C. 23-124 R. 13582 Cay. 2 tomo 8

124

JESUS, MARIA, JOSEPH, Y S. ANTONIO de Padua Prot.

INFORME JURIDICO

POR

EL EXCELENTISS. Sr. DON LUIS

Fernandez de Cordova, primogenito de los muy Iluſtres, y Excelentiſsimos Señores Duques de Medinaceli, y Segorbe,&c. Marquès de Aytona, y Cogolludo, Dueño de la Villa de Calloſa de Enſarrià, y ſus Regalias.

SOBRE

QUE NO SE LE DIVIERTAN, NI PERTURBEN las aguas que nacen en los terminos de Polop, y Chirles, que vàn, y ſirven al Molino harinero de dicha Villa de Calloſa, propio de ſu Excelencia.

CON

DON ANTONIO MONTOLIU, Y PUIGMARIN, Condes de Montealegre, Dueños, y poſſeedores de dichas Baronias de Polop, y Chirles.

BIBLIOTECA "GABRIEL MIRÓ"

HECHO.

1 PAra inteligencia de lo que ſe deve fundar en eſte Papel, es de ſuponer, que en el mes de Março del año paſſado 1719. ſe tuvo noticia, que por parte de los Condes de Montealegre, en ſu territorio de Polop ſe intentavan ocupar, y divertir las aguas, eo fuentes, que de tiempo inmemorial ſirven para el Molino de Calloſa, haziendo nuevas azequias. Por lo qual, y daño irreparable que cauſa en dicho Molino, pues amàs del daño publico, que de ello ſe ſeguia, perjudicava à dicho Excelentiſsimo Señor Marquès en 410. lib. anuas, que produce de renta, ſe recurriò à eſta Real Audiencia, y manifeſtandolo, ſe pidiò, que ſi tenian dichos Condes que pretender, lo deduxeſſen, *concluyendo: Que no ſe inovaſſe en dichas nuevas obras, ò azequias.* Y hecha ſaber dicha inſtancia al Apoderado de dichos Condes de Montealegre, por èſte en el dia 25. del mes de Abril del miſmo año ſe pidiò, *ſe declaraſſe no tener lugar la referida inſtancia*, y que ſe devia deſpreciar, por nacer las aguas en ſu territorio de Polop. Y porque no ſuſpendiò las nuevas fabricas de azequias, ſe inſiſtiò por parte del dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona, en que ſe mandaſſe no divertir las referidas aguas de ſus antiguos conductos. Y viſtos los autos, en el dia 26. del mes de Junio ſubſeguido del meſmo año, foja 12. ſe mandò recibir el pleyto à prueva, y mandaron: *No ſe diviertan las aguas por otros conductos, que los que haſta aora, ni ſe inove coſa alguna.*

2 Y ſin averſe formado diſtinta inſtancia, ni ſuſcitado juicio de propiedad, ſe hizieron probanças por los Condes de Montealegre, de ſer poſſeedores de las referidas Baronìas, y que en ellas nacen las fuentes de las aguas de dicho Molino, à donde correrian con libertad natural, deſpues que uſavan de ellas como les parecia, ſin aver mediado conceſsion, concordia, ni otro contrato para la ocupacion de ellas. Y por parte del dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona ſe hizo, de tenerlas por poſſeſsion inmemorial, con fama de titulo, conceſsion, ò con-

cambio, y notoria ocupacion, y ſervidumbre. Y alegado de bien probado, en el dia 23. del mes de Junio del año 2723. ſe vieron los autos, y ſe proveyò el ſiguiente: *Que para mas bien proveer con los Señores que ſe hallàren en la Sala, devian de mandar, y mandaron, ſe haga viſta de ojos, y averiguacion por el Señor, que eſtuviere en turno, à coſtas de ambas partes, de modo, que ſe pueda venir en conocimiento de ſi ay, ò no obras manufactas, en què ſitios, y territorios con toda expreſsion, y con medida de las diſtancias que ay deſde el origen de las aguas, haſta el Molino del Marquès de Aytona; y aſsimeſmo, de la ſituacion del dicho Molino, y termino agregado de la parte del Rio de Guadaleſt àzia al de Polop, y del pedazo de tierra, que llaman la Rompuda, que eſtà en el termino de Calloſa.* Pues aunque medie la contradiccion de las partes, no la ay en la verdad del hecho: *Propter noſtrum affirmare, vel negare, rei veritas non mutatur; leg. aſſumptio, ff. ad municipale.* Por lo que la Real Sala quiſo averiguarla por medio de la viſta de ojos: *Veritas eſt certa rei notitia, habita maximè per viſſum, gloſ. in authentic. de inſtrum. verb. Cautela, in princip.*

3 Y porque de las probanças ſe harà merito en quanto conduzga à los puntos de derecho, al preſente tan ſolo explicarèmos la verdad de lo que en cumplimiento, y comiſsion del referido auto, averiguò el Señor Don Thomàs Martinez Galindo, que practicò la dicha viſta de ojos, deſde el dia 7. haſta el 26. del mes de Octubre del citado año 1723. con citacion de las partes, y ſus Expertos. Y ſegun las diligencias, deſde la foja 405. haſta la 407. de las primeras fuentes dichas de Chirles, haſta el Molino de Calloſa, ſiguiendo el agua, y barranco, ay la diſtancia de 5205. paſſos, cada uno de dos palmos de vara Valenciana. De eſta forma, deſde las tres fuentes ſuperiores dichas de Chirles, que dàn riego à la huerta del Lugar de Chirles, por medio de azud de tierra, y piedras, y deſpues buelven al barranco nombrado de Chirles, haſta la fuente nombrada de Muneya 1250. paſſos; deſde èſta haſta la nombrada de Montroy, y Lledò 900. paſſos; deſde eſtas fuentes, haſta el azud del Molino 1870. paſſos; y deſde eſte azud, haſta llegar à la linea del termino de Calloſa 900. paſſos; y deſde eſta linea, haſta llegar al Molino de Calloſa 285. paſſos, que hazen los expreſſados 5205. paſſos, como expreſſan los Expertos foja 407. B. Deforma, que deſde el Molino,

lino, hasta el termino de Polop, siguiendo el barranco, y alveo del agua, y azequia, ay 285. passos, y despues corren las azequias 900. passos de maniobra por el termino de Polop hasta la azud, que tiene èste de elevacion quatro palmos, y quarenta de travesìa, y ocupa todas las aguas para el Molino. Por cuya diligencia resultan las distancias de las fuentes al Molino, y las obras manufactas de 900. passos por el termino de Polop, no solo en la azequia actual formada de piedra, cal, y argamassa la mayor parte del caxero de ella, sino tambien descubriendose antiquisima azequia, que servìa para el mesmo Molino de maniobras dentro el termino de Polop, y en la mesma distancia. Y no se haze merito de las distancias, que desde las fuentes de Muneya, Montroy, y Lledò ay al centro del alveo, y barranco de Chirles, ni tampoco de los campitos nombrados Argoleches, que por las laderas de sus barrancos riegan, por no aver sobre ello duda, ni disputa en el pleyto.

4 Y passando à la vista de la segunda parte de la comision, de averiguar la situacion del Molino, y termino agregado de la parte del Rio de Guadalest, àzia al de Polop, y del pedazo de tierra, que llaman la Rompuda, que està en el termino de Callosa; lo que, sin duda, se deviò mandar por la prueva de la fama de concesion, ò permuta antigua de inmemorial, de que los dueños de Polop, y Chirles, avian dado à los dueños de Callosa las aguas, y termino agregado de junto al Molino, y los de Callosa à los de Polop, y Chirles, la heredad dicha la Rompuda, perteneciente al termino de Callosa, que oy desfrutan los Condes de Montealegre. Y segun la prueva de Expertos à foja 391. esta heredad se cõpone de casa, 35. jornales de tierra, y tres q̃ se llevò la rambla, y quedan tres de huerta. Y la tierra de junto al Molino de la parte del Rio de Guadalest, que cedieron los Condes de Montealegre à los dueños de Callosa, segun los Expertos à foja 399. son siete pedazos, que componen catorce quartones, que hazen medio jornal. De que se vè la gran diferencia, que ay de este pedacito de junto al Molino, à la referida heredad, cedida por los dueños de Callosa.

5 Y aunque estava cumplido el encargo de la Real Sala, se pidiò por parte de los dichos Condes de Montealegre, que amàs de vèr la fabrica del Molino, se hiziesse averiguacion de vèr si

ſobrava agua; lo que ſe contradixo por parte del dicho Excelentiſsimo Señor Marquès, con el juſto motivo, de que en aquellos dias avia llovido, y no regavan los de Chirles, y no ſeria de eſtrañar ſe encontraſſe ſobra de agua: *y ſin perjuicio del derecho de las partes*, ſe mandò vèr el Molino, y averiguar ſi avia ſobras de agua, ſegun es de vèr en el pleyto foja 427. Y en efecto convienen, en que el Molino eſtà fabricado en el barranco de Chirles, termino de Calloſa, ſegun arte, y con la diſpoſicion, que preſta el terreno. Y aviendo paſſado à la pretendida novedad de vèr ſi ſobrava agua, ſe hizieron las experiencias con la metad, con dos tercios, y con el todo del agua. Y eſtando diſcordes los Expertos de las partes, ſobre ſi ſe haria de otra forma, que molieſſe con menos agua, (que no es del caſo) convinieron en tercero, cuya declaracion ſe halla en los autos à foja 456. quien no admite nuevo modo de fabrica de Molino, en atencion à lo limitado del terreno: y ſobre la molienda reſulta, que con toda el agua ſe haze buena harina, con dos partes, y con el tercio, pero ſe neceſsita de mas tiempo: conque ſe vè no tener ſobra, y con mayorìa de razon ocurriendo lluvias, y no regar tierra alguna de las referidas aguas al tiempo de dichas diligencias.

6 Y con inteligencia de eſta viſta de ojos, y demàs que de el pleyto reſulta, ſe paſſa à manifeſtar el derecho que aſiſte à dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona, diſponiendo eſte Informe en dos partes. En la primera ſe manifeſtarà tener notorio derecho dicho Exelentiſsimo Señor Marquès para la nunciacion de obra que hizo; y deverſe declarar, que nunca ſe le puede perturbar en las mencionadas aguas, que ſirven para ſu Molino de Calloſa, ni poderlas divertir, ni retener los dueños de Polop, y Chirles. Y en la ſegunda ſe propondràn las razones con que pretenden divertir las aguas los Condes de Montealegre, dando ſatisfacion à ellas.

PARTE I.

EN QUE SE MANIFIESTA EL DERECHO QUE TIENE el Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona para la nunciacion que ha hecho de nueva obra en las azequias, y obtener que no ſe diviertan las aguas por otros conductos, que los que han tenido haſta aora, ni que en dicha razon ſe inove.

7 PAra inteligencia del derecho que aſsiſte al Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona en eſte Juicio de Nunciacion de nueva obra, es meneſter entender, que del auto de la Real Sala, en que ſe mandò no inovar, como queda dicho n. 1. la parte de dichos Condes de Montealegre no intentò remedio alguno ſobre dicha expreſsion, por lo que paſsò en juzgado, y obſta para eſte Juicio de Nunciacion de nueva obra: por lo que es de confirmar, y tener para el obtento notorio derecho el dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona, como por averle ſuſcitado, pues compete à qualquiera que entiende que ſe le haze daño, *leg. 2. tit. 32. de las labores nuevas, partit. 3.* ibi: *Y puedela vedar, y eſtorvar todo home que tenga que recibe tuerto por ella.* Pues advierte Gregorio Lopez, que aunque en la coſa propia, *quilibet eſt moderator, & arbitror*, pero no en perjuicio de tercero, expreſſa la ley 13. en ſus palabras finales *eodem partit.* Y en dicho juicio deve obtener por qualquiera de tres medios; eſto es, el que probaſſe ſer dueño de la coſa donde ſe hazen las labores nuevas, ò probaſſe tener ſervidumbre en ella, ò la tuvieſſe en poſſeſsion, como advierte Antonio Gomez *in leg. 64. Tauri*, en ſu eſpecial explicacion del referido juicio à num. 19. y 20. Y como los tres medios concurran à favor del Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona, por los meſmos diſcurrirèmos en eſta parte para el logro de ſu inſtancia.

MEDIO I.

Que es dueño de las aguas que le quieren ocupar, y divertir.

8 PAra entender como es dueño dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona de las referidas aguas, es de ſuponer, que reſulta probado en los autos, por los teſtigos que

ſe

ſe dieron ſobre la pregunta 4. que ha ſido antiquiſsima, y comun tradicion, que ſinembargo de ſer linea diviſoria el Rio, que paſſa de Guadaleſt à Altèa, de los terminos de Polop, y Chirles de dichos Condes de Montealegre, del termino de Calloſa, los dueños de dichos Lugares concedieron el uſo libre de las aguas, que nacen en ſus terminos, el de un pedazo de tierra junto al Molino, y el de cortar leña, y arrancar piedra para los reparos del azud, y acequia, como explican los teſtigos en la razon de ciencia, al dueño de Calloſa, y ſu Molino, que ſeria el Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona, por lo que èſte les concediò, y diò un territorio, ò heredad en ſu termino de Calloſa, nombrada la Rompuda; y en contraopoſicion de lo referido, intentò probar la parte de dichos Condes de Montealegre, ſobre ſu pregunta 21. que tambien tendrian junto al Molino de Calloſa, poco menos de un jornal de tierra cedido à un vezino de Calloſa; y en la pregunta 23. la negativa, que no avia avido ſemejante conceſsion, ni trato; por lo que parece ſe hizo hazer la viſta de ojos de dichos territorios cedidos, ò traſpaſſados, y reſultò lo que dexamos aſſentado num. 4. De lo qual ſe vè la grande heredad de caſa, y 38. jornales de tierra, que cedieron los Excelentiſsimos Señores Marqueſes de Aytona, y lo poco que de tierra cedieron los antiguos dueños de dichos Lugares, pues fue, ſegun ſe ha probado en la viſta, y articulò, menos de medio jornal. De que ſe acredita, que por el contrato que mediò entre los dueños de los referidos territorios, adquiriò dicho Excelentiſsimo Marquès de Aytona el dominio, y poſſeſsion de las referidas aguas, pues es medio licito el de contratos para ſu adquiſicion, *leg. 14. tit. 31. partit. 3.* ibi: *La primera es por otorgamiento que hazen aquellos cuyas ſon las coſas.*

9 Que ſemejantes tratos, ſiendo antiguos, plenamente ſe pruevan *per ſolam famam*, baſtando teſtigos de oìda: con un gran catalogo refert Carleval. *de judic. lib. 2. tit. 2. diſp. 3. num. 9. y 10.* y es tiempo antiguo para el intento, el que excede de la memoria de los hombres; y tratando de probar inſtrumentos, baſtarà el de 100. años, como lo abraza todo Don Juan de Eſcobar *de purit. & nobil. part. 1. quæſt. 9. §. 4. num. 55.* ibi: *Tamen regulariter loquendo diſtinctio vel de commoda, & rationi conſona, à quibus proponitur inter tempus antiquum reſpectu inſtrumentorum, quod centum an-*

norum esse debet, & respectu testium in quibus sexaginta annis sufficiunt; Nicolàs Garcia de Benefic. part. 12. cap. 2. à num. 261. maximè num. 264.

