


  
 JESVS, MARIA, JOSEPH.
   


IN  
**PROCESSV**

VICARII, BENEFICIATO-  
 rum, & Capituli Ecclesiæ Paro-  
 chialis Sancti Laurentij  
 Cæsaraugustæ.

1695  
 1681  
 ———  
 14

SUPER APPREHENSIONE.

IN ARTICVLO PROPIETATIS.

SCRIVA BARRERA.

POR JOSEPH CASTILLO.



**P**IDE Joseph Castillo el dominio de  
 los bienes del numero primero, en  
 fuerza de la vendicion, que otorga-  
 ron à su favor los Executores testa-  
 mentarios de Doña Clara Garces  
 de Heredia, alegando, y probando concluyentemen-



te: Que Doña Juanā Garcés de Espejo fue Señora de dichos bienes hasta su muerte, y instituyó heredera fideicomissaria à dicha Doña Clara Garcés de Heredia su hija, en esta forma: *Para que durante su vida natural goze, y usufructue à su mera, y libre voluntad todos mis bienes, con cargo, y obligacion, de que despues de sus dias aya de disponer, y disponga de ellos en los fines, y efectos que le tengo comunicados, y encomendados, y no obstante lo sobredicho le doy facultad para que los pueda vender, y venda quando quiesiere.*

2. Tambien verifica que poseyò hasta su muerte dicha Doña Clara Garcés, como heredera de su madre dichos bienes, y que ordenò en su Testamento se celebrassen seis mil Missas rezadas, muchos legados pios, fundaciones, y violarios, instituyendo heredera à su alma, y por ella à sus Executores, à los quales atribuye facultad, para que vendan todos sus bienes, y con el precio de ellos executen, y cumplan lo que ordena, y dispone, advirtiendolo expressamente, que esto es lo que le comunicò, encomendò, y mandò su madre, y que ordenava, y disponia los referidos Legados, Missas, Violarios, y fundaciones, usando de la facultad à ella atribuida por dicho testamento; y sus Executores usando de la misma facultad otorgaron la referida vendicion à favor de Joseph Castillo.

3. El Capitulo de San Lorenzo de esta Ciudad pide 600. libras Jaquesas, en virtud del legado dispuesto por Doña Clara Garcés en su testamento,



mediante la clausula siguiente: *Item, por quanto Doña Leonor Garces mi hermana, me dexò de gracia especial en su testamento 600. libras Jaqueses, por tanto para siempre, y quando llegare el tiempo de que se cobren. quiero que se den al Capitulo de Vicario, y Beneficados de la Iglesia Párroquial de San Lorenzo, para que se funden cinco aniversarios perpetuos, &c.* verificando, que dicha Doña Clara testadora sobredicha cobrò despues de ordenado su testamento dichas 600. lib. del referido legado.

4 El Licenciado Joseph Mara Presbytero pide se le manden pagar setenta y dos libras Jaquesas en cada vn año, mientras pacificamente no goze vnas Capellanias, con que se ordenò, en virtud de vna promessa, y obligacion hecha à su favor por dicha Doña Clara Garces, seis pensiones vencidas, las que durante la lite se vencieren, y las costas.

5 Hizose la graduacion de los referidos creditos en lite pendiente, en esta forma: En primero lugar el Licenciado Joseph Mara, no obstante que se le opuso la excepcion de aver hecho la referida promessa, y obligacion Doña Clara Garces, en fee, y confianza, verificando, que avia reconocido, y confessado dicho Licenciado Mara, que no se valdria de ella en papel firmado de su mano.

6 Graduòse en segundo lugar el credito de el Capitulo de San Lorenzo, sin embargo que se le opuso, que aviendo cobrado Doña Clara Garces las 600. libras, en virtud de el testamento de su hermana, revocò el Legado, y no permaneciò en la vo-



4

luntad, de que con dichas 600. libras se fundassen los aniversarios en San Lorenzo.

6 Teniendo el Consejo presentes las referidas objeciones hizo, sin embargo de ellas, la graduacion en la forma referida, entendiendo tres Señores de el Consejo, que la fundacion de los aniversarios la avia ordenado la Testadora, baxo la condicion de cobrarse las 600. libras de el Legado que su hermana le dexò, la qual se verificò viviendo la Testadora, aviendolas cobrado: Los otros dos fueron de dictamen contrario, pues repelieron la proposicion del Capitulo de San Lorenzo, juzgando que era legado de especie circunscripto à la accion, que pertenecia à la Testadora, para cobrar el Legado, en virtud del testamento de su hermana, el qual espirò aviendo cobrado la Testadora dichas 600. libras: Y hallandose examinada toda la dificultad de este punto en las Alegaciones dadas por las partes, y en los doctísimos fundamentos, expendidos en los motivos de la sentencia, para comprobacion del dictamen que explicaron en la decision de esta causa los Señores del Consejo, poco, ò nada podrá mi corteidad, añadir, discurrir, ni fundar de nuevo sobre el asunto; y assi passaremos à otro, esperando que con nueva reflexion se han de considerar, y tener presentes las circunstancias que se referiràn en este alegato, pues parece assegurar la justicia de Joseph Castillo, y ponen la question en terminos que merece resolucion favorable.

7 No se puede negar, que Doña Clara Garcés

de



de Heredia , en virtud de el testamento de su Madre solo era heredera fideicomissaria de los bienes de su Madre, y consequentemente en ellos no pueden tener cavida las disposiciones, y creditos contraidos por la hija ; porque el cumplimiento de la restitucion del fideicomisso, no se puede embarazar, ni suspender con disposiciones, ò obligaciones del gravado , ex Nogueroi. *Allegat. 6. à num. 67. vbi alios refert ;* y ciertamente consta , que Doña Clara Garces por el testamento de su Madre , estava gravada à restituir la herencia , segun lo reconoce, y confieffa en su testamento , como hemos visto.

8 Hizòse cargo el Senado de esta Duda: *Nec obstat quod bona apprehensa in presenti Processu fuerunt Domna Ioanna de Espejo matris dicta Clara Garces , & quod ista fuit heres instituta ab illa cum gravamine disponendi de predictis bonis in his , que ei testatrix expresserat; cumque nullatenus constet, quod de tali obligatione in favorem predicti Mara contrahenda aliquam mentionem fecerit dicta testatrix , nec quod notionem illius hominis habuerit, nec de casu, & ratione ob quam fuit obligatio contracta poterit habere præviam cognitionem dicta Domna Ioanna ; quia ab anno confectionis sui testamenti anno 1673. usque ad annum 1695. viginti, & duo anni transierunt, & ab anno 1681. in quo ultimum elogium confecit Domna Clara disponendo de bonis proprijs, & suæ matris , usque ad predictum annum 1695. in quo fuit contracta obligatio, nulla mentio ipsius casus , neque obligationis reperitur*



facta; consequenterque nequit intelligi comprehensa similis obligatio inter opera pia expressa per Domnam Ioannam testatricem, & commissa sua filia Domna Clara Garces: igitur nec subsistere posse videtur predicta obligatio super bonis predicta Domna Ioanna.

