

Fol. 7

[IESVS, MARIA, JOSEPH]

P O R
EL REVERENDISSIMO
ARZOBISPO DE VALENCIA, Y EL
CABILDO DE LA METROPOLITANA
IGLESIA DE LA MESMA CIVDAD,

C O N
LA MVY ILVSTRE
DVQVES A DE SEGORBE , Y
CARDONA, MARQUESA DE
DENIA , &c.
S O B R E

LA COBRANZA DEL DIEZMO DE
los Atunes, que se venden en la Pescaderia
de Valencia,



Viendose acostumbrado dez-
mar en la Pescaderia de Va-
lencia, todos los Atunes, que
en ella se venden , cobrando
las partes , que, respective to
can al Reverendissimo Arco-
bispo, y al Cabildo de Valencia, en dinero , despues
de vendidos: Se pretendio por parte de la muy Ilustre
Duquesa de Segorbe, Alcala , y Cardona ; Marquesa

A de

2303
de Denia, que no podria cobrarse dicho diezmo, por quanto dichos Atunes, se avrian pescado en las Almadravas de la Ciudad de Denia, y Villa de Xabea, en donde ya se avria pagado el diezmo, estando señaladas por casas de Escusado, las referidas Almadravas; y seria contra derecho Municipal, y Canonico, el pagar diezmo, dos veces de una misma cosa. Y para que se declarasse en dicha conformidad, puso instancia el Procurador de dicha Duquesa, en el Tribunal de las tres gracias, con suplicacion de 6. de Julio 1680. Y ventilada la causa, se declaro a favor de dichos Reverendissimo Arçobispo, y Cabildo, con sentencia dada en 3. de Setiembre 1682. Y aviendo apelado la parte contraria, se declaro en el Supremo Consejo de Cruzada, y demás gracias, revocando dicha sentencia de los Comissarios del Escusado, por defecto de jurisdiccion, y remitiendo las partes à aquel luez, que la tuviessen. Y en seguimiento de esta declaracion, bolviò el Procurador de dicha Ilustre Duquesa à mover la causa, por el Iuez de Diezmox, y despues la evoco à la Real Audiencia, en donde hecha presentacion de la copia del pleito, seguido ante dichos Comissarios, puso instancia el Procurador de esta parte, para que se declarasse, que los testigos producidos en la otra causa, devian aprovecharle, y aver prueva en esta, lo que fue assi, proveido, y declarado.

2. El principal apoyo de la justicia de mi parte, consiste en la costumbre, y possession immemorial, q se ha verificado, de cobrar el referido diezmo, en la forma arriba dicha; en la qual concurren todos los requisitos mas rigurosos, que se pueden discurrir, y considerar, en los que han escrito de su probanca, que los ha recogido todos el señor Vicecanceller Crespi en la obs. 14. à num. 14. Y discutiendo sobre todos ellos, el primero, que propone, es.

RE-

3

REQVISITO I.

QUE LOS TESTIGOS DEPONGAN
de visu 40. annorum.

3 Esta circunstancia, que señala por necesa-
saria dicho Autor, a numer. 14. vsque ad
20. queda verificada, con la deposicion
de Lucas Sevilla, diciendo sobre el interrogat. 2. fol.
133. averlo visto, por mas de 50. años. Lo mismo repie-
te sobre el cap. 1. fol. 138. pagin. 1. añadiendo, averlo
visto todo el tiempo de su vida, y tiene de edad 79:
años. Madalena Sans, sobre el interrog. 2. fol. 140. y so-
bre el cap. 1. fol. 142. dize, averlo visto, por mas de 40.
años. Lo mesmo afirma Tomas Salelles, sobre los cap.
1. y 2. fol. 150. y 151. diciendo, que en el año 1656. en-
trò Arrendador del quinto del Pescado; y que en el
tiempo que lo fue, quinze años antes, y despues, hasta
oy, à visto pagar el diezmo, en la forma arriba dicha.
Y hecha la cuenta de todo este tiempo, passa de 40.
años. Y con estos testigos, contesta Iuan de Vtrebo,
sobre el interrog. 2. fol. 156. y sobre los cap. 1. y 2. fol.
158 & 159. diciendo, averlo visto por espacio de mas
de 40. años. Y todos los referidos testigos tienen la
circunstancia, que añade dicho Vicecanceller num.
19. de declarar su dicho, con expressas palabras,
sin contentarse con dezir, que es verdadero el capi-
tulo.

4 Sin que obste, dezir, que no testificaran de
40. años, ante litem motam, como dizen comunmen-
te los DD. & Crespi num. 15. queriendo la parte, que
se aya de contar, desde que se empeçò el pleyto de la
Baylia, que fue 18. años antes que testificassen. Por-
que

que se responde, que dicho pleyto, es diferente, tam in re, quam in personis ; pues fue por el tercio diezmo, tocante à su Magestad , y entre el Procurador Patrimonial, y la dicha Ilustre Duquesa. Y assi *tamquam res inter alios acta*, no puede perjudicar su cōtenido à nuestra prueva. Castill. tractat. de Tertijs cap. 35. num. 7. 8. & 9. explicando , que la interrupcion que naze, de contestacion de la lite (en que se funda la deducciō del tiempo, de la litis pendencia, Crespi numer. 16.) solo daña al convenido; y esto respeto de la misma cosa, y no de otra distinta, aunque nazcan de vn mismo derecho, ò tengan entre si conexion, y dependencia. Con que solo se puede deducir , el tiempo de nuestro pleyto; y siendo, solo meses, los que pasaron hasta las deposiciones, que todas hablan de mas de 40. años. Y teniendo los testigos la edad superabundante, para testificar de dicho tiempo (como se vera en el siguiente Requisito) queda este, con todos sus ca- bales.

