso lo reconocen, y confiesan en favor de este, cuya confesion siendo contra ellos, no parece tiene duda ha de servir de legitima prueba para calificar el dominio de Lopez, y por consiguiente para legitimar la instancia de Joseph Dauden, y Barbara Escuder de Marcilla, para poder estos con efecto oponer las excepciones de nulidades, que de este Proceso notorias resultan, pues la confesion contra el confitente legitimamente prueba, Suelves *semic. 1. dict. conf. 14. n. 5. alli: Et quod hac confessio plenè probat contra confitentem, l. cum te, Cod. de transact.*

7 No apartando la consideracion de esta especie, si bien haziendo mas reflexion sobre ella con respeto a la sugeta materia, me parece, que para mas seguro acierto encuentro la razon, y doctrina radical en el derecho, en cuya consideracion se concluye probado el dominio en favor del que intenta accion en fuerza del, quando se muestra la confesion del adversario. Es elegante la decision del Jurisconsulto

Vlpia-

Vlpiano *lib. 5. de omnibus Tribunalibus, l. 6. ff. de confessis, §. 2.* escribe así: *Sed & si fundum vindicem meum esse, tu quoque confessus sis, perinde habearis, atque si dominij mei fundum esse, PRONVNTIATVM ESSET.*

8 Siendo tan sabidas las decisiones del derecho en el Regio Tribunal de V. S. no me ha parecido dificultosa empresa el hallarla esta misma atendida, y practicada con algun adelantamiento (muy propio de la gran comprehension de V. S.) de lo que omitiô Vlpiano *in dict. l. 6. d. §. 2.* pues alli solo se persuade, que quando el Actor intenta accion en fuerza del dominio, *si fundum vindicem*, solo con la confesion del adversario, *tu quoque confessus sis*, se muestra legitimamente probado, como si en fuerza del mismo dominio en favor del Actor se huviesse pronunciado, *perinde habearis, atque si dominij mei fundum esse, PRONVNTIATVM ESSET.*

9 Pero segun las practicas de nuestro Reyno, no solo es cierta la decision de Vlpiano, si bien por ellas se ha aumentado, que aunque la confesion no fuesse hecha por el principal, si bien por su Procurador, y esta fuesse hecha en otro Proceso (pongamos en el de litependente) esto solo bastaria para que el Actor obtuviera en el de propiedad, solo con la confesion del adversario, por ser esta sola legitima prueba para calificar del Actor el dominio. Dizelo con su nunca bien ponderada erudicion el Señor Regente Sesse *decis. 393. n. 52.* alli: *Receptum enim est in hoc Regno ex supradictis, quod confessio Procuratoris nocet suo principali etiam in alio iudicio, & sic ex*

tali confessione in casu presenti facta per Procuratores Villa de Luna in favorem Villa de Erla, in articulo litispendentia, in quo obtinuit Erla, fuit condemnata Villa de Luna in articulo proprietatis in favorem Villa de Erla, vide in Processu Hieronymi Torrero, super apprehensione, in articulo proprietatis, in Curia Iustitiæ Aragonum, die 21. Januarij anno 1597. circa quod vide Decium consil. 191. Socinum consil. 166. num. 2. Covar. lib. 1. variar. 618. Avendaño cap. 12. part. 1.

10 Por tanto parece, que se infiere con legitima evidencia, que aviendo las partes ex adverso reconocido, y confessado el dominio de la Masada en Juan Lopez, no solo en el Proceso de litependente, si tambien en el de firmas, y propiedad, esto ha de servir de prueba legitima para que se entienda el dominio en dicho Lopez, y por configuiente en Joseph Dauden, y Barbara Escuder de Marcilla, como successores en los derechos de Lopez con quien se incluyen para legitimar su instancia, sin que pueda obstarles para su eficacia la question de dominio, quando se muestra ser suficiente para calificarlo la confession del Adversario, reconocida en tantos Processos.

11 Y aunque esta confession, con la circunstancia de ser judicial, y tan repetida ex adverso, en vno, y otro Proceso no sirviessse de tan legitima prueba para el dominio de Lopez, como lo persuaden los textos, y doctrinas, que llevo hasta aqui dichas, no obstante todo esto es tan privilegiada la excepcion de nulidad, que esta jamás se entiende

quitada , aunque el estatuto quite todas las excep-
 ciones, Vant. de nullit. fol. 60. num. 36. y para le-
 gitimar su instancia el que la propone (aunque sea
 vn tercero) basta que haga taliter qualiter osten-
 sion de su interês, aunque la prueba de esto no con-
 cluya , y solo le muestre aparente , Vant. de nullit.
 rubr. 4. n. 24. alli : *Satis autem fuerit docere de in-
 teresse comparentis summarie , videlicet per iuramen-
 tum , vel unum testem , aut aliâs saltim apparenter
 quamvis probatio omnino non concludat, &c.*

12 Y assi parece , que mostrandose como se
 manifiesta la confesion de las partes ex aduerso en
 nuestro caso , tan repetida en vno , y otro Proceso
 del dominio, que reconocen , y confiesan en la per-
 sona de Juan Lopez , ha de servir esta , no solo de
 prueba aparente, sino adecuada , y concluyente , co-
 mo llevo fundado , y por configuiente resulta de
 ella el interês de Juan Lopez, y sus avientes drecho,
 y mas en la consideracion de tenerlo tambien V. S.
 reconocido, decretando para la propiedad la citacion
 a este, y assi mismo para las almonedas, y prorroga-
 ciones , por cuyos motivos no encuentro pueda dex-
 arse de comprehender el interês de Lopez en el do-
 minio, y aunque quedasse escrupulo para si se con-
 cluye legitime con esta prueba , no puede averlo pa-
 ra que se convença al menos aparente , y por confi-
 guiente bastando esto para legitimar la instancia,
 que se haze en fuerça de esta excepcion de nulidad
 tan privilegiada, con efecto se ha de entender la opo-
 nen , y pueden oponer Joseph Dauden , y Barbara
 Escuder de Marcilla , como avientes drecho de dicho
 Juan Lopez.

