



34

P O R

D. JUAN DE VELASCO
y de la Cueva, Cavallero del
Orden de Calatrava, Comen-
dador de Alcolea, Briga-
dier de los Reales Exer-
citos.

RESPUESTA

A EL ALEGATO PRESENTADO
en 3. de Septiembre de 1725. por
parte de Doña Maria Catalina
de Torres.



ON Juan de Velasco y de la
Cueva, despues de que su Ma-
gestad (que Dios guarde) le hi-
zo merced de la Encomienda
de Alcolea , prometio arren-
darla à Doña Maria Catalina
de Torres, desde el dia que entrasse en la pos-
fession de dicha Encomienda, en atencion à que
la dicha le havia adelantado quarenta y cinco
doblonos , de la qual promessa se hizo Escritura.

Perfuadido à que la anterior , por haver fi-
do solo promessa , no le impedia el hacer otro
arrendamiento , aun durante el antecedente , lo
qual fue facil , atendido su empleo (que como
se dice en el Derecho , (1) dà mas inteligencia
de Armas , que de Leyes : ò como dice Tacito,
(2) no es de este exercicio la futeleza judicial)
arrendò dicha Encomienda , para desde el mismo
dia , à Simon Guardamino.

A

Esta

(1)
Código de Leñas, El conde de
part. 2. queli. 21. tit. 1. Queso lo-
cator pendente locacione hinc per-
tinetur suis contra conductum
quod non interdetur in locacione per-
locum, et si facta tempore illi
locat videretur tamen tempore
in. Et conductus. Et post eandem
part. 2. tit. 1. Queso lo-
cacione pendente, et
Leg. ult. in princip. Cod. de iure do-
lib. vbi dic. Milites plus arma, quam
iura nosse.

(2)
Tacit. in VII. Agricol. S. Castren-
sis iurisdiclio obrator est, ac plu-
ra manu agens, caliditatem ferri
non exercet.

Esta posterior Escritura dió ocasion à el Pleyto, que se ha seguido ante el Real Consejo de las Ordenes, en que se procurò ventilar qual de las dos Escrituras debia prevalecer, introduciendose por parte de Doña Maria Catalina (quien se hallaba en la posesion de dicha Encomienda, en virtud de la mencionada Escritura) articulo de manutencion; y aunque (èl durante) pretendiò el Comendador, se rescindiessen las dichas Escrituras, probando la enormissima lesion, que en ellas se le havia hecho; no obstante el Real Consejo de las Ordenes determinò no debian contextar Doña Maria, ni Guardamino sobre este punto, mientras no se feneciesse el dicho articulo de manutencion, por ser causa prejudicial, y existir el tiempo de la locacion, el que antes que dicho articulo se decidiesse, passò. Sabiendo esto el Comendador, aunque varias veces havia indicado, durante el tiempo de el arrendamiento, no queria continuasse Doña Maria en vsar de la Encomienda, sin embargo, conociendo, que aunque el locador aya protestado, durante el tiempo de la locacion, que no intenta perseverare el conductor en ella, debe, fenecido el tiempo, denunciarfelo, que es defauciar aquella esperança, que el conductor podia tener de la tacita reconduccion, porque las anteriores protexas solo se estienden à el acto, que por entonces se hace, ù incontinenti; y no al que es intervalo, como citando à Jason, y Alexandro, lo resuelve Carocio, (3) con las quales, siendo hechas durante el tiempo de la locacion, es compatible el vso de la cosa locada, con la esperança de la reconduccion; pero transacto el tiempo de esta, siendo denunciado por el locador dexa la cosa, que fue arrendada, no puede pretender su detentacion; cuyos fundamentos movieron à que se presentàra Peticion en el Consejo por dicho Comendador, en que se relacionò ser passado el tiempo del arrendamiento hecho à Doña Maria, y que no tenia defeo, de que continuasse

(3)