REQVISITO II.

QVE LOS TESTIGOS TENGAN la edad competente.

VAriedad de opiniones se halla, en la ave- riguacion de la edad , que han de tener los testigos, que deponen sobre la imme- morial, y de la circunstancia de averlo visto por tie- po de 40. años, porque vnos quieren, que basten 50. y otros esfuerçan, que han de ser 54. como es de ver en dicho Autor, à num. 21. Pero nos hallamos , en nues- tro pleyto, fuera de la question ; pues el testigo, de los producidos, y que deponen dicha circunstancia , que tiene menos edad, se halla con 57. y los demás pasan

de

de 70. y del principio del Pleyto, hasta los juramentos, segun queda dicho, solo passaron ocho meses.

REQVISITO III.

*QVE HAN DE EXPRESSAR, AVER
lo oido à sus mayores, y que estos tambien lo
oyerón à otros mayores.*

6 **E**sta circunstancia sienten muchos, no es necessaria, respecto del segúdo auditu, como es de ver en dicho Vicecanceller, num. 26. Pero la testifican expressamente, Lucas Sevilla, sobre el cap. 1. fol. 178. Thomàs Salesilles, sobre el mesmo cap. fol. 150. pag. 2. Y Geronimo Tamarit, sobre dicho cap. fol. 147. tambien habla de secundo auditu.

REQVISITO IV.

*QVE HAN DE NOMBRAR
las Personas de quien lo oyeron.*

7 **A**unque esfuerçan esta calidad en los testigos, dicho señor Crespi à num. 31. y el señor Leon, tom. 3. decis. 8. num. añadiendo, que han de nombrar à vnos mismos sujetos, para que se puedan llamar contestes. Pero lo contrario esfuerça, con muy fuertes razones, Castillo in dict. tradit. de Tertijs, cap. 27. à num. 14. con lo qual parece podriamos quedar asegurados, si bien, vistas, y reconocidas con atencion las deposiciones de nuestros testigos, se halla, en los que basan, dicha circunstancia. Porque Lucas Sevilla, so-

bre el cap. 2. fol. 119. pag. 1. nombra cinco personas. Thomàs Salelles, sobre el dicho cap. 2. fol. 151. pag. 2. especifica tres. Geronimo Tamarit, sobre el mismo cap. fol. 148. nombra a Pedro Tamarit, su Padre. Y Iuan de Vtrebo, fol. 159. tambien nombra dos personas.

8 Y aunque no conformé en los sujetos, à quienes lo oyeron dezir, que tambien dize ser necesario dicho señor Crespi; y la parte en su resolutoria lo esfuerça. Pero como nota Castillo loco citato, num. 14. vers. *Nec obstat*; esto solo es en los testigos, que testifican de *auditu tantum*; y con los cuales solo se quiere provar algun hecho, segun se vè de las doctrinas de Farin. quest. 69. num. 88. Y Menoch. de Arbitr. casu 475. num. 13. ¶ 14. en que se funda Crespi. Pero no quando concurre prueba de vista por el tiempo de 40. años, Castillo ubi proxime, ibi. *Ex hoc autem non potest fieri illatio, aut consequentia ad testes immemorialis, qui de visu 40. annorum, cum primo, & secundo auditu, & publica voce, & fama, depo- nunt; atque ita de auditu ipso? non tot requiruntur, cum alijs munita, & iuncta sunt, ut ex hac tenus di- cits evidentissime appareat.* Y en el mesmo num. 14. refiere muchos Autores de los mas graves, que hablando de las calidades de los testigos de la imme- morial, y requisitos, que han de concurrir para su provaça, ninguno pone la de nombrar, y convenir en las personas a quienes lo oyeron dezir; algunos de los cuales expresamente sienten no ser menester, y en particular à Speculador, Antonio Gabriel, Cova- rruias, Iuan Garcia, y à Luys Molina, el qual lib. 2. cap. 6. num. 39. expresa la formula de articular la im- memorial, en Lengua Castellana, y no señala tal cir- cunstancia.

REQVISITO V.

*QUE LOS TESTIGOS AFIRMAN,
que assi lo creen.*

9 **T**ambien señala por circunstancia forçosa el dicho Autor, el aver de dezir los testigos, que creen ser verdad lo q̄ se articula, vt est videre, num. 43. Hallase esto expressado, en las deposiciones de Lucas Sevilla, testificando sobre el cap. 1. fol. 138. pag. 1. en las vltimas palabras; de Madalena Sans, sobre el mesmo cap. in fin. fol. 142. de Thomàs Salellas, sobre dicho cap. fol. 150. y de Pedro Iuan Roca, sobre el cap. 2. fol. 156. pag. 2.

REQVISITO VI.

*QUE HA DE CONSTAR DE FAMA
publica, y comun opinion.*

10 **T**ambien señala por requisito essencial el señor Vicecanceller, el averse de provar la voz, y fama publica, y comun opinion à num. 45. Y lo tenemos superabundantemente provado, con las deposiciones de Lucas Sevilla, sobre el cap. 1. fol. 138. pag. 1. de Madalena Sans, alli mesmo, fol. 142. de Geronimo Tamarit, sobre el cap. 2. fol. 148. de Tomas Salellas, sobre el cap. 1. fol. 150. pag. 2. Pedro Iuan Roca, sobre el cap. 2. fol. 156. pag. 1. y de Iuan de Vtrebo, sobre el mismo cap. fol. 159.

RE-

REQVISITO VII.