DV:

DVBIVM SECVNDVM.

La cesion de la Masada que hizo Juan Lopez a favor de Estevan Escuder, de quien pretenden incluirse Dauden su muger, parece que no fue absoluta, sino con la condicion de que pagasse antes a los Aprehendientes su credito, pensiones, costas, y propiedad, reteniendose entre tanto el dominio, y possession de la Masada por el dicho Estevan Escuder, y los suyos nomine præcario, y assi parece, no aviendose verificado esta condicion, no ha de tener efecto la cesion referida.

13 De esta Duda la dificultad, toda parece que consiste, en si la cesion, que hizo Juan Lopez a Estevan Escuder fue absoluta, ò condicional, para cuyo perfecto examen devo suponer, que ay algunas circunstancias, que parecen condiciones, y no lo son, y otras que parecen modos, y son condiciones, y aunque esta materia la reconozco dificultosa, no obstante para tratarla con respeto al assunto, y sugeta materia, procurarê hazer menos obscuros mis discursos con la suposicion de algunos principios ciertos, los que para el perfecto conocimiento de esta materia se deven tener presentes.

14 Condicion propriamente se dize, y entiende aquella, assi en las vltimas voluntades, como en los contractos, que se pone, y vâ adjunta, è inherente a la disposicion, D. R. Sesse *decis.* 31. *â n.* 5. y al contrario, Modo es aquel rigurosamente, que no se pone, ni vâ inherente a la disposicion, sino que antes bien la supone, y vâ este adjunto adheriendo, no a ella, sino a la execucion, D. R. Sesse *d. decis.* 31. *n.* 9. *alli: Modus est adiacens determinatio non dispositioni, sed*

sed executioni eius. Bald. *in l. si plures, col. 7. Cod. de cond. incer.* y como se conozca la razon de diferencia que ay entre el modo, y la condicion, *idem* Bald. *in l. res, Cod. de donat.* Bart. *in l. licet, ff. ut legat. nomin. cav.* y quando aunque las palabras induzcan por su significacion, y naturaleza condicion, y se aya de entender Modo, y no condicion en el acto, Bart. *in l. quibus diebus, §. Familius, col. 2. ff. de condit. Et demonstr.* Socin. *conf. 21. vol. 3. col. penult.* Alexand. *conf. 120. vol. 1. col. 2.* Oldrad. *conf. 18.* Gregor. Lopez *in l. 21. lit. F. 6. part. 19.*

15 Con el supuesto, pues, de la causa, y razon formal, en que consiste el ser especifico distintivo, y formal de la condicion, y el Modo; en quanto a sus efectos tambien encuentro, y reconozco otra puntual diferencia; porque la condicion (como no sea aquella que se pone a la adempcion, revocacion, o resolucion del acto) Siempre suspende el acto por su naturaleza hasta que esta se verifica, pero del modo, no es efecto el suspender, si bien suponer el acto puro, y perfecto, y despues es circunstancia que obliga precisamente al adimplemento: Admirablemente Molina *de Hispan. primog. lib. 2. cap. 12. num. 4.* alli: *Quod patet ex eo, quia conditio suspendit effectum dispositionis; Modus autem non impedit, nec etiam suspendit effectum dispositionis, sed obligat post dispositionem perfectam. Vidend. D.R. Sesse dict. decis. 31. num. 23.*

16 Siendo, pues, como llevo fundado distinta la condicion por su ser, del Modo, por su esencia, y no solo respeto de su causa intrinseca, si tambien res-

peto a sus efectos; pues aquella adhèreze a la disposición, y este a la execucion, aquella impide, suspende, y no obliga, este obliga, no suspende, ni impide, aquella se advierte in fieri, este se atiende in facto esse, por aquella hasta que se verifique la exclusion arguye, por este, para que se cumpla la compulsion advoga, parece que en nuestro caso la frase que se pone en dicho instrumento de cession, no puede entenderse propiamente circunstancia que induzca condicion, sino clausula que persuada rigurosamente Modo.

17 Y para que esto mas seguramente se convença, es de advertir, que en dicho acto de cession hecha por Juan Lopez a favor de Estevan Escuder, transpassô, y cediô aquel a favor de este todos sus derechos pura, y absolutamente, y hecha la cession en esta manera, explicò ser su voluntad, que con sola la ostension del instrumento de cession pudiesse tomar Estevan Escuder Cessionario la possession de la Masada, pagando a dichos Aprehendientes, lo que por razon de su credito se les deviere; constituyendole entre tanto el Cedente a poseer dicha Masada a favor de dicho Cessionario, *nomine precario*.