Carocio de Locato, & conductio, part. 3. quest. 31. ait: *Quero locator pendente locatione pluries protestatus fuit contra conductorem, quod non intendebat in locatione perseverare, an si finito tempore nihil dicat videatur tacite renocata locatio, & conductio?* Et post eadem quæst. num. 3. ait: *Teneri denunciare tempore finito, quia protestatio simpliciter facta non porrigitur, nisi ad actum, qui tunc fit, vel post incontinenti non autem si ex intervallo.* Leg. *Per restitutionem, Cod. de usur. vbi Gloss. declarat Jas. post alios in leg. Non solum, s. Morte, ff. de nov. oper. nuuciat. num. 3. Appellans vtilem, & notabilem conclusionem, & hanc partem consulendo tenuit. Alex. conf. 1. col. penult. vol. 2.*

en él ; y sabiendo que aun existia la Escritura hecha à favor de Guardamino , se concluyò , pidiendo se mandasse à Doña Maria dexar la Encomienda , que detenia sin titulo , y interin probafse la lesion para rescindir la Escritura de Guardamino , se nombrasse persona , en quien entrasen los frutos pëndientes , y devengados.

De esta Peticion mandò el Consejo se diese traslado à Doña Maria Catalina , y demàs interressados ; y notificandosele à Guardamino , respondió , apartandose de la instancia , que havia seguido , cancelando la Escritura de arrendamiento , que se le hizo por el Comendador , dando à este facultad para que poseyese , ò arrendasse de nuevo dicha Encomienda ; de cuyo allanamiento presentò Escritura , aceptada por dicho Comendador , cuya superveniencia hace , que el Comendador deba pedir se le restituya por Doña Maria su Encomienda ; y no lo haciendo , se le imponga la pena , que el Derecho dispone contra los contumaces.

Siendo dicho desistimiento de Guardamino , y Peticion del Comendador , notificada à Doña Maria , respondió no deber contextar à esta demanda. El primer motivo , que expresa en su Alegato , para la nó contestacion , es el estàr pendiente el articulo de manutencion , y este no fenecido , no haver transitò à lo intentado.

Esto es contra toda razon , y Jurisprudencia , porque el conductor nó puede pretender ser mantenido en la cosa locada , fenecido el tiempo de la locacion , sino èl durante : asi lo dice Postio , (4) dà la razon el Autor al num. 9. en donde dice , al modo que la obligacion hecha hàsta tanto tiempo , ò mientras se cumple tal condicion , passado el tiempo , ò purificada la condicion , espira , asi la posesion , que de ella depende fenece de tal genero , que no le compete remedio alguno possessorio ; son sus palabras : Con que siendo la manutencion possessorio remedio , y siendo en nuestro caso fenecido el tiempo de la locacion , no se le debe per-

(4)
Post.lib.1. de Manut. observat. 64.
n.14. ait : Unde locatori non daretur manutentio in exactione affictus, nisi locatione durante ; secus illa finita. Rot. in Romana manutentionis , seu pecuniaria ; coram Ubaldo post Traet. decis.181. Idem num. 9. eadem observ. Quemadmodum enim obligatio ad tempus, seu sub conditione concepta , finito tempore , aut eveniente conditione expirat, sic, & possessio ab ea dependens ita , ut non competat aliquod remedium possessorium. Mart. Andr. decis. 81. num. 1. & 2.

