

20, de Mayo 1735



Pag. 1

371-47
P0606/47



JESUS, MARIA, JOSEPH, J. Y A.

P O R

DON FRANCISCO FERNANDEZ
de Ixar Zapata de Calatayud, Duque de la
Palata, Principe de Massa, Marqués
de Cabrega.

EN EL PLEYTO

DE APREHENSION DE LOS ESTADOS
de Ixar, Belchite, y Lecera.

INTRODUCIDO A INSTANCIA DE
Don Jorge Fernandez de Ixar.

EN GRADO DE REVISTA:

SOBRE LA REPOSICION EN LA SENTENCIA, y derechos ganados por Don Pedro Luis Fernandez de Ixar.

I



EN la Vista de este expediente se intentò persuadir, que procedia la reposicion, que pide el Duque de la Palata, en los derechos, que ganò su Abuelo D. Pedro Luis Fernandez de Ixar, n. 27. y en que estuvo repuesto su hijo Don Antonio Melchor,

A

num. 30.

2
num. 30. en virtud de los Vinculos de la Capitulacion Matrimonial de Don Luis, num. 3. dispuestos por su Abuelo Don Luis, num. 1. calificados en la Sentencia, que se pronunciò en favor de dicho Don Pedro Luis; cuya pretension se prosigue en esta instancia, y se funda con mayor convencimiento por otros Abogados, que nada dexan, que añadir, ni dificultad sin convencer; por lo que ceñiremos este informe al nuevo documento, que se ha exhibido con el testamento del Vinculante, en que tiene el Duque de la Palata claro, y prelativo derecho al de los contendores.

2 Para cuyo convencimiento se deve suponer, que dicho Don Luis, Vinculante, en la referida Capitulacion Matrimonial de su Nieto en la *Claus. 10.* del vinculo, copiada en el *Memorial Ajustado fol. 9.* pacta la reversion de los bienes donados, si fuere vivo, ò à aquel, ò aquellos, en quien èl por su testamento, vel alias ordenado, y dispuesto avrà para en el caso de la muerte de sus cinco Nietos sin hijos, ni descendientes Varones; y para el caso, *que de dicha tierra expressamente no avrà dispuesto, y ordenado*, prosigue haciendo otros llamamientos desde la *Claus. 11.*

3 Hizo Don Luis testamento, y aviendo calendado en èl, y expressado dicha Capitulacion Matrimonial, instituye heredero à dicho Don Luis, y en substancia repite los mismos llamamientos à favor de sus cinco Nietos, concluyendo con esta expresion: Los quales dichos
bienes

3
bienes queremos sean vinculados, segun parece lo son por los testamentos de nuestro Padre, y Abuelo; y en lo por ellos vinculado, aquello queremos, y es nuestra voluntad se serve; mayormente lo que nos avemos poseido, que seria la Baronia de Belchite, y unas Casas sitiadas en la Ciudad de Zaragoza, en la Cuchilleria, en la Parroquia de San-Tiago, que afrentan con Casas del Conde de Sastago, y con dos carreras publicas, que al presente està Maestro Miguel el Sastre, y otras Casas, aquello queremos, y es nuestra voluntad vincularlo, como de present vinciamos de fijos, en fijos masculos succedientes por recta linea, como arriba diximos; y quando masculos no se hallen, tornen, y vengan al mas propinquo pariente, y nombre, y armas de Txar, como se relaciona *Memor. ajust. à fol. 13.*

4 Y asentado, que el vinculo de la capitulacion matrimonial es de rigurosa, y natural agnacion por lo respectivo à los llamamientos de los cinco nietos, y sus descendientes Varones, como se halla calificado en la Sentencia de lite pendiente, por la que se deve gobernar esta reposicion; parece tambien consiguiente, que deverà ser repuesto, el que en el testamento manifestasse llamamiento claro; porque para fenecidos los agnados se halla en èl la providencia para la Succession; sin que pueda hazerse merito de los demás llamamientos, y substitutions de la capitulacion matrimonial, por no aver llegado el caso de ellas, aviendo dispuesto expressamen-

4
te de los mismos bienes en dicho testamento.