*QUE HAN DE EXPRESSAR LOS
testigos, no aver visto, ni oido cosa en contrario.*

11 **H**Allase en el referido Autor esta circunstancia, de aver de dezir los testigos, que no han oido, ni visto cosa en contrario, à num. 52. Y con toda expression la deponen Lucas Sevilla, sobre el cap. 1. in fin. fol. 138. Madalena Sans, sobre el cap. 2. fol. 143. Geronimo Tamarit, sobre el cap. 1. fol. 147. Thomas Salelles, sobre el cap. 2. fol. 151 pag. 2. Pedro Iuan Roca, sobre el cap. 1. fol. 155. in fin. y Iuan de Vtrebo, sobre el cap. 2. in fin.

REQVISITO VIII.

*QUE LOS TESTIGOS HAN DE SER
de buena opinion, y fama.*

12 **A**Vnque nuestro Autor señala este requisito por el noveno, num. 71. pero la ocasion, es, por quanto propone antes otro, que es peculiar de la provança de la Nobleza, que no haze à nuestro intento. Dizen Castillo, y Farinacio, citados por dicho señor Crespi, n. 72. 73. que en la prueba de la immemorial se deve articular, y provar esta circunstancia de la buena opinion, y fama de los testigos, que deponen sobre ella. Pero afirma el S. Crespi, que, *apud nos*, no passa este sentir, si corrida la dilació in materia objectiva, no se huyiere provado algo contra los testigos. Y aunque no

9

no aya corrido, en nuestra causa, la dicha dilacion, por no averse notificado, si queria la parte copia, como se estila, para que corran, esta, y demas dilaciones al reo. Pero esto se entiende, quando la parte lo pide, como lo enseñan la praxi, y el señor Regente Matheu de Regin. cap. 10. §. 3. à n. 20.

13 De todo lo qual, queda convencido, áverse probado la immemorial possession, y costumbre, de cobrar el diezmo de los Atunes, que se venden en la pescaderia, y que se traen de las Almadravas de Denia, y Xavea, con todas las circunstancias, que el mas riguroso escrupulo le señala. Porque ay muchos, que defienden, no ser menester tantas, como se han referido; porque dicen, que la *Glos. in cap. fin. de Praescript. in 6. verb. Memoria*, está comunmente recibida; y esta solo dice, estas palabras, ibi: *Quod semper viderunt, & audierunt ita esse, nec unquam vide- runt, vel audierunt contrarium, & quod communis est, & fuit semper opinio, quod sic fuit, & quod non extat contrarij, vel initij memoria. Sic comprobac- cum multis Barbos. ad dict. text. num. 17. & asserit, quod Rota passim dictam Glosam sequitur. Lo mes- mo dize Molina de Primog. lib. 2. cap. 6. num. 31.*

14 Y el señor Leon de cis. 8. tom. 3. à num. 9. despues de aver referido las calidades, de la prueba de immemorial, y en particular, las que han de concurrir, en las deposiciones de auditu, fundadas en el *tex. in cap. licet ex quadam, extra de testibus*, en que se fundan las Dotrinas de Farinacio, Menochio, y el señor Crespi, arriba referidas: declara, que no se requiere concurran todas, ni deve el Iuez atarse á ellas; si que tiene arbitrio, consideradas las circunstancias del hecho, para ver si està bastante probado. Y aun en el num. 14. & seqq. dize con muchos, que los

requisitos de dicho tex. solo tienen lugar en las causas matrimoniales, *in quibus agitur de vitando pecato.*

15 Y mas añadiendo, lo que resulta de la certificatoria, sacada del Archivo de la Iglesia Mayor, en que consta de los arrendamientos del diezmo del Pescado, que se vende en Valencia, en que está incluido el de los Atunes, de mas de ciento y treinta años, que haze prueva, aunque sea à favor de la misma Iglesia, como lo funda largamente Xamar. *rer. indic. diffin. 31. per totam.*

16 Y de aqui naze tambien, satisfacion à otra impugnacion, que quiere la parte esforçar en su resolutoria, diciendo: que las personas à quienes dizan los testigos, averlo oido, serian sospechosas, por aver sido Arrendadores del diezmo del Pescado, como serian los dos hermanos Cobos, Medina, Albarracin, Mabres, y Iuan; siendo assi, que las personas nombradas por los testigos de auditu, devan ser fidedignas, y mayores de toda excepcion, *quia testimoniis de auditu, non creditur, quorum repelluntur Autores, ut docet Farin. cum multis dict. quest. 69. num. 85. § 86.* y lo insinua el señor Crespi dict. *observ. 14. num. 42. in fin.*

17 Porque se responde, primeramente, con lo ya advertido, que Farinacio habla, en terminos de testigos de *auditu tantum*; y de lo dispuesto en el *cap. li, cet ex quadam, de Testimoniis*, que no es adaptable uno, ni otro, à la prueba de la immemorial, segun las Doctrinas de Castillo, y del señor Leon, arriba citadas.

18 Y en segundo lugar, se responde: Que tambien ay testigos, que nombran otras personas, que no han sido Arrendadores, como Lucas Sevilla, que sobre

11

bre el cap. I. fol. 134. nombra à Layme, y Andres Simò, y à Layme Melchor, y Iuan Dasi; y Geronimo Tamarit, nombra à Pedro Tamarit, su padre, que murió de cerca de 80. años, sobre el cap. 2. fol. 148. Y no es menester, que todos los restigos depongán de todas las circunstancias, y requisitos de la immemorial ; si que basta testificar vnos, de vnas , y otros , de otras; como lo prueba Molina *dict. lib. 2. de primog. cap. 6. num. 34.*