10 Bastando para esta prueva de que mediò trato de translacion, de dominio, permuta, ò concambio, que los testigos depongan de oìda pura, sin dàr razon de ciencia; dicho Escobar en la dicha *part. 1. quæst. 9. §. 4. num. 13. Ratio est, quia Jus exponit probationis secundum naturam cujuscumque causæ, & cum alia sit scientia rei novæ, & alia antiquæ, & innotæ in antiquis verò cum non ita sit qui ea noverint*, ut ait J.C. *in dict. leg. si arbitror, & in dict. leg. 2. §. Idem labeo, & dict. leg. 29. partit. le vicres sufficiunt probationes, & testes de auditu majorum sufficiunt.* Y despues de citar muchos Autores, concluye: *In hac ratione admitti testes de auditu etiam puro, & nulla reddita ratione, neque eorum à quibus audierunt expressè.*

11 Y aun la mas rigida prueva del dicho contrato de concesion, concambio, convenio, venda, ò ajuste, està hecha por dicho Excelentìsimo Señor Marquès de Aytona en el pleyto, pues Escobar, à num. 70. refiere, que deven concurrir, para la indubitada prueva de que huvo legitimo contrato, siete requisitos. *Primò, quod testes integræ sint, & spectatæ fidei, & majores omni exceptione.* Y segun probò dicho Excelentìsimo Señor Marquès de Aytona sobre la 9. de sus preguntas, los testigos que han depuesto son de entera fè, y credito, de buena opinion, y fama. *Secundò, quod audierint non ab uno, sed à pluribus, saltim à duobus, sive tribus.* Y los testigos por parte del dicho Excelentìsimo Señor Marquès, sobre la 4. y 8. de las preguntas deponen averlo oìdo el referido convenio, no solo à dos, y à tres, sino à muchos, y con otras circunstancias ventajosas. *Tertiò, quod authores auditus fidedigni, & integrè fuerint.* Y los testigos, sobre la 7. pregunta no solo afirman que lo oyeron à personas graves, y fidedignas, sino que tambien dezian no aver visto, ni oìdo cosa en contrario. *Quartò, testes debent à suis audivisse majoribus*; y los testigos ay muchos de 70. años, y nombraron à mayores suyos de 80. y 100. años, à quienes lo avian oìdo dezir. *Quintò, ut dicant audivisse ante litem motam*; y segun el contexto de todas sus deposiciones, lo oyeron muchos tiempos antes. *Sextò, simul propriam asserant credulitatem, & intelli-*

gentiam nempè quod ita intellexerunt ab eis ; y los teſtigos expreſſamente deponen , no ſolo de inteligencia , y credulidad de aquel convenio, ſino que oyeron à ſus mayores aſsi lo creìan, y entendian. *Septimò , quod aſſeverint majorem efficaciam fidem ab antiquioribus quam quia junioribus.* La que trae *ad intelligentia omnia prædicta* , y es para que ſean atendidos los teſtigos que lo oyeron à los antiguos, en contrapoſicion de los que lo huvieſſen oìdo à jovenes. Y los teſtigos del dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona oyeron el referido contrato à mayores ſuyos, y de cien años : con que ſe juſtifica la conceſsion , y tranſportacion de dichas aguas.

12 Y de lo dicho, y expreſſado por los teſtigos à quien lo oyeron, queda con ſuperabundancia probada la dicha conceſsion, ajuſte, concambio, ò convenio, y translacion del uſo , y dominio de dichas aguas. Lo que ſe comprueva , y la depoſicion de oìdas , y fama de dicho contrato que depuſieron los teſtigos, por los hechos notorios , y permanentes que reſultan de los autos ; eſto es, de aver dentro el termino de Polop, ſegun la viſura, y explicamos num. 3. obras antiguas en la azequia, como al intento expreſſa dicho Eſcobar en el lugar citado, *num.* 24. ibi : *Ut probatio de auditu tum famam ſimul requirit, cum ex factis , ſeu rebus de quorum agitur probatione commodè oriri poteſt fama , quia ſubdita publica, & ſenſibus expoſita , ut pateat oculis , & hominum judicio , ſicut ædificia , & fabrica antiqua , quæ viſibilia ſunt, & omnium oculis palam expoſita.*

13 Y ſe comprueva , de que los ganados de Polop libremente paſtan en el termino de Calloſa , en la referida heredad de la Rompuda ; los vagages de Calloſa, y otras partes en el territorio de Polop, junto al Molino ; cortar arboles, y ramas, piedras, y otros materiales en dicho termino, para el azud , y azequia del Molino , lo que à no aver conceſsion , ò dominio no era licito : por lo que es adminiculo, que prueva dicho trato , y conceſsion, *ex leg. denique 13. leg. nam & ſi Ramos 9. ff. quod vi aut clam, leg. ſciendum 2. ff. de arboribus furtim. ceſſar.* Autumnez Portugal, con todos los modernos, *de donat. lib. 3. cap. 9. à num. 81.*

14 Y como llevamos referido num. 6. al dueño compete la nunciacion de nueva obra, y contra ſu voluntad no ſe puede hazer, eſpera dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Ay-

tona, que no se prosiga, ni las nuevas azequias, ni la diversion de la referida agua, que tiene probado averselе concedido ; y à las replicas que à este Medio se hazen, se darà satisfacion en la segunda Parte, à num. 54.

MEDIO II.

Que tiene adquirida servidumbre el Excelentisimo Señor Marquès de Aytona en dichas aguas, y no se pueden ocupar, ni divertir.

15 INdependente de lo dicho por Antonio Gomez num. 7. de que por tener servidumbre en la cosa, se puede suscitar el Juicio de Nunciacion de nueva obra, y obtener, para el intento se comprueva por la *ley* 13. *y* 18. del *tit.* 2. de las labores nuevas, *partit.* 3. las que explicarèmos en el 3. Medio, que es su propio lugar, à num. 32.

16 Y en èste solo se justificarà tener servidumbre el dicho Excelentisimo Señor Marquès de Aytona en las aguas, y termino de Polop, para su conduccion, por lo que no se le pueden divertir ; pruevase al intento. Primeramente por la disposicion de derecho comun, y abolidos fueros, *for.* 24. 25. *y* 26. *rub. de servidumbre de agua*, pues el 26. dize : *Que si alguno sacàra agua continuamente por* 10. *años por el campo de otro, sabiendolo, y tolerandolo èste, no puede yà prohibirle en adelante que use de aquella servidumbre, de la qual avia usado por* 10. *años*; y los fueros 36. y 37. en que se dispone : *Que si un vezino tomava agua de la fuente del otro, si èsta se secasse por espacio de* 10. *años, ò mas, bolviendo el agua despues, puede bolver à ocuparla* ; cuyos fueros son sacados segun la nota marginal, *ex leg. aquam* 4. y subsiguientes, C. *de servit. & aqua, leg. unus ex sociis* 34. §. *fin. cum leg. seqq. de servit. prædior. rustic.* Por lo que admiten la inteligencia que dàn los Interpretes à las leyes comunes Bas, con los demàs Reyniculos, y otros, *part.* 1. *in Prælud. num.* 24. y hablando de dichos fueros, y servidumbres Trobat *de effectibus immemorial. possess. quæst.* 11. *à num.* 29. *y* 32. *ferè per tot.*

17 Secundariamente se prueva por la *ley* 15. del *tit.* 31. de las servidumbres, ibi: *De tal natura siendo la servidumbre que fues-*

se

ſe ſervicio à otri quotidianamente, ſin obra de aquel que la recibe, aſsi como fueſſe aguaducho que corrieſſe de fuente que nacieſſe en campo de alguno, ò otro ſemejante de ella, ſi el vezino ſe ſirvieſſe de eſta agua regando ſu heredad 10. años, eſtando ſu dueño en la tierra, è non lo contradiziendo, ò 20. ſiendo fuera de ella, è eſto fueſſe buena fè, cuydando que avia derecho de lo facer, è non por fuerça, ni por ruego que huvieſſe fecho el dueño de la fuente, ò del campo por do paſſava, ganaria por eſte tiempo tal ſervidumbre.

18 Se ha pueſto dicha ley à la letra, por ſer regla para adquirir las ſervidumbres, por lo qual, y ſer terminante para el hecho de nueſtro pleyto, es preciſo averla de gloſſar, pues ſuponiendoſe, que el agua de las dichas fuentes de Polop, y Chirles corren naciendo en ſu territorio, y campos de dichos Pueblos, las ocupa dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona como *aguaducho*, ſirviendoſe quotidianamente para el Molino, por lo que ſe adquiere la ſervidumbre; y por eſſo dize la ley *regando*, que ſe pone por exemplar, y no embaraza el ocuparſe *moliendo*, pues *exempla non reſtringunt regulam*, como con muchos textos, y Autores refert Barboſa *in tract. variar. actiom. 86. num. 2.* Y la razon de dever concurrir acto de regar, ò moler explica Gregorio Lopez: *Quia aqua per ſe ipſam fluens non poteſt inducere præſcriptionem, vel conſuetudinem, quia non eſt res animata, & per rem inanimatam nihil nobis adquiritur. Oportet enim in præſcriptione aliquem actum interveniſſe, quo principato, ſufficit aquam per ſe fluere.* Comprueva Coſta *de Jur. & facti ignor. cent. 2. diſtinc. 1. num. 100.* Pechio *de aquæduct. lib. 1. cap. 7. quæſt. 4. ſub num. 25.* Cancer. *variar. reſol. part. 3. cap. 4. num. 243.* y quantos tratan de eſta materia. Pide dicha ley: *Que para adquirirſe la ſervidumbre deve tomar el aguaducho que corrieſſe de fuente por eſpacio de 10. años eſtando el dueño del agua en la tierra, è no lo contradiziendo, ò 20. ſiendo fuera de ella*, conformandoſe en el derecho comun; refert Govio *de aquis* (hablando de la ſervidumbre quotidiana de *aquæductu*, como tiene el Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona) *quæſt. 10. num. 14. verſic. Quartò requiritur.*

19 En la dicha ley eſtà la circunſtancia, y palabra *è no lo contradiziendo*, por lo qual parece ſe quiere perſuadir, que es meneſter ciencia del dueño que fueſſe de campos, ò fuentes, à que alude la prueva de los Condes de Montealegre de no aver re-

reſidido en dichos Lugares mas ha de 60.años; y lo que ſe alega por ſu parte, ſiguiendo la opinion de que ſe requiere ciencia, como entendiò Gregorio Lopez ſobre dicha ley, Don Juan del Caſtillo *controv.jur. lib.6. cap.28. num.2. verſic. Et quanvis*, ibi: *Non lo contradiziendo*, es lo meſmo, *quod interveniente ſcientia illius contra quem præſcribitur*. Pero ſe repara, que la ley ſe contentò en que no lo contradiga, y no hizo mencion de que devieſſe tener ciencia, y èſta no ſe neceſsita para no contradezir; y aſsi no ſe alcança con què fundamento ſe induzga la neceſsidad de ciencia, quando ſolo èſta ſe neceſsita para contradezir. Pero para la contraria propoſicion *de no contradezir*, ſin noticia, ni ciencia del hecho, ſe verifica, y por conſiguiente ſe ignora el fundamento legal del ſeñor Caſtillo, cuya opinion ſe contradize por muchos Interpretes, que el meſmo refiere, ſin hazerſe cargo de la razon antecedente, y ſin ella concluye con duda, ibi: *Melius tamen, & cautè magis factum eſſet ſi ad removendum dubium omne, & vitandam contrarietatem opinionum lex ipſa expreſsiſſet an ſcientia eſſet neceſſaria, vel non, aut unam, vel alteram opinionem approbaſſet expreſsè.*

20 Y aunque huvieſſemos de correr con la inteligencia, de que para ganar eſta ſervidumbre ſe neceſsita de ciencia en los dueños de los Lugares, y territorios de Polop, y Chirles, y èſta no ſe preſuma, *ex leg.verius* 21. *ff. de probat.* pero èſta ſe prueva por preſumpciones, y conjeturas, Paccion. *de locat. & conduct. cap.29. num.39.y* 40. Gratian.*diſcept.forenſ. cap.*681. *num.*3. y ſu Addicionador Carol.Anton.de Luca *num.*4. *verſic.E contra*, Seraphin.*deciſ.*1459. *à num.*3. y en los autos reſultan muchas. La primera, porque dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona eſtà en la poſſeſsion de la referida agua, y ſu uſo deſde tiempo inmemorial, como deſpues diremos, y baſta la de 30. ò 40. años para inducir noticia, y ciencia, Giurba *part.*1. *obſervat.*60. *num.*17. Maſcardo *de probat. concluſ.*1220. *num.*56. La ſegunda, quando los actos ſe hazen publicamente, inducen preſumpcion de ciencia, *ex text.in leg.regul.*9. §.*ſed facti, ff.de jur. & fact.ignor.* ibi: *Quid enim ſi omnes ſciant, quod ipſe ſolus ignorat.* Y el ocupar las aguas el Molino, y èſte moler, pues no tiene otras, es hecho bien publico, y tambien ſe preſume *ex actuum multiplicitate*, y proximidad de territorios, Dominus Creſpì *obſervat.* 40. *à num.*