5 Sin que pueda decirse, que el testamento no es título conocido en el Proceso de lite pendiente, por cuya causa no se puede regular por el la reposición, supuesto, que ni puede pedirse, ni deve concederse con merito extraño de el proceso, en que se pide, y pretende; porque se responde, que siendo la disposición de el testamento efecto de la reserva de la capitulación matrimonial, no es título extraño, ni merito distinto; pues ambos se estiman un acto solo, *l. Affe toto, ff. de hered. instit. ibi: Ita scriptum est: Quem heredem codicillis fecero, hæres esto. Titium codicillis heredem instituit: ejus quidem institutio valet, ideo quod licet codicillis dari hereditas non possit, tamen ex testamento data videtur, l. si ita scripsero 38. ff. de condit. & demonstr. ibi: Si ita scripsero, quantum codicillis Titio legavero, licet codicillis legatum explicetur, tamen ex testamento valet.*

6 La razón legal es; porque todo acto posterior, que se executa en virtud de la reserva contenida en el acto anterior, se reviste de la naturaleza, causa, y tiempo del acto anterior, como si en el se huviera insertado pura, y perfectamente, Menoch. tom. 2. cons. 106. num. 141. Mier. de majorat. part. 1. quest. 44. num. 27. Fontanel. de pact. nuptial. tom. 1. claus. 4. glos. 5. à num. 18. & tom. 2. claus. 7. glos. 2. part. 2. à num. 44. Merlin. tom. 2. contr. forens. centur. 2. cap. 9. per tot. & precipue à num. 4. Rosa
consul.

5
consult. 69. num. 93. allí: *Illamque reservationem in donatione facta, ut possit in hoc casu D. Gonsalvus in testamento disponere, facit, ut dum postea actus in testamento explicatur, videatur ipsi donationi in esse, & unicam cum ea dispositionem efficere.*

7 Torre, de pact. tom. 2. decis. 46. num. 2. allí: *Quod quidem fideicommissum, & primogenitura in predictis elogiis, sic ordinata, perinde habetur, ac si esset facta, & inserta in ipso instrumento dotalitio, & donationis, & reservationis idem operantis.*

8 Fundando lo dicho, en que quanto posteriormente se executa en virtud de causa anterior, no se deve considerar, segun el acto ultimo, que se executa, si no segun la causa, naturaleza, y tiempo del acto anterior, en cuya virtud se executa, *l. Si procuratorem 8. ff. mandata. l. 3. Cod. ad Senat. consult. Meceдон. Rodrig. de ann. redit. lib. 1. quest. 17. num. 25. Guarb. decis. 69. num. 6. D. Castell. lib. 5. contr. cap. 155 per tot. D. Salg. in Labyrinth. part. 3. cap. 4. à num. 52.*

6 Siendo, pues, la disposición de dicho testamento, hecha en virtud de la reserva, y facultad precabida en la capitulación, se deve considerar un mismo acto el de la capitulación, y el del testamento; sin que se pueda tener este por merito extraño de aquella; como se ve en las adiciones à las Sentencias Arbitrales, y en las contracartas, con las quales se pueden pedir

6
las revocaciones de los derechos concedidos con la comanda, ò la Sentencia Arbitral; pues, aunque la revocacion deva ser *ex eisdem*, no se pide con merito extraño, pretendiendose con la contracarta, ò la adición, que se consideran escrituras dependientes de la comanda, y de la Sentencia, Bard. *in for. 9. de citation. Et monition. num. 9.* D. Sess. *de inhibition. cap. 5. §. 9. num. 7.* Suelv. *semic. 2. conf. 9. num. 9. Et 10.*

10 Yà convencido, que el testamento no es merito extraño de el de la capitulacion, con que se siguiò, y determinò este pleyto, parece, que fenecidos los llamamientos de la capitulacion matrimonial, se deverà decretar la reposición al que mostrare vocacion clara, è indubitable en la substitucion del testamento; aunque sea colateral del ultimo poseedor, ò del que ganó la instancia; porque quitados de medio los primeros substituidos, *perinde venit, ac si ipse solus fuisset substitutus; quia ingreditur in locum precedentius l. cohæredi, in princ. ff. de vulgar.*