19 Tambien se podia responder, en tercer lugar, que el aver sido Arrendadores las arriba dichas personas, no es defecto, que les inhabilita ; porque no consta, que quando los testigos oyeron, que dezian lo que refieren , fuese à tiempo , que tuviessen el Arrendamiento; siendo assi, que la inhabilidad de los testigos, deve provarse del tiempo , que deponen , ò juran, como lo assienta por proposicion fixa Farin. *quaest. 62. num. 308. ibi: Sexta, Et ultima sit conclusio, Et ea quidem generalis in materia quod excipiēs de inhabilitate testimoniū, debet, non solum inhabilitatem probare, sed etiam in specie, illam probare tempore, vel iuramenti, vel depositionis, alias non relevat.*

20 Provada, pues, la immemorial possession , y costumbre de cobrar el diezmo de los Atunes , que vienen à la Pescaderia de la presente Ciudad ; y en particular, de los que se traen de las Almadravas de Denia, y Xabea, queda çanjado el derecho de mi parte, y el no podersele negar la continuacion. Porque dexando a parte las reglas generales, de lo que obra la prescripcion immemorial, y de su fuerça , y eficacia; pues le dàn, el derecho, y los DD. fuerça de Privilegio, concedido por el Principe, *cap. super quib. vers. præterea, de verb. signifi. Anton. Gab. commun. conclus. lib.*

lib. 5. tit. de prescrip. concl. 1. num. 2. Castil. de Tertijs cap. 22. num. Noster Bellug. in spec. Princip. rub. 22. §. Quia quotidiana, numer. 11. Fontanel. de Pait. Nuptial. claus. 4. glos. 17. num. 32. Obra en qualquier cosa, aunque aya resistencia expressa de derecho, l. de quibus ff. de legib. §. Sed naturalia, in fin. inst. de iur. natur. Gen. § Civil. cap. cū tanto. de consuet. cap. 1. de prescript. in 6. Y lo mesmo se entiende, aunque aya estatuto contrario, Roland. à Val. conf. 69. num. 62 tom. 3. Mascard. de Gener. statut. interp. conclus. 6. num. 85. cum seqq. Sin que aya menester titulo, ni buena fè, dict. cap. 1. de prescript. in 6. in fin. Castill. de Tertijs cap. 23. § 26. Ni ciencia del Principe, para derogar la ley, ni de aquel contra quien se prescribe: Castill. cap. 28 per tot. Valenç. Velaz. conf. 93. nu. 44. Camil. Borrel. de Prastan. Reg. Càtol. lib. 1. cap. 8. Decian. conf. 124. lib. 3.

21 Y passando á lo individual de la materia, es proposicion assentada, que en la solucion, y exaccion de los diezmos, se ha de considerar, y atender la costumbre, cap. cum sint, cap. in aliquibus de Decim. Covar. variar. lib. 1. cap. 17. num. 8. Gutierr. canonic. quest. lib. 2. cap. 21. num. 32. § 2. Valenz. Velaz. conf. 49. à num. 1. Castill. de Tertijs cap. 2. num. 4. August. Barb. in dict. cap. cum sint de Decim. Faria, ad Covar. loco citito num. 94.

22 De donde naze, que las Dezimás, que se devén á vna Iglesia, puede en fuerça de la costumbre adquirirlas otra: Valençuel. dict. conf. 49. num. 6. Barb. ad tex. in cap. in aliquibus de Decimis, num. 5. Castil. dict. cap. 2. num. 6.

23 Y lo que mas es, que, aunque segun algunos, el pagarse segunda vez diezmo de vna cosa, es contra derecho. Glos. in cap. Pastoralis, § ibi DD. de decim.

con

con todo esto, se puede, por la costumbre, introducir,
que se paguen diezmos de vnos mesmos frutos, à dos
Iglesias diferentes. Barb. in dict. cap. in aliquibus, nu-
mer. 5. Castillo dicto cap. 2. num. 6. late probat Gu-
tierrez, practic. quast. lib. 1. quast. 18. § 19. Rota apud
Rubrum, decis. 458. per tot. tom. 2. part. 2.

24 Y assi queda convencido, que dichos Reve-
re adissimo Arçobispo, y Cabildo, devén continuar
en la cobrança de dicho diezmo de los Atunes, pues
han verificado costumbre, y possession immemorial
de cobrarle, aunque vengan dezdados de allà, don-
de se pescaron.

25 Sin que contra todo lo dicho obste, lo que
alega, y esfuerça la parte, diciendo, que no podria
caber prueva de immemorial, en el punto individual
de la question; y lo quiere fundar en tres razones. La
primera, que aviendo tenido principio la gracia del
Escusado, en el año 1571. no podria haber contra es-
ta, la prescripcion immemorial. La segunda, que sié-
do solo de vn quinquennio, despues de otro, no po-
dria llegar la prescripcion à seis años. Y la tercera,
que siendo la question, de prescribir derecho de dez-
mar Pescado, ya dezmando; no se avria provado, que
el que viene à la Pescaderia, lo estè ya, por quanto
no lo dizen los testigos.

Satisfaccion à la primera Razon.

26 **A** La primera Razon, se responde, de di-
ferentes modos. Primo, que los años,
que han passado, desde la concession
de dicha gracia, hasta que se ha movido el Pleyto,
exceden de ciento. Y la cétenaria tiene la misma efi-
cacia, que la immemorial; y provada aquella, queda

D pro

provada esta; Guido Papē, *decis.* 357. & ibi Add. Mieres, *de maiorat.* p. 2. q. 20. n. 279. Cancer variar. lib. 1. cap. 4. n. 119. Rota apud Farin. *decis.* 583. *in novis per tot.* Riccius *in praxi iuris patron.* n. 17. Marcus Ant. Eugen. *conf.* 40. n. 28. Ant. Gob. *de aquis quart.* q. 10. n. 19. Cyriac. *contro.* 688. n. 26.