18 De donde parece, que legitimamente se infiere, la cession no fue condicional, si bien pura, y absoluta, porque la circunstancia de pagar el credito a los Aprehendientes, no fue impuesta, ni coherente al acto de la cession, sino al acto de tomar la possession el Cessionario, como resulta del mismo instrumento, por lo qual, no siendo este cargo impuesto con obligacion de su preciso adimplemento antes que la ces-

cession subsistiese, sino imò potius despues, esto es
 al acto de tomar la possession en fuerza de ella, pa-
 rece, que en fuerza de esto, no puede entenderse la
 cession condicional, si bien persuadirse Modal, pues
 esta es la principal, y mas segura regla para el cono-
 cimiento de quando es vna circunstancia Modo, y
 quando es condicion, como lo advirtió con especial
 puntualidad Duran. 5. part. de condit. impossib. fol.
 104. n. 3. alli: *Quare ad secernendum modum à con-*
ditione hac regula est precipua, que ex substantia ipsa
conditionis, vel Modo precipitur; ut scilicet tunc condi-
tio sit, quoties disponens voluit, & id quod in modum,
vel conditionem deduxit, impleri debeat, antequam
actus perficiatur, l. filio familias, ff. de condit. & monstr.
Modus vero tunc adiectus censeatur, quando impleri
disponens voluit post dispositionem, & actum perfectum,
leg. Marcia, ff. de manu Test. l. quibus diebus, §. Fermi-
lius, ubi Bart. vers. Die ergo, ff. de condit. & demonstr.
Alciat. in resp. 165. num. 15. Paris. cons. 19. n. 255.
lib. 2. Menoch. cons. 131. n. 2. Sarmiento lib. 2. se-
lect. cap. 13. num. 1. & 4.

19 Por lo qual parece legitimamente se argu-
 ye, y convence la circunstancia, ô cargo impuesto de
 pagar al Aprehendiente, lo que por razon de su cre-
 dito se le deviere en dicho acto de cession, no puede
 ser circunstancia que haga el acto condicional de la
 cession, pues no vá inherente a ella, ni con precitud
 de que se verifique antes, si solo circunstancia que
 induzca Modo, como subseguida despues, y solo
 coherente al acto de tomar la possession, que este de
 necesidad se ha de considerar secundario a la cession,
 como yâ in facto esse constituida. Es

20 Es muy congruente tambien para este asunto lo que escriviò Baldo *an cap. dudum de elect.* y refiere Molina *de Hispan. primog. lib. 2. cap. 15. n. 28.* adonde trae el caso de aver sido vno admitido en Ciudadano con la misma circunstancia de pagar ciertos cargos, ô Colectas ; y duda , si en el caso de no averse pagado se ha de resolver este honor, y responde, que no entendiendo esta circunstancia , no es condicion, sino Modo : *Quod si aliquis fuerit receptus in Civem, dummodo solvat datia, & Collectas, quod si non solverit datia, vel Collectas, non resolvitur civilitas, sed potest compelli ad solvendum, & solutis datijs, vel Collectis, gaudebit comodis civilitatis, quia dictio dummodo non efficit actum conditionalem, sed obligat ad sic faciendum per modum: non autem per conditionem; ideoque tanquam Modus implendus erit, per viam compulsionis: Non autem sicut conditio, que per Modum exclusionis impleri solet, &c.* De donde parece se inferir, que aunque en nuestro caso fuesse admitido à la cession Estevan Escuder, pagando dicho credito, aunque este, ô sus avientes drecho no ayan pagado, no puede entenderse suspenso el acto de la cession, por no ser aquella circunstancia que importe condicion, sino Modo, y mas no imponiendo precepto el cedente, que se cumpla antes, ni ir coherente a la cession, sino al acto de tomar possession, como llevo fundado.

21 Todos estos discursos han de tēner más seguro apoyo haziendo mas reflexion sobre el mismo instrumento de cession, con alusion tambien a lo que se reconoce en la elegantissima Duda de V. S. en don-

donde se advierte con certeza Juan Lopez, en fuerza de la cession que hizo de la Masada a dicho Estevan Escuder con el referido cargo, se quedô, y constituyò a tener, y possederle *nomine precario*, hasta que, ô en el entretanto no se pagasse el credito, de donde se infiere ya la cession tuvo efecto, pues se muestra, que en fuerza de ella, el que tenia, ô en quien estava antes reconocido el dominio, èl mismo se reconoce, que a ruego, y en precario del Cessionario posee, y esto en el mismo acto de la cession, y en el caso de no cumplirse la circunstancia de pagar dicho credito: Luego porque se reconoce con evidencia, que este transfiriò los derechos que en si tenia de la Masada en Escuder, porque sino era manifesta implicancia, que este en precario a favor de Escuder poseyera, y no le huviesse transferido derecho alguno de possession civil, ò dominio, esto no puede ser; luego porque tuvo efecto la cession, aunque la satisfaccion al credito no se subiguiesse, pues en este acto no ay otro a que atribuirlo, ni de que poderse entender.