(5)

Carley. de Iudic. tit. 2. disp. 5. numer. 27. incipit : *Illud. Et postea : Ait sunt alie, quæ significant actionem auctori non competere, vel sine actione agere, nam sine actione nemo permittendus est experiri in iudicio.*

(6)

Post. lib. 1. de Manut. observat. 16. n. 44. ait : *Quod Colonus, & emphyteuta finita locacione, & investitura non sunt constituendi rei constituto de locacione, & emphyteuta finita, sed immo Iudex habet prohiberi vim fieri domino etiam ex officio. Rota Recent. decis. 211. num. 1. part. 3.*

(7)

Post. lib. 1. de Manut. observ. 16. num. 50. ait : *Et quod immo locator finita locacione possit propria auctoritate, ac etiam litendente, & in continuationem suæ possessionis, absque vitio attentatorum possessionem naturalem rei locatæ capere tradit. Rota in Nepefina locacionis. Luca, apud Marches. de Comm. part. 1. fol. 1081. num. 1. & seqq. Lancellotus de Attent. part. 2. quæst. 4. lim. 1. num. 85.*

permitir tratar de manutencion, respecto à no deberse admitir en juicio, à quien sin accion, ù defenfa à el comparezca. (5) Esto se prueba claramente, sabiendo, que el Colono, ù Emphyteuta finita la locacion, ù investidura, no les ha de admitir el Juez como Reos en el juicio de manutencion, constandole ser lapso el termino de la locacion, sino que antes bien debe, de proprio officio, prohibir se haga al Señor violencia : assi lo dice Postio, (6) no me parece ignora alguien, quien en el juicio de manutencion es Reo.

En terminos de litis pendencia (que niego haverla en nuestro caso) puede el locador, por su propria autoridad, en continuacion de la posesion civil, que siempre tiene, entrar se en la posesion natural de la cosa locada, acabado el tiempo de el arrendamiento, sin que incurra en el vicio de atentado : es terminante doctrina de Postio. (7) Pues por que le ha de negar el Juez, à quien reverente comparece, lo que el por sí puede executar ? Sin duda penetrò estas razones la superior inteligencia de el Real Consejo de las Ordenes, en su proveido de el dia 3. de Julio de este año, mandando, que la Parte de el Comendador hiciese se respondiesse à su Peticion de defaucio, quando se pedia principalmente se evaquasse el articulo de manutencion, en que se conoce su rectitud, pues quando duraba el tiempo de el arrendamiento, mandò no se passasse à tratar de otra cosa, interin esta no se terminasse : y passado el tiempo de la locacion, desprecio con su Auto dicho articulo.

Repelido este principal fundamento, proligamos con el Alegato : dice en el Doña Maria, que el Comendador no es parte para dicha denunciacion, por no tener dominio, ni aun vitalicio de dicha Encomienda.

Es equivoco el termino, y no creo le ha entendido bien : supongo, que el Comendador es dueño, durante su vida, de hacer de la En-

co-

comienda, todo lo que los Estatutos del Orden le permiten; y permitiendole estos la arriende, (8) es legitimo locador: Veamos, pues, si para pretender falga el conductor, *finito tempore locationis* de la Encomienda, es bastante esto, ò se le puede, quando esto intente, oponer la excepcion dicha de dominio.

Que esta excepcion es frustranea en este caso, y que es punible el haverla opuesto, es evidente. Menochio, (9) proponiendo, qué remedio se debe elegir, acabado el tiempo de la locacion, para que el conductor dexé la cosa locada, dice se pida ante el Juez (refiriendo ser passado el plazo de la locacion) la restitution de la cosa arrendada; y que si el conductor fuere contumaz, se le castigue con la pena que refiere, diciendo ser esta practica de Baldo, Bartulo, y de otros infinitos, contra cuya accion dice no se puede oponer la excepcion de si es Señor, ò no el Locador: dà muchas razones. La primera, porque *eo ipsa*, que es locador, tiene fundada su intencion, y para elidirla es menester, que el que la opone pruebe evidentemente ser él el Señor de la tal cosa. No se si pretenderà esto Doña Maria, diciendo, como dice en su Alegato, que hà mas de quaranta años, que la posee: no lo creo, porque discusso farà que es de la Orden, contra la qual no ay prescripcion. La segunda razon, que dà Menochio, (10) es, que este juicio no es de rei vindicacion, y otras muchas, que pone, y concluye, luego en nuestro caso es frustranea la dicha excepcion de dominio: assi lo dice el Autor citado; con que no es mucho se me permita licencia para que yo assi lo diga. Que sea punible, lo dice Postio, por estas palabras: *Intervertir el dominio de el Locador, constando de la locacion, es bastante, para que aun durante el tiempo de ella, sea privado el Conductor de el comodo, que esta atrae.* (11)