27 Y aunque ay muchos, que niegan à la cētenaria, la misma virtud, y eficacia de la immemorial; Molina *de Primog.* lib. 2. cap. 6. à n. 45. Castillo *cōtr.* lib. 5. cap. 93. §. 3. *in addit.* Pero convien en q̄ no le obsta à la immemorial, si se halla provada cō las circunstancias, q̄ se requieren, el q̄ conste de algun acto contrario: *si sit antiquissimum, Et ultra centū annorum spatium, contigisse probatur,* ipse Molina n. 61. vers. *Si vero;* Castillo n. 49. Porque no se puede dezir, que exta memoria de aquello, que sucedió cien años atrás; pues la memoria de los hombres, solo se presume, que dure por cien años, *I. an usus fructus, ff. de usufr. l. fin. C. de Sacros. Eccles.*

28 Secundo, se responde, que la question, in qua versamur, es, de si se han de pagar à esta Iglesia de Valencia, ó à las de Denia, y Xabeca. Y quando se disputan los diezmos, entre dos Iglesias, basta el tiempo de diez años para inducir costumbre, *cū non sit cōtra, sed prater ius;* Abb. *in cap. cum sint homines, de decim.* n. 6. *in fin.* Covar. varia. lib. 1. cap. 17. n. 8. vers. *Quarto.* Rota coram Cavaller. *decis.* 75. *Et decis.* 95. n. 2. & apud Rubeum *decis.* 333. num. 5. tom. 1. & apud Merlin. *decis.* 434. n. 4.

29 Y lo mas, que dizan, es, que se requieren 40. años, sin provar titulo, ni buena fè; porque el modo de pagar los diezmos, no se deve regular, por los terminos, y leyes de la prescripcion, si de la costumbre; Covar. *ybi supra, vers. Decimo;* & ibi Faria. n. 108. *Et*

109. Solorçano de iure Ind. lib. I, cap. 22. n. 26. ibi: *In consuetudine tamen non decimandi, vel certo modo decimandi, aut de his, vel illis rebus, vel à certo genere personarum, decimis exigendis, nō est necessaria immemorialis, sed sufficit lapsus quadraginta annorum, etiam sine titulo, & bona fide, & etiam si aduersetur iuris communis præsumptio, iuxta text. in cap. 2. de consuetud.*

30 Y en terminos de pagarse segunda vez diezmo, lo prueba largamente Gutierrez, pract. qq. lib. I. q. 18. à n. 14. & q. 19. per tot. & in fine concludit, ibi: *Et ita sapissime pronuntiatum vidi, in contradictorio iudicio, & executorias super eo latas, ut servetur consuetudo præd. in hoc Episcopatu, ubi ipsa adest. Y en el n. 1. propone la question, que viene a ser, en los mismos terminos, que la nuestra, ibi: Quaro secundo circa eandem l. final. tit. 5 lib. I. nova collect. Regia, quid si consuetudo sit in contrarium, in aliqua regione, vel Episcopatu, scilicet, solvendi decimam ex parte pensionis, seu ex redditu frumenti, quam dominus recipit à colono, qui prius totum acervum decimaverat, & de eo solvit dominus præd. pensionem, an prædicta consuetudo sit valida, & servanda, necne. Lo mismo sucede en nuestro caso, q despues de pagado diezmo de todo el Atū fresco, alla donde se pesca; se buelve a pagar cierto derecho acà en Valencia, de la porcion, que se trae, y se vende aqui.*

31 Tertio, se responde, que el constar de principio en la concession de la gracia del Escusado, no excluye la adquisicion del derecho de mi parte, por la possession immemorial; porque siendo assi, que la immemorial supone tiempo indefinito, y sin que se le sepa principio, tambien se ha de dezir, que quando se concedió dicha gracia, ya le tenian radicado el

Re-

Reverendissimo Arçobispo, y Cabildo. Pruevase esto (además del mismo fundamento de la obiección) expressamente, con lo que enseña Molin, lib. 2 cap. 6. n. 65. ibi: *Quando enim ultra centum annos ostenditur contrarium actum fuisse, non ex eo constat de origine præscriptionis, si quidem potuit esse, quod post illum actum, vel ante, bona fuissent maioratui subiecta, quod præscriptio immemorialis præsupponit.* Ideo quamvis testes recordentur, contrarium actum fuisse, nemotamē recordatur de huius præscriptionis initio, seu origine, quod ad esse, immemorialis præscriptionis requiritur. Quod pulchre comprobatur, & exornat Castil. d. cap. 93. §. 8 n. 42. & seq. & præcipue, ibi: *Quia immemorialis, in dubio, præsupponit titulum eius, qui ex ipsa immemoriali, se iuvat anterierem tempore fuisse, si ve tempore habili præcessisse, ante quam bona vincularentur, aut alienari prohiberentur.*

32 De donde se colige, que el referido derecho, le tenia radicado mi parte, antes de la gracia del Escusado, ya fuese por averle adquirido, en fuerça de la possession, o costumbre; o ya, porque le tocasse. Y assi poco importa, que se sepa el principio de dicha gracia, para que se diga, que no cabe prescripción immemorial.

33 Ni haze al caso la replica de dezir, que aunq^t tuyesse este derecho adquirido mi parte, tēdria cabimiento, el averse escogido por Casa de Escusado, las dichas Almadravas de Denia, y Xabea. Porque a esto se responde, que supuesta la immemorial costumbre, la qual prueba, que antes de la concession de la gracia, tenia su cabal existencia; dichas Almadravas ya no eran Casas Dezmeras de dichos Lugares, si de Valencia, en donde se cobrava, y ha cobrado siépre el

7

el diezmo. Y por consiguiente, no se pudieron elegir por casas escusadas de Denia, ni Xabea, respecto de los Atunes, q̄ se venden en esta Ciudad, sino solo de los, que allá se venden.