9 Pero responde en esta forma: Nam respondetur, quod supposita commissione, & gravamine à Domna Ioanna sua filia, & heredi Domna Clara impositis, disponendi scilicet de bonis testatricis in opera pia ut infertur ex testamento Domna Clara, nihil interesse visum fuit Senatui, quod neque Domna Ioanna tempore testamenti, neque Domna Clara heres tempore confectionis sui ultimi elogij presentem habuerint casum contentum in premissa obligatione contracta à Domna Clara heredi in favorem Iosephi Mara, nec quod eius persona habuerit cognitionem testatrix, ut subsistere possit predicta obligatio; cum ob causam piam videlicet paupertatem predicti Mara, & ad alimoniam illius in statu Sacerdotali fuerit contracta: Nam in hisce terminis intelligi debet voluntas Domna Ioanna, & gravamen, impositum eius filia, & heredi disponendi generice in opera pia, quorum electio in individuo spectat, & pertinet dicta heredi, prout facere potuit per contractum inter vivos, aut in ultima eius voluntate consequenterque efficax estimari debet predicta obligatio à Domna Clara contracta non solum in bonis sui proprii patrimonij, sed etiam respectu bonorum uti heredi Domna Ioanna eidem pertinentium.

10 Todo el fundamento de la respuesta se reduce, à que hallandose instituida heredera Doña Clara



Clara por su Madre, con el gravamen de disponer generalmente de la herencia en obras pias, pertenece à la heredera la eleccion de las obras pias; y assi pudo eligirlas en contracto, aut in vltima voluntate, y consequentemente ha de subsistir en los bienes de Doña Juana la obra pia que hizo quando constituyó patrimonio al Licenciado Mara, para que se sustentasse mientras no tenia otra renta; y por esso aunque Doña Juana de Espejo no conociesse al Licenciado Mara, y aunque no tuviessen presente la Madre, ni la hija en sus testamentos este caso indifereentemente han de estar hipotecados sus bienes à la satisfaccion de los alimentos del Licenciado Mara, y à la fundacion de los Aniversarios de San Lorenzo.

II Con veneracion sagrada al prudente dictamen del Senado, segun aconsejó Plinio *epist. 5. lib. 1.* ibi: *Ast ego ne interrogare quidem fas puto de quo pronuntiatum est, vt meminit Suelves cons. 4. semicent. 1. num. 10.* se pone en nueva reflexion de V. S. I. que parece supone la respuesta, que Doña Clara Garces podia elegir las obras pias que quisiere, y en ellas emplear los bienes de la herencia, alli: *Nam intelligi debet voluntas Domnae Ioanna, & gravamen impositum eius filia, & heredi disponendi generice in opera pia, quorum electio in individuo spectat, & pertinet dicta heredi, prout facere potuit per contractum inter vivos, aut in vltima eius voluntate.* Quando por el testamento de su Madre resulta, que solo es heredera instituida, alli: *Con cargo, y obligacion de que despues*  
de



8

*de sus dias aya de disponer, y disponga de mis bienes en los fines, y efectos que le tengo comunicados, y encomendados; y la heredera en su testamento reconoce lo mismo, pues declara que las fundaciones, obras pias, Missas, y Legados, que ordena, es lo que su Madre le tenia comunicado, y encomendado. Con que ninguna libertad, eleccion, facultad, ni arbitrio pertenece à la heredera, si solo precisa obligacion de restituir los bienes empleàdolos, como lo hizo en los fines, y efectos que su Madre le comunicò, y encomendò.*

12 Si en la promessa, y obligacion que otorgò Doña Clara Garces à favor del Licenciado Mara huviera explicado que la hazia en virtud de la facultad à ella atribuida por el testamento de su Madre, se podria inferir, que le avia dado libre facultad de distribuir en obras pias los bienes de la vniversal herencia, puesto que no pudo Doña Juana de Espejo comunicarle, ni encomendarle que constituyesse patrimonio al Licenciado Mara, porque no lo conociò, ni alcançò, segun resulta de lo alegado, y probado en Proccesso; y esta seria vna leve, y sola cõgetura, digna de despreciarse, à vista de ser claro el gravamen impuesto en el testamento de la madre, y la confesiõ, y declaracion hecha por la hija en el suyo; porque constando ciertamente que Doña Clara Garces fue heredera de su madre, con cargo, y obligacion de disponer de los bienes en los fines, y efectos que le tenia comunicados, y encomendados; y aviendo declarado la heredera lo que le tenia comunicado, y

en-



encomendado, ninguna congetura se puede admitir para entender, ni persuadir que podia libremente y como le pareciere distribuir los bienes de la herencia en obras pias.

13 Confirmase lo dicho considerando, que en las fundaciones, legados pios, limosnas, y celebraciones que ordena Doña Clara en su testamento, explicando que esto es lo que su madre le tenia comunicado, y encomendado, se hallan contemplados, y beneficiados los criados que sirvieron à dicha Doña Juana, y ceden en sufragio de las almas de sus padres, segun resulta de la declaracion hecha en dicho testamento; con que parece constante, que precisamente estava gravada à executar lo que explica, y declara en su testamento, sin arbitrio, libertad, ni facultad de distribuir los bienes, ni elegir otras obras pias, que las que le comunicò, y explicò. De otra suerte se supone en Doña Clara facultad de distribuir los bienes generalmente en las obras pias que le pareciere, quando en el testamento solo explica Doña Juana el gravamen especificamente de la restitucion, y la hija en el suyo reconoce, y confiesa las obras pias que su Madre le comunicò, y encomendò.

14 De aqui nace que no estamos en terminos, que procedan las doctrinas que fundan, puede à su arbitrio anticipar la disposicion quando le pareciere, el que està gravado à disponer para despues de sus dias, ex *Suelves conf. 65. num. 1. Et seqq.* y siempre que dispone se entiende, aunque no lo explique



que vfa de la facultad que tiene , ex eodem Suel ves  
*conf. 27. num. 19. in centur.* para inferir, que hallan-  
 dose heredera instituida Doña Clara , con obliga-  
 cion de disponer de los bienes en obras pias despues  
 de sus dias, pudo anticipar la disposicion, y ordenar  
 viviendo esta obra pia à favor del Licenciado Mara,  
 sin que sea necessario para que subsista, y tenga efec-  
 to dicha obligacion en los bienes de Doña Juana,  
 que Doña Clara su hija declarasse, y explicasse al  
 tiempo que la contraxo, que vfa, y se valia de la  
 facultad atribuida por el testamento de su madre.