11 La instancia ganada con vinculo aprovecha à todos los Successores, *ex l. si petitor, Et l. tam ex contractibus, ff. de judic.* D. Molin. *de primog. lib. 4. cap. 8. num. 6.* D. Valenz. *conf. 62. num. 61.* porque así como pasan los bienes, deven passar las instancias, y las acciones, las quales siguen la naturaleza del derecho, porque se intentan, y deduzen en juicio, *l. 2. §. Et harum, ff. de verb. obligat.* D. Molin. *ubi prox.* D. Salg. *de Reg. protec. part. 4. cap. 8. num. 302.*

luego

7
luego si del mismo modo pasan los bienes en el transversal, llegado el caso de su vocacion, que en el descendiente, no puede constituirse diferencia, para que no devan passar las instancias, quando igualmente huviera perjudicado à todos la Sentencia, *ex D. Molin. de primog. d. lib. 4. d. cap. 8. num. 3.*

12 Por cuyo motivo no puede fundarse diferencia para la reposición, entre el caso de ser descendiente, el que la pretende, y pide, ò ser colateral el que la litiga por la razon, que expresa el S. Larr. *decis. 35. num. 21.* allí: *Quia illud ratione bonorum, Et successionis provenit, habet instantia jus inseparabile cum jure successionis, ita ut in eo in quem successio derivatur, Et instantia debeat derivari.*

13 De lo dicho se manifiesta, que sin razon juridica, asienta Suelv. *semice. 2. conf. 33. à num. 9.* que en Aragon no se conceden reposiciones con vinculos à los colaterales: ni el estilo, y practica, que supone, es cierta, quando se ve, como refiere, *num. 14.* que se decretò por la Real Audiencia la reposición, que impugnava, y era de colateral; y aunque se reformò la Sentencia en la Corte por tres votos contrarios, como dize *in fin.* no se puede fundar la decission en dicho estilo; pues à ser cierto, huvieran todos conformado en uno, y otro Tribunal; y la diferencia pudo consistir, como consistiò, en el concepto de las questiones, que incidian, y capacidad del juicio para determinarlas.

A 4

Y

14 Y que tal practica, y estilo no se ha observado por los Tribunales del Reyno, se persuade del fragmento de los motivos, que se copian en el primer informe, num. y se convence de los de la Real Audiencia Antigua en el proceso *Domna Joanna de Toledo*, aprehension del Estado de Aranda en la reposicion, que se decretò à favor de D. Pedro Pablo Zapata à 20. de Noviembre del año 1656. quinze años despues de la que refiere Suelv. pues dizen: *Merito eidem repositio in iuribus ultimi Comitis D. Antonii conceditur, non obstante praxi allegata, qua in Regno denegari solent repositiones collateralibus cum vinculis; quando etenim de illa constaret, intelligenda, si in collateralium, vel transversalium jure aliqua discussio juris intricati, vel qua altiorem indaginem exposcat, interveniat, tunc enim indirectum iudicium eam reservare congruit.*

15 Pero si de la lectura del vinculo constare aver llegado el caso del llamamiento sin dificultad grave, procede la reposicion, como prosiguen: *Sin verò casus clarus vocationis statim ex lectura substitutionum insurgat, absque eò quòd in minimo labore intellectus in vocatione repositionem petentis, cur eidem differenda, nec deneganda? Praxis etenim ista, quemadmodum in casu dubio, & questionibus juris involuto, iustissima est, & observanda; ita è contra in casu claro, ac patenti illius observantia injusta est, & ut talis contemnenda; maxime in Tribunalibus Su-*

Y

+ A

pre-

premis (ut non semel in isto iudicatum videmus) & quando partes in incidenti repositionis, licet sumario, sua jura plene deduxerunt, ut in presentis, in quo abundè, tam in jure, quam in facto nihil in tractum omiserunt, quod ad suorum iurium liquidationem, & cognitionem conducere posset.

16 Esta es la practica cierta, y segura, que en Aragon ha governado las reposiciones con vinculo en las instancias ganadas por el poseedor, sin que se aya puesto diferencia entre el descendiente del que obtuvo la sentencia, ò fue repuesto en la instancia ganada, y entre el colateral, que la pide, por pretender aver llegado el caso de su vocacion. Y asì parece, que si por el Duque de la Palata se hiziere constar claramente, que segun la disposicion del vinculo es claro su llamamiento, y que ha llegado el caso de la substitution, no se le deverà retardar la posesion de los bienes, negandole la reposicion en los derechos ganados por su Abuelo.