28. 29. y 30. ibi: *Si quo intelligo quod ſcripſit Cujatius in leg. final. gloſ. fin. Cod. de præſcript. ubi ait: Non requiri ſcientiam intelligo expreſſam, neceſſariam tamen eſſe præſumptam, quę ex eo reſultat quo quis non clam ſervitute uſu ſit*; y cita à otros, y proſigue: *In caſibus verò in quibus eſt neceſſaria ſcientia, & patientia, illa ſufficienter probatur ex multiplicitate actuum, & diuturnitate temporis, & ex vicinitate.* Abbas,&c. Y en nueſtra contingencia no puede ſer mayor la continuacion de actos de moler, mondar, y componer la azequia en el termino de Polop, y Chirles, cortar leña de ſus montes para reparos del azud, y vezindad de dichas fuentes, aguas, y Molino à dichos Lugares. Y en eſtos terminos de adquirir ſemejante ſervidumbre, en todo rigor baſta la ciencia preſumpta, como queda dicho; y es muy del intento Pechio *de aquæduct. lib. 1. cap. 7. quæſt. 4. à num. 49 .y 50.* y en terminos Trobat *de effectib. immemor. quæſt. 11. num. 55.*

21 Tambien dize dicha ley, (que hemos tomado por norte) *E eſto fueſſe à buena fee.* De que infiere Gregorio Lopez, que aunque ſe preſuma buena fee, pero que ſe deve alegar lo que eſtà hecho repetidas vezes en los autos; y en nueſtro caſo no ſe neceſsita de alegarla, porque ſe induce de actos hechos publicamente, ſegun và referido, como con muchos refiere à nueſtro intento Govio *de aquis, quæſt. 10. num. 5. Bona fides deduci poteſt ex actibus palam geſtis, & eo ipſo probatur quo conſtat quem per decennio uſum fuiſſe.* Y parece ocioſa tambien la alegacion de buena fee, no probandoſe la mala; el ſeñor Covarrubias *in regul. poſſeſſor. part. 2. relect. §. 8. num. 2.* ibi: *Cęterum bona fides, quæ omninò ad præſcriptionem jure requiritur præſumptior in dubio, niſi contrarium probetur.* (Cita muchos Autores, y proſigue:) *Quorum opinio communis eſt quemadmodum ipſi juniores fatentur, & conſtat ex his qui ab eis nuncupatim citantur, & procedit etiam ſi poſſeſſor lucrativam cauſam habeat.*

22 Proſigue nueſtra *ley 15. tit. 31. partit. 3.* diziendo: *Cuydando que avria derecho de lo facer*: para eſto cita à Gregorio Lopez por comprobante las leyes 1. §. *ariſto 19. de aqua quotidiana, leg. 1. §. ſi quis autem, ff. de itineris action. privat.* la *ley final, ff. quemadmodum ſervit. amit.* ibi: *Servitute uſus non videtur, niſi his qui ſuo jure uti ſe credidit.* Porque yà ſe vè ſer claro, no poderſe adquirir ſervidumbre, ſi cree que ſe le puede prohibir, Fabro *in rationabi-*

libus

libus à dicha *ley fin.* ibi: *Alioquin si credebat posse se prohibere ne id facere, non magis debet interdictum, quam actionem de servitute.* Y quando se dirà que uno usa de la servidumbre, es creyendo usa de su derecho; y lo dixo Zepola *de servit. urban. prædior. tract. 6. part. 2. cap. 20.* hablando de la servidumbre continua, como la nuestra; y dize, que es lo mesmo usar de la cosa como propia, que usar de ella por derecho de servidumbre, ibi: *Qualiter autem probetur quod quid fuerit usus jure suo, seu jure servitutis.*

23 Y que dicho Excelentisimo Señor Marquès de Aytona aya usado de la referida agua como suya, y como à uso de servidumbre, no cabe dificultad, porque dicha agua ha venido siempre del Rio de Chirles, Lugar de los Condes de Montealegre, tomandola por un azud, y cequia antiquisima, y conduciendola por su termino 900. passos, como resulta de la prueva, vista de ojos, y và expressado num. 3. cuya operacion de conduccion por maniobras prueva averse conducido el agua por derecho de servidumbre, Giurba *part. 1. observ. 60. num. 11.* ibi: *In actibus qui non consueverunt concedi regulariter ex jure familiaritatis, vel amicitiæ, vel facultatis, sed ei solum qui jus habet, mero jure præsumitur, quod ex jure sibi debito, qui fuerit usus, veluti si quis ducat aquam per fundum vicini opere suo manufacto, opus enim construere in alterius fundo nemo solet, nisi jus habeat.* Cita diferentes Autores, y prosigue: *Aquam per alvum manufactam in fundum inferiorem defluentem servitutis, non facultatis jure defluere probat text. in leg. quemadmodum 29. in fin. ff. ad leg. Aquiliam, leg. Divus 16. ff. de servit. rustic. prædior.* Lo que prosigue con muchisimos Autores, à que añado Govio *de aquis, quæst. 11. à num. 9.* con Pechio *de aquæduct. cap. 7. quæst. 8. num. 3. y 4.* hasta el *num. 12.* con muchos Autores, à que tambien añado la autoridad de Marinis *lib. 1. cap. 16. num. 6.* Cardenal de Luca *de servit. ad mater aquar. tom. 4. disc. 31. num. 3.* Antonio Fabro *de conjecturis, lib. 19. quæst. 11. num. 9.* que la transcrivo por mas racional, que la referida de Govio, ibi: *Ex qua etiam fit ut in servitute aquæductus non possit facile occurrere illa facti quæstio, quæ in aliis servitutibus occurrit. An is qui se per longum tempus dicit servitute usum fuerit usus jure suo nec ne? Nec enim quisquam in alieno fundo rivos, aut fistulas ponere ausit, nisi jure servitutis, cum nemo permissurus sit tale quid fieri in fundo suo, jure familiaritatis, nisi saltim inter posita solemni testatione, per quam id probari*

quan-

quandoque posſit, quod alioquin nemo crederet. Lo miſmo dixo deſpues el Cardenal de Luca *tom.4. de ſervit. ad materiam aquarum, diſc.25. diſc.26. num.5.* Pechio *de aquæduct. lib.1. cap.4. quæſt.6. num.8.& 11.*

24 Y para probarſe, que del agua ſe ha uſado *jure ſervitutis*, baſtà que ſe aya conducido por dentro el termino de los Condes de Montealegre, Govio *de aquis, quæſt.11. num.8.* ibi: *Servitutis verò jure quem aquas duxiſſe pluribus probatur,& quidem eo ipſo, quo per fundum alienum eas duxit*; citando diferentes Autores.

25 Lo que ſe convence de la difinicion que nos dexò Juſtiniano *in princip.inſtit. de ſervit.pręd.* ibi: *Aquæductus eſt jus aquę-ducendę per fundum alienum,& ibi inſtit.interpret.* & pulcrè ibidem Arnold. Vin. *num.6. verſic.Aquæductus*, Arprech. *ibidem num.68.* que es la miſma difinicion que predixo Ulpiano *in leg.1. verſic. Aquæductus, de ſervit.prędior.* Y queda probado en el pleyto, que el agua para dicho Molino ſiempre ſe ha conducido por dentro el termino de la contraria, en conſideracion, de que el Rio llamado de Guadaleſt, es diviſſorio del Lugar de Polop, de quien ſon dueños los Condes de Montealegre, y del termino de la dicha Villa de Calloſa, propia del dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona, y que el Molino de que ſe trata eſtà inmediato, ò dentro del termino del referido Lugar de Polop, ſegun los dichos de muchiſsimos teſtigos producidos por parte de dichos Condes de Montealegre, que vàn acotados en mi eſcrito de bien probado à foj.332.

26 Tambien queda probado con muchos teſtigos, que acoto en dicho mi eſcrito, y foja, que la ſuſodicha azequia por donde ſe conduce el agua al Molino, ſe ha mondado, y deſenrunado con frequencia, y ocurrido à los rompimientos de grandes avenidas del referido Rio Chirles, reparandola con yeſſo, piedras, y madera, que ſe ha cortado del monte de Polop, termino, y Lugar de los Condes de Montealegre. Y qualquiera de eſtos hechos baſtava para afirmar, que dicha agua ſe conducia por derecho de ſervidumbre, Govio *de aquis, dict. quęſt.11. num.11. in fin.* ibi: *Servitutis demum jure quem duxiſſe probatur, ſi rivos, vel foſata purgaverit, vel ſepem præſiderit.* Cepola *dict.cap.4. num.6.* Ruin. *conſ.191. ante num.6. lib.1.*

27 Y reſpecto de aver ocurrido à los rompimientos de las

ave-

avenidas con yeſſo, cal, piedra, y madera, que ſe han cortado del monte de Polop, es conſtante por las razones expreſſadas, que todo eſto lo executava dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona *jure ſervitutis*, porque las piedras ſon *in fructu argum, text.in leg.ſi fundus* 8. *ff. ſolut. matrim.* Dominus Caſtillo *controv.jur. de uſufruct. tom.*1. *cap.*37. *num.*6. Capicio Latro *tom.* 1. *conſult.*8. *num.*20. ibi: *Verum etiam habens jus aquæductus, poteſt in fundo ſerviente terram, & lapides capere ad clauſuram reparandam.* Marcus Mantua *ſingul.*241.

28 De la meſma ſuerte, y por la meſma razon deve dezirſe, que el cortar leña de los montes de Polop para reparar dichas avenidas, ſe ha executado *jure ſervitutis*, porque nadie puede cortar leña en campo, ò territorio ageno, *leg.denique* 13. *ff. quod vi, aut clam, leg.ſciendum* 2. *ff.de arborib. curtim ceſſar.* porque ſolamente al Señor pertenece la inciſsion de los arboles, *leg. arboribus* 12. *ff.de uſufruct. & quemadmodum quis utat. fruat.* Ciarlino *controv.*51. Intrigliol.*deciſ.*6.*num.*8. Nat.*conſ.*672.*num.*19. porque quien corta leña, arboles, ò ramos en termino ageno, eſtà obligado à la reintegracion, *leg. nam et ſi ramos* 9. *leg. ſi in maturam ſylvam* 18. *ff.quod vi, aut clam.*

29 Proſigue nueſtra *ley* 15. *tit.*31. *partit.*3. *E non por fuerça, ni por ruego que huvieſſe fecho al dueño de la fuente, ò del campo por do paſſava*, Gregorio Lopez cita por comprobante la *ley* 1. *Cod.de ſervit.& aqua*; y aun es mas comprenſiva de nueſtra ley, la *ſi quis diuturno* 10. *ff.ſi ſervit.vendit.* y en ella Antonio Fabro *in rational.* Y aunq̃ à algunos ha parecido, q̃ la negativa *non por fuerça* deve probarla quien ſe funda en ella, aora ſea *agendo*, aora *excipiendo*, Maſcardo *de probat.concluſ.*1092.*n.*1. lo contrario defendieron otros, fundando, que la negativa por ſu naturaleza es improbable, y que ſe tiene por ſoſpechoſo, y aun por falſo el que afirma de negativa, Maſcardo *ibi à num.* 4. *ad* 8. y en eſte concilia eſtas opiniones con muchiſsimos Autores, con la inteligencia, de que ſi la negativa es vaga, pura, y ſimple, *quæ loco, tempore, & perſonis non circumſcribit*, (que es puntual la de que tratamos) no ſe neceſsita de probarla, pues en eſte caſo yà avia dicho en el *num.*3. que la negativa ſe dà por probada, no probandoſe lo contrario, ibi: *Tunc enim propter difficultatem probationis probari negativam, eo ipſo quod contrarium non probatur.* Y la

parte de dichos Condes de Montealegre, no ſolo no ha probado, que dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona aya conducido dicha agua por violencia, ò ruego, pero ni ha intentado probarlo, ni pudiera, pues lo contrario ſe convence de lo que và probado, y fundado haſta aqui: y en nueſtros terminos Antonio Fabro *de conject. lib.* 19. *cap.* 11. *num.* 9. ibi: *Quamquam in cæteris quoque ſervitutibus, verius eſt, præſumi unumquemque ſuo jure facere voluiſſe, quod fecit, dummodo ſciente, aut patiente domino, niſi ex adverſo probetur eum vel feciſſe vi, aut clam, aut precario, vel jure familiaritatis, vel jure publico, vel jure denique alienæ ſervitutis, dict. leg. ſi quis diuturno, leg. ultim. quemadmodum ſervit. amit. leg. ultima, de itinere actuque privat. Abſurdum ſiquidem eſſet ab eo probationem exigi, qui ſe fundat in negatione, cum negatio per rerum naturam ſicut nihil eſt, ita probari nullo modo poſsit; leg. actor* 23. *de probat. leg. adſeveratio* 10. *Cod. de non numerat. pecun. qui autem probat ſe uſum ſervitute, in eo quod addit, non vi, non clam, non precario, nihil planè affirmat, ſed tantum negat.*

30 De todo lo qual ſe convence tener dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona adquiridas las referidas aguas, y ſu uſo para el expreſſado ſu Molino, por notorio derecho de ſervidumbre, conforme al derecho comun, abolidos fueros, y leyes de Caſtilla. Las muchas razones que contra eſtos fundamentos ſe alegan, ſe ſatisfaràn en la ſegunda parte à num. 62. haſta el 85.

MEDIO III.

Que por la ocupacion, y poſſeſsion que tiene el Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona de las referidas aguas para ſu Molino, no ſe le deven divertir.

31 EN eſte ultimo Medio para obtener en eſte juicio de Nunciacion de nueva obra, ſe proponen dos. El uno de ocupacion, y el otro de poſſeſsion; y qualquiera de los dos es baſtante para que no ſe le divierta, ni detenga el agua del Molino de Calloſa: por lo que tratarèmos de ellos con ſeparacion.