15 Porque es evidente, al parecer, que no conf-  
 ta que Doña Clara tuviesse facultad alguna para dis-  
 tribuir en obras pias de la herencia los bienes de su  
 Madre; si solo precisa obligacion de executar, y cum-  
 plir, las obras pias que su madre le avia comunicado,  
 y encomendado; y aviendo declarado en su testamen-  
 to la hija, que las obras pias que ordenava era lo que  
 su madre le avia encomendado, y comunicado, ad-  
 quirieron con esta declaracion derecho irrevocable  
 las obras pias declaradas en los bienes de Doña Jua-  
 na de Espejo, de suerte, que ninguna declaracion,  
 obligacion, ni variacion posterior à ella ha de subsistir  
 à perjuizio de las obras pias que declarò, porque el  
 que tiene facultad de declarar, en declarando vna vez  
 no puede hazer segunda declaracion, y mucho me-  
 nos con ella variar, ni alterar la primera à perjui-  
 zio del derecho que se adquiriò al tercero, à cuyo fa-  
 vor se hizo, ex Suelv. *conf. 18. num. 15. semic. 1. ibi:*  
*Variatio enim non est permiffa declaranti in tertij pra-*



*iudicium*, *Surd. conf.* 264. *num.* 10. § 33. § *conf.* 390. *num.* 9. *Simon de Pratis de interpret. ultim. volunt. lib.* 1. *interpret.* 1. *dubitat.* 5. § *ultim. num.* 2. *Salgad. de supplicat.* 2. *part. cap.* 12. § *unic. num.* 23. *ibi: Quando alicui competit, vel data, fuit facultas declarandi, vel interpretandi, semel à se facta declaratione, vel interpretatione, expiravit potestas iterum declarandi, aut interpretandi, cum prima perpetuam consequuta fuerit firmitatem irrevocabilem.*

16 Ni obsta que dicha declaracion la hizo Doña Clara Garces sin la solemnidad del juramento, establecida en el text. *in leg. Theopompus* 14. *ff. de dote prelegata*, de qua late *Suelves conf.* 100. porque quando concurren verosimiles circunstancias, y congeturas, no es necessario el juramento, para que se dè fee à la declaracion, ex eodem *Suelves dict. conf.* 18. *semicentur.* 1. *vbi alegat textum in leg. quem heredi, ff. de reb. dub. ibi: Si quibusdam argumentis apparebit de quo dixit*; y en nuestro caso concurren muchas, à mas de que no estamos en terminos de declaracion, sino de aver executado, y cumplido el gravamen claro, y cierto, impuesto à Doña Clara, por su Madre Doña Juana de Espejo, quando la instituyò heredera, con cargo, y obligacion de que despues de sus dias huviesse de executar lo que le comunicò, y encomendò; y como advierte el mismo *Suelves dict. conf.* 100. *num.* 17. à perjuizio de el declarante, se ha de estar, y dár fee à su declaracion, aunque con juramento no la aya adverado; de que se infiere por legitima consecuencia, que si  
à per-



à perjuizio de Doña Clara Garces, se ha de estàr à la declaracion que hizo sin juramento, quando entregò, y otorgò su testamento cerrado, que no puede con obligaciones, y declaraciones posteriores perjudicar, variar, ni alterar la declaracion que hizo en dicho testamento; pues no subsistiria à su perjuizio dicha declaracion, si sin embargo de ella tenia facultad para destruirla, y deshazerla, otorgando otras obligaciones, ò haziendo nuevas declaraciones en perjuizio de la primera.

17 Perteneçian à Doña Clara Garces muchos bienes propios, distintos, y separados de los de su Madre, pues en el año 1669. quando su Madre la instituyò heredera yà era viuda del Ilustrissimo Señor Justicia de Aragon Don Miguel Geronimo Castellot, segun resulta de dicho testamento, exhibido en Proçesso; y siendo esto afsi, y aviendo declarado en el año 1681. quando otorgò, y entregò su testamento cerrado, las obras pias que su madre le avia encomendado, no pudo en el año 1695. quando se obligò à favor del Licenciado Mara, hipotecar los bienes de la herencia de su madre; por dos razones. La primera, porque como hemos visto al tiempo de la obligacion, yà avia declarado en dicho testamento las obras pias que su madre le avia comunicado, y encomendado. La segunda, porque quando se obligò à favor del Licenciado Mara, solo hipotecò su persona, y bienes, y no los de la herencia de su madre.

18 Y aunque *per simplicem dispositionem, dispositum*



*suum de facultate censeatur, ex Suelv. in centur. dict. conf. 27. nu. 19.* esto no procede si antes de la disposicion expressamente ha vsado de la facultad que tiene à favor de otro, porque en este caso no se puede entender que en la disposicion, ò obligacion general comprehendiò la facultad de que yà antes avia vsado; y Doña Clara Garces quando generalmente obligò todos sus bienes à favor del Licenciado Mara, yà avia específicamente declarado, que los bienes de la herencia de su madre, se aviã de emplear en las obras pias, que explica en su testamento, advirtiendole, que esto era lo que su madre le avia comunicado, y encomendado, con que parece cierto, que no pudo, ni quiso obligar à favor del Licenciado Mara los bienes de la herencia de su madre à perjuizio de las obras pias declaradas.

19 A mas, de que siendo la obligacion à favor del Licenciado Mara, general de todos los bienes de Doña Clara, y la disposicion, y declaracion que hizo en su testamento anterior, y específica de los bienes de la herencia de su madre, la vna se ha de contener en los bienes propios de Doña Juana, y la otra en los bienes de Doña Clara su hija, sin que pueda pretender el Licenciado Mara, que tiene hipotecados à su favor los bienes de Doña Juana, pues al tiempo de la obligacion yà no eran de Doña Clara, puesto que antes de obligarse avia declarado en su testamento que pertenecian, y se avian de emplear en las obras pias que su madre le avia encomendado.



20 Estava gravada Doña Clara à restituir los bienes de la herencia de su madre Doña Juana, y a emplearlos en las obras pias que le comunicò, y encomendò; y assi no se puede entender, que constituyendo patrimonio al Licenciado Mara, obligò los bienes de su madre, pues yà avia declarado en su testamento, lo que le avia comunicado, y encomendado, y mucho menos se puede entender, que su madre le comunicò, y encomendò la fundacion de los aniversarios de San Lorenzo, pues quando la ordena claramente dispone de sus bienes propios, y no de los de su madre, con que sin dificultad alguna, assi el legado de San Lorenzo, como el credito, y patrimonio del Licenciado Mara, no han de tener cabida en los bienes aprehensos que fueron de su madre.

21 Es cierto, que Doña Clara en su testamento explicò las obras pias, que su madre le comunicò, y encomendò en que avia de emplear, y distribuir los bienes de su herencia universal, y que dicha declaracion, por averla hecho en su testamento no podia tener efecto hasta su muerte; mas no por esso confessamos que las disposiciones, y obligaciones que hizo despues de dicha declaraciõ, hã de ser preferidas à las obras pias declaradas, porque en la question que cõtroyierten los Autores sobre si viviendo, y despues de revocado el testamento, puede ser convenido el testador, en virtud de la confession de la deuda que hizo en el primer testamento, consiste la dificultad en que en la duda no prueba, ni vale dicha confessiõ

fino



fino en fuerza de legado, y assi la puede revocar libremente mientras viva, y conseqüentemente no puede ser convenido hasta que con la muerte se aya confirmado su testamento; pero si el modo de confessar la deuda, ò otras circunstancias persuaden, y manifiestan, que el animo del testador fue reconocer la deuda, y obligarse à pagarla como legitima, assientan todos, que sin embargo de la revocacion, y averla confessado en disposicion testamentaria, que no tiene efecto hasta su muerte, que en virtud de ella podrá ser convenido, viviendo, à satisfacerla,