22 Esta misma circunstancia, pagando a dichos *Aprehendientes* lo que por razon de su credito se les deviere, que se subigue en el mismo instrumento, precisamente se ha de entender fue impuesta, para el caso que quisiessse revocar el precario, ô lo revocasse Escuder Cessionario, pues por esta no pudo, ni puede estar insuspenso la cession, por los efectos producidos, que de ella se muestran, pues es cierto, que a mas de averse transferido el dominio que tenia Lopez, por ella transfiriò tambien la possession civil, aun en el caso que Escuder no hiziesse dicha paga,

porque para este, y en este mismo caso quiso poseer Lopez cedente, *nomine precario*, como lo reconoce tambien la Duda a favor de Escuder Cessionario: Luego porque en este mismo caso de no aver pagado el Cessionario a los Aprehendientes, se muestra tuvo efecto la cesion, pues por ella se reconoce precisamente la possession civil en el Cessionario, quando se advierte, que el cedente en el mismo caso a favor de aquel, *nomine precario* posee, por ser esto tan de la naturaleza del precario, que es indispensable, que el que como tal posee, reconozca la possession civil en aquel a cuyo favor posee.

23 Para cuyo intento no puedo omitir la elegantissima decision del Jurisconsulto Pomponio in l. 6^a habet 15. §. 4. ff. precario, dize assi: *Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat, qui rogatus sit dubitatum est? Placet autem penes utrumque esse, eum hominem qui precario datus esset: penes eum qui rogasset, quo possiderat corpore: penes dominum, quia non decesserit animo possessione*: De donde parece legitimamente se arguye, que en el caso que vno posee, *nomine precario* a favor de otro, es preciso se entienda en aquel a cuyo favor se posee, no solo el dominio en la cosa que se posee, si tambien la possession civil: Luego si en el caso de no pagar Estevan Escuder Cessionario dicho credito a los Aprehendientes, Juan Lopez Cedente conservò la possession de la Masada, *nomine precario*, a favor del Cessionario, por el mismo acto de cesion, pudiendo aquel revocarlo en el caso de pagar, se ha de entender preci-

samente por el mismo acto de cesion le transfirió Lopez a Escuder, aun en el caso de que no pagasse dicho credito el dominio, y posesion civil de la Masada, porque sino, era imposible en el entretanto pudiesse poseer Lopez, *nomine precario*, y Escuder poderlo revocar aun pagando.

24 Por lo qual, aviendo la cesion, en el caso de no averse subseguido la paga del credito de los Aprehendientes producido estos efectos, no parece puede entenderse sin efecto, ni condicional, si bien la clausula dicha, *pagando a los Aprehendientes lo que por razon de su credito se les deviere*, se ha de entender precisamente Modo, y no Condicion, y quando los discursos con que hasta aqui lo llevo fundado, no le persuadiesen con segura eficacia, porque quedasse algun escrúpulo para su convencimiento, en caso de duda (como ofrece tanta la Jurisprudencia en este asunto, por ser en materia tan dificultosa) se ha de entender Modo precisamente, y no se ha de persuadir Condicion, Duran. *dict. part. 5. de Condit. § Mod. dict. cap. 1. n. 12.* alli: *Tamen quando dubium est, an Modus sit, vel conditio, Modus potius, quam conditio presumitur; ita Bart. § Bald. in l. cum mota, Cod. de transact. Alex. conf. 102. n. 4. lib. 1. Cravet. conf. 59. n. 1. Mascard. conclus. 343. n. 1. Rota Roman. decis. 39. n. 5. lib. 1. in novissime editus, &c.*

25 Y assi aviendose de entender dicha circunstancia Modo en nuestro caso, respeto de la cesion; por tanto esta no pudo quedar insuspense, aunque el Modo, pagando a los Aprehendientes su credito, no le aya verificado, ni cumplido, y por consiguiente

para su adimplemento , estará obligado el Cessionario , y se podrá proceder contra el per viam compulsionis , y en el caso de no cumplir , quedará este privado de todo el comodo de la cession , y quedará aquella resuelta.

26 Pero en nuestro caso se ha de entender de necesidad permanente , en su ser , y eficacia , porque para que lo contrario se entendiese , era necesario verificar , que al Cessionario , ò a sus avientes derecho se les avia interpelado , para que cumpliesen con el Molo impuesto en la cession , dando satisfaccion a aquel credito , lo que hasta aqui no se ha verificado , ni consta , por lo qual el Cessionario , ni sus avientes derecho , no pueden hasta aqui quedar privados del comodo de esta cession , por no aver hasta aqui sino interpelados. Duran. dict. part. 5. de Condit. & Mod. dict. cap. 1. n. 6. alli: *Vbi verò agitur de modo implendo, NECESSARIA EST PARTIS INTERPELATIO, ut in specie tradit Cravet. in cons. 59. n. 7. qui post Corneum, quem recenset, respondit, quod ita demum is qui adiectum modum impleri debet, privatur comodo, CUM FVERIT INTERPELATUS, VT IMPLERET.* Ruin. cons. 100. n. 4. lib. 5. Menoch. cons. 131. n. 6.

27 Y la razon de esto es puntual , advirtiendole , que el obligado a algun fecho , en tanto por la mora cae en pena , en quanto ha sido interpelado para que hiziesse lo que devia , como profiguiendo lo dize el mismo Duran. al n. 10. alli : *Et ratio est, quia qui obligatus est ad factum, ita demum ob moram incidit in pœnam, si interpellatus non facit, quod facere debet, l. si*

pœnam, ff. quando dies leg. l. mora, ff. de usuris. Y así aviendole de entender dicha circunstancia cosa que importe Modo, como llevo fundado, y no clausula que importe Condicion, no constando se aya hecho interpelacion al Cessionario, ò a sus avientes derecho para su adimplemento, no pueden estos entenderle, ni declararse privados de los comodis de esta cession.