Prosigue el Alegato, y creo en él se contradice, pues expressa, que para tenerla por sí,

B

para

(8)

Ordenanças de Calatrava, iiii. 21.
cap. 1.

(9)

Menoch. de Recuper. possess. remed. 11. num. 30. ait: *Quero 3. que praxis harum constitutionum, & multiplicem retulit. Bart. in hac leg. Non abs re, num. 2. Hancque veriore esse concludit, quam & Gloss. probavit, ut conditionaliter ponatur hoc modo. Peto Caium Conductorem prædij mei ad illud restituendum, & si fuerit contumax peto eum condemnari ad ipsius rei æstimationem cum ipsa re. Similem praxim inquit Bart. haberi, in leg. 1. in princip. secundum Gloss. ibi de act. empt. in leg. 2. §. Item si in factò, de verbor. obligat. idem cum Bart. censuit in hac leg. Non abs re, Bald. Ang. & Salic. & alij plures quos citat.*

(10)

Idem part. cit. num. 31. ait: *Quæro 4. que necessario probanda in hoc iudicio? Et duo tantum esse probanda affirmavit Bald. in hac leg. Non abs re, num. 8. Locationem scilicet, & contumaciam non restituentis, nec enim habet necesse hic agens dominum se probare, quia hic non agitur de rei vindicatione. Et concludit ad calcem istius §. Sic in casu nostro frustra ergo dominij quæstio erit.*

(11)

Postio lib. 1. de Manut. observ. 52. num. 19. ait: *Nisi constaret de locatione, quia tunc diceretur per interventionem dominij cecidisse à locationis commodo. Rot. in Bon. non. terrarum coram Ubaldo Seniore post tract. decif. 495. in fine.*

para sí, y sus Criados, puede expelerla; pero que para otro no.

La libertad de arrendar la cosa locada finita la locacion, à quien quiera el Locador, no la puede quitar el Conductor, sino habiendo expreso pacto entre Locador, y Conductor, de que no arrendará la tal cosa à otro; y este pacto, dice Cino, citado por Carocio, (12) ha de constar por escrito, y pide, que así se haga, para ocurrir à los fraudes, que suelen ordinariamente alegar los Conductores, sin duda por el sentimiento que perciben de perder la utilidad que tienen: este pacto no le ha havido en nuestro caso, ni de él consta en la Escritura, ni pudo ponerse, pues fuera contra la libertad de los bienes de la Encomienda, y expresa prohibicion de la Benedictina.

Prosigue, diciendo no está la demanda puesta en tiempo; pues si Doña Maria huviera percibido, no se le havia de bolver à arrendar, huviera buscado tierra equivalente à la de la Encomienda.

A esto si que viene bien la litis pendencia, pues sabe, y no puede ignorar quantas diligencias se han hecho por el Comendador, para rescindir el contrato de arrendamiento, que se le hizo; con que no pudo tener esperanza probable, ni fundada para la continuacion, quando este proposito no fue retento *in mente* de dicho Comendador, sino es expreso, y constante en los Autos, de los que consta las noticias, que de esto tuvo, no solo durante el tiempo de el arrendamiento, sino *statim*, que feneció; con que será mostrar debilidad de entendimiento, querer buscar ley particular, que proteja yn hecho, à quien todas defienden.

Prosigue el Alegato, diciendo se intenta excluirla de la possession, alegando la no solution de el precio pactado.