Ocupacion. 32 Por el primer medio de ocupacion, y poſſeſsion regular, tiene notorio derecho dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de

de Aytona en eſte juicio de Nunciacion de nueva obra, para que no ſe divierta, ni detenga el agua con que molìa ſu Molino. Pruevaſe por la *ley* 13. del *tit.* 32. *de las labores nuevas*, en donde tratando de no poderſe hazer en perjuicio de los vezinos, diſpone: *Que ſi por ventura ſe hizieſſe alguna labor en el lugar por donde ſolia el agua correr, por lo que ſe mudaſſe el curſo, ò la embargaſſe, ò detuvieſſe el agua, de guiſa, que los otros que ſe ſolian haver, no pudieſſe regar ſus heredades de ella,* (es exemplo, y es lo meſmo moler, ut num. 17.) *aſsi como ſolian, ca qualquiera de eſtas labores, à otras ſemejantes de ellas, que alguno facieſſe nuevamente, de que vinieſſe daño à las heredades de ſus vezinos, deve ſer derribada à ſu coſta, y amàs, deve pagar el daño.* Y aun es mas del iniento la *ley* 18. del miſmo titulo *de las labores nuevas*, en la qual figura la eſpecie: *Que ſi alguno tuvieſſe algun Molino,* (como lo tiene el Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona) *que ſe ficieſſe farina, ò hazeña para piſar paños, ſi otro lo quiſieſſe hazer en aquella miſma agua en ſu heredad, ò con licencia del Rey, ò del Comun de quien fueſſe el territorio, lo permite, ibi: Pero deve eſto ſer fecho de manera, que el corrimiento del agua no ſe embargue al otro, mas que la aya libremente, ſegun que era ante acoſtumbrada à correr.*

33 De cuyas leyes, y diſpoſicion à la letra ſe vè, que para eſte juicio baſta, para que no ſe permita divertirſe, ni retenerſe las aguas del dicho Molino, el nudo hecho, y aprenſion natural que tiene, y tenia antes de la obra nueva dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona para el uſo de ſu Molino, pues dichas leyes no explican coſa alguna de maniobras, ſervidumbre, ni otro derecho, ſino el de ocuparlas: cuya aprenſion natural es medio de adquirir el referido derecho, *leg.* 1. §. 1. *de adquir. poſſeſ.* el ſeñor Don Thomàs Martinez Galindo *inſtit. Hiſpan. lib.* 3. *tit. de occupat.* §. 1. *in princip.* Coſta *de jur. & facti ignor. diſtinct.* 1. *num.* 7. ibi: *Præterquamquod ut quis faciat aquam ſuam, ſaltim quantum ad uſum non requiritur præſcriptio, ſed ſufficit ſola occupatio, teſte Caſtr. in leg. fin. ff. de uſucap. num.* 4. *quem cum aliis refert Surdus conſ.* 127. *num.* 79. *volum.* 1. *ponderato text. in leg. ſi quiſquam, ff. de diver. & tempor. præſcrip.*

34 Eſte modo de adquirir por ocupacion, ſe extiende à el agua de los Rios publicos, que aſsi lo entienden los Inſtitutiſtas, y con ellos Harprecto en el §. *& quidem* 1. *inſtit. de rerum diviſſ.*

num.

*num.*4. donde diziendo Juſtiniano, que por derecho natural es comun entre otras coſas, *aqua profluens*, lo entienden propriamente del agua del Rio; à diferencia del agua de lluvia, que no es, ni ſe llama comũ, ſino propia de privados, *leg. aquam* 4. *& leg. preces* 6. *Cod. de ſervit. & aqua.* Y ſuponiendo que todos los Rios ſon publicos, y que por eſto el uſo de ellos es comun, §. 2. *inſtit. de rerum diviſ.* ibi: *Flumina autem omnia, & portus publica ſunt, ideoque jus piſcandi omnibus commune eſt in portu fluminibuſque*; llevando eſto la inteligencia en los Rios que ſon perennes, como dixo Ulpiano de difinicion de Caſsio en la *ley* 1. §. *fluminũ* 3. *ff. de fluminibus.* Luego tratando del agua del Rio de Chirles, cuyas aguas ſon perennes, (ſegun conſta de los autos aver ſido corriente el referido Molino de Calloſa continuamente, lo que ni niega la parte de los Condes de Montealegre, y lo tienen bien acreditado las eſtaciones paſſadas, en las que ſe experimentava en todo eſte Reyno ſequedad nunca viſta, y en medio de ella no faltò el agua al referido Molino. Por manera, que la ſuma neceſsidad de las Poblaciones vezinas à Calloſa, aviendo pedido à dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona, que añadieſſe otra muela al referido Molina, para que con la miſma agua molieſſen dos, aunque la parte de los Condes de Montealegre lo quiſo impedir, la Real Audiencia mandò, que no lo impidieſſe, con auto del dia 24. del mes de Julio del año paſſado 1720.) ſe ſigue ſer publico dicho Rio, comun el uſo de ſus aguas, y hazerſe lugar à la adquiſicion de eſte uſo por la ocupacion.

35 Lo meſmo ſiente Pechio *de aquæduct. lib.* 1. *cap.* 4. *quæſt.* 6. *num.* 16. aun en terminos de ſer Rio del Principe, y de que no hizo eſtima; y aun ſiendo Rios, que propiamente ſon torrentes, y que ſe componen de riachuelos, ò fuentes perennes, como à la letra ſucede en nueſtra contingencia, ibi: *Et antequam accedamus ad jus præoccupationis velim, ut præcedant, quæ diximus in quæſt.* 2. *capitis* 2. *Licet enim ibi dixerimus de conſuetudine totius orbis terrarum, omnia flumina publica eſſe ipſius Principis illius territorii in quo reperiuntur, tamen non per hoc ſequitur, quin jus prȩoccupationis aquarum poſsit in eis habere locum in deciſione cauſarum, & controverſiarum aquarum, & in illis fluminibus in quibus per Principem nullus habetur reſpectus, veluti ſunt nonnulli torrentes, ubi etiam adſunt nonnulli rivuli etiam perennes, ideò de hoc jure prȩoccupationis*

pau-

pauca in medio proferam. Y luego en el *num.* 17. aſsienta, que el derecho de ocupacion tiene lugar en las coſas comunes, y por conſiguiente en los Rios, ibi: *Quia ſunt publica, §. flumina 2. inſtit. de rer. diviſ.* Bart. *in leg. quo minus 2. ſub num.* 10. *verſ. Vel ſi velles dicere, ff. de fluminibus.* Pero que eſto no quita, que los Rios ſean comunes, *dict. §. flumina. Ideò quantum ad uſum aquæ, merito cadere poteſt occupatio, & tanto magis, quia de jure gentium populo competit jus aquæ ducendæ ex flumine publico, non navigabili, ex dict. leg. quominus*, con muchos Autores que cita, y pudiera citar tambien el §. *riparum* 4. *inſtit. eod. de rer. diviſ.*

36 Y lo que es mas, que aunque eſte Rio de Chirles fueſſe del Principe, no ſiendo, como no es, navegable, ni haga navegable à otro, no ſe puede llamar *de regalibus ad Principem, vel Regem ſpectantibus, cap. unic. quæ ſint regalia*; lo que con muchos Autores eſcriviò Pechio *lib.* 1. *de aquæduct. cap.* 2. *quæſt.* 2. *à num.* 2. Por manera, que aunque el Rio fueſſe navegable, y del Principe, no por eſto negaria el aqueducto, que como en nueſtro caſo, no haze de peor condicion à nadie; y aſsi lo ſintiò Bocio *in tit. de aquis, & fluminibus, ſub num.* 15. fundado en el texto en la *ley* 1. §. *non autem, ff. de fluminibus. Non autem omne quod in flumine publico ripave fit coercet Prætor, ſed ſi quid fiat quod deterior ſtatio, & navigatio fiat.* Por lo que dize Pechio *ibid. num.* 11. *Ergo ſi nõ fiat deterior navigatio etiam, ſive Principis licentia, poterit aqua duci*; que es la conſequencia que ſaco, aun en terminos de que el dicho Rio Chirles fueſſe navegable; y por conſiguiente deve correr nueſtro aqueducto, no aviendole hecho nadie de peor condicion; pues conteſtavan las Partes, en que el agua del referido Rio de Chirles, ha paſſado ſiempre perdida haſta el Rio de Guadaleſt diviſſorio, ſin otra conveniencia, que la del Molino del dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona, conducida por la antiquiſsima azequia dentro del termino de los Condes de Montealegre, ſin ſervir para otro, que para moler en el Molino, y regar las tierrecicas contiguas al Molino, uno y otro propio de dicho Excelentiſsimo Marquès; de que ſe perſuade indubitado derecho, y ſervidumbre, porque dichas maniobras, y azequia no ſirven à otro fin. Al intento el Cardenal de Luca *de ſervit. diſc.* 25. *à num.* 7.

37 Bien parece, que eſte modo de adquirir el derecho del

agua, por la ocupacion de derecho de Gentes, ſe anima en lo que dize Antonio Gomez *in leg.46.Tauri, num.10.* ibi: *Ex quibus infertur, quod cum regulariter ædificia ſint licita, & jure gentium permiſſa, quod licitè, & juſtè poteſt quis ædificare, & facere Molendinum in flumine publico, non navigabili, ſine licentia Principis, vel alterius Superioris, quia hoc poteſt facere authoritate juris gentium, quo jure, flumina, & eorum uſus ſunt publica, ita probat text.in leg.1.ff. de fluminibus, ubi tantum in flumine publico navigabili prohibetur quis ædificare. Ergo licitum eſt in flumine non navigabili. Idem etiam probat text.in leg.quominus, eodem tit. ubi dicitur: Quod ex flumine publico non navigabili licitè poteſt quis ducere aquam*; con los textos que alli cita. Amàs de que el Rio, que de el Principe paſsò en un Privado, perdiò los privilegios, Pechio *de aquæduct. lib.1. cap.4. quæſt. 6. num.46. verſic.Nec*, ibi: *Attamen poſtquam publicum flumen tranſit in privatum amiſsit privilegia, quæ ei competebant uti publicum, ſeu uti Regale, & præſcribitur longo tempore, decennio ſcilicet inter præſentes, & vicennio inter abſentes, tot. tit. de longo tempore præſcrip. 10. vel 20. ann. latiùs in cap.2. quæſt.2. ſub num. 29. demonſtravimus.*

38 Y en nueſtros terminos de entrar, y perpetuamente ave r entrado el agua del referido Rio de Chirles en la antiquiſsima azequia del referido Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona, es claro, que por la ocupacion adquiriò èſte el uſo de dicha agua, D.Martinez jam laudatus, *lib.3. tit.1. de occupat. §.3. prop. & gloſ.1.* ibi: *Aqua profluens fit aurientis ſtatim ac in canale, tubum foſſam, incile, aut fundum tuum intravit, vel per eum labitur tua eſt, eaque continere poteris.* Cita para ello à Antunez Portugal *de donat. reg. lib. 3. cap. 4. à num. 23.* y èſte cita à muchiſsimos Doctores.

39 Y aunque al preſente quiera divertir dicha agua del referido Rio, ò Barranco de Chirles, con el pretexto, que la podrà aprovechar en nuevas tierras ſecanos, no le es licito, ni permitido, en perjuicio de la ocupacion hecha por el referido Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona: es muy del intento, y terminãte lo q̃ eſcriviò Pechio *de aquæduct.lib.2.cap.9.quæſt.18.à n.15. ſub verb.Et dico*, ibi *n.16. Et quod præcipuè poterit procedere, (dato quod habuiſſet aliquod dominiũ) ſi aqua per longũ, vel lõgiſsimũ tempus fluxerit per talem rivum, quia cenſetur illam habuiſſe pro derelicta, vel*

quia

quia non putabat se ea uti posse ratione eminentiæ soli, & postquam viderit alterum vicinum eadem aqua uti velle, eodem stymulo cõcitatus incepit prætendere dictam aquam, quæ prætensio non potest habere illud fomentum, quod obtinet illa primi occupantis. Et certè possunt etiam adaptari, quæ dicuntur de flumine publico non navigabili, nam licet quis non habeat dominium aquę publicæ, verumtamen habet usum qui potest prępondere prędicto dominio revocabili, quod posset habere in dicta aqua privata: sed sic est, quod primo occupans aquam fluminis publici non navigabilis, prefertur alteri occupare volenti, ut supra demonstravimus in principio quæstionis de jure occupationis: Ergo etiam à paritate rationis idem dicendum in hoc casu. Y pudiera citar para ello la *ley* 1. *ff. pro derelict.* que viene de lleno al intento, ibi: *Si res pro derelicta habita sit, statim nostra esse desinit, & occupantis statim fit,* §. *qua ratione* 47. *instit. de rerum divis. & ibi instit. interpret.* Y que la parte de los Condes de Montealegre, y sus antecessores ayan havido pro derelicto las referidas aguas, bien se infiere de lo mesmo que dize, de que regados los campitos, ò argolechas del lado de los barrancos, y huertas de Chirles, han dexado correr el agua libremente por el mesmo Rio, y Barranco de Chirles.

40 Y que la ocupacion del agua del Rio publico sea legitimo titulo para la adquisicion del uso de ella, lo escrivieron tambien Antonio Thesau. *decis.* 245. *num.* 4. con Paris. *cons.* 119. *num.* 4. *lib.* 4. Bautista Costa *de jur. & fact. ignor. cent.* 2. *distin.* 1. *num.* 34. *y* 35.

41 Y aunque las referidas aguas de las fuentes de Chirles nacen en territorio de privado, eo particular, no por esso dexan de ser publicas: porque aunque algunos dizen, que no constituyendo por su abundancia Rio, no son publicas; pero si son continuas, y sirven, y aprovechan al publico, son publicas, y no privadas, como conciliando opiniones refert Cancer. *variar. resol. part.* 3. *cap.* 4. *num.* 237. ibi: *Ego sic istas opiniones concordandas censeo, ut in perennitate aquæ attendatur, an illa aqua sit ita perennis, ut publicæ prodesse secundum suum naturalem fluxum possit, aut non? Primo casu censetur publica; secundo verò privata. Hoc expressè sentit Baldus in leg. item lapil. num.* 5. *ff. de rerum divis. dum loquens de privato flumine ait: Nam hoc non est aptum natum esse ad publicum bonum significans in consideratione aquę an sit publica, vel privata, attenden-*

dum

dum tantum esse, an fluxus ejus naturalis videatur aptus ad bonũ publicum, vel non, ut primo casu censeatur publica, secundo verò non, & istam esse meram veritatem censeo.

42 Que el agua que sirve para un Molino, y que si careciesse de ella una Comunidad, divirtiendose à otra parte, se verificaria cessar el biẽ publico, lo dixo Gaspar Thesaur. en la addicion à la *decis.* 245. *de Antonio su padre, lit. A.* ibi: *Quod tamen limito, & declaro habere locum, nisi illa aqua quæ transit in fundo meo serviret usui publico, nam tunc non possim illam divertere. Leg. 2. ff. de flumin.* Y poco despues: *Et dicta per Riminaldum, sive Escarlativum sunt vera quando versatur maxima utilitas publica, & magnum damnum, & interesse Respublica consequeretur in non utendo prædicta aqua, & in illo casu loquitur Escarlatinus, quando commune per divertentiam aquæ privaretur beneficio Molendini.*

43 Y para dezirse, que la cosa sirve al bien publico, no es necessario que respecte à todo un Pueblo, basta que mire à una vezindad, en materia de agua, (como la presente) à este proposito dixo el Cardenal de Luca *de servit. ad mater aquar. disc. 26. num. fin.* ibi: *Hæc enim est nota differentia inter consuetudinem, & præscriptionem, quod ista respicit solum jus, seu interesse privatum, illa verò jus publicum, quale in proposito dicendum venit, non solum illud quod concernit universum Populum, seu Cõmunitatem, sed etiam ubi concernit interesse alicujus viciniæ, seu contratæ, quia & illa dicitur universitas tanquam plurium personarum collectio.*

44 Y en nuestra contingencia, no solo se ha probado, que el referido Molino sirve à toda la Villa de Calloſa, si tambien à muchas de sus vezindades; por manera, que si les faltasse este Molino, huvieran de ir precissamente à otros, distantes muchas leguas, en gravisimo perjuicio de todos los vezinos de Calloſa, y demàs circunvezinas Poblaciones, lo que no niega la parte de los Condes de Montealegre, y lo deponen los testigos de dicho Excelentisimo Señor Marquès de Aytona sobre la 3. de sus preguntas, y sus deposiciones à foj. 172.