*Reg. Sese de Inhiuic  
cap. 5. § 8. n. 66.*

videndus D. Ioannes Gutierrez *practicar. quest. lib. 3. quest. 96. per tot.* En estos terminos nos hallamos, pues indefectiblemente reconociò, y declarò en su testamento Doña Clara Garces de Heredia las obras pias, que su madre Doña Juana de Espejo le avia comunicado, y encomendado, en las quales avia de emplear, y distribuir los bienes de su vniversal herencia, y no se puede dudar que su animo, è intencion fue declarar, reconocer, y confessar este gravamen, y obligacion impuesto por su madre: Luego no solo hemos de dezir, que no han de tener cabida en los bienes de su madre à perjuizio de las obras pias declaradas las obligaciones que contraxo despues de dicha declaracion, sino que se podría pretender, si el gravamen no fuera para despues de sus dias, que podia ser convenida Doña Clara viviendo al cumplimiento de las obras pias declaradas, en virtud de dicha confession, y declaracion hecha en su testamento; à mas

Y

de flos



de que nunca hemos de admitir facultad en la testadora para derogar, y variar la declaracion à perjuizio de las obras pias declaradas, ex Suelves *dict. conf. 18. num. 15. semicent. 1.* singularmente no aviendo explicado, como hemos visto, en la obligacion que hizo à favor del Licenciado Mara, que constituia el patrimonio, y se obligava, usando de la facultad que le diò su madre, si solo obligando su persona, y bienes muebles, y sitios, avidos, y por aver, reconociendo en alguna manera, que no podia obligar los bienes de la herencia fideicomissaria de su madre, ni disponer de ellos, sino en la forma que yà avia declarado en su testamento.

22 Ni es de consideracion, que Doña Juana de Espejo en su testamento atribuyò facultad à Doña Clara Garcés, para vender todos los bienes de su herencia quando quisiere; porque si usando de esta facultad los huviera vendido, podria el comprador incluirse legitimamente con la vendicion al dominio de los bienes agenados; pero no aviendolos vendido, si solo obligado generalmente todos sus bienes; como hemos visto, à favor del Licenciado Mara, y dispuesto, que siempre, y quando se cobrasse el legado de su hermana, se fundasen en San Lorenzo los Aniversarios; parece claro, que en esta obligacion, y en esta disposicion solo quiso comprehender, è hipotecar sus propios bienes, y no los de la herencia fideicomissaria, pues yà avia reconocido que estos no eran suyos, y en virtud de su declaracion, y confession pertenecian à las obras pias, declaradas en el testamento.



lib 23 23 Y aunque concedida facultad al gravado à restituir, ò al poseedor del Mayorazgo para agenar los bienes vinculados, se entiende atribuida facultad para hipotecarlos, porque es menos perjudicial al successor la hipoteca, que la agenacion, ex Nogue-rol. *Allegat. 2. nu. 64.* y permitido lo mas no se puede negar lo menos, ex text. *in leg. filius familias, §. fin. ff. de donat. leg. Marcellus, ff. de donat. caus. mort. leg. non debet. de regul. iur. cap. ex parte 27. de Decim.* en nuestro Reyno por el estatuto de la carta, parece dificultoso entender, que puede hipotecar los bienes à perjuizio del gravamen, y restitucion el q̄ solo tiene facultad de venderlos; singularmente hallando se impuesto en nuestro caso el gravamen de la restitucion à vna muger, de quien sospecha el derecho que con mas facilidad otorgara la hipoteca que la agenacion, vt passim referunt *Institutistæ in princip. institution. tit. quibus alienare licet vel non.*

lib 24 24 A mas, de que segun el testamento de su madre no puede Doña Clara, ni tiene facultad de agenar los bienes, sino para venderlos; y aunque vendiendolos los agena, pero hipotecandolos no los vende, ni agena: y bien puede venderlos, que es para lo que tiene facultad, pero no hipotecarlos, porque la hipoteca no es vendicion, sino otra especie distinta, y no permitida; antes bien expressamente prohibida por la testadora, pues la gravò à que despues de usufructuar, y gozar à su mera, y libre voluntad, durante su vida sus bienes huviesse de disponer de ellos despues de sus dias, en lo que le tenia



comunicado, y encomendado, y no obstante lo dicho le dió facultad para que los vendiese quando quisiere, pero no para que los hipotecasse.

25 Ni porque puede vender los bienes se ha de inferir facultad, y permisso para hipotecarlos, segun latamente funda D. Luis de Molina de Hispan. primog. lib. 4. cap. 5. n. 13. ibi: Cui vendere permissum est, & si id maius sit, pignorarare tamen, quod est minus non licet, ut à forma permissionis non recedatur: & ex eo quod moraliratione difficilius concedenda est pignoratio, quam venditio cum facilius quis moveatur ad pignorandam quam ad vendendum. Quapropter pignorationis facultas potius; quam venditionis restringenda est, quæ ratio subtilis est, & ad Primogeniorum possessores pari ratione trahi poterit, ideo namque habenti facultatem ad vendendum pignoratio denegatur, quia facilius quis ad pignorationem movebitur, quam ad alienationem: quamvis pignoratio non tam damnosa sit rebus maioribus, quam venditio. Quæ comprobantur ex eo, quod hæc facultas ad alienandum concessa dispensatio est, quæ etiam ex maiori parte rationis de casu ad casum extendenda non est, ex his quæ supra lib. 2. cap. 4. num. 49. latius adduximus. Quod in assensu Regis ad feudum alienandum concessio ex pluribus probat Sigismund. Neapolit. in cons. Feud. cons. 9. num. 13. Idque adeo verum est, ut assensus Regis ad feudi alienationem concessis, nec de persona ad personam, nec de re ad rem, nec etiam de contractu ad contractum, etiam ubi subest eadem, vel minor ratio extendendus sit, prout pluribus probat Andr. de Ifern. in cap. Imperialem in princ.



*princ. 3. Et 4. col. de prohib. feud. alien. ubi illum commu-  
niter scribentes sequuntur.*

26 M De lo dicho se infiere, que en los bienes apre-  
hensos, que ciertamente consta fueron de Doña  
Juana Garces de Espejo, no pueden tener cabida el  
credito del Licenciado Mara, ni el legado de 600.  
libras de San Lorenzo, porque Doña Clara Garces  
de Heredia, aunque tenía facultad para venderlos, no  
pudo hipotecarlos, y porque Joseph Castillo muestra  
à dichos bienes anterior, y legitima inclusion, en vir-  
tud de la vendición que otorgaron à su favor los  
Executores testamentarios de Doña Clara Garces,  
los quales se los vendieron usando de la facultad à  
ellos atribuida, para venderlos, y para emplear el pre-  
cio en executar, y cūplir las obras pias, que en dicho  
testamento ordena dicha D. Clara, advirtiendole, y decla-  
rando que esto era lo q̄ su madre Doña Juana le avia  
comunicado, y encomendado; y afsi no se puede du-  
dar, que el Licenciado Mara no tiene hipoteca alguna  
en estos bienes sino en los de D. Clara, y los aprehen-  
sos no fueron de Doña Clara, sino con el gravamen,  
y obligacion de disponer de ellos en lo que su madre  
Doña Juana le avia comunicado, y encomendado, con  
que primero se deven executar, y cumplir con el pre-  
cio de dichos bienes las obras pias comunicadas, y  
encomendadas, que importan, como de dicho testa-  
mento resulta, mas de 6000. libras Jaquejas, antes que  
fatisfacer las deudas contraidas por Doña Clara, sin-  
gularmente no pudiendo negarse, que en la constitu-  
cion de patrimonio del Licenciado Mara, no quiso, ni



pudo Doña Clara obligar los bienes de su Madre, porque segun resulta de processo, Doña Juana de Espejo no conoció, ni alcançò al Licenciado Mara, y assi no le pudo comunicar, ni encomendar à su hija, que en los bienes de su herencia le constituyesse patrimonio para que se ordenara.