La intencion del Comendador es, que dexé la Encomienda, y se la restituya, no solo porque no ha pagado, sino porque es manifest-

Carocio de loc. Et cond. part. 3. fol. 271. quest. 1. de libertate ad materiam, leg. Nemo cui, C. loc. Querit an Dominus rei locatæ sit in plena libertate locandi, vt possit, cui vult locare, nec cogatur plus vni, quam alij rem locar. Num. 2. resoluit affirmativè. Et postea num. 4. ait: Declaratur hæc conclusio. Nisi inter partes conventum sit, vt non liceret domino alij locare, quando ipse rem conductam vellet, Et tantum dare, quantum alius; Leg. Ne cui, Cod. loc. in verb. Pacta. Duo igitur sunt in hac declaratione conventio, Et oblatio de tantumdem, Et subdit ibi textus, quod pactum, Et conventio in hoc pacto debet esse in scriptis. Ubi Cinus dixit: Hoc ideo esse, vt occurratur fraudibus creditorum, qui plerumque conventiones allegant, Et sic pactum contra libertatem locandi debet esse in scriptis.

(12)

Carocio de loc. Et cond. part. 3. fol. 271. quest. 1. de libertate ad materiam, leg. Nemo cui, C. loc. Querit an Dominus rei locatæ sit in plena libertate locandi, vt possit, cui vult locare, nec cogatur plus vni, quam alij rem locar. Num. 2. resoluit affirmativè. Et postea num. 4. ait: Declaratur hæc conclusio. Nisi inter partes conventum sit, vt non liceret domino alij locare, quando ipse rem conductam vellet, Et tantum dare, quantum alius; Leg. Ne cui, Cod. loc. in verb. Pacta. Duo igitur sunt in hac declaratione conventio, Et oblatio de tantumdem, Et subdit ibi textus, quod pactum, Et conventio in hoc pacto debet esse in scriptis. Ubi Cinus dixit: Hoc ideo esse, vt occurratur fraudibus creditorum, qui plerumque conventiones allegant, Et sic pactum contra libertatem locandi debet esse in scriptis.

(10)

Idem part. cit. num. 3. ait: Quæ- ritur si necessarium probanda sit res necessaria? Et duo tantum esse probanda estimantur. Hæc in hoc leg. Non est re. num. 8. Locatio non est, Et conventionem non restituit, nec cui debet necesse sit exequi dominum se probare, que non est, de rei vindicatione. Et conclusio ad causam istam. Sic in casu nostro probata esse debet iustitiam esse.

(11)

Postio lib. 1. de Rem. obs. 75. num. 19. ait: Nisi constaret de intentione, que tunc dicitur per intentionem hanc, restituisse à locatario commode. Hoc in Re. non restituitur exom. Ubi de re. et post. de re. de re. in fin.

to está su credito cubierto ; pues importando lo devengado de la Encomienda , à el precio que se puso en la Escritura , *de cuius iustitia nunc non loquimur* , veinte y quatro mil reales , y siendo su credito de quarenta y cinco doblones , prueba , que para su exaccion no puede rete- nerla , ni para la de las impensas (que despues se verá si han sido bien , ò mal hechas *ultrà tempus locationis Domino non consentiente*) pues para vno , y otro supera mucho , como es noto- rio , la cantidad referida , y que está en su po- der.

Profigue , diciendo no está puesta en forma , por ser el contrato de la locacion indivisible ; y estando en èl comprehendidas Dehesas , Tier- ras , Diezmos , y demàs frutos de la Encomien- da , no se le puede denunciar , ò requerir dexé las Tierras , no requiriendola dexé las De- hesas.

El contrato de locacion , en que se arrien- dan muchas cosas , aunque sean distintas , si por todas se ofrece , y acepta vn precio , se dice de algun modo indivisible ; (13) pero esta indivi- sibilidad , como propiedad configuiente à el con- trato , durará , mientras èl permaneciere ; pe- ro extinguido , no puede subsistir ; (14) con que siendo indubitable , que el arrendamiento de nuestro caso ha fenecido , no puede existir la in- divisibilidad , que alega.