45 De lo que se evidencia, que siendo como es perenne el agua del referido Rio, como lo tenemos probado, y no niega la parte de los Condes de Montealegre, y apta para el bien publico, segun queda fundado en los numeros precedentes, devemos confessar, que dicha agua es publica, segun la opinion de Cancer.

cer. que aſsi concordò las opiniones, de las quales, y la autoridad del Autor que diſtingue, es corriente que deve ſeguirſe lo que dixo con muchiſsimos DD. Carleval. *de judic. lib.* 1. *tit.* 3. *diſp.* 21. *num.* 8. ibi: *Quia opinio diſtinguens prevalere debet, quia quæ media eſt, magis ad veritatem videtur accedere.* Y à dichos DD. añado Don Geronimo de Leon *tom.* 2. *poſt deciſ.* 210. *in Reſp. jur. num.* 54. & ſuptilis Fabr. *in Papin. tit.* 6. *princip.* 9.

Inmemorial poſſeſsion.

46 Por el ſegundo medio de poſſeſsion, ſiendo la que ſe ha probado en los autos inmemorial, es la mas eficaz para el intento, pues dicha poſſeſsion corrobora todos los medios propueſtos, ſupone, y acredita el mejor titulo, facultad Real, conceſſion, ò Privilegio que ſe pueda diſcurrir, por producir à nueſtro intento dichos efectos la poſſeſsion inmemorial, *leg.* 1. §. *final. ff. de aquæ pluv. arcend. leg. hoc jure*, §. *ductus aquæ, ff. de aqua quotid. & æſtiv. cap. final. de probat. in* 6. Caſtill. *lib.* 5. *controv. cap.* 79. §. 8. *à num.* 33. Pareja *de inſtrum. edit. tom.* 1. *tit.* 5. *reſol.* 9. *num.* 118. Dominus Creſpì *obſerv.* 14. *num.* 1. cuyo titulo preſumpto tiene igual fuerça que la ley, *cap. ſuper quibuſdam*, §. *præterea*, *de verb. ſignific.* dicho Caſtillo *lib.* 7. *de tertiis, cap.* 22. *num.* 3. derogando dicha poſſeſsion la ley que manda lo contrario, Cancer. *variar. lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 375. *verſic. Circa prædicta.* Porque dicha poſſeſsion, en terminos de agua, *habetur pro lege; leg.* 1. §. *denique* 23. *ff. de aqua pluv. arcend.* dict. Pareja *dict. reſol.* 9. *num.* 129. Lagunez *de fructib. part.* 1. *cap.* 15. §. 4. *à num.* 78. teniendo dicha coſtumbre la meſma poteſtad que el Rey, y tiene la aſsiſtencia, y preſumpcion *juris, & de jure*, y ſe titula, *alterum jus naturale*, Antunez Portugal *de donat. lib.* 3. *cap.* 45. *à num.* 7. *y* 8. Roſa *conſult.* 30. *à num.* 10.

47 Y ſe acredita dicha poſſeſsion inmemorial, pues han concurrido en la que ſe ha probado, los requiſitos que previenen las *leyes* 41. *de Toro*, y la 1. *tit.* 7. *lib.* 5. *nove recopil.* las que diſponen, que los teſtigos afirmen de viſta, de tiempo de 40. años (y deponiendo del tiempo de ſu acuerdo, teniendo muchiſsimos de los preſentados por dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona 70. y 80. años, cũplen la forma de la ley) y que los q̃ han teſtificado ſon de buena fama, y opinion, y que aſsi lo oyeron dezir à ſus mayores, y ancianos, y que ellos ſiempre aſsi lo vieron, y oyeron, y nunca vieron, ni oyeron dezir lo contrario, y

que de ello ſiempre fue, y es publica voz, y fama, y comun opinion entre los vezinos, y moradores de la tierra, (y aunque eſtas leyes hablan de preſcripcion de mayorazgos, proceden igualmente en todos los negocios que ſe ha de probar inmemorial, Dom.Molina *de primog. dict.lib.2. cap. 6. num. 32.* Avendaño *de exequend.mandat. part.1.cap.6.num.6. verſic.Imò, & in diction.verb. Coſtumbre*, Dom.Caſtillo *de tertiis, cap.27. num.5.& 6.* Laguneż *de fructib. part.1. cap.15. §.4. num.121.*) que ſon los meſmos requiſitos, de quibus Molina *de primog. lib.2. cap.6. num.39.* Leon *tom.3. deciſ.7. num.13. & deciſ.24. num.54.* Covarr. *in regul.poſſeſſor. part.2. §.3. num.7.* Antonio Gomez *in dict. leg. 41. Tauri*, Fontanella *de pactis nupt. clauſ.4. gloſ.17. part.4. num. 51.* Tondut.*in deciſ.poſt tractat.de penſion.Eccleſ. deciſ. Rotę 89. num.3.* & ſignant.Rota *deciſ.228. num.1. verſic.Et Domino Epiſcopo, & deciſ.405. num.2. part.4.* Creſpì *part.1. obſervat.14. num.32.* Bas *in theatr.jur. part.1. tom.2. cap.51. num.65.* con muchiſsimos Autores, y Trobat *de effectib.immemor.poſſeſ. quæſt.7. num.65.* y con mayor numero de teſtigos, que acoto en el eſcrito de bien probado foj.331. tengo probada la poſſeſsion inmemorial, que con todos aquellos requiſitos ha uſado dicho Excelentiſsimo Señor Marques de Aytona del agua de que ſe trata, para ſu Molino de Calloſa.

48 Probada pues la poſſeſsion inmemorial, queda ſin la menor dificultad lo que ſe defiende, *leg. in ſumma 2. ff. de aqua pluv.arcend.* ibi: *Vetuſtas quæ ſemper pro lege habetur, minuendarum litium cauſa. Leg.fin.ff.eodem*, ibi: *Scevola reſpondit ſolere eos qui juricundo preſſunt tueri ductus aquæ, quibus authoritatem vetuſtas daret, tametſi jus non probaretur*, Bertrand. *conſ.357. num.8. in 6. qui addit num.22.& 23.* Chriſtin. *ad leg. Meclinien. tit. 14. artic. 44. num.4.* Raudenſ.*conſ.12. num.33. in 2.* y ſe halla muy del intento, con otros textos, y Autores, Pechio *de aquæduct. lib.1. cap. 3. quæſt.1. num.7.* y con muchos Autores Giurba *part.1. obſerv.61. num.15.* D.Sebaſtian Ortega ad Labeonem, *lib.7. ſect.2.num.29.* y Antunez Portugal *de donat.reg. lib.3. cap.4. num.12.* ibi: *Et in aqueductibus à vetuſtate recedendum non eſt.* Tonduto *reſol.civil.cap. 49. num.9.* Vincent.de Franch.con ſu Addente, *deciſ. 183. num. 7. leg.hoc jure 3. ff.ductus aquę 4. ff. de aqua quotid. & æſtiv.* ibi: *Ductus aquę cujus origo memoriam exceſsit jure conſtituti loco habetur.*

Leg.

Leg. ſi manifeſte 7. Cod. de ſervit. & aqua.

49 Y aun por eſſo eſtà de mas todo lo que haſta aora ſe ha alegado, ni que ſe neceſsita de ciencia, ò paciencia del dueño del territorio donde ſe quiere adquirir derecho, ò preſcripcion. Y eſta es la opinion del ſeñor Covar. y en terminos de aqueducto, citando à muchos, que la tuvieron por comun, *in cap. alma mater, in initio, part. 2. relect. num. 8. verſic. Tertio*, ibi: *Supra ſcripta Doctorum opinio, minimè locum habet in præſcriptione tanti temporis, cujus initium memoriam fluminum excedit. Nam ubi hęc præſcriptio probata fuerit, non eſt neceſſaria ſcientia illius contra quem preſcribitur.* A los quales añadiò Giurba *part. 1. obſervat. 60. num. fin. in fin. & obſervat. 62. num. 12.*

50 Y con ſuperior razon ſe preſcrive por la inmemorial, la ſervidumbre de aquaducto continua, porque para èſta no ſe neceſsita de poſſeſsion inmemorial, como es neceſſaria en la ſervidumbre diſcontinua, *noſtra lex 15. tit. 31. partit. 3.* Giurba *part. 1. obſervat. 62. num. 4. & 5.* con muchiſsimos textos, y Autores.

51 Y es tan poderoſa la inmemorial que llevamos probada, que procederia, aunque el agua ſe ſacaſſe del Rio navegable, que es concluſion de Pechio *de aquæduct. lib. 1. cap. 2. quæſt. 3. à num. 1.* por el texto *in leg. uſum 4. Cod. de aquęduct.* con muchos Autores que alli refiere.

CONSEQUENCIA.

52 De lo fundado en los tres medios antecedentes ſe perſuade, que el Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona por sì, y ſus anteceſſores, y como dueño de la Villa de Calloſa, y del citado Molino, y tierras contiguas à èl, tiene el dominio, y uſo, con ſervidumbre, ocupacion, y poſſeſsion de las fuentes que nacen en los terminos de Polop, y Chirles: conque deve ſer conſequente legitimo, que no ſe deve permitir retener, ni dividir dichas aguas, Zepola *de ſervit. ruſtic. prędior. tom. 6. part. 2. num. 51.* ibi: *Sed eſt dubium de quęſt. quotid. quidam habet fundum in quo fons oritur*, (como tienen Polop, y Chirles, ò ſus Condes de Montealegre) *& per longiſsimum tempus, cujus fortè non extat memoria in contrarium, & aqua exiens de dicto fundo, per ſe cœpit diſcurrere per*

partes inferiores illius quorum erat fons, eo quia retinere dictam aquam erat fortè sibi inutile, & habentes prædia inferiora, cœperunt dictam aquam colligare faciendo, quæ adunationem aquarum, (à nuestro caso en termino de Polop se ha hecho azud) *& ibi factum fuit Molendinum, & ibi extetit per longissima tempora, nunc verò habens fundum superiorem in quo aqua oritur, vult divertere dictas aquas à loco prædicti Molendini, & eas ducere ad alia loca inferiora, quæ hortæ erant pro rigandi dictis locis,* (en nuestro caso son secanos) *quæritur nunc quid possit? An verò Domini inferiores ad quorum terras, vel Molendinum discurrere consueverant, possint contradicere, & petere quod aquę non divertatur à suo solito cursu.* Y resuelve *à num. 35. prope medium: Quod servituti jure, sine dubio Dominus superior in cujus fundo oritur, vel alias, non potest aquam divertere, & si divertat, poterit inferior agere contra eum, ut est casus in leg. si quis diuturno 10. ff. si servitus vendicetur.*

53 Confirmase la mesma consequencia por todos los Autores, que especialmente tratan de los derechos de las aguas, Govio *de aquis, quæst. 12. num. 35. versic. Ubi autem constituta est servitus, excluditur facultas divertendi, vel retinendi aquas, etiam in proprio fundo erumpentes*; Giurba *observ. 61. num. 13. versic. Secundus casus*; Pechio *de aquęduct. lib. 1. cap. 4. num. 46.* habla de un pleyto, en que el dueño del agua tenia un Molino, y queria divertirla para regar otras tierras propias, en perjuicio del inferior, que tenia otro Molino, y à favor de èste sentenciò aquel Senado, ibi: *Censuit Senatus licuisse Domino, & licere aquas ex dicto flumine pro cessu dicti Molendini, modo statim in ipsum flumen revertantur, pro irrigatione verò prædiorum non licere extrahere aquas, nisi quatenus ædificia Molendinis jam constructis.* Y consultando la brevedad, lo mesmo dixeron Agustin Barbosa *in leg. si manifeste 7. num. 3. Cod. de servit. & aquæ*, Cardenal de Luca *de servit. ad mater aquarum, disc. 25. num. 1. & 3. & disc. 19. num. 2.* Borgia ad Antonium Fabrum *de conject. lib. 5. cap. 11. num. 6.*

PAR-

PARTE II.

EN QUE SE PROPONEN LAS RAZONES CON QUE los Condes de Montealegre pretenden retener, y divertir las aguas de las fuentes de Polop, y Chirles, que sirven para el Molino de Calloſa.

54 DEviendo en esta segunda parte manifestar las razones, y motivos con que pretenden los Condes de Montealegre, posseedores de los Lugares de Polop, y Chirles, retener, y divertir las aguas de sus antiguos conductos, las recopilarèmos à tres, por via de objeciones, correspondientes à los tres Medios en que se ha fundado el derecho del Excelentisimo Señor Marquès de Aytona.

OBJECION I.

Sobre el contrato, dominio, y uso de las aguas.

55 ESta objecion encamina la parte de dichos Condes de Montealegre, contra la concesion, y dominio que tiene el Excelentisimo Señor Marquès de Aytona en las referidas aguas, y tenemos fundado desde el num. 7. hasta el 13. diziendo, que sus testigos afirmarian, que no avian oido dezir, de que los antiguos dueños de Polop, y Chirles, por la heredad dicha la Rompuda, sita en el termino de Calloſa, que oy posseen los Condes de Montealegre, no avrian estos concedido, concambiado, ni hecho concordia con los Marqueses de Aytona, dueños de Calloſa, cediendo las aguas, y su uso, y tierras contiguas al Molino, que queda explicado num. 4.

