

29



# ALLEGACION EN DRECHO.

## *Pro reuocatione Apprehensionis.*

**E**L Doctor Iuan Miguel de Olzina, Ciudadano que fue de la ciudad de Huesca y Cathedratico de Prima de Leyes, de su Universidad comprò de Iuan Miguel de Vrliens, domiciliado en la ciudad de Çaragoça, vna casa contigua y apegada a la casa mayor que habitaba, cuya vendicion fue hecha en la ciudad de Çaragoça a 8. dias del mes de Enero del año de 1623. testificada por Iuan Moles menor, Notario publico del numero de la ciudad de Çaragoça, y por ser la casa tributaria al Arcediano dela Camara, y Deã de Huesca, a aquel en 25. suel. a este en 6. precedieron a dicha vendicion instrumentos publicos de fadiga, otorgados por el Licenciado Iuan Gaston Perez Arcediano dela Camara, y por el Doctor Domingo Urbã de Yriarte, Dean en la Cathedral de Huesca, hechos en la dicha ciudad de Huesca respectiuè en 7. de Noviembre, y en 15. de Deziembre del año de 1622. y por Iuan de Cueva Notario publico del numero recibidos y testificados; hecha esta compra el dicho Doctor Iuan Miguel de Olzina incorporò en la casa mayor vn aposento de la casa tributaria, y vn pedaço de desuanes derruidos, del qual hizo otro aposento, y segun se dize, tomò parte de vn corral de dicha casa, y lo restante della lo reparò y dispuso de manera, que a la dicha casa tributaria en lugar del aposento que tomò, hizo otro dentro de vna sala, y le dexò la mitad, o mayor parte del corral, reparando y leuantando las paredes de aquel, que estauan derruydas, y poniendo dicha casa mas habitable, que estaua antes: la qual incorporacion se dize auer sido hecha sin licencia de don Luys de Sarauia, Dean q̄ era a la sazõ q̄ se hizo dicha incorporaciõ. Despues, el año 1628. dicho Doctor Iuã Miguel de Olzina en capitulos matrimoniales dio dicha casa tributaria, juntamente cõ la mayor, a que està apegada, al Doctor Vicencio Thomas de Olzina su hijo legitimo, cum onere dictorum tributorum, los quales ha pagado todos los años como consta por apocas legitimas, escritas de manos del Arcediano de la Camara, y Dean respectiuè, excepta la del año de 1638. la qual se pagò a procurador legitimo del Dean, que oy es, y dio apoca de su mano. Por esta incorporacion principaliter se ha comissado por dicho Dean la casa, aunque en el comisso se dize, por cessacion de paga de 29. pensiones, siendo verdad y consistirà, que no se debe ninguna: en fuerça de dicho comiso se ha aprendido la casa, i parece secundum forum & iuris dispositionem se ha y debe reuocar dicha apprehension, por los fundamentos que se figuen.