27 Con mayor razon procede lo mismo respecto de las 600. lib. que pide el Capitulo de San Lorenzo de esta Ciudad; pues esta obra pia ordenada por Doña Clara, no se puede dezir, que se la comunicò, y encomendò su madre Doña Juana; porque manifiestamente resulta, que la Ordenò, y dispuso, para en caso que se cobrasen las 600. lib. del legado, que su hermana Doña Leonor Garces le dexò en su testamento; y aviendo cobrado Doña Clara dicho legado, (prescindiendo por agora de la question celebre, y bastantemente disputada en la decision de esta causa, sobre si con lo dicho revocò, ò no el referido legado) es indefectible que no dispuso de los bienes de la herencia fideicomissaria de su madre, sino de los suyos propios, quando ordenò dicha fundacion de aniversarios en S. Lorenzo; pues la concretò à la cobranza del legado, que le pertenecia por el testamento de su hermana, à mas de que de processo resulta, que su madre no le pudo encomendar, ni comunicar, que se fundassen en San Lorenzo aniversarios con las 600. lib. del legado que su hermana le dexò; porque su madre otorgò el testamento en el año 1669. y su hermana Doña Leonor no ordenò el referido legado hasta el año 1673. y assi es impos-



posible que pudiesse Doña Juana comunicar, ni encomendar a su hija Doña Clara, que se fundassen dichos aniversarios en San Lorenzo, con las 600 lib. que su hermana le avia de dexar en su testaméto; y assi esta fundacion, por estar concretada al legado que pertenecia à Doña Clara por el testamento de su hermana ( caso que se entienda que ha de subsistir, y que no lo revocò aviendolo cobrado) no puede tener efecto, sino en los bienes de Doña Clara, y no en los de Doña Juana.

28 Hemos (por descuydo) omitido referir en hecho, que tambien pide en este articulo la Priora, Religiosas, y Capitulo del Convento de Santa Fè de esta Ciudad, vn real cada dia durante la vida de Sor Isabel Ferrer, Religiosa professa de dicho Convento, por aver dispuesto, y ordenado en su testamento dicha Doña Clara Garcès de Heredia este legado; y que tuviesse prelación à todas las mandas que dispone, y ordena à favor de sus criados.

29 Contra esta pretension, contra los aniversarios de San Lorenzo, y contra el credito del Licenciado Mara, milita, à mas de lo que hasta aqui hemos referido otra excepcion, que al parecer, excluye absolutamente estos creditos, y legados de los bienes del numero primero, cuyo dominio pertenece à Joseph Castillo, en virtud de la vendicion, que otorgaron à su favor los Executores testamentarios de Doña Clara Garcès de Heredia.

30 Suponese para proceder con claridad, aunque se repita, que Doña Clara Garcès de Heredia ordenò en su testamento muchas obras pias, y declarò



lo que su madre le avia encomendado, y comunicado, en esta forma: *Item*, por quanto mi madre, y mi Señora Doña Juana de Espejo y Garces, Condesa de Pliego, en su ultimo testamento me instituyó heredera universal, para que durante mi vida usasse, gozasse, y usufructuasse todos los bienes de su universal herencia à mi mera, y libre voluntad; pero con cargo, y obligacion de disponer, para despues de mis dias de dichos bienes comprendidos en su universal herencia en los fines, y efectos, que me tenia comunicados, y encomendados: Por tanto en cumplimiento de dicha obligacion, y confianza, digo, y declaro, que me comunicò, encomendò, y mandò dispusiesse para despues de mis dias, de dichos bienes de su universal herencia en lo arriba por mi yà dispuesto para mi entierro, y Missas, y para comodidad, y socorro de los referidos criados, y criadas que tambien sirvieron à su Señoria, y para las dichas personas arriba especificadas; y cumplido lo arriba por mi yà dispuesto, y ordenado, y fenecidas las vidas de aquellos, à quienes dexo racion, ò legado para durante los dias de sus vidas naturales, ò dispuesto, y assegurado por mis Executores, que para dichos legados, y raciones vitalicias, y todo lo por mi yà dispuesto no falte en tiempo alguno me ordenò, y mandò, dispusiesse de lo restante de su universal herencia, en lo que agora irè disponiendo, y assi en cumplimiento, como dicho es, de la voluntad de dicha mi madre y Señora, y de la mia, y disposicion de mis bienes, &c.

31 Profigue ordenando otras fundaciones, y de su herencia universal, dispone en esta forma:

óraldo y así en el testamento muchas otras cosas. *Item*



Item de todos los otros bienes mios, assi muebles como sitios, derechos, instancias, y acciones dexo, hago, e instituyo heredera mia universal de todos ellos, assi de los mios propios, como de los que me pudieren pertenecer por el dicho ultimo testamento de la dicha Condesa mi madre y Señora, à mi alma, y por ella à mis Executores, ò à la mayor parte de ellos, à los quales doy facultad, de que luego que yo fuere muerta, tomen por Inventario todos mis bienes muebles mediante acto, y hagan valuacion, y estimacion de ellos, para que en todo tiempo conste, y sin autoridad de Juez alguno los vendan en publica almoneda, ò fuera de ella, al mis dante; y assi mismo todos los dichos mis bienes sitios, y tambien los censales si fueren menester; y el precio que procediere de todos ellos, lo reciban y cobren en su poder, y en primer lugar, cumplan todo lo por mi de parte de arriba dispuesto, y ordenado, y el remanete que sobrare, assi de bienes sitios, como de censales, dinero, y alhajas, se lo den, y entreguen todo de limosna al dicho Don Manuel Pueyo mi sobrino, para que haga, y disponga de todo ello à su mera, y libre voluntad.

32 ○ Aviendo otorgado, como hemos visto, los Executores, usando de esta facultad, la vendicion de los bienes del numero primero, à favor de Joseph Castillo, y entregadoles este el precio de ellos, quedaron en su poder los bienes, y libras de todos los cargos, y legados ordenados en dicho testamento, sin que puedan los legatarios mover cuestion alguna al comprador, pues no puede ser culpa fuya, que los Executores diviertan el precio à



otros fines, y no lo empleen en lo que previno la testadora, ò que lo ayan distribuido, invirtiendo el orden, y forma establecida en el testamento, y mucho menos puede ser culpa del Comprador, que el precio de los bienes no sea suficiente à cumplir, y pagar todos los legados ordenados por la testadora.