56 Y que aunque lo digan los testigos del Excelentisimo Señor Marquès de Aytona de oìdas, y fama publica, de dicha concesion, ò concambio nada probarian, por no aver visto, ni leìdo el instrumento, ni explicar sus pautos, ni circunstancias; lo que querrà fundar *ex leg.* 1. *leg.* 7. §. *Prætor ait*, *ff. de pact.* con las razones, que para probar instrumentos refert Antonio Gomez en la *ley* 41. *de Toro*, *num.* 3. Y al intento de probar los pautos de las transacciones, y concordias, Urceolo *de transact. quæst.* 58. *num.* 1. Y que deviò aver pauto, que la concesion se hazia

mientras el dueño no neceſsitaſſe del agua, que diſcurre Pechio en el *cap.9. quæſt.18. num.16.*

SATISFACION.

57 Todo lo referido, y quanto ſe quiera diſcurrir, y alegar contra lo expreſſado deſde el num.7. haſta el 13. nada excluye la prueva del Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona. Lo primero, porque ſus teſtigos afirman deponiendo de afirmativa, y ſer comun tradicion, y fama publica; y los de los Condes de Montealegre de negativa, de no aver oido tal conceſsion, trato, ò permuta. Y es axioma vulgar, que mas vale un teſtigo de afirmativa, que mil de negativa, Dueñas *axiom. jur. verb. Teſtibus*, Farinac. en ſu cèlebre tratado *de teſtib. quæſt. 65. à num. 200.*

58 Lo ſegundo, ſe ſatisface la objecion, en que la haze la parte de los Condes de Montealegre, con el ſupueſto, que por la del Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona ſe intentaria probar mediar inſtrumento, y que èſte ſerìa de concordia, para acomodarſe las circunſtancias de prueva, que ſe deven hazer, quando ſe quiere probar inſtrumento. Pero ſegun es de vèr en el referido pleyto, y ſu prueva, nunca ſe alegò, ni menos ſe intentò probar, que huvieſſe inſtrumento, y mucho menos concordia, para preſumir pauto, ſino que unicamente lo que ſe intentò probar fue, ajuſte, y convenio, y ſer comun tradicion, y fama, que le huvo, como queda fundado en la primera parte. Y aunque ſea verdad, que toda concordia, ò tranſaccion ſea convenio, ò ajuſte, *leg.1. §. conventionis 3. ff. de pact.* pero no todo convenio es concordia, porque puede ſer qualquier otro trato, pues los convenios exiſten en qualquiera tratos, como dize dicho §.3. y la *ley 1. ff. de pact.* Y es cierto exiſten en las compras, permutas, y arriendos, y ninguno de eſtos es concordia.

59 Y aunque huviera intervenido tranſaccion, por ella ſe pudo adquirir el dominio de las aguas, pues es titulo que le cauſa, *leg. extante 30. §. latius, de excep. rei judic.* es theorica exornada de Don Juan de Puga en ſu materia *ad tit. Cod. de uſucap. pro empt. cap.3. num.5.* pues celebrandoſe por eſtipulacion la concordia, induce traslacion de dominio, y tambien aunque ſea un contrato inominado, *leg. ultim. ff. de condit. cauſa data*, la *ley 1. de rerum permut.* y por pauto ſe pudo transferir tambien, *leg. diviſionis 45.*

& leg. in traditionibus 48. *de pact.* Y tambien se pudo transferir por una nuda convencion ; que aunque sea solo obligacion natural, *ex leg. juris gentium* 7. §. *sed cum* 4. *ff. de pact.* pero la tradicion subseguida del dueño por causa de quitar la obligacion natural del convenio, es eficaz para transferir el dominio, *leg. si pupilus* 21. *ff. ad leg. falcidiam, cum vulgat.* Conque aunque solo mediasse trato de nuda convencion, transaccion, venda, concambio, ò inominado, aviendose subseguido, como resulta de los autos, la tradicion de tierras, aguas, y su uso, que oy se observa, se halla transferido el dominio en aquello que se convino, y tratò, que deponen los testigos.

60 Para la valididad de transaccion, ò otro contrato de venda, &c. en que se transfiera dominio, no se requiere precissamente escritura, como se puede vèr en los textos, y Autores que acota Urceolo *de transactionib. quæst.* 58. *à num.* 7. *y* 8. y dexò referido al *num.* 5. poderse probar por testigos todo genero de contrato, ibi: *Quod consensu contrahitur* ; y lo mesmo repitiò con otros muchos Autores en la *quæst.* 60. *num.* 48.

61 Y todo se satisface, en que no se disputa, ni trata sobre què trato se hizo, què pautos, ni si se diò precio, ò si mediaron solemnidades, si unicamente que huvo trato, en virtud del qual las partes respectivamente estàn en possession de aquello que se dize trataron : y en estos terminos queda probado el titulo, y por consequencia el dominio, ò prescripcion ; al intento Mascardo *de probat. conclus.* 1320. *à num.* 8. Antonio Gomez *variar. tom.* 2. *cap.* 11. *num.* 16. *post medium*, hablando, que las vendas necessitan de precio, ibi: *Quod tamen limita, & intellige singulariter quando principaliter agitur, & litigatur super pretio, & validitate, vel nullitate contractus ex defectu ejus, secus verò si tertius possessor velit probare,* (como el Excelentissimo Señor Marquès de Aytona) *quod præscripsit mediante titulo, & bona fide, & lapsu temporis, & testes dixerint, quod emit rem à Titio, tamen non deponunt de pretio, nam tunc rectè censetur titulus probatus, & per consequens præscriptio.* De que se infiere, que no tratandose en el pleyto del defecto, y nulidad del contrato, sino solo que le huvo, y se adquirieron las aguas por concession, sea por qualquiera de los medios del numero antecedente, *censetur titulus probatus, ac per consequens dominium, seu præscriptio.*

OB-

OBJECION II.
Sobre la ſervidumbre.

62 ESta objecion ſe encamina à impugnar el notorio derecho de ſervidumbre, que compete al Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona, que dexamos eſtablecido en el ſegundo Medio, deſde el num. 15. al 30. con el que no ſolo ſe intenta deſvanecer dicho derecho de ſervidumbre, ſino tambien el dominio, y poſſeſsion que quedan eſtablecidos en el primero, y tercer Medio; y por contener la contradiccion varias razones, las propondrèmos ſeparadas, ſatisfaciendolas.

PRIMERA RAZON.
Por què ſerian dichas aguas privadas.

63 QUe dichas aguas ſon privadas, y no publicas, por lo que podrian retenerlas los Condes de Montealegre, y divertirlas, y eſto por razon del origen donde nacen, pues es privado, y la agua acceſſoria, como fruto de la tierra, ha de ſer privada, y por la poca abundancia, como ſe podria fundar en Pechio *de aqueduct. lib. 1. cap. 2. num. 14. ferè per tot.* Lagunez *de fructib. part. 1. cap. 5. num. 26.*

SATISFACION.
64 Eſta replica queda ſatisfecha en la primera Parte en el Medio 3. de ocupacion, deſde el num. 41. al 45. donde queda probado, que aunque dicha agua nazca en territorio particular, ſirviendo à Molino, ò Publico, es publica, y no ſe puede divertir. Por lo qual eſcuſarèmos repetir los lugares del Cardenal de Luca, Theſauro, y otros; pues en terminos de ſervir el Molino al publico, es publica, como ſe dixo, de lo que no ſe extravìa dicho Lagunez, pues à los numeros 51. y 52. la conſidera publica el agua que nace en territorio privado, *quando publicæ utilitati prodeſſe poſsit.* Pues ſe deve governar ſer, ò no publica, por la deſtinacion, y concepto que ſe haze de dicha agua en lo que ſirve. Y como reſulta de los autos, el ſervir dicho Molino, no ſolo para la Republica de la Villa de Calloſa, ſino que tambien para los demàs Pueblos circunvezinos, y ſer perenne la referida agua, por ſu deſtino es de conſiderar publica. Y aſsi no tienen la me-

nor

ſervit, quia conſuetus uſus eſt ſervandus. Y proſigue por limitacion al *num.* 53. *Si jure ſervitutis in fundum inferiorem defluerit.* Y al *num.* 59. *Niſi ſervitus non divertendi conventione fuerit conſtituta.*

TERCERA RAZON.

Por què corren con natural libertad.

67 QUe ſe podrian retener, y divertir por los dichos Condes de Montealegre, pues las aquas de las fuentes de los terminos de Polop, y Chirles, *jure facultatis* correrian al termino, y Molino de Calloſa: y aſsi, aunque huvieſſen corrido por mil años, ò de tiempo inmemorisl, no quedaria derecho para impedir dicha retencion, y diverſion; lo que ſe puede comprobar, como principio, con varios textos, con Zepola *de ſervit. ruſtic. prędior. cap.* 4. *num.* 51. Antonius Govius *de aquis, quæſt.* 11. *num.* 1. Pechio *de aquęduct. lib.* 1. *cap.* 7. *quęſt.* 4. *à num.* 20. el meſmo en el *cap.* 4. de la *quæſt.* 6. *à num.* 8. Theſauro en la *deciſ.* 245. *num.* 3. Lagunez en dicha 1. *part.* en el *cap.* 4. *à num.* 25. y quantos en el meſmo aſſumpto de aguas han eſcrito; porque el agua que corre como coſa inanimada, à nadie puede adquirir derecho, ſegun queda fundado en nueſtra primera parte num. 18. con Gregorio Lopez, explicando la ley de la ſervidumbre de aguaducto: *Per rem inanimatam nihil nobis adquiritur.* Cancer. *lib.* 3. *variar. cap.* 4. *à num.* 242.

SATISFACION.

68 Dicha replica tiene la meſma ſatisfacion, que la antecedente, de que no procede ſiempre que aya adquirida ſervidumbre, conceſsion, ú ocupacion, como và explicado, y fundado en toda la primera parte de eſte Informe. Y aunque antes de la viſita de ojos expreſſada num. 3. la parte de los referidos Condes de Montealegre alegava, y esforçava, que el agua de dichas fuentes de Chirles corria con libertad natural al Molino de Calloſa, porque lo dezian algunos de ſus teſtigos, no alcanço al preſente con què medios pretenderà el curſo del agua con libertad natural, quando nuevecientos paſſos dentro el termino de Polop, y Chirles, tiene, y mantiene dicho Excelentiſſimo Señor Marquès de Aytona el azud en que toma todas las aguas, y ſe las lleva por ſu azequia de maniobra dichos nueve-

cien-

cientos passos hasta su termino, y Molino de Calloſa. Y tambien se vè una antiquiſsima azequia de maniobra, que antes la conducìa. Cuya prueva de viſta de ojos, y de Expertos nombrados por las Partes, se les dà entera fee, y credito, Gomez *variar. lib. 2. cap. 9. num. 5.* ibi Aylon. Y en dicho assunto se les deve dàr mas credito, que à qualquiera prueva de testigos, Gratian. *discep. 600. à num. 23.* Mascardo *de probat. concluſ. 653. à num. 15. & concluſ. 1169. num. 14.* Giurba *in conſuet. Maſanenſis, cap. 10. gloſ. 11. num. 3. in fin.* y se admiten en qualquiera causa, y estado, nuestro Matheu *de regim. Reg. cap. 13. §. 2. num. 35. verſic. Quare.* Y en assumpto de aguas, y sus servidumbres, era la practica de la Real Audiencia passada, el valerse de Expertos, ut refert Trobat *de effectibus immemor. tom. 1. quæſt. 11. num. 87.* y se prueva la verdad *ex num. 2.*

69 Conque resultando esta notoria prueva à favor de la concesion, ò contrato, ut num. 8. y de la servidumbre, ut num. 15. y de la ocupacion en el lugar donde nace, ut à num. 31. se convence no aver corrido dicha agua *jure facultatis*: conque de nada siave la dicha razon para contradezir en el pleyto.

QUARTA RAZON.

Por què deverian mediar actos prohibitivos.

70 POndera la parte de dichos Condes de Montealegre, en razon de las reglas, y principios antecedentes, de que se vale, y contra todos los medios justificados por parte del Excelentisimo Señor Marquès de Aytona, el que por èste no se han probado actos prohibitivos de no divertir las aguas, y adquiessencia por parte de los Condes de Montealegre, por lo qual no se avia podido adquirir la servidumbre, ni el derecho de impedir à dichos Condes el retener, y divertir las referidas aguas, lo que se necesitaria para su adquisicion; Antonio Gomez *variar. lib. 2. cap. 15. de ſervit. num. 27. In iſtis præſcriptio non incipit currere, niſi à tempore quo intervenit prohibitio ex parte præſcribentis.* Pechio *de aquęduct. lib. 2. cap. 9. quæſt. 18. num. 16. lib. 1. cap. 4. quæſt. 9. num. 20.* & passim en otras partes; y en el *cap. 7. quæſt. 4. per tot.* donde con infinitos Autores assienta: *Quod nullum jus tribuit ad inferior, niſi præcedat aliqua inhibitio, & ſubſequatur*

ad-

nor ſubſiſtencia las opiniones, è ilaciones que haze la parte de los Condes de Montealegre, como ſi fueſſe agua privada, por deverſe conſiderar publica, ut num.42.

SEGUNDA RAZON.

Por què nace en el termino de Polop, y Chirles.

65 QUe ſe podrian retener, y divertir, porque nacen en los terminos de los Lugares de Polop, y Chirles, propios, y de la poſſeſsion de los Condes de Montealegre, y podrian uſar de ellas como propias, *ex leg.* 1. §. *illud habeo, ff. de aqua quotid. & æſtiva*, y ſus comprobantes, por ſer las aguas *quoad proprietatem, & uſum eorum quorum eſt fundus*; Govio *de aquis, quæſt.*7. *num.*31. Antun.Portugal *de donat. lib.* 3. *cap.*4. *num.*5. y porque ceden al ſuelo de la tierra, y ſon frutos de ella, Lagunez *de fructib. part.*1. *cap.*4. *à num.*24. y puede uſar de ellas, aunque ſea en perjuicio de los inferiores, y de Molinos, Ciriaco en la *controv.*110. *num.*42. Vivio *deciſ.*411. *per tot.* Y ſe podrian citar en comprueva de eſta razon, quantos tratan la materia.

SATISFACION.