Y en primer lugar, porque por dicha incorporacion no ha auido agenacion alguna en otra persona, como parece sin otra probanca de la liquidacion del fecho; pues oy dicho Doctor Vincencio Thomas de Olzina señor vtil de dicha casa tiene dominio vtil en toda ella, pues es plenissimo señor de la casa grande, en la qual estan encorporados dichos aposentos, y aquellos posee siruiendose dellos, y juntamente el resto de la casa tributaria, pues el mismo la ha alquilado, y recibe, y en su vtilidad conuierte el arrendamiento, o alquiler della. Ni por dicha diuision la ha auido de dominio, y por consiguiente no se puede prender caducidad, la razon fundamental es, porque en este caso no ay agenacion alguna, y aunque es verdad, que diuisio dicitur alienatio, aut alienationis species, l. 1. §. 1. l. si pupillorum, ff. de rebus eorum, l. cum Pater 77. §. hereditatem, ff. de leg. 2. l. 1. C. si aduersus transactionem, vbi Baldus Goza. consi. 58. Menochius de arbitrariis, casu 171. nu. 35. pero esto no tiene lugar, y se entiende, quando por la diuision se ha hecho señor aquel, que al tiempo de la diuision no lo era, l. 1. C. communia vtriusque Iudicij, Ifern. in c. imperialem, §. praeterea ducatus, nu. 36. de prohibita feudi alienatione per Federicum. Surdus consi. 308. nn. 18. lib. 10. idem eodem lib. consi. 985. nu. 6. à quibus accepit Gratian. discep. forens. tom. 5. c. 917. nu. 4. docet Natta consi. 516. nu. 1. y ponderense singularmente las palabras de Menochio en los dichos consejos, que usando en ambos de vnas mismas, dize, Ex diuisione effectum dicitur proprium eius cui obuenit: luego ante non erat. Y en este caso confieso ingenuamente, no se puede diuidir la cosa tributaria, irrequisito domino, o sin su licencia: y la razon es, porq̄ siendo especie de agenacion, o agenacion tiene vez de compra y venta, d. l. 1. C. communia vtriusque iudicij, ibi, Vicem emptionis obtinere placuit: y como es cierto, que sin licencia y fadiga no se puede vender, tampoco diuidir, haziendo por la parte diuidida señor, al que tempore diuisionis no lo era, ex supra adductis. De aqui se sigue, que otras especies de agenaciones no estan prohibidas, ni vedadas al señor vtil, porque puede, irrequisito domino, dar la cosa tributaria, o emphyteuticaria, glos. in l. 1. in verb. aliis vendere, C. de iure emphyteutico, Speculator in tit. de locato, §. nunc aliqua, num. 131. & alij rela. i à Surdo decis. 93. nu. 1. qui asseuerat esse magis communem secundum Alexandrum in l. si domus, §. fin. de legat. 1. Natta consi. 312. nu. 7. idem consi. 516. nu. 2. Gratian. tom. 4. c. 633. nu. 23. y esto procede en qualquiera agenacion ex titulo lucratiuo, la qual no le està prohibida al señor vtil: eleganter Natta d. consi. 312. nu. 7. & d. consi. 516. nu. 2. la razon desto la trae razonada Pedro de Ferraris in sua practica, tit. Forma libelli quo agitur ad facti praestationem, & rei relaxationem, in glos. alienauit num. 5. y hablando de la permutacion (permitida al emphyteuta, incio domino directo, secundum Molinũ in verb. Permutatio, vers. penult. & verb. Tributum, vers. Tributaria res si permutatur, & ibidem Portoles num. 11.) trae la misma razon Surdo decis. 173. nu. 10. & 11. y es que la razon de la prohibicion de la vendicion de la cosa tributaria no tiene lugar en la donacion, ni otro titulo lucratiuo, ni aun en la permutacion; porque en la vendicion la ley quiso, que en primer lugar el señor vtil, que dessea vender la cosa tributaria, la venda aquella, y las mejoras primero al señor directo, que a vn extraño, y esto es muy conforme a equidad, y assi en la vendicion se requiere la licencia del señor directo, para que si se le antojare, pueda æquali conditione rem habere, & omnibus aliis emere volentibus praeferatur: y cessando esta razon, como cessa

en la donacion, pues puede el señor vtil tener affeccion mayor a otra persona, que al directo, y por configuiente no tener obligacion de darla, sino a aquel, en quien ex affectione quiere exercer la liberalidad voluntaria; y assi vbi cessat ratio licentiæ, cessat quoque necessitas illam requirendi: *Imola in c. potuit, nu. 16. de locato, Iaffon in l. vlt. nu. 101. C. de iure Emphit. Capella Tholos. decis. 27. Guido Pap. quest. 92. & post eos Surd. d. decis. 173. nu. 11.* y mucho mas parece en nuestro caso, cessar la razon de licencia, por no ser agenacion, neque ex titulo venditionis oneroso, & quod magis est, neque ex titulo lucratiuo, y assi parece ha cessado la necesidad de pidirla al señor directo.