Profigue , diciendo es incomodo tener las Dehesas , y no las Tierras.

Esta incomodidad era bueno alegarla , quan- do *intra tempus locationis* huviera querido el Comendador quedasse Doña Maria con las De- hesas , y dexasse las Tierras , por parecerle mas fructuosas , ò por otra causa ; pues entonces pu- diera decir , que à saber esto , no huviera he- cho tal arrendamiento ; (15) pero *extra tempus* no , porque no milita la razon dicha , debiendo saber la Referida , que fenecido el tiempo pacta- do , no haviendose hecho , ni podido hacer convenio de no arrendarla à otra persona , que-

da

(13)

De iustitia locationis contractus
locatio non potest in rebus
locatio non potest in rebus

(14)

Natt. conf. 449. num. 6. volum. 2.
Carocio de Locato , & Conducto,
fol. 299. quest. 2. de Multiplicatio-
ne contractus locationis , num. 12.
ait : Unitas autem , & quodammo-
do individuitas in casu nostro pro-
venit ex unitate pretij , vel pen-
sionis.

(15)

Nullius enim entis nullæ sunt pro-
prietates. Cap. Dilecto , de Præ-
bend. Cap. Ad dissolvendum , de spons-
impuber. leg. Eius qui , de reb. cred.

(15)
Carocius Locati , & Conducti , part.
3. fol. 299. num. 16. ait : Unde si
magis fructuoso frui non posset , to-
ta locatio , volente conductore cor-
ruat , quia si hoc ab initio scivisset
illum solum non conduxisset.

da la libertad al Comendador para arrendar las Tierras, Diezmos, &c. *simul, aut separatim.*
Prosigue, alegando, que las Dehesas se las arrendaron à Pasto, y Labor.

Esta proposicion vâ claramente contra el hecho; pues si esto fuera asî, constara de la Escritura de arrendamiento, estàr hecho con las dichas qualidades, esto no consta; con que no puede ir fundado (lo que sobre este aserto alega) en derecho. (16) Yo discurro quiere con esta siniestra suposicion encubrir el delito, que ha cometido en haver roto la Dehesa de Prado Redondo, la que siendo destinada para pasto, la ha convertido en tierra de labor, lo que prueba haver vsado mal de ella. Asî lo afirma Carocio,

(16)

Carocius Locati, & Conducti, part. 4. quest. 10. aum. 3. fol. 365. ait: Ad do bend, quod Colonus, seu Conductor non potest facere in agro, id, quod non convenit fieri. Ut si vellet prata, ad pascendum tantum destinata, reducere ad culturam, vel mutare usum, vel formam agri, in preiudicium Domini pro annis sequentibus; namque agi poterit ad interesse. Leg. Eum qui partes, §. Cum praedio, ff. de petitione hereditatis. ubi in Practica, Aretinus subdit, quod purgari non potest. Commendat Ronchegallus de duobus reis, leg. 5. num. 28. in verbis: Agricultura.

Deficiente facti veritate corrui totum iuris fundamentum; ex leg. Ex plagis, cum vulgat.

(17)

Carocius Locati, & Conducti, part. 4. quest. 10. aum. 3. fol. 365. ait: Ad do bend, quod Colonus, seu Conductor non potest facere in agro, id, quod non convenit fieri. Ut si vellet prata, ad pascendum tantum destinata, reducere ad culturam, vel mutare usum, vel formam agri, in preiudicium Domini pro annis sequentibus; namque agi poterit ad interesse. Leg. Eum qui partes, §. Cum praedio, ff. de petitione hereditatis. ubi in Practica, Aretinus subdit, quod purgari non potest. Commendat Ronchegallus de duobus reis, leg. 5. num. 28. in verbis: Agricultura.