33. Procede con especialidad lo dicho, quando, como en nuestro caso se hallan instituidos los Executores con facultad de vender los bienes para emplear el precio en executar, y cumplir lo dispuesto, y ordenado en el testamento, segun funda Suelves *semicentur. 2. cons. 26. per tot.* afirmando, que el Comprador, queda al instante seguro, sin que puedan los legatarios intentar acciõ alguna contra èl, y advierte se decretò à favor del Comprador firma, inhibiendo las acciones, y instancias de los legatarios, por el motivo de que el Comprador no tiene culpa, en que los Executores diviertã à otros fines el precio, ni en que con èl no se pueda cumplir todo lo que el testador ordena.

34. La misma razon milita en nuestro caso, porque si Joseph Castillo comprò los bienes del número primero, y entregò el precio à los Executores con la buena fee de que por el testamento de Doña Clara tenian facultad para vender todos sus bienes, y de que con el precio que les entregò avian de hazer celebrar las seis mil Massas, pagar el entierro, y cumplir las demás fundaciones, y legados pios, que ordena dicha Doña Clara en su testamen-



to, sin causa, accion, ni derecho el Licenciado Maura, el Convento de Santa Fe, y el Capitulo de San Lorenzo, pretenden cobrar sus legados de dichos bienes vendidos à Joseph Castillo, pues legitimamente passarõ à su mano libres de los referidos cargos, aviendose vendido para executar, y cumplir otros que por expressa disposicion de la testadora eran primero; y no puede ser culpa de Joseph Castillo, que los vendedores no ayan distribuido, y empleado todo el precio, por el orden, y forma establecido en el testamento.

35 A mas, de que si el precio de los bienes de la execucion no fuesse suficiente para satisfacer, y cumplir todas las obras pias que Doña Clara ordena en su testamento, parece cierto, que no serà culpa de Joseph Castillo, ni se podrán pedir en los bienes que se vendieron, las obras pias que se quedaron sin executar; de otra suerte se seguiria el inconveniente, que el Comprador nunca estaria seguro, y no hallarian los Executores instituidos en esta forma, quien quiera comprar los bienes de la execucion, y quedarian por esta causa sin efecto las disposiciones testamentarias.

36 Otro inconveniente se seguirá, digno tambien de considerarse, y es, que en la vendicion que otorgaron à favor de Joseph Castillo los Executores testamentarios de Doña Clara Garces de Heredia, vnicamente obligaron à la eviccion los bienes de la execucion, de que se infiere, que si ay otros bienes en la execucion, deven los opuestos en este Proceso,



so, exercitar en ellos sus acciones, sin inquietar al Comprador, por los motivos referidos. Y si en la execucion no ay otros bienes, no parece razon, ni justicia, que quieran cobrar de los bienes vendidos à Joseph Castillo; porque por defecto de bienes se quedará sin recobrar, con la mala voz, el precio que entregò; y de esta suerte será cierto, que con el dinero de Joseph Castillo se pagaran las Missas, fundaciones, aniversarios, y entierro de Doña Clara, y con la Torre se fundarán los aniversarios en San Lorenzo, se pagarán los alimentos al Licenciado Mara, y el Violario à Sor Isabel Ferrer, y Joseph Castillo se quedará sin la Torre, y sin el precio que entregò.

37 Por estos inconvenientes, parece claro, que no procede mandar pagar en este juizio, y processo de los bienes aprehensos al Licenciado Mara, al Convento de Santa Fe, ni al Capitulo de San Lorenzo los creditos, y legados, que piden, sino que recorran à los Executores que recibieron el precio, ò busquen otros bienes de la testadora, en los quales, y no en estos podrán exercitar sus acciones: Y quando no aya otros bienes, y el precio de los que vendieron los Executores, yà este distribuido en obras pias, menor inconveniente es, que se queden sin executar, y cumplir estos legados, que no que los pague quien no los deve, y se executen con hacienda agena, pues siempre hemos de entender, y presumir, que no quiso la testadora, que estas fundaciones, y obras pias tuviessen efecto à costa de otro; esto



esto es , en caso que sus bienes no sean suficientes à satisfacer, y cumplir todas las que ordenò, y dispuso; y el medio de evitar estos inconvenientes , parece ha de ser reconviniendo à los Executores al cumplimiento de dichos legados, y à que den cuenta del empleo del precio que recibieron, y desta fuerte se averiguara si tienen, ò no cabida los creditos, y legados q̄ en este processo se piden, ò si contra razón, y justicia en perjuizio de los legatarios han invertido el orden que devian observar en la distribucion del precio de los bienes que han vendido.

38 Confirmase lo dicho, considerando , que aviendo muerto Doña Clara Garces en el mes de Noviembre de el año 1696. como resulta de su testamento , se introduxeron al instante los Executores en la herencia, y en la distribucion de los bienes , y hasta el año 1698. no vendieron la Torre à Joseph Castillo, y los legatarios , y el Licenciado Mara no han intentado sus acciones hasta despues de vendidos los bienes, y distribuido el precio: Con que sin causa , ni motivo alguno en perjuizio de esta parte han aguardado à exercitar sus acciones en los bienes vendidos à tiempo que el Comprador yà ha entregado el precio , y los vendedores lo han distribuido; pudiendo con mucha razón quejarse Joseph Castillo, por el perjuizio que se le sigue de esta dilacion, y tardanza, pues si antes de vender los bienes, ò antes de entregar el precio, ò antes que los Executores lo huviesse distribuido , huvieran propuesto sus acciones sin dificultad alguna, cessarian los inconven-

nien-



nientes, y perjuizios que experimenta en el despojo sin recurso, que se le sigue por omision culpable de los opuestos en processó.

39 Reconozco la diferencia que ay entre las obras pias, y creditos de Doña Clara, siendo cierto, que el credito del Licenciado Mara es anterior, por tener origen de la promessa, y obligacion, que en el año 1695. otorgò à su favor dicha Doña Clara Garcés de Heredia; las obras pias se hallan ordenadas en su testamento con esta distincion, que la fundacion de los aniversarios de San Lorenzo la concretò la testadora al legado de 600. libras, que su hermana Doña Leonor le dexa en su testamento, y el Violario de Sor Isabel Ferrer, Religiosa de Santa Fè, tiene, y le diò prelación à otros legados, q̄ dispuso à favor de sus criados, y estos quiso q̄ fuesen primero que las demás fundaciones, y obras pias, y antes que todo, y en primer lugar el gasto de su entierro, defunzion, y Missas, y para el cumplimiento de lo referido, ordenò que los Executores vendiessen todos sus bienes muebles, y sitios.