Segundo fundamento. Para dezir no ha podido tener lugar el comisso en el presente caso, es, porque la prohibicion de la diuision solo se entiende, quoad dominiũ, non autẽ quoad fructus & ius fruẽdi, *Bald. in l. vlt. C. cõmuni diuidundo, & in l. iubemus, C. de sacrosanctis Ecclesiis, Parisius consi. 69. num. 17. lib. 2. Socinus innior consi. 79. colum. 2. lib. 1. Rolandus (qui de communi testatur) consi. 8. nu. 33. lib. 1. notant Canonistæ in c. edoceri in ultimo nota. de rescrip. docet Gratia. discep. forensium, tom. 5. c. 905. nu. 16. & melius consi. 917. nu. 7.* Sacase pues legitima consecuencia, que por la prohibicion de diuision, ex pacto puesto en el instrumento de la tributacion, o antipocha, no se le prohíbe al señor vtil la diuision, quanto al gozar, sino solo el diuidir el dominio vtil que tiene, luego bien podra gozar de la parte de casa, habitando en ella, y gozar de la otra parte alquilandola, y lleuando el alquiler della, que es fructus domus.

Tercero fundamento. Porque aunque es verdad, que por cessacion del tributo se puede comissar, &c. y por configuiente quitarle la cosa tributaria al señor vtil, adueniente hoc casu cessationis solutionis tributorum, con todo, esto no obstante, se dize dominus pleno iure, *l. Iulianus, §. Iulianus, cum l. seq. ff. de rei vindic. Bald. in l. 1. C. de reuocan. donatio. Alexan. consi. 208. num. 6. lib. 2. & consi. 162. nu. 5. lib. 6. Aretinus in l. cum incertus, in fine, ff. de legat. 1.* Præsumitur enim, quod dominium apud aliquem sit perpetuum, licet incertum est, an futurum sit temporale seu perpetuum, *l. sufficit, vbi Iass. in 2. notabili, ff. de condictione indebiti.* Y assi al señor vtil le compete la rei vindicacion, y se dize con propiedad la cosa tributaria fuya, y el, señor, y es tanta verdad, que el señor directo entrando in fundo aut domo tributaria, se dize entrar en lugar ageno: alios referens tenet *Gratian. tom. 3. c. 453. nu. 8. & 9.* de aqui se sigue, que puede disponer de la cosa tributaria, etiam sine consensu domini directi, pignorando, donando, legando, permutando, insolutum dando, locando, & super ea vsum fructum, & aliam seruitutem imponendo, que esto es proprio de señor, y aun concurriendo con el señor directo præfertur ei in agendo, *Natta tom. 1. consi. 114. nu. 15. omnino videndus idem Natta tom. 2. consi. 312. nu. 7. per totum.* Luego si se concede esto, que es mas, quien dudará, de que podra el mismo señor vtil gozar de la cosa tributaria ad libitum, y suplico se pondere, q̄ el fin que tuuo dicho Doctor Iuan Miguel de Olzina de comprar la casa, fue, el vsar, y gozar de ella, y singularmente de vnir con su casa mayor vn aposento, de que tenia necesidad su estudio, y es creible, que siendo hombre docto, con 45. años de Cathedra en la Vniuersidad de Huesca, entre los quales tuuo muchos de ellos la de Prima de Leyes, quarenta y mas años de Aduogado quando hizo dicha incorporacion, parece se puede presumir la pudo hazer, y que se mouio por los fun-

## 4 Allegacion en drecho.

fundamentos referidos, los quales parece bastaban para suplicar a V.S. la reuocacion de la aprehension. Saluo, &c.