17 Y esto procede, aunque sea preciso decidir questiones de derecho; no solo porque estas nunca se consideran ilíquidas, ni de intrincado examen, Giurb. decis. 21. num. 1. Grat. disc. 692. num. 36. & discept. 740. à num. 47. Luc. de judic. disc. 42. num. 11. mayormente en los Tribunales Superiores, como advierte Fontanel: decis. 133. num. 25. alli: *Maximè ubi causa, sicut hic, agitur coram doctissimis viris, y*

yà

y yá porque las Partes *in incidenti re-
positionis, licet sumario, sua jura plenè deduxe-
runt.*

18 Pretende, pues, el Duque esta subro-
gacion por el testamento de Don Luis, *num. 1.*
pues, aviendo dispuesto, que en falta de los des-
cendientes varones de sus cinco Nietos, huvies-
sen de bolver los bienes al donante, si fuesse vi-
vo; y si no à aquel, en quien huviesse dispues-
to por su testamento, como se expresa en la
claus. 10. se incluye con la disposicion del testa-
mento, en que, para dicho caso de la deficien-
cia de los nietos, y sus descendientes varones,
llama al pariente mas propinquo, y nombre, y
armas de Yzar.

19 No parece, puede aver duda, de que
ha llegado el caso de deverse decretar la repofi-
cion por el llamamiento del testamento; pues
hallandose calificado en este pleyto el vinculo de
la capitulacion por lo respectivo à los bienes, de
que se trata, no puede conocerse de otro titulo,
y deverà reponerse, à quien en él hiziere conf-
tar de su vocacion *ex lectura substitutorum*; su-
poniendo, que los llamamientos de los cinco
nietos, y sus descendientes varones, son agna-
ticios, como lo calificò la sentencia, en que se
pide la subrogacion; por lo que no se puede
aora dudar, ser de la qualidad referida, y por
consequente, que por la muerte del ultimo ag-
nado fenecieron dichos llamamientos, y se abrió

la

la sucesion à los que para en su defecto se ha-
llan substituidos, que es el pariente mas pro-
pinquo.

20 Este llamamiento se verifica del mas
propinquo al ultimo poseedor, y no del mas
propinquo al vinculante, por los motivos con
que latamente funda esta opinion el S. Molin.
de primog. lib. 3. cap. 9. per tot. y aunque se quie-
ra dezir, que es cuestionable à quien se deva
atender para regular la mayor propinquidad; es
solamente cuestion de derecho determinable en
los Tribunales Superiores, aun en los juizios su-
marisimos, no hallandose, como no se halla
embuelta, ni dependiente de cuestion de fecho,
supuesto, que no se duda de la descendencia
del Duque, ni de la inmediacion con el ultimo
poseedor.

21 Y esta opinion no se puede considerar,
ni intrincada, ni de indagen; porque yá no ad-
mite duda in consulendo, & judicando, Luc.
*de lin. legal. art. 8. num. 80. alli: Item, quia
in majoratus successione proximitas ultimi posse-
soris est attendenda, & ejus respectu metienda;*
**QVÆ OPINIO VERIOR EST IN JVDI-
CANDO ET CONSVLENDO.** Tan cierta
esta opinion en España, que no se puede dudar,
de ella, como expressan los Add. ad D. Molin.
*de primog. d. lib. 3. d. cap. 9. ad num. 3. alli: In
Hispanorum primogeniis de hac nostra Sententia
minimè dubitari potest.*

22 Siendo esta opinion la que no admite
duda

duda en España, no la puede hazer intrincada, ni de alta indagen, el que ayà AA. que defien- dan la contraria; pues aunque *opinio Doctorum discordium dubium negotium reddit*, se entien- de, como explica Valeron, *de transact. tit. 2. quest. 3. alli: Quod tamen non generaliter ve- rum est, nam solent res perspicua, & clara Doctorum opinionibus minus securis confundi.* Y por ello dize Urceol. *de transact. quest. 44. num. 23. ibi: Questio juris dubia non dicitur, quando appertis libris decidi potest.*

23 No porque sea question de derecho, re- quiere alta indagen; pues no ay cosa tan clara, que no pueda reducirse à question *l. non omnium, ff. de legib.* y solo se puede considerar question de indagen, è intrincada aquella, en que no se halla la opinion comun, Argel. *de acquirend. posses. quest. 2. artic. 4. num. 25. alli: Requirit ergo, ut opinor, altam indaginem questio juris, quando non reperitur, qua sit communis opinio; tunc enim difficillimum est tutam eligere opinio- nem: Secus vero, quando licet adsint varia opiniones, comunis tamen opinio stat pro una parte.*