34 Porque la concession de dicha gracia, como se vè por ella misma, cōsiste, en poder elegir vna casa dezmera de cada Pila; pero no en vna Pila escoger casa de otra Pila, ni diezmo, que pertenece à otra. Y assi, no pude caber, el que se escojan por casas dezmeras, las Almadravas de Denia, y Xabea, respecto de los Atunes, que se traen à Valencia, ó por lo menos en la elecciò de dichas Almadravas, no pueden estar comprehendidos los Atunes, que acà se venden; porque estos no son de dicha casa dezmaria, si de la de Valencia, como queda probado. Sin que sea de consideracion, el dezmarse allá tambien dichos Atunes; porque quando esto fuese assi, vendria à ser, quando mucho, introduccion nueva; la qual no pondria obrar en perjuicio desta parte, que tan de antiguo, tiene radicado su derecho, de cobrar dicho diezmo.

35 Y de aqui se infiere, tambiē claramente, que mi parte no es la que cobra segunda vez el diezmo, de dichos Atunes; en caso, que se pague dos veces, si que quiélo avrà introducido, serán los Arrendadores del Escusado; pues à demàs, de que mi parte tiene probada la costumbre immemorial, de cobrarle; y que la adversa no ha probado, que le cobre por el Escusado, de mucho, ni poco tiempo, ella misma confiesa, la poca antiguedad, en su obiección. Con que queda convencido, por todas las dichas razones, no poder obstar aquella. Et præcipue; porq̄ esta parte no pretende prescribir, el referido derecho, contra la parte otra, ni contra la gracia del Escusado; si solo, contra quien podia pretender el derecho de dezmar, en dichas Ciudad de Denia, y Villa de Xabea. Y supuesta la adquisicion, que naze de dicha costumbre; viene à quedar del todo excluida la pretension adversa,

E

ria,

ria, que solo podía tener arrimo, en la facultad de elegir el Escusado, casa dezmera, que responda , y pague diezmo, en las referidas Ciudad, y Villa.

Satisfaccion, à la segunda Razon.

36 **M**enos obsta la segunda Razó, alegada por la parte, diciendo: que siendo solo la gracia del Escusado, de un quinquenio, y despues, de otro, ex nova gratia, & sic deinde ; no podria tener cabimiento la prescripcion. Y discurriendo en su resolutoria de 10. de Abril 1682. fol. 167. pag. 2. de la copia del pleyo del Escusado; esfuerça, q el un quinquenio, no podria valer para el siguiente, ni este, para el otro, y assi de los demas; por quanto no puede aver mas possession, que la que dà el titulo: y por consiguiente, no poder aver possession, q exceda de cinco años; en quanto à la calidad de cobrar diezmo, despues de pagado en casa de Escusado, en que consistiria la disputa.

37 Porque en primer lugar, se dice : que parece lo discurrido, mas para en caso, de querer para si la parte contraria, la possession; pues dice , que falta el titulo, q es suyo, y no de mi parte: que para nuestro asumpto , en que mi parte, es la que se vale de la possession, sin hazer mension de titulo alguno; mas, que aquel que se induce, y presume *ex probatione immemorialis*, que se entiende ser el mejor del mundo; como dice Anton. Gabr. *commu. concl. lib. 5. tit. de præscrip. concl. 1.* No se alcança , q por acabarsele el titulo, y renovarselle à aquel , contra quien se prescribe, cesse el curso de la prescripcion. Y mas quando no consta, que jamás le aya faltado al Escusado, para poder dezir, que en algun tiempo tuvo impedimento *ad agendum*, que era lo que le podia sufragar , ex regula, *quod contra agere non valentem, non currit præscriptio desumpta, ex tex. in l. 1. ad fin. ff. de anna. except.*

An;

Auth. nisi triennale, & de bon. mater.

38 Sirva por segunda respuesta, lo que ya dexamos dicho, que esta parte no prescribe precisamente, contra el derecho de Escusado; si contra el que podia tener derecho de dezmar, en Denia, y Xabea; y cùplida, y perficionada, como esta, la immemorial, respecto de los Atunes, que se traen à Valencia; ya no cabe valerse de la gracia de Escusado, para percebir de aquellos el diezmo, quando se halla en poder de casa, q̄ no es de vna, ni otra Pila.

39 Y por tercera respuesta, se dice: que suponiendo la immemorial, tiempo infinito, y sin principio (hablādo al modo humano que cabe) ya queda assentado, que antes de la gracia, estava adquirido acà el derecho; y as̄ si no pudo, lo que despues sobrevino, causarle perjuicio. Y tiene mas fuerça esto, con lo mesmo, que alega la parte, diciendo: que no consta vengan dezmados de Denia, y Xabea los Atunes, que se venden, en la Pescaderia desta Ciudad. Porque si esto es assi, cessa el principal fundamento de la parte otra, que es dezir, que acà se cobra diezmo segunda vez, de vna cosa misma; y aun el perjuicio, que dice tener, como despues se ponderará.