Con todo, para mayor apoyo desta verdad, es muy digno de toda atencion, y muy considerable, que aunque verè & realiter huuiera auido diuision, y de ella huuiera resultado agenacion (lo que siempre se niega ex latè supra dictis) aun auiamos de dezir, que no ha podido el Dean de Huesca comissar dica casa, porque despues que aquella se comprò, que fue en el año de 1623. han passado 16. años, en los quales ni el Dean que entonces era, ni don Luys Sarauia, ni dō Ignacio Perez de Nueros su inmediato suceffor han reclamado hasta agora, antes bien respectiue ambos, sin protesto alguno, han recebido los treudos caydos hasta agora, como arriba està dicho, y auiendo passado, como han passado diez y seys años, auemos de dezir, que se presume auer auido licencia de los dichos señores directos: *Flores Diez de Mena variarum questionum, quest. 23. num. 45.* el qual refiere otros muchos, que se podran ver, cuyas palabras son tan puntuales para el caso propuesto, que merecen se pongan aqui: dize assi. *Tertio infertur, quod ex paciencia decennali presumitur licentiam domini interuenisse in alienatione rei censuariæ, emphiteuticæ, aut fœudalis, maximè si per longum tempus acceperit à nouo emphiteuta pensiones, & tacuerit,* y basta la voluntad del señor aun tacita, *glos. in c. imperialem, de prohibita fœudi alienatione per Federicum, & in c. 1. in vers. Hæc edictali. de prohibita fœudi alienatione per Lotharium, vbi Baldus, & alij. tenet Surd. decis. 189. nu. 13.* Ni se puede presumir ignorancia del señor directo ex tanto temporis lapsu. A mas de que el Dean q̄oy es, ha dado, algunos años ha, a entender, sabia dicha incorporacion, y con todo ha callado, y quando no diera muestras de saberlo, no podia allegar ignorancia, y aunque confieso, que esta presumitur regulariter; pero no se presume en el que està presente: *Bald. in l. si tutor, colum. 2. vers. Tertio fallit, C. de periculo tutor. Menochius de presumptionib. presump. 21. lib. 6. nu. 6.* Y el que està presente se presume saber las cosas, que se hazen in loco vbi est præsens, *Menoch. vbi proximè nu. 1. & seqq.* y pues el Dean, que entonces era estava en Huesca al tiempo de la compra y incorporacion, que immediatè se siguió, y han asistido tambien los suceffores, no podran pretender ignorancia.

A lo qual sucede el dezir, dado caso, no concedido, que por la dicha incorporacion, u diuision se huuiera seguido agenacion, aun auiamos de dezir, que por auer recibido el Dean, nulla adhibita protestatione, las pensiones, o treudos de 6. suel. es visto auer remitido la pena de caducidad, *glos. in c. potuit de locato, vbi Card. Zabar. & Imola, Alex. consi. 113. num. 3. lib. 4. Ruinus consi. 110. num. 4. & consi. 151. num. 12. lib. 1. Curtius senior consi. 82. col. 1. vers. 3. principaliter Socinus senior consi. 66. col. vlt. vers. Tertio quia, lib. 3. Iass. in l. 2. num. 124. vers. Ego puto, C. de iure emphiteutico, qui cõmunè esse opinionè testatur. Decius in consi. 138. Iulius Clarus in §. emphiteusis, q. 10. vers. Aut vero sumus, quam sententiam tenet Menochius de probat. concl. 252. nu. 1.* Y aunque estos Doctores, a lo menos los mas, hablan de la pena de la caducidad contraida ex non solutione canonis vel pensionis; pero lo mismo tiene lugar, ex quocumque capite caducitas oriatur, vt si ob alienationem, vel alia ex causa, *Menoch. consi. 355. num. 12. noster Monter decis. 5. nu. 40. 41. & seqq. ex Paulo de Castro in l. si ab eo qui, nu. fin. C. de legitimis heredib.* y assi auemos de dezir, que pues dos Deanes han recibido