24 La opinion, que se lleva propuesta, defien den todos en España, y la comun practi- ca tiene establecida, como dizen Add. ad D. Mol. *de primog. d. lib. 3. d. cap. 9. ad num. 1. alli: In Majoratibus Hispania affirmant omnes, quod proximitas in descendibus ultimi possessoris ab ipso ultimo possessore, non à primo insti- tutore*

tutore majoratus consideranda est: Quorum sententiam communis praxis admitit. Luego no puede depender la reposicion del Du- que de la Palata de question, que requiera alta indagen; y de que no pueda conocerse en este sumarissimo juizio.

25 Parece decisivo de este assunto el Car- denal de Luc. *tit. de feud. in decis. Sicil. post. disc. 103. num. 437. alli: Quia inter conten- dentes de successione sunt duo, scilicet dicti Co- mites Macerani, & Racundia, qui se fundant in testamento claro, per quod institutus est, qui de jure succedere debet; qualis intelligitur proxi- mior habens qualitates requisitas in primis in- vestituris, & Regni capitulis, absque eo quod probare habeant in facto aliud, prater descen- dentiam ab ultimo stipite ad dignoscendam gra- dum, & linea proximitatem, de quo inconti- nenti potuit constare per scripturas publicas, (pro- ut re vera constitit) & sic punctus juris tantum- modo erat discuciendus, qui in Tribunalibus Su- perioribus dici non potest, quod altiore requirat indaginem.*

26 Y aunque la question de derecho del- pendiera de indagen, y discusion, se devia co- nocer de ella en este juizio, aunque sumario, aviendo las Partes deduzido todos sus derechos en este pleyto, y quanto puede conducir para el conocimiento de la causa, segun la practica, que suponen dichos motivos, alli: *Maximè in Tribunalibus Supremis (ut non semel in ista judi;*

judicatum vidimus) Et quando partes in incidenti repositionis; licet sumario sua jura plenè deduxerunt, ut in presenti, in quo abundè, tam in jure, quam in facto nihil intactum omisserunt, quod ad suorum jurium liquidationem, Et cognitionem conducere possit.

27 De lo dicho parece se manifiesta, que la verdadera, y calificada practica de Aragon ha sido el decretar las repositiones aun à los colaterales, siempre que han hecho constar aver llegado el caso de su vocacion, segun la lectura, y literal sentido del vinculo, no concurriendo para su inclusion el examen de derechos intrincados, ò que requieren alta indagèn; y verdaderamente, que eran de alguna discusion, los que se determinaron en dicha reposition de D. Pedro Pablo Zapata, como se manifiesta de los motivos; pero en los Tribunales Superiores, si no se hallan complicados con questiones de hecho, las de derecho pueden determinarse aun los juizios sumarios.

28 Al Duque de la Palata no se le puede considerar como colateral en este juizio; pues, aunque lo sea respecto del ultimo poseedor, es descendiente del que obtuvo la Sentencia, en la que pide subrogarse, y por consiguiente es de la linea de possession, que formò D. Pedro Luis, num. 27. para sí, y sus descendientes, aviendo entrado en la possession de los bienes por la Sentencia, que obtuvo, D. Molin. de primog. lib. 3. cap. 4. num. 14. ibi: Add. D. Larrea decis. 8. num.

num. 47. Ross. consult. 69. num. 9. Rox. de incompat. part. 1. cap. 6. à num. 144.

29 Y quando se le considere colateral, haze constar claramente, aver llegado el caso de su llamamiento; pues no pudiendose dudar, por hallarse calificado en la Sentencia, en que se pide la subrogacion, que son agnaticios los llamamientos de los cinco nietos, y sus descendientes varones, que faltaron con dicha qualidad por la muerte de D. Antonio Melchor, num. 30. se verifica literalmente deverse deferir la sucesion, al que para dicho caso substituye en su testamento en virtud de la reserva de la claus. 10. en el qual llama al pariente mas propinquo; y siendo este el Duque de la Palata, como el mas inmediato al ultimo poseedor en la opinion comun, y que no puede considerarse question de alto examen; parece, que deve decretarse la reposition, que pide, como entiendo procede. S. T. S. G. C. Con licencia de la Sala. Zaragoza 21. de Mayo de 1735.

D. Antonio Ripa.