40 De que resulta, que con el precio de los bienes avian de pagar los Executores, en primer lugar el gasto del entierro, la caridad de las seis mil Missas, los Violarios, Raciones, y legados, que dispone en dicho testamento à favor de sus criados, que todo esto importa mas de 5000. lib. laquefas; y así es evidente, que la fundacion de los aniversarios de San Lorenzo no puede tener lugar, sino despues de satisfecho todo lo sobredicho. Con que aviendo



vendido la Torre los Executores à Joseph Castillo, por precio de 1100. libras , y empleadolas , segun devemos presumir, en satisfacer, y cumplir las referidas obras pias, no puede el Capitulo de San Lorenzo en dicha Torre pedir, ni cobrar las 600. lib. de los aniversarios, sino verifica primero, que todas las referidas obligaciones las executaron, y cumplieron los Executores con el precio de otros bienes que vendieron de la testadora, pues sin dificultad alguna por expressa disposicion de Doña Clara han de ser primero todos los legados , y obras pias referidas, para cuyo cumplimiento los Executores, usando de la facultad à ellos atribuida, otorgaron la vendicion, y recibieron el precio de Joseph Castillo.

41. Aunque el patrimonio del Licenciado Marra, es obligació otorgada por la testadora en contrato, no ha de tener cabida en dicha Torre à perjuizio de las referidas obras pias, por los motivos, y razones expendidos en la primera parte de este Alegato.

42. Ultimamente , quando el Capitulo de San Lorenzo, y el Convento de Santa Fè requirieron à los herederos, que pagassen sus legados , y à avian otorgado los Executores la vendicion de la Torre à favor de Joseph Castillo, y parece podian los Actores, y devian aviendo elegido este medio, continuarlo, y seguir la instancia contra los herederos hasta cobrar los legados del precio que avian recibido, y no variar intentando esta aprehension, para despo-



jar, y molestar con ella à los compradores, si que  
 no deven cosa alguna. y *43* Nies de consideracion, que el Fuero de los  
 Legatarios del año 1592. estableció: *Para satisfac-*  
*cion de el legado la hipoteca de los bienes de el difunto,*  
*y que en fuerza de el se puedan aprehender, y el Le-*  
*guario aya de obtener en qualquiera instancia, pro-*  
*cesso, ò articulo.* Y el Fuero del año 1626. baxo el  
 mismo titulo de los Legatarios añadió: *Que avien-*  
*do interpelado al heredero, ò detenedor de los bienes, aya*  
*de obtener con costas el Leguario:* Porque esta hipo-  
 teca, privilegio, y execucion no la pueden tener los  
 Legatarios en los bienes que el Testador ordena  
 que se vendan; y obedeciendo, y cumpliendo lo  
 que devian, los han vendido los Executores, pues  
 en este caso los Legatarios, y el Comprador se in-  
 cluyen con el testamento, y si dispone el Testador  
 en el los legados, tambien dispone que se vendan  
 los bienes; y aunque ordena que se paguen los lega-  
 dos, no quiere que sus bienes esten hipotecados à  
 ellos, sino que los Executores los vendan, y con el  
 precio los cumplan, y paguen; con que pa-  
 rece claro, que los Legatarios solo podrán exerci-  
 tar las hipotecas, y acciones, que les permiten los  
 referidos Fueros, en los bienes del difunto, que es-  
 tuvieren sin vender, y en el precio de los que hu-  
 vieren vendido, pero no en los bienes vendidos; de  
 otra suerte impugnarian precisamente los legatarios  
 el mismo testamento con que se incluyen.



44 Procede lo dicho con mayor razon, si como en nuestro caso venden los Executores los bienes de el difunto para pagar, y cumplir otros legados, que por expressa disposicion de el Testador, tienen antelacion à los que piden; porque es constante, que los bienes, en este caso, passan al Comprador libres de las hipotecas, y acciones, que à los Legatarios posteriores competen en fuerza de los referidos Fueros.

45 Es proposicion constante, que el Comprador de Corte, al instante està seguro, y los bienes passan à su poder libres, respecto de los Acreedores posteriores al credito, para cuya satisfaccion se venden, ex *Suelves in centur. cons. 7. num. 3.* Luego el que compra de los Executores los bienes de el difunto, tambien ha de estàr al instante seguro respecto de los Legados posteriores à aquellos, para cuya satisfaccion otorgaron à su favor la vendiciõ, singularmente hallandose precisados los Executores, como en nuestro caso, por disposicion expressa de el Testador à vender los bienes para cumplir lo que dispone, *textus in leg. 1. Cod. si antiquior Creditor pignus vendiderit, leg. 2. leg. si cum prior. 3. vbi Bartol. ff. de distract. pignor. glosa magna, in leg. 1. Cod. si vendita pignore agatur, Fulgos. consil. 126. num. 2. Thuscus practicar. tit. 2. lit. C. conclus. 1059. Leon decis. 1. num. 20. Et decis. 70. per tot.*

46 Si por las disposiciones forales referidas tienen



nen los Legatarios hipotecados à su favor los bienes de el difunto, tambien tiene el Acreedor hipotecados à su favor los bienes de el Deudor; y no obstante effo no se permite, que exercite su accion el Acreedor en los bienes que se vendieron para satisfacer à otros Acreedores anteriores à su credito; porque con la vendicion al instante està seguro el Comprador, y los bienes passaron à su mano libres de los Acreedores posteriores al credito, porque se vendieron, y sin embargo de estàr satisfecho, finge el derecho que permanece siempre el credito anterior, à fin de excluir con èl à los Acreedores posteriores, y defender el dominio de los bienes vendidos, ex Salgado *in labyrinth. creditor. part. 3. cap. 2. num. 108. Suelves dict. cons. 7. in centur.* Luego no pueden los Legatarios posteriores exercitar sus acciones en los bienes que vendieron, para cumplir los legados, que dispuso la testadora, que se pagassen en primero lugar, y con antelacion à los que agora piden.

47 A mas, de que aunque ningun legado, ni obra pia dispuesta por Doña Clara Garces tuviesse antelacion à la fundacion de los aniversarios de San Lorenzo, y al Violario de Sor Isabel Ferrer, tampoco podian tener cabida dicho Violario, y fundacion en los bienes aprehensos, que los executores vendieron, segun funda Suelves con muchos Autores *dict. cons. 26. semicentur. 2.* y en la misma proposicion conviene, alegando textos muy puntuales,



Matienzo lib. 5. tit. 4. de testament. Et executor. leg. 14. glos. 1. num. 35. in fin. ibi: Quid si in instrumento dixit Tabellio quam pecunia quantitatem recepit venditor in mei presentia, Et testium infrascriptorum, sed non apparet quod legatarijs sit satisfactum, an sit securus emptor? Et respondit esse securum, quia cum testator ob hanc causam executori permiserit bona sua vendere, sat est emptoribus ob eam soluisse causam, quamvis executor in aliam converterit, ut in leg. 1. §. non autem, ff. de exercit. act. leg. 7. tit. 1. part. 5. melior textus in leg. fin. in fin. ff. de exercitor. action. cuius verba sunt: Et sufficere si in hoc crediderit, non etiam illud exigendum, ut ipse curam suscipiat in hanc rem pecuniam erogatam esse, Et ibi notat Paul. Castr. quod summe nota, quia quotidie videbis in praxi.