DVBIVM TERTIVM.

Siendo Joseph Dauden hijo de los Aprehenientes a cuyo beneneficio se hizo dicha cession, y cuñado del Cessionario, que cedió despues la Masada en favor de su hermana Barbara Escuder, muger de Joseph Dauden, parece que este no pudo testificar dicha primera cession legitimamente, ò a lo menos sin alguna sospecha de interesse propio, pues por indirecto resulta ser el acto a favor suyo, y el de su muger.

28 La dificultad de esta Duda parecè, que procede de reconocerse Joseph Dauden, hijo de los Aprehendientes, y ser este el que testificò el acto de la cession primera que hizo Juan Lopez a favor de Estevan Escuder, pues aviendo este hecho segunda cession a favor de su hermana Barbara Escuder, y muger de dicho Joseph Dauden, parece que resulta alguna sospecha, por atenderse en este algun logro saltim indirecte.

29 Parece que esta Duda tiene manifiesta satisfaccion, con advertencia a que aunque por indirecto se reconozca algun logro por estas cessiones en Joseph Dauden, por aver llegado en fuerça de ellas a parar el dominio de estos bienes en Barbara Escuder

su muger, estõ nõ puedẽ entenderse precísamente en fuerça del acto de celsion, que este testificò, si solo en fuerça del segundo que testificò Sebastian Omedes, Notario, domiciliado en la Villa de Cantavieja, porque por el que testificò dicho Joseph Dauden (que fue primero) solo se hizo la celsion en favor de su cuñado Estevan Escuder de Marcilla , y por el que testificò dicho Sebastian Omedes (que fue segundo, y posterior) por este llegò a reconocer el logro de este drecho Barbara Escuder de Marcilla , y por consequencia dicho Joseph Dauden ; de donde parece se infiere, no poderse entender sospechoso el acto, que se muestra testificado por Joseph Dauden , pues la circunstãcia del logro (que en este solo por consequencias puede persuadirse) no es en fuerça, ni resulta del Acto, que por èl se muestra testificado, si solo por el que testificò Omedes , aumentandose a esto el transcurso de 18. años de tiempo de vna a otra celsion.

30 Pero demos , que el logro , ò interês , quẽ pueda reconocerse en dicho Joseph Dauden, por aver llegado el dominio de la Malada a su muger Barbara Escuder, se advirtiesse por el Acto , y en fuerça del que este testificò en favor de Estevan Escuder , y veamos si este acto por esto deve despreciarse , cuyo conocimiento depende de la question , si el Notario puede testificar en favor de su muger , cuya resolucion es afirmativa en la consideracion del drecho, como cõ elegancia lo persuade la decision del Jurisconsulto Paulo *in l. 18. ff. ad legem Cornel. de fals. alli : Vxori legatumin alieno testamento scribere non prohibemur.*

31 Y segun las prácticas de nuestro Reyno lo afirma tambien Miguel del Molino *in suo repert. verbo Vir, & uxor, fol 335. col. 4. & in verbo Notarius, fol. 233. col. 4. vers. Notarius.* Y en los mismos lugares su Escoliador Portoles, porque, ni en atencion al drecho comun, ni practicas de nuestro Reyno, no encuentro dicho acto, pueda persuadirse sospechoso, quando las practicas, y drecho lo aprueban, y no será facil se encuentre doctrina, ni disposicion, que en estos terminos convença lo contrario.

DVBIVM QVARTVM.

Aviendose testificado en el Reyno de Valencia la cession de la Masada que hizo Estevan Escuder a favor de su hermana Barbara Escuder, parece que devia estar legalizada, aunque diga el Notario en su Signatura que lo es por autoridad Real por todas las Tierras, y Reynos del Rey nuestro Señor, y que está domiciliado en la Villa de Cantavieja; y si bien parece para probar lo referido, Dauden, y su muger produxeron dos testigos, no se ballan sus deposiciones.

32 Quiere persuadir esta Duda de ningun valor, y fee el acto de la cession de la Masada, que otorgô Estevan Escuder a favor de su hermana Barbara Escuder, por quanto este se testificò en Villahermosa, Lugar del Reyno de Valencia, y no está legalizado, sin que para su fee pueda bastar el que en su Signatura diga el Notario que lo es con autoridad Real por todas las Tierras, y Reynos del Rey nuestro Señor (que Dios guarde) y que está domiciliado en la Villa de Cantavieja.

La

33 La satisfaccion de esta Duda procurará persuadir con dos discursos, reducidos a dos dilemas: sea el primero, ó la excepcion se opone contra el instrumento por no ser Notario el que le testificó, siendo este del Reyno, ó se pone contra el instrumento por ser Notario el que le testificó, siendo extranjero; si lo primero no tiene lugar la excepcion, ni se admite, porque entonces se entiende se opone por diferir, y prorrogar la causa, por no ser verosimil, que viviendo, siendo, ó teniendo domicilio vno en el Reyno, y diziendo, que es Notario, y que como tal testificó el instrumento, no lo sea; si lo segundo, lo contrario se entiende, porque siendo extraño del Reyno el que le testificó, ni el drecho, ni Fuero no presumen en él la qualidad de Notario.