Satisfacion, à la tercera Obieccion-

40

LA tercera obieccion adversaria, que consiste en dezir: que no se avria probado, q̄ los Atunes, que aqui se venden, vengan dezmados en Denia, y Xabea; lo que seria preciso, siédo la question, de cobrar diezmo de Atunes, que ya le han pagado: tiene aun mas facil satisfaccion. Primò, porque, como ya se ha repetido, mi parte no ha menester provar, que vienen dezmados; porque le basta verificar, la possession, y costumbre, de cobrar acà el diezmo de dichos Atunes, vengan, o no vengan dezmados, que es lo que le basta, para adquirir el derecho *infuturum*; pues toque à quien

quién tocáre, cobrarle allá, le puede prescribir maximè por la immemorial, aunque aya mudado de personas el derecho della; porque si bié, en algunos casos, la posseſſion activa no passa sin nueva aprehension, como en el heredero, *l. Pompon. ff. de adquir. posſes.* Pero la passiva, indistinctamente pilla contra todos, assi vñiversales, como particulares successores, *vt cū pluribus Rotæ de- cissionib. probat Post. de manut. obſerv. 56. n. 20.* Y en el num. 23. en nuestros terminos, dice, ibi: *Ita vt si quis sit in quaſi poſſeſſione percipiendi decimas, ex aliquo præ- diō, etiam quod pradiūm tranſeat ad aliam personam, debet manuteneri, Rota, &c.*

41 Secundò, se responde: que si no se diezman allà los Atunes, que se venden en la Pescaderia de Valencia, no tiene de que querellarse la parte, ni derecho, ni interès en la causa; porque consiste en el perjuicio, que tendría, como dueño de las Almadravas, la dicha muy Ilustre Duquesa, de aver de pagar diezmo en dos partes. Y así, diciendo, que no se paga allà, confiesa, que solo se paga vna vez, y esta no la puede negar; porque segun Derecho Canonico, es asſentado, deverse diezmo del pescado, *iuxta tex. in cap. pervenit. 5. de decim. & ibi DD.*

42 Demás, que en la primera peticion, y en todo el restante del pleito, entra suponiendo la misma parte, q los Atunes vienen de allà dezados; y que no obstante esto, se buelve à pagar diezmo en esta Pescaderia; y de aqui arguye el contra fuero, y contra derecho. Pues como aora, para fundar su discurrir, puede passar à negar, q nos hallemos en terminos, de dezmar Atunes, ya dezados? Y si todos los testigos afirman, que à esta Pescaderia no vienen, ni pueden venir Atunes frescos de otra parte, que de dichas Almadravas, y alguna rara vez, de Benidorm; y la mesma parte dize, que allá se cobra por los Arrendores del Escusado, el diezmo de todos los Atunes, que se pescan en Denia, y Xayea; como puede caber la pre-

precision de quē sean Atunes de dichas Almadravas, las q̄ pretende no se devendezmar acá, y q̄ la possession de mi parte, no sea en el punto individual de Atunes, que han pagado ya el diezmo.

43 Y en tercer lugar, se responde: q̄ siendo assi (según la misma parte assienta) q̄ allá cobra, como señora de la Casa Escusada de Denia, y Xabea, el diezmo de todos los Atunes, q̄ allí se sacan; y despues aquí se buelve à pagar, de los q̄ le traen, y vēden en la Pescaderia de Valencia; la prescripció de mi parte, no daña à la adversa, como señora de dicho Escusado, pues ya percibe todo lo q̄ como à tal le toca; si como dueña de las Almadravas, y Atunes, que allí se sacan. De que se infieren dos cosas. La vna, q̄ como señora del Escusado, no tiene perjuicio en lo que aquí cobra mi parte. Y lo segúdo, que en quanto à señora de las Almadravas, no cabe, ni haze al caso, la mudāça, y renovació del Privileg. de los 5. años, q̄ alega.

44 En lo tocante al Fuenro 60. rub. de leuda, &c. y el Privileg. del señor Rey D. Iayme el I. q̄ alega la parte, y las disposiciones de derecho, que insinua, prohibitivas de pagar segunda vez diezmo, de vna misma cosa; se dice, primeramente: q̄ dichos Fuenro, y Privilegio, hablan del tercio diezmo, como se vè, en lo que expressa dicho Fuenro, y en lo que se colige del Privilegio, q̄ dice: no se pague mas diezmo del que se paga à su Magestad.

45 Secundo, se responde, que aviendo prescripció, y costumbre immemorial, importa poco, que aya disposicion de derecho, y fuero en cótrario, como queda provado, ex tex. in cap. 1. de prescript. in 6. Y esto, aunq̄ aya disposicion, que prohiba la prescripcion, contra lo dispuesto por derecho, ó estatuto; como lo assientan comúnmente los DD. por lo general; Valenz. Velaz. cons. 20. n. 48. Pet. Barb. in l. omnes, C. de prascr. 30. vel 40. ann. Salgad. de Reg. prot. p. 1. cap. 1. pral. 3. n. 153. Rot. apud Farin. decis. 285. n. 2. p. 2. Fontan. de past. claus. 4. glo. 12 n. 34. Y

en lo particular de nuestros Fuer. 4. y 5. rub. si cōtra ius, y en el Privileg. 95. el señor Rey D. Pedro el II. fol. 128. q̄ prohiben qualquier costumbre contra lo dispuesto por Fueno; lo declara nuestro Belluga, *in Spec. Princip. rub. de iurisd. & imper. S. quia quotidiana, n. 73.*

46 Tertio, se responde: que si se paga segunda vez diezmo de dichos Atunes, no es mi parte, quien lo ha introducido, si la adversa, por las razones, que se han ponderado arriba; pues la cobrança de acá, es tan antigua, como hemos visto, y la de cobrarse alla, en Denia, y Xabea, no lo es, ni puede ser tanto.