66 Todo quanto ſe pueda dezir en comprobacion de dicha razon de dudar, que verdaderamente es principio aſſentado en nueſtra materia de aguas, và ſatisfecho en todo eſte Papel: pues aunque ſea cierto, que el agua privada ſea fruto del ſuelo donde nace, y pertenezca à ſu dueño, y pueda diſponer de ella *tanquam moderator, & arbitror*; pero todos los miſmos Autores lo limitan en los terminos que la dicha agua ſirva al publico, como en nueſtra contingencia, y và advertido en la Razon antecedente. Tambien en los terminos que ſe aya enagenado, concedido, ò permutado, como queda fundado en la parte 1.en el medio 1. à num.7. En la meſma forma, y por todas leyes no procede dicha regla, quãdo reſulta cõcedida, ò adquirida ſervidũbre, como queda fundado en el ſegundo medio à num. 15. Ni tampoco quando ay ocupacion, ò poſſeſsion inmemorial de ella, lo que tambien queda fundado en el tercer medio à num.31. Todo lo qual ſe perſuade del meſmo Lagunez, que lleva por regla la propoſicion del obice, pues al *num.*44. limita: *Si aqua publica ſit, vel*

adquieſſentia. Lagunez *de fructib. in dict. part.* 1. *cap.* 4. *num.* 55. *in fin. Requiritur enim prohibitio Domini inferioris ne divertitur per ſuperiorem, & iſtius adquieſſentia.*

SATISFACION.

71 Tiene tantas la razon antecedente, quantos Autores pueda citar la parte de dichos Condes de Montealegre en la contingencia del pleyto, ſegun conſta por la explicada *ley* 15. *tit.* 3. *part.* 3. Gregorio Lopez *verb. Regando: Oportet ergo in preſcriptione aliquem actum intereſiſſe, quo principiato ſufficit aquam per ſe fluere.* Cancer. en dicho lugar *part.* 3. *cap.* 4. *num.* 245. donde baſta para adquirirſe, *ſi defluerit per opus manufactum*; Coſta *de jur. & facti ignor. cent.* 2. *diſtinct.* 1. *num.* 121. donde la induce aviendo qualquier obra *manufacta*, eo baſtaria para inducirſe ſolo el componer los conductos, *purgatiſque foſsis.* Y lo meſmo ſe comprueva de Pechio en el *lib.* 1. *cap.* 7. en dicha *quæſt.* 4. deſde el *num.* 25. *ad fin.* pues mediando alguna maniobra, y concurriendo las circunſtancias de dicha nueſtra ley, yà no tienen curſo las aguas *jure facultatis.*

72 Y aunque ſea otro de los medios para adquirirſe la ſervidumbre, el de imponer precepto, y ſeguirſe adquieſſencia, eſſo no excluye el que por otros medios ſe adquiera, pues queda el de la conceſsion, ò trato entre vivos, ò en ultima voluntad, el de hazer maniobras, la ocupacion, y poſſeſsion inmemorial, y otros, para que quede excluido el que ſe diga, que el curſo del agua es de natural facultad, Carden. de Luc. *de ſervit. ad materiam aquarum, tom.* 4. *deciſ.* 31. *num.* 3. donde deſpues de aſſentar, que por actos facultativos no ay preſcripcion, ni por 1000. años, ni tiempo inmemorial, en aſſumpto de aguas dize: *Apud quos* (hablando de los Autores) *firmatur etiam caſus controverſus ubi nempè curſus aquæ in prędia inferiora, ſeu alium locum eorum uſus adaptam eſſet jure ſervitutis, quæ in propoſito conſtituitur, vel ex conventione, vel ex ultima voluntate, vel ex prævia prohibitione, cum ſubſequuta adquieſſentia, vel quod aquę curſus fuerit per opus manufactum, per quod excludi dicitur curſus jure naturalis facultatis.* Lo meſmo ſe comprueva de quantos Autores tratan de la ſervidumbre del aquaducto, que ſe pueden adquirir por otros muchos medios, que el de precepto, y adquieſſencia, ut refert tambien dicho Pechio *lib.* 2. *cap.* 9. *num.* 15. donde deſpues de aver hablado de la ad-

quieſ-

quieſſencia en la *quæſt.6. num.15.* concluye: *Non deſinunt tamen alia remedia.*

73 Y la parte de dichos Condes de Montealegre devia hazer diſtincion de actos puramente facultativos, y perſonales, de que nunca ſe puede adquirir ſervidumbre, como ſucede en los de ir à un Molino, Horno, ò por via publica, ni les puede obligar el dueño à que proſigan por drecho de ſervidumbre, ò preſcripcion; pero eſto no procede en los actos de uſo de agua, que aqui tratamos: pues aunque èſta antes corrieſſe libremente, una vez ocupada por los medios explicados en la primera parte, y notados por el Cardenal de Luca en el numero antecedente, yà ſe halla ganada la ſervidumbre en el agua para preciſſarles. Y la razon de diferencia, para nueſtro intento, de aquellos actos à eſtos, la diò Coſta *de jur.& facti ignorantia, diſtinct.1.à n.103.cen.2.* por lo qual la tranſcrivimos (ſin excluir la que diò Theſauro *deciſ.16. ſub num.4. in fin.*) Dize Coſta ibi: *Supra quidem factum adquirentis interceſsiſſe dicebamus, hic verò factum ejus quem onerare, & quaſi ſervitute obſtringere tanquam in civile jura deteſtantur, ut eſt text. in leg. moris, §. interdici, ff. de condit. & demonſtrat. Ille præterea lucro arcetur, hic autem plerumque de damno ſolicitus eſt. Illuc etiam conjectura, & præſumptio probabilis verſatur, tale jus initio conſtitutũ eſſe leg.1. §. fin. ff. de aquæ pluv. arcend. Hic conditio rerum, & perſonarum talem conjecturam non admittit, leg. Titio, §.2. ff. de condit. & demonſtrat. Si præter intervalli prolixitatem verosimilitudo cauſam inſtrueret, & fulſiret, nõ poſſunt hic reſpui quod in caſu priori probavimus, diſtinctiones ergo medulla toti rei conſulitur.* Por lo que ſiendo notoria la diſtincion que ay en querer preciſſar à una perſona por derecho de ſervidumbre, que vaya à Molino, ò Horno, que en el principio ſe preſume lo hizo con libertad, à la que ay quando ſe ocupa una agua en predio ſuperior, en que ay quien lo puede reſiſtir, en que preciſſamente concurriò acto publico; y aſsi, *jus in initium conſtitutum eſſet.*

74 Cuya razon ſe comprueva, y tambien ſe deſvanece la pretenſion de precepto, y adquieſſencia, de que aſsi como ſe gana la ſervidumbre de *aquęducto* de un dueño à otro, que es donde puede ſuceder el precepto, y adquieſſencia, tambien ſe puede ganar de un territorio à otro, como es del termino de Calloſa al de Polop, y Chirles; y aſsi, ſin precepto, Pechio *de aquæduct. lib.*

4. *quæst.*25. *num.*4. *Et ità quod dicitur de privatis, idem venit dicendum de duobus territoriis ad invicem confinantibus, & quatenus territorium inferius prætenderet adquivisse servitutem aquæ ducendæ*, assienta, que le bastaria, si probasse *fuisse opus manufactum in territorio superiori.* Y como resulta de la prueva de los autos, y vista de ojos, la fabrica del azud, y azequia, por nuevecientos passos en el termino de Polop, y Chirles, tiene el territorio de Calloſa, y Molino ganada servidumbre, sin aver podido mediar actos de inhibicion, y adquiessencia.

QUINTA RAZON.

Por què no se ocupan las aguas en el origen.

75 ESta tambien se deducirà contra todo lo que và fundado en este Papel, y serà en ponderar la parte de dichos Condes de Montealegre, que ni el territorio de Calloſa, ni el Excelentisimo Señor Marquès de Aytona, para su Molino ocupan las aguas de las fuentes en su origen; y que aunque las ocupasse 900. passos dentro el termino de Polop, y Chirles, y en el Rio, no podria embarazar la detencion, y diversion antes de llegar al azud, porque no se adquiere derecho prohibitivo, si no las ocupan, y conducen desde la cabeza, y origen, *leg.*1. §. *Nec interdicta, ff. de aqua quotid. & estiv.* Pechio en dicho *lib.* 1. *cap.* 7. *quæst.*1. *num.*24. Zepola *de servit. prędior. rustit. à num.* 51. *ad* 57.

SATISFACION.

76 Desde luego se satisface todo por lo põderado en assunto de servidumbre, pues nuestra *ley* 15. *tit.*31. *part.*3. y demàs Autores del segundo medio à num. 15. no piden tal circunstancia, y aun los que llevamos citados en la razon de dudar, dicho Zepola *de servit. rustic. prędior.* en el *cap.*4. *sub num.* 8. assienta, que solo se requiere que se haga alguna cosa por el inferior, ibi: *Aliquid fecit in fundo superiori in quo aqua oritur, puta per fossatum aqua duxit, vel si mundasset fossata in dicto fundo superiori,* (sin necessitar de piedra, ni cal) *tunc per istos actus, videtur duci aqua jure servitutis potius quam jure familiaritatis.* Lo mesmo en repetidos lugares manifiesta Pechio *de aquęduct. lib.*4. *cap.*2. *num.*7. assentando, que basta se haga *rivum, vel cavum in fundo Semproniano*, explicando, que solo se requiere, *ut opus fiat in fundo in quo aquę scaturiunt.* Y

en

en el lugar de la duda, el dicho *num.*24. le concluye Pechio, *quidquid sit de occupatione in capite, inferius desidemus hanc quæstionem*, que es bastar la ocupacion en el predio, ut notat Graveta *de antiquit.tempor.* §.4. *sub num.*39.

77 Y es la razon, porque contra quien se intenta el ganar la servidumbre, dominio, y ocupacion de las aguas, es contra el dueño, en cuyo territorio, y campo nacen, de quien son como à frutos de su tierra. Y assi, toda la vez que se entre à hazer acto de maniobra para la ocupacion de las aguas, y se las ocupen por 10. ò 20. años, como và fundado, yà consiente en su enagenacion, pues permitiò que se las ocupassen, en donde era dueño de ellas. Y assi, la razon de la replica, en deverse ocupar en la cabeza, eo origen, se entiende en el territorio, ò campo donde nacen; todo lo qual se comprende de Pechio en el *lib.*4. *quæst.* 4. *à num.*35. donde supone, que si el agua nace en un campo, ò territorio, y corre por muchos, y el inferior de todos la ocupa con maniobra en los campos, y territorios intermedios, no adquiere servidumbre, ni derecho contra el dueño del territorio, ò campo donde nace, aunque la adquiera contra los dueños en cuyos campos trabajò: porque para adquirir servidumbre, ò dominio, se necessita de hazer las obras en el campo, ò territorio *in quo nascitur aqua*; y assi contra èl se gana dicho derecho, y se impide la retencion, ò diversion, como queda fundado, por deverse dàr la manutencion, y servidumbre, como resuelve Pechio, *contra eum in cujus fundo fecit opus*: y copiòse *lib.*1.*cap.*7. *quæst.*4. *à n.*28. 34.

SEXTA RAZON.

Por què se deveria declarar segun los abolidos fueros.

78 ESta es la que principalmente, sin duda, ponderarà la parte de los Condes de Montealegre, que este pleyto se deveria sentenciar segun los abolidos fueros, segun los quales podria retener, y divertir el agua, sinembargo de qualquiera maniobra, y possession, para lo qual acotarà, y quizàs extenderà el capitulo 18. de las Cortes del año 1604. foleo 63. en el qual se propuso à la Magestad Real: *Que en el Reyno avia algunas aguas, que no podrian servir, ni aprovechar para las tierras donde nacian, y se ivan à perder à Rios, y Marjales, las que podrian servir à*

Lu-

Lugares circunvezinos, de que ſe ſeguiria notable beneficio: Por lo que ſuplicavan à la Mageſtad mandaſſe, que todas las aguas, que no pudieſſen ſervir donde nacian, las pudieſſen aprovechar los dueños, y perſonas de Lugares circunvezinos, ſin perjuicio empero de tercero; y con tal, que ninguna poſſeſsion, aunque inmemorial, pueda aprovechar à los que ſe valieſſen de dichas aguas, toda la vez que el dueño del lugar donde nacen las quiera aprovechar: y aſsi ſe mandò.

SATISFACION.

79 Lo primero de que ſe deve ſentenciar eſte pleyto por los abolidos fueros, no ſe alcança el motivo, pues porque huvieſſe tal acto de Cortes, no ſe infiere deverſe ſentenciar por èl: porque ſi aſsi fueſſe, tambien podrian oy determinarſe los pleytos, en que los padres exheredaſſen à los hijos ſin cauſa, por validos, pues aſsi lo diſpuſieron los fueros 51. 52. y 54. *rub. de teſtam.* y aſsi por todos los demàs que ſe oponen à las leyes de Caſtilla. Y unicamente ſe atiende al fuero, en quanto en virtud de èl en ſu tiempo ſe diſpuſo, y tratò; de forma, que aquellos teſtamentos de tiempos de fueros, y actos perfectos en dicho tiempo, es conforme à razon que ſe declare ſegun ellos, de que ſon repetidas las Sentencias que ſe han declarado deſde que ſe practìcan las leyes de Caſtilla. Y para que ſe determinaſſe ſegun dicho auto de Cortes, ſerìa meneſter probar, que el Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona, deſpues del dicho acto de Cortes, que acontecìò en el año 1604. que es poco mas de una centuria, ocupò las aguas, porque èl no ſe puede extender à los actos antecedentes, como à ley nueva, que entonces ſe hizo. Lo que ſe omite fundar, por coſa notoria deſpues de las preſentes leyes de Caſtilla, y razones de Larrea en el *tom.* 1. *deciſ.* 11. *per tot.* y la ley 200. del Eſtilo, y Paz *ad dictas leges.*

80 Llevamos fundado en la parte 1. medio 2. à num. 16. que por la diſpoſicion de los abolidos fueros, que alli ſe acotan, y ſe extienden à la letra, la ſervidumbre del aquaducto ſe ganava en eſte Reyno por 10. años entre preſentes, y 20. entre auſentes, ſegun el derecho comun, y con muchas menos circunſtancias que pide nueſtra *ley* 15. *tit.* 31. *part.* 3. por lo qual los dueños de territorios, ò heredades donde nacia agua, que por entonces no podian aprovechar, para que no les ganaſſen en tan corto tiempo el derecho de ſervidumbre, ſegun la dicha diſpoſicion foral,

em-

embarazavan que nadie las ocupaſſe, por ſi en algun tiempo las neceſsitavan. Y ocurriendo la celebridad de Cortes en el año 1604. para que ſe adelantaſſen los cultivos, ſe pensò en dicho medio de impedir à los dueños donde nacen dichas aguas, la libertad de ſu dominio, y uſo, con la ſalvedad de no perder el poder uſar de ellas: pero en dicha determinacion, ò acto de Cortes, no ſe tratò, ni pensò en las ocupadas antecedentemente, y que ſe avia adquirido derecho de ſervidumbre, ni de ellas ſe inſinuò coſa alguna. Y aſsi, dicho acto de Cortes en nada conduce à eſte pleyto; porque notoriamente conſta en los autos por los teſtigos que depuſieron de 70. y 80. años, de averlo oido à mayores ſuyos de la meſma edad, y de tiempo inmemorial, el dominio, ſervidumbre, poſſeſsion, y ocupacion, que para ſu Molino de Calloſa tenian los Excelentiſsimos Señores Marqueſes de Aytona, pues aſsi por el dicho de los teſtigos, como por la inmemorial poſſeſsion, ſe convence, que centurias antes del dicho acto de Cortes, tenian ganado el derecho del aquaducto.