34 Tiene seguro abrigo este discurso con la observancia, *item si dicatur de probat. fac. cum carta, alli: Item si dicatur contra aliquod instrumentum quod ille qui illud facit non est Notarius, Et ille qui dicitur non est Notarius sit de Regno: non admittitur talis exceptio, sed dicat si vult, quod instrumentum est falsum, quia non est verosimile ex quo de Regno est, Et dicit se Notarium, cum sit presumptio, quod casu prorrogandi causam dicatur: nec est verisimile, quod aliquis de Regno diceret se Notarium in aliquo instrumento, nisi esset, quia si dicit falsum in hoc veniet, quod scietur an sit Notarius, necne: secus si ille Notarius sit extra Regnum, quia tunc bene admittetur talis exceptio.*

35 De donde se infiere con evidencia, que para que pudiera hazerse argumento contra la fee que se ha de dar a este instrumento, era necessario para legiti;

gitimar la excepcion, que el que le testificò no fuesse del Reyno, por ser esta circunstancia precila para que pueda admitirse la excepcion, *ut in d. observ.* pero aqui no solo no consta sea extraño, si bien lo contrario, pues dize en su Signatura, que es domiciliado en la Villa de Cantavieja, porque parece se ha de persuadir no es extraño, pues no es verosimil creer, que testificará aquel el Acto entre personas del Reyno, diziendo en su Signatura, es domiciliado en vn Lugar del mismo, y no serlo, pues así como no es verosimil, que vno del Reyno como Notario testifique vn Acto sin que lo sea, por la facilidad que ay para cerciorar esta verdad, del mismo modo no es verosimil vno testifique, como domiciliado en el Reyno, no siendolo, siendo así, que así en este, como en el otro caso, facilmente puede concluirse esta verdad, aumentandose a todo esto el averse de dar precisamente fee a este Acto, mientras no conste es extraño el que le testificò, y con esta circunstancia se oponga la excepcion contra dicho instrumento.

36 Ni contra esto puede servir de consideracion el que el instrumento se aya testificado fuera del Reyno, porque esto no basta para no presumir la qualidad de Notario en el que como tal le testificò, sino en el caso de tener este el domicilio, ò vivir fuera del Reyno, como advierte Portoles, exponiendo la dicha observancia, *verbo Notarius, n. 16. alli: Quare ipsa observantia minimè decidit, quod non prasumitur esse Notarius ille, qui tanquam Notarius instrumentum extra Regnum confecit, sed tantum decernit, quod eo casu quando Notarius extra Regnũ degit, si á parte*

*excipiatur illum Notarium non esse partem producen-
tem instrumentum teneri probare, illum Notarium es-
se, unde contra opinionem Molini nostri observantia
ipsa inuere videtur, &c.* y assi no constando, que el
que testificò este Acto, vivia, estava, ô tenia su domi-
cilio en Valencia, aunque le aya testificado alli, no
por esso se ha de dexar de presumir la qualidad de
Notario en el que como tal le testificò.

37 Passando, pues, al segundo discurso, para
mayor convencimiento en satisfaccion de la Duda,
deleo persuadir, que aunque en nuestro caso el que
testificò dicho instrumento, no fuesse, ni tuviesse el
domicilio en el Reyno, ni se huviesse probado, por
el que se vale, ò produce el instrumento la qualidad
de Notario en él, no obstante en esso se le avia de
dar entera fee, y credito, para cuya persuasion sea el
siguiente dilema; ò esta excepcion contra el instru-
mento la opone la parte, ò no; si lo primero no tie-
ne duda, que opuesta por ella con la circunstancia
que arriba llevo dicha, de no vivir, ò tener el domici-
lio en el Reyno el que testificò el instrumento, que
esta tiene lugar, y deve admitirse, y producirá el
efecto, de que el que se vale, ò produce el instru-
mento, tenga obligacion de probar la qualidad de
Notario en el que le testificò; si lo segundo, al in-
strumento de necesidad se le ha de dar fee, aunque
fuesse testificado por Notario estrangero, y afuera
del Reyno, porque el Acto como tal subsiste, hasta
que el adversante opone la excepcion.

38 Assegura las dos partes de este discurso la
doctrina de Portoles, *verbo Notarius, num. 17. alli:*

Tam

Tam in hoc Regno quam etiam de iure communi, qui instrumentum producit in publica forma confectum, si à parte contraria nihil excipitur, PROBARE NON TENETUR, QVOD ILLE, QVI ILLVD TESTIFICASSE DICITVR NOTARIVS EST, SIVE ILLE NOTARIVS EXTRA REGNVM DEGAT, SIVE DE REGNO SIT; quoniam ubi à parte contraria nihil excipitur, presumptio iuris est, quod ille qui huiusmodi instrumentum tanquam Notarius confecit, vere Notarius est, neque tunc qualitas Notarius à producente instrumentum probanda necessario erit, ut ita tradunt plerique DD. quos citat Afflict. decis. 251. n. 1. § 2. § in constit. instrumentorum robur, num. 19. § 20. tit. de fide instrumentor. fol. 160. § Zabarel. in Clement. 1. num. 9. de Procurator. § Ioseph. Ludovic. in decis. Petrus. 215. § latè Menoch. in tract. de presumption. lib. 2. presumption. 78. per totam.