47 Y ultimamente, à lo que dice de la sentencia de la Baylia general, dada, entre el Procurador Patrimonial de su Magestad, de vna parte, y dicha muy Ilustre Duquesa, y los Arredadores del Escusado, de otra, no puede influir en nuestro caso. Lo uno, por ser *res inter alios acta.* Lo otro, porque alli no se provò immemorial possessiõ. Y la misma sentencia en sus motivos assienta, q̄ por costumbre immemorial se puede adquirir el cobrar segundo diezmo; y que por no ayerse provado dicha immemorial, no cabia el cobrarse acá el tercio diezmo; y lo otro, porq̄ alli quedava verificado, que su Magestad mesmo, era quien cobrava alla el tercio; y assi no cabia bolverle à cobrar aqui, para el mesmo Real Patrimonio, segunda vez, ni prescripcion de su Magestad, cōtra si mesmo. Lo qual es muy al contrario aqui, pues el Reverendissimo Arçobispo, y Cabildo, tienen prescripto el derecho de dezmar aca los Atunes, que se traen à vender, contra quien allá podia tener el derecho, ya sea el Escuado, ó ya, qualquier otra persona, ó comunidad. Y tâbiē puede caber, por razõ de diferencia de aquel, a nuestro caso, las demás ponderaciones, q̄ quedan arriba referidas.

48 Además de todo lo dicho, se ha encotrado, y presentado en el Pleito, vna firma de derecho muy antigua, de cobrarse el diezmo en la presente Ciudad, del pesca-

do,

do, q̄de qualquier parte del Reyno, se traε à vēder à esta Pescaderia; la qual corrobora mucho la arriba dicha im memorial; y aunque no està signada dicha copia, se reconoce por su antiguedad, el ser verdadera, y se huviera verificado, ser de mano del Escrivano de la causa, si se huviera permitido la prueba, *per cōparationē literarū.*

49 Y tābien se ha tenido nueva noticia, de que los Atunes, q̄ se traen à vender à Valencia, de dichas Almadravas de Denia, y Xabea, no tocan en tierra de dichas Villas, ni de otras, si que vienen embarcadas sin salir del mar, derechamente à desbarcar en el Grau de Valēcia, y q̄ de qualquier otro pescado, aūq̄ se pesq̄ en derechura de qualquier parte del Reyno, se paga el diezmo, en Val.

50 De lo qual se infiere, q̄ dichos Atunes, q̄ traen à vender à Valencia, no pueden estar cōprehēdidos en las Casas Escusadas de Denia, y Xabea, porq̄ en el mar, nadie puede dezir, q̄tiene dominio, por ser de aq̄llas cosas que *in nullius dominio sunt, usus autē omnibus cōmunis.* l. 2. s. Et quidē. l. nemo ff. de rer. divis. s. Et quidem, inst. eod. cū alijs vulgatis Camil. Borrel. de præst. Reg. Cath. c. 10. n. 4. Larrea, alleg. 19. n. 16. Solorç de iur. Ind. tom. 1. lib. 2. cap. 20. n. 37. Antun. Portug. de donat. Reg. tom. 2. p. 3. n. 4. Y en nuestro Reyno se halla lo mesmo dispuesto, por el Fuenro 11. y otros, rub. de rer. divis.

51 Y de la mesmanera, es publica, y comū la facultad de pescar, assi en el mar, como en los ríos publicos, l. Riparii, s. fin. ff. de rer. divis. s. flumina, inst. eod. Ricc. collect. 1638. Solorç. de iur. Ind. lib. 3. c. 4. n. 68. Pechius de aqueduct. to. 1. c. 7. q. 4. n. 4. Y tābien lo dispone, y declara expressamente el Fuenro 13. de rer. divis. y el Privil. 19. del señor Rey D. Pedro el II. fol. 107.

52 Y aunque tan poco se ha dado lugar à provar el referido hecho, de venir dichos Atunes, desde la pesquera, derechamente à Valencia, y sin tocar en Denia, ni Xabea; y q̄ los otros pescados, que se traen à esta misma

Ciudad, pagan acá el diezmo, no obstante, q se pesquen en derechura de qualquier otra parte. Pero parece le bas ta à mi parte, la negativa, q tiene hecha en el Pleyto, de q los Atunes, q se traen à vender à Valencia, toquen en Denia, ni Xabea. Porq todo el fundamento de la preten-sion adversaria, cōsiste, en q dichos Atunes, q se venden en Valencia, tocarian à las Casas Escusadas de dichas Ciudad, y Villa de Denia, y Xabea; y esto no se puede ve-rificar, sino sacandose en tierra, dentro los terminos de dicha Ciudad, o Villa, por la razon dicha, de ser el mar comun, y publico, como tambié el derecho de pescar en aquell; y no poderse dezir, q el mar, ni derecho de pescar en derechura de dicdas Ciudad, y Villa, toca à aquellas, si que es comun, como todo lo demás del mar. De q naze, ser fundamento de la intencion adversaria, el q los Atunes, que se traen à Valencia, llegan primero à desembar-carse en dichas Ciudad, y Villa, y como tal, toca provar dicha circunstancia à dicha parte, segú vulgares reglas.

53 Y quando esto pudiera tener alguna dificultad, la ha declarado la observancia, verificada por los testi-gos dados, para prueba de dicha immemorial; y siendo interpretativa de cosa dudosa, no necessitava de tan lar-gó espacio de tiempo, segun comun sentir de los DD. Valenz. conf. 33. n. 193. Solorç. de iur. Ind. tom. 2, lib. 2. cap. 21. n. 24. & passim DD.

54 Por todo la qual, espera mi parte, se ha de decla-rar, que no procede la instaacia hecha por dichos muy Ilustres Duques de Segorbe, Marqueses de Denia, &c. Como lo declararon los Comisarios de la Santa Cruza-da, y Escusado, en la sentencia, que se halla en la copia del Pleyto, que ante aquellos se llevò, sobre este mesmo punto. Y assi lo siento, salva semper, &c.

*Doct. Juan Bautista Lopez
de Perona.*

*Imprimatur.
Pons, R. F. A.*