81 Y para lo que en dicha razon pretende la parte de los Condes de Montealegre, devia probar, que dicho Excelentiſsimo Señor Marques de Aytona, ò los ſuyos, en virtud del referido acto de Corte avia ocupado las aguas, lo que no ha intentado, ni puede intentar; y aſsi en nada le ſufraga eſta razon. Al intento el *fuer.* 78. en que el Señor Don Alfonſo concediò la juriſdicion Alfonſina al que formaſſe quince caſas; y para dezirſe que la tiene, es meneſter que conſte que lo executò; nueſtro Matheu *de regim. Reg. cap.* 6. §. 2. *num.* 17. ibi: *Dum pareat conditionibus textus.* Conque no haziendoſe prueva, que en virtud del dicho texto, ò auto de Cortes ocupò las aguas dicho Excelentiſsimo Señor Marques de Aytona, no influye derecho à los referidos Condes de Montealegre la nueva ley para caſos hechos, ſucedidos, y derechos yà adquiridos cõ la ley antigua, Larr. *n.* 78. y *leg.* 3. & 7. *ff. de leg.* Gomez *in leg.* 1. *Tauri, num.* 2. Covarr. *lib.* 3. *variar. cap.* 13. *num.* 4. ibi Faria Maſcardo *de ſtatut. interpret. paſsim, & concluſ.* 13. *num.* 12. ibi: *Statum ſuperveniens non debet tollere obligationem ſive jus alteri quæſitum.*

82 Y concurriendo la prueva de inmemorial poſſeſsion, que dexamos fundada num. 46. el referido acto de Cortes no puede influir en eſte pleyto. Y es la razon al intento en aſſump-

to de diezmos, que por el Concilio Lateranenſe ſe excluyò, para adquirirles, la poſſeſsion inmemorial; y ſinembargo de dicha conſtitucion, ſi ſe prueva inmemorial, ſe adquieren los diezmos, porque dicha poſſeſsion ſupone *tempus infinitivum*, y aſsi antes de dicho Concilio; Caſtillo *de tertiis*, *cap.* 30. *num.* 6. Molina *de primogen. lib.* 2. *cap.* 8. *num.* 47. Larrea *allegat.* 69. *num.* 17. ibi: *Probata immemoriali in perceptione decimarum, cenſetur probata poſſeſsio antiqua ante Concilium Lateranenſe, quod decimarum perceptionem reprobavit.* Y aſsi queda probado el derecho de la adquiſicion de dichas aguas de antes del acto de Cortes del año 1604.

ULTIMA RAZON.

Por ſer bienes de mayorazgo.

83 POndera la parte de los Condes de Montealegre, de q̃ avrian tomado poſſeſsiõ de las Baronìas de Polop, y Chirles, como de mayorazgo, ò fideicomiſſo, y poſſeſsion de las aguas; de q̃ infiere, que ſiendo de mayorazgo, y repetidas vezes aver tomado poſſeſsiõ de ellas, de ninguaa manera ſe avria podido ganar ſu dominio, poſſeſsion, y ſervidũbre, como à bienes de mayorazgo, que no pueden adquirirſe, ni aun por poſſeſsion inmemorial; Eminentiſsimo de Luca *in ſupplement. de fideicom. diſc.* 264. *à num.* 1. Urceolo *de tranſact. quæſt.* 79. *num.* 25. con muchos Molina *lib.* 4. *de primogen. cap.* 10. *num.* 6. Gomez en la *ley* 40. *Tauri, num.* 9. Caſtillo, y corriente de todos los Autores Caſtellanos.

SATISFACION.

84 Reſpecto de las poſſeſsiones que ſe han preſentado en los autos, es facil la ſatisfacion: porque dichas poſſeſsiones ſe tomaron ſin citacion de parte, y por un acto voluntario, y no perjudican à nadie, *tot. tit. ff. & Cod. de re inter alios acta.* Y en ninguna de las dichas poſſeſsiones ſe haze mencion, que ſe tomaſſe de la fuente de Muneya, que es la que ſe quiere divertir, como dirèmos en la objecion 3. num. 87. Ni por el acto de tomar poſſeſsion, ſe arguye no deverſe, en quanto al uſo de las aguas, dominio, ſervidumbre, ú otro derecho à tercero, ſi que unicamente ſe dize tomarlas, por eſtàr en ſu territorio; y ſemejantes poſſeſsiones ſiempre ſe entienden ſalvados los derechos de ſervidumbre, emphiteuſis, y otros, que tuvieſſen algunos terce-

ros,

ros, pues como llevamos fundado, no se trata de ocuparles sus drechos.

85 Respecto de que dichos Pueblos de Polop, y Chirles, y sus territorios sean de mayorozgo, ò fideicomisso perpetuo, se contenta la parte en dezirlo, y suponerlo; y para infringir possesion antigua, ò inmemorial, eo servidumbre, es menester que concurran copulativè muchas circunstancias. Lo primero, que el poseedor del dicho derecho, ò servidumbre *nullum titulum demonstrare possit*. Lo segundo, que conste liquidamente de la fundacion del mayorazgo, ò fideicomisso, la orden de succeder, y la descendencia, è identidad del llamamiento. Lo tercero, probar la identidad de aquella cosa, que recae en los bienes del mayorazgo; y quando no consta de dichos tres requisitos, eo de titulo illegitimo, è injusto, se puede adquirir, y prescrivir tales bienes de mayorazgo, Urceolo *de transaction.* en la misma *quæst.* 79. *à num.*22. y doctrina de Salgado, Vela, y Valeron, refert el dicho Maldonado en las dichas addiciones de Molina en el mismo *lib.*4. *cap.*4. *num.*10. videndus Censalio ad Peregrin. *de fideicom. art.*52.*per tot. pagin.mihi* 340. Y como en nuestra especie, no concurre ninguna de dichas tres circunstancias: porque el Excelentisimo Señor Marques de Aytona manifiesta el titulo de concesion, permuta, eo qualquier otro trato, segun queda fundado en el primer medio de la 1.parte; los Condes de Montealegre no manifiestan mayorazgo, ni fideicomisso, ni el orden de ser llamados, ni tampoco de que el uso, ni el dominio de las referidas aguas, recaiga en el mayorazgo: y assi, independente de que lo sea, se ha podido adquirir el dominio, uso, y servidumbre de dichas aguas: y es la razon, segun lo que explica Censalio, que si la ocupacion, y prescripcion de bienes de mayorazgo empezò en vida de quien le fundò, ha podido proseguir, y adquirirse continuandose *in gravatos, ac fideicommissarios*; Vrceolo en la dicha *quæst.*79. *num.*88. donde cita à Salgado, y demàs. Conque resultando de la causa, que por la tradicion, y possesion inmemorial no tiene principio la adquisicion hecha por los Excelentisimos Señores Marqueses de Aytona del dominio, possesion, y servidumbre de las referidas aguas, y no constar de mayorazgo, ni de estàr comprehendidas, y su uso en èl, es consequente averse podido adquirir. Y si constasse del mayorazgo, tendria

ori-

origen ; y no le tiene en la adquiſicion, y ſervidumbre del dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona.

86 Lo referido es en los terminos de la opinion de los Autores Caſtellanos, de que los bienes de mayorazgo no ſe pueden adquirir por poſſeſsion inmemorial, ex vi de la *ley* 45. *de Toro*, que paſſa à *caſcun* nuevo ſucceſſor la poſſeſsion civil, y natural. Pero aun en la referida opinion deven concurrir las dichas circunſtancias del numero antecedente, que no concurren en eſte caſo; en el qual, aunque huvieſſe mayorazgo, ò fideicomiſſo en Polop, y Chirles, es de preſumir formado en tiempo de los abolidos fueros, ſegun los quales es indubitado poderſe adquirir, y preſcrivir los bienes de eſtos mayorazgos, ò fideicomiſſos por poſſeſsion centenaria, ò inmemorial, y aun de 30. ò 40. años con algun titulo: es terminante Trobat *de effectib. immemor. tom.* 1. *queſt.* 14. *art.* 5. *per tot.* donde ex profeſſo ſuſcita la queſtion, citando quantos en Caſtilla han eſcrito de ſemejante preſcripcion, y ſus motivos por 234. numeros, explicando todas las razones de dicha opinion, y de los que la contradixeron, inclinandoſe à que no es ſegura dicha opinion. Pero de mayorazgos, y fideicomiſſos de eſte Reyno reſuelve por indubitado, el que ſe pueden preſcrivir, y adquirirſe ſemejantes bienes, como es de vèr deſde el num. 198. en adelante, y refiere las Sentencias de la paſſada Real Audiencia num. 202. 205. haſta 207. y no ſe tranſcriven los lugares por la brevedad, y ſer libro manual. Conque aunque huvieſſe mayorazgo, ò fideicomiſſo, que no conſta, ſe pudo adquirir la agua de Polop, y Chirles.

OBJECION III.

Sobre que ſe le dexe divertir el agua de la fuente de Muneya, y ſobrar al Molino.

87 ESta pretenſion de ocupar el agua de ſola la fuente de Muneya, y divertirla à regar unos ſecanos, ſegun la prueva, y viſta de ojos, parece q̃ es el principal blanco, q̃ esfuerça en ſus alegatos la parte de dichos Condes de Montealegre, por la razon, que aunque huviera conceſsion, trato, permuta, ò ſervidumbre, todo ſe entenderia baxo la condicion, de que ſe permitia, no neceſsitandoſe del agua ; pues ſeria deſordenada caridad,

que

que por conceder, y permitir el aquaducto perecieſſen ſus tierras, quando con las otras aguas tendria baſtante el Molino, *leg.2. §.item ajunt, §. denique, ff. de aquæ pluv. arcend.* Menoch. *de adquir. poſſeſ. rem.6. num.114. de arbitrar. caſ.168. num.13.* pues ſemejantes conceſsiones ſiempre ſe deven entender con limitado el caſo de neceſsidad, *leg. ergo 5. §. fin. leg. 24. leg. hi 29. ff. de ſervit. præd. ruſtic.* Pechio *de aquæduct. lib.2. quæſt.48. num.7.* y en el *lib.4. queſt.40. num.2.y 10.* Lagunez *de fruct. dict. part.1. cap. 5. num.60.*

SATISFACION.

88 No ſe duda, que dicha objecion ſe puede fundar con dichos Autores, y muchos mas: (que no paſſan ſin contradiccion) pero baſtarà reſponder lo que yà eſtà alegado en los autos, de que no ſobra agua al Molino; pues en medio de que al tiempo de la viſta de ojos ocurrieron lluvias, y no regarſe tierra alguna de las fuentes de Chirles, y demàs tierras, ſinembargo molìa bien con toda el agua, y con mas velozidad: conque en ningun tiempo, ni caſo ſe puede dezir, que ſobra. Y quando notoriamente ſe vè, y reſulta de lo fundado en la primera parte, de que la conceſsion ſe hizo, eo ſe adquiriò la ſervidumbre de todas las aguas, à excepcion de la que neceſsitavan para regar las huertas, y argolechas de Chirles, aunque la opiniò de la objecion ſe huvieſſe de practicar, ſerìa para el riego de dichas huertecitas, y campitos, que no es razon perezcan; pero nunca cabe para divertirla para introducir nuevos riegos en los ſecanos, como queda fundado num.53. pues ſerìa un medio irregular para quitar la conceſsion, permuta, ò trato que ocurriò en la adquiſicion, ò ſervidumbre que tiene dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona.

89 Y la dicha pretenſion de eſta objecion no la hizo la parte de los Condes de Montealegre, ni la inſinuò antes de preſentar el interrogatorio en el pleyto; por lo que dicho Excelentiſsimo Señor Marquès de Aytona no ſe pudo prevenir, ni probar de contraria materia; y aun por eſſo previno la ley Real, que no ſirven las probanças que ſe hizieren ſobre coſas no deducidas, dichas, ni alegadas, *leg.1. tit.6. lib.4. novæ recopil.* ibi Azevedo, Paz *in prax. tom.1. part.1. temp.8. num.60.* Villadiego en la *Politic. cap.1. num.17. verſic. El interrogatorio.* Por lo que quan-

to huviesse probado en este assunto, no es de atender.

90 Y tambien no es de hazer merito de dicha objecion, por otra razon mas legal, y es, que en todo el referido pleyto solo se ha tratado, si podria retener, ò divertir, sin hazer demanda de las sobras, ni de la fuente de Muneya, que si se huviera hecho, se huviera instruido la causa para ello. Por lo que en la Sentencia es de desestimar esta objecion. Es de vèr al intento à Antonio Thesauro *decis.* 245. *à num.* 7. *y* 8. donde dize, que los Benetenses alegavan poder divertir, *& ex æquitate, & ex officio Judicis*, con el motivo, que superabundava; y por parte de la Ciudad, que era la contraria, se oponia, que solamente se avia litigado sobre si era licito el divertir el agua, *num.* 8. ibi: *Ulterius opponebat Civitas, quod de hoc non fuerat transactum, sed tantum an liceret aquas divertere, & ideò non posse Senatum super hoc aliquid terminare. Et ideò supra factis motivis non obstantibus cum supradicta conclusione in favorem Montis Regalis* (que era la Ciudad) *transivit Senatus, congregatis Classibus, cum de causa ardua ageretur.*

91 Conque si antes de la probança solo se tratò, si los Condes de Montealegre podian divertir dichas aguas, sin manifestar, ni pretender sobras, espera dicho Excelentisimo Señor Marquès de Aytona se desprecie dicho medio, como hizo en semejantes terminos el Senado de Saboya.

Assi lo siento, salvo el superior dictamen de los Señores que lo han de votar. En mi Estudio de Valencia, al primero dia del mes de Deziembre de 1737. años.

Dr. Juan Bautista Musoles.

Biblioteca "GABRIEL MIRÓ"