39 Y aunque respeto de esta especie, y doctrina àya alguna controversia entre los Autores, porque algunos han querido persuadirla, y entenderla con distincion, y diferencia del caso, en que se dize testificado el instrumento por Notario del Reyno, al caso en que se dize testificado el instrumento por Notario que fuera del Reyno, vive, y tiene su domicilio, porque en el primer caso, entienden siempre subsiste el instrumento, y su fee, hasta que el adversante opone la excepcion, pero en el segundo quieren persuadir algunos DD. que indistintamente, ora se oponga la excepcion, ora no se oponga, no se devè hazer merito del, Bald. in Authent. sed novo iure, col. 3.

col. 3. Cod. *si certum petatur*. Afflictis decis. 251.
num. 1. & 4. a los quales con otros cita Portoles,
dict. verb. *Notarius*, num. 18.

40 Pero no obstante, segun drecho, y practicas
de nuestro Reyno, la mas comun, y recibida opinion
es, que el instrumento exhibido en publica forma,
como tal subsista, y se le dê entera fee, ora se diga
testificado en el Reyno, ô fuera d'el, por Notario que
vive, ô tiene en el, ô no el domicilio, como con pun-
tualidad advierte el mismo Portoles con la misma
suposicion de dicha controversia entre algunos Doc-
tores, y le dize al num. 19. alli: *Sed prior opinio, quod
NUMQUAM Notariatus necessario probandus est,
nisi quando pars contraria expresse opponit, quod reci-
piens Notarius non est, verior, & receptior est, ut
tradunt plerique citat. &c.*

41 De donde parece, quē vienē por legitimā
ilacion el no poderse négar la fee al instrumento de
nuestro caso, pues a mas de no averse opuesto con
expresion la excepcion ex aduerso contra el de quē
no era Notario el que le testificò, se dize en el mis-
mo, que el Notario que le testifica tiene el domicilio
en la Villa de Cantavieja del Reyno de Aragon, por
cuyos motivos se persuade la fee, y credito que se le
deve dar, sin que se aya probado con testigos era
Notario el que le testificò, sin que pueda tampoco
servir contra esto de eficaz argumento el averse he-
cho fuera del Reyno, como llevo fundado, *ubi supra.*

DVBIVM QVINTVM.

En ninguna de las dos cessiones se transfieren las ins-

transfieren las instancias en el cesionario. Y assi aunque Dauden, y su muger huvieran sucedido en el dominio de la Masada, pero no (al parecer) en la instancia, que Juan Lopez tenia en este Proccesso. Y aunque huvieran sucedido en ella, parece que se avian de reponer antes de pedir la nulidad que pretenden.

42 Tiene dos partes esta Duda; la primera respeta a que ni en la celsion que hizo Juan Lopez a favor de Estevan Escuder de Marcilla, ni en la que este a favor de su hermana Barbara Escuder de Marcilla hizo, se transfieren las instancias, y por consiguiente, aunque Joseph Dauden, y su muger por dichas celsiones ayan sucedido en el dominio de la Masada, pero no en la instancia, para que estos puedan legitimamente oponer la excepcion de nulidad, que Lopez podria.

43 Respeta la segunda a persuadir, que aunque Joseph Dauden, y su muger se cõvenciessse, avian sucedido en la instancia de Lopez, esto no era bastante para que legitima, y foralmente pudiesen oponer dichas excepciones de nulidad, por ser a mas de todo esto precisamente, como antecedente necesario, el que estos antes de pedir la anulacion que pretenden, se huvieran repuesto en aquella instancia de Lopez.

44 A la primera parte parece, que se satisfacé con los mismos instrumentos, pues con vista de ellos se descubre, que Juan Lopez, y Estevan Escuder, cada vno de ellos en el Acto que otorgaron de celsion respective, cedieron, y traspasaron en favor del Cesionario, no solo el dominio de la Masada, si tam-

bien todos, y qualesquieré derechos, que sobre ella tenían, les pertenecian, y podian por qualquiere causa, razon, ò titulo pertenecer, como resulta de la clausula de ambos instrumentos de celsion, alli: *Todos, y qualesquieré derechos de dominio, credito, y posesion que tenemos, y nos pertenecen, y pertenecer nos deven de presente, ò en otro qualquiere tiempo, y por qualquiere causa, y razon, que dezir, y pensar se puede, &c.*

45 De donde parece legitimamente se conven- ce, que aunque aquellos tuvieran instancia en el Pro- cesso, esta avia de quedar cedida en fuerça de la clau- sula que llevo copiada, la qual persuade con eviden- cia en ambas celsiones, averse cedido todos, y quales- quiere derechos, por la qual se ha de entender cedida la instancia, como cosa que esencialmente consiste en el derecho, y pura, y absolutamente no es otra co- sa que derecho, y asì parece, que como especie, no puede dexar de comprehenderse debaxo de dicha ge- neral clausula, porque se ceden todos los derechos, pues verificada aquella, es infalible la verdad de estar cedida tambien esta, y asì siendo la instancia vna especie de las cosas, que en derecho esencialmente consisten, es imposible verdad estar cedidos todos los derechos genericamente, sin que sea necessaria evi- dencia estar cedida la instancia, como especie.