48 A vista de lo dicho, no parece necessario detenernos en ponderar, que de processo resulta, que el Licenciado Mara reconociò, no se valdria jamàs, ni en tiempo alguno de dicha promessa, y obligacion contra la persona, y bienes de Doña Clara Garces, aunque Juan Ruiz de Segura testigo segundo, producido por esta parte al artic. 4. de la Replica, concluye el hecho de la confianza, y que Doña Clara Garcès instò en que la declarasse el Licenciado Mara, en papel de su mano, que el testigo lo dictò, y el Licenciado Mara lo escriviò, y firmò, y que es el mismo, que se ha exhibido por esta parte, por averlo visto escribir, y firmar el testigo al Licenciado Mara.



49 Lo mismo dize el testigo quarto, que es el Padre Fray Joseph Lanzas, Religioso professo de el Orden de Santo Domingo, afirmando sobre el mismo artic. 4. *Que en su presencia, en la de Juan Ruiz, en la de Doña Clara Garcès, y de otros, se hizo el papel, y confesò el Licenciado Mara la confianza, aunque no puede dezir, si el papel exhibido es el mismo, que entonces se hizo, por no aver visto escribir al Licenciado Mara en otra ocasion que la referida, pero està cierto, que el papel exhibido, y el que firmò el Licenciado Mara es uno mismo; porque en entrambos reconoce el Licenciado Mara, no se valdrà jamàs, ni en tiempo alguno de la escritura de promessa, y obligacion contra la persona, y bienes de Doña Clara Garcès.*

50 Manuel Carceller testigo quinto, al mismo artic. 4. afirma: *Que el Licenciado Mara le confesò, que el papel que se ha exhibido por esta parte, era de su mano, y letra, y tambien explica la confianza con algunas circunstancias, dignas de verse.*

51 Ni obsta à lo dicho lo que atestan los quatro testigos, producidos por el Licenciado Mara, sobre el artic. 9. de el contradictorio, donde concluyen, *que el papel exhibido en Proceso no està escrito, ni firmado de la mano, y letra del Licenciado Mara, sino que es de letra diferente; dando por razon, que la tienen muy conocida, y vista: Porque aunque sea cierto, que el papel que mostraron à estos quatro testigos al tiempo de hazer sus deposiciones estuvièsse escrito de diferente letra, que la de el Licenciado Ma-*



ra; no por esso se excluye el trato, ajuste, convenio, y confianza, que concluyen los testigos producidos por esta parte, pues cabe que sucediera, como sucedió, todo lo que afirman nuestros testigos, y que el Licenciado Mara escriviera, y firmara el papel, que le vieron escribir, y firmar, y el vno de ellos lo dictò, y tambien cabe, y puede ser, que desde que se exhibiò por esta parte dicho papel, hasta que se produxeron los quatro testigos de el contradictorio de el Licenciado Mara, ayan descolido de Proccesso el papel original, que por esta parte se produjo, dexando copia de èl, la qual mostrarian à los testigos de el Licenciado Mara al tiempo de depofar; y assi bien podian conc'uir, que es de diferente mano, y letra; y aunque esto no sea assi, sino que conste, que el papel exhibido por esta parte, y el que se mostrò à los testigos del Licenciado Mara al tiempo de depofar, es vno mismo, y que la letra de èl no es del Licenciado Mara; no convencen estas depoficiones, que no passò, ni sucediò el hecho real, y verdadero, que los testigos de esta parte concluyen, de aver reconocido, y confessado el Licenciado Mara, que era en fee, y confianza dicha obligacion, y que nunca se valdria de ella, porque este hecho es absolutamente independiente de si el papel exhibido es el mismo que se mostrò à los testigos, y de si està escrito, ò no de mano del Licenciado Mara.

52 A mas, de que la razon que en sus depoficiones explican los testigos del Licenciado Mara, es  
de



de nota manu, & litera, y esta es falible, y mucho mas debil prueba, que la que se haze per comparitionem literarum, como dize Mascardo *de probat. conclus. 330. à nu. 1. Et fere per tot.* por si sola no prueba la comparicion de letras, si los testigos no afirman, que estuvieron presentes, y vieron hazer la escritura, alli: *Qua propter iure, ac merito fit ut comparatio literarum simpliciter probare non possit, sed egeat alio adminiculo: vel saltem testes deponant se fuisse presentes quando scripta fuit talis scriptura per scribentem, seque vidisse illum scribere illas literas, Et scripturam de qua agitur: nec satis est si dicerent se recognoscere literas illas ex illius scribendi genere, quod aliàs viderint istius modi eiusdem, easque notas habere.*

53 Estas circunstancias que previene Mascardo por precisas, y necessarias, para que se aprecie la prueba hecha, per comparationem literarum, à mas de omitirlas los testigos de el Licenciado Mara, y no dar otra razon, fino que tienen muy vista la letra de el Licenciado Mara, y conocen que es distinta que la del papel; se hallan como avemos visto en nuestros testigos, pues concluyen que estuvieron presentes al tiempo que el Licenciado Mara escribió el papel; y el vno de ellos atesta, que lo dictò; con que parece se convence, que sin embargo de lo que afirman los testigos contrarios consta, que el papel es de mano, y letra del Licenciado Mara; y nunca se puede dudar que los testigos de esta parte concluyen, que dicha obligacion la otorgò Doña Clara



Garcès en la seguridad, y confianza, de que no se valdria de ella el Licenciado Mara jamás, ni en tiempo alguno.

54 Reconocemos la dificultad de admitir en nuestro Reyno, contra el instrumento, prueba alguna, sino otro instrumento, ò el Notario, y los testigos instrumentales, ex Observ. *Item si aliquis 4. de probationibus*, Suelves *consil. 66. num. 3. Et semicentur. 2. cons. 3. num. 1.* mrs no dexamos de ponderar, que esta circunstancia, y las que los testigos producidos por esta parte explican en sus deposiciones, hazen evidente la confianza: Y aunque estamos precisados à no atender, sino al instrumento, por no averse probado la confianza con otro instrumento, sino con testigos; pero manifestando los hechos referidos, que este credito no se deve, por averse otorgado en fee, y confianza, tienen por lo menos mayor recomendacion en la suma justificacion de V.S.I. los motivos, y razones, expendidos en este alegato para su exclusion; y assi esperamos, que V. S. I. los considerará con la reflexion que acostumbra.


55 Ultimamente, está pendiente la confirmacion de la sentencia de el articulo de lite pendiente, y à vista de estos motivos espera Joseph Castillo, que V.S.I. la revocará, y mandará recibir su proposición con dominio en dicha Torre, como la comprò, libre de los creditos, y legados, que en ella piden, pues en Replicas opuso todas las referidas excepciones. Y



en la misma forma espera, que en este artículo de propiedad se le ha de mandar restituir dicha Torre con dominio, libre de los credits que piden, juntamente con los frutos procedidos durante la lite, y entiendo procede, S.G.S.C. Zaragoza, y Octubre 15, de 1704.

Doct. Gaspar del Corral

*Habent sua Sidera Causa*



Ultimamente, esta pendiente la continuación de la sentencia de el artículo de lite pendiente, y á vista de estos motivos espera Joseph Castillo, que V.S.I. la revocará, y mandará recibir la propiedad con dominio en dicha Torre, como la compró, libre de los credits, y legados, que en ella piden, pues en Replicas opuso todas las referidas excepciones. Y