46 Pero dexando formalidades aparte, apure- mos con Jurisprudencia solida esta verdad, para cu- yo fin es puntual la question, si en caso aquel que ce- de vna cosa (pongamos que sea de dominio, ò cre- dito) y tiene instancia sobre ella, se entiende, que cede tambien la instancia, cuya resolucion los DD.

con

con esta distincion persuaden , ò se haze la celsion simpliciter, ò se haze cediendo todos , y qualesquiere derechos, que tiene, ò puede tener el Cedente sobre la cosa que cede ; si lo primero entienden, no se transfiere la instancia ; si lo segundo certilsimamente le afirman, *vidēd. Angel in l. cū hereditas ff. ad Trebel. n. 2. Paulus ad d. l. n. 2. in fine, & Alex. ibidem, n. 2.* por lo qual, aviendose hecho las celsiones en nuestro caso en la manera que llevo dicha , no parece que puede quedar duda , que en el caso de tener los cedentes instancia, la transfirieron en los Celsionarios.

47 Y aunque respeto a esto quedasse a V.S. alguna duda , en caso dudoso se deve correr con la inteligencia , que el cediente cediò quanto por derecho tenia, y podia ceder , y por tanto en caso de duda , el Celsionario entra , y deve entrar en todos aquellos derechos, que al cedente competian , *Portol. schol. ad Molin. verbo Actio, n. 44. alli: Quoniam in dubio cedens presumendus est velle cedere quidquid iuris habet, ut docet Salicetus in l. si à creditore, n. 1. Cod. de act. & obligat. & in dubio Cessionarius subintrat in omnibus iuribus, quae cedenti competebant: ut docet Bart. in l. 1. n. 22. ff. de act. & oblig. & Cepol. in l. creditores, n. 21. & 22. ff. de verbor. signif. & Rebus. tom. 1. de liter. oblig. art. 2. glos. 2. n. 17. fol. 106.*

48 Y en respeto a la segunda parte de la Duda , se satisface con el mismo Proceso , a donde no se encuentra instancia alguna de Juan Lopez , ni Estevan Escuder de quienes Joseph Dauden , y su muger Barbara Escuder de Marcilla traen la inclusion,

tion, y así parece ocioso el que estos fuesse necesario antes de oponer la nulidad se huviesse repuesto, pues no cabe, ni tiene lugar la reposicion en el Proceso, quando no se advierte la instancia del difunto, ò de quien se trae la inclusion, D. R. Sesse *decis. 314. num. 59. alli: Et sic in tantum dabitur resumptio, in quantum detur instantia, qua reasumi possit, Et sic in Francia resumptiones vocantur arramenta causa id est remanentia causa... Quia reasuntur per successorem remanentia causa in eo statu, in quo erant tempore mortis defuncti, Et sic fit translatio instantia in successorem.*

49 Y así no aviendo instancia, como se reconoce en el Proceso, ni de Juan Lopez, ni de Estevan Escuder, no encuentro como pudiesse reponerse Joseph Dauden, ni su muger, pues para la reposicion se ha de suponer en qualquiere caso, como necesario antecedente la instancia en el Proceso de aquel a quien se sucede, ora por vltima voluntad, ò por titulo entre vivos, como prosiguiendo elegantemente lo dize el Señor Regente Sesse *d. decis. 314. dict. num. 59. Et decis. 89. in princip.* por cuyo motivo, si quando se transfirieron todos los derechos de dominio, y possession en fuerça de las dos celsiones, no se transfirieron las instancias (como reconoce esta Duda en su primera parte) se ha de entender fue, porque los cedentes no las tenian, porque si las huviesse cediendo todos los derechos, aquellas tambien parece avian de quedar cedidas.

50 En la suposicion, pues, de no averse repuesto Joseph Dauden, y su muger en este Proceso, por

no aver instancia en él, de quienes son avientes derecho, se ha de entender estos siempre quedan partes legitimas para oponer dichas excepciones de nulidad, pues para esso basta el que sean interessados, y hagan ostension de su interés, como llevo fundado en la satisfaccion a la primera Duda al *num. 11.* y segun las libertades de nuestro Reyno, constandole al Juez de la nulidad, por si mismo puede, y deve revocar la sentencia, aunque sea difinitiva, *Molin. verbo Libertates, vers. Secunda, fol. 207. col. 3.* alli: *Secunda conclusio est, quod de Foro non solum sententia interlocutoria est revocabilis per eundem Iudicem contrario imperio, sed etiam difinitiva, quando illa est lata, & promulgata contra Foros, usus, consuetudines, & libertates Regni, &c.* y lo mismo se advierte en el *Fuero de his quæ Dominus Rex, vers. Ordinavit,* y por esso la sentencia notoriæ nulla, jamás passa en juzgado, si bien excluye toda la presuncion, que podia hazer por ella, y siempre, aunque sea difinitiva, está en caso de revocacion, como dixo el Señor Regente *Sesse de inhibit. fol. 46. n. 39. & 40.* por cuyos motivos concurriendo aqui la ostension que a V. S. se ha hecho en Proceso de las nulidades, que dél notorias resultan, el interés de Joseph Dauden, y Barbara Escuder de Marcilla su muger, que las oponen, y lo mas, la equidad, grandeza, y erudicion de V. S. con que se adelantarán mas estos discursos, se espera con noble confiança se revocarâ esta Sentencia, como entiendo firmemente de derecho, y Fuero procede. Sub Censura. Zaragoza, Abril a 6. de 1707.

D. Juan Joseph Blasco y Pertusa.