(17) quien asegura, que dice Aretino no se puede subsanar semejante hecho; con que se prueba no haver vsado bien de la Encomienda, y se vè ha incurrido en vno de los quatro casos, en que la ley dice, (18) que sucediendo se ha de expeler al Conductor, aun durante el tiempo del arrendamiento.

Prosigue, y dice, que se vsa en la Peticion de 3. de Julio del termino de desaucio, proprio de Possesioneros de Dehesas, y no de Dueños de ellas, à los que dice no les toca vsar de este remedio, sino de el de la cassacion.

(18)

Leg. Ede, Cod. de Locat. & Conducti. Antonius Gomez lib. 2. Variar. resolut. cap. 3. num. 6.

Yà hemos dicho, que la denunciacion, que se hace, fenecido el tiempo del arrendamiento, por no dexar al Conductor esperança de la tacita reconducion, es verdaderamente desaucio; y passo à lo mias essencial, por no pararme en en esta question de Nombre.

(19)

Carocius Locati, & Conducti, part. 4. quest. 10. aum. 3. fol. 365. ait: Ad do bend, quod Colonus, seu Conductor non potest facere in agro, id, quod non convenit fieri. Ut si vellet prata, ad pascendum tantum destinata, reducere ad culturam, vel mutare usum, vel formam agri, in preiudicium Domini pro annis sequentibus; namque agi poterit ad interesse. Leg. Eum qui partes, §. Cum praedio, ff. de petitione hereditatis. ubi in Practica, Aretinus subdit, quod purgari non potest. Commendat Ronchegallus de duobus reis, leg. 5. num. 28. in verbis: Agricultura.

La Ley de la Mesta dice lo contrario de el Alegato: lease la Ley, y de ella se conocerà, asî esto como la omision culpable, en que Doña Maria ha incurrido, sabiendo ha passado el tiempo del arrendamiento, en no acudir al Comendador, para saber de el, si queria arrendarla las Dehesas: obligacion, que impone la dicha Ley à todos los Possesioneros de Dehesas.

das de estos Reynos, quando se cumpla el tiempo, porque las tengan arrendadas, mandandoles, que si el dueño de ellas con este requerimiento no condescendiere à dexarlas por su justo precio, vsen de el remedio de la tassacion, requiriendo à el tal dueño nombre persona, que de su parte concurra, con la que señale de la suya el poseccionero, y que lo que estos digan sea lo que se observe. (19) Con que bien se ve quan claramente enseña la ley, que el remedio de la tassacion le dispuso para que vsara de el el poseccionero de la Dehesa, caso que el dueño de ella no quisiera al primer requerimiento entregarsela; y queda probado no se tuvo presente en el alegato.

Prosigue, diciendo, que la Escritura de allanamiento, presentada por parte de Guardamino es colusiva.

La colusion es vna oculta, y fraudulenta convencion entre el Autor, y Reo, (20) esta puede acaecer en las causas, tanto civiles, como criminales; y es lo regular suceda en los litigios, quando viendo vno de los Litigantes va superado del contrario, trata de admitir pruebas falsas, ò no contradecir las verdaderas; y esto es *colludere*. No ay duda, que Guardamino se hallaba, quando se apartò de este Pleyto, con derecho à entrar en la possession de la Encomienda; y Doña Maria sin el para contradecirle, por ser fenecido el tiempo de su arrendamiento; siendo, como era, Guardamino el Segundo Conductor, el que afirma Gracian (21) debe ser preferido al primero aun en mas estritos terminos; luego no parece se hallaba superado, como va dicho; con que siendo la colusion de dificil prueba, y admitiendola por esto de indicios, (22) elidiendo este por su vehemencia la infundada sospecha, con que le nota de colusivo, parece no prueba su intento el alegato.

Prosigue, diciendo, que la Escritura de allanamiento, por ser condicional, ò por la condi-

(19)

Ley 22. tit. 6. de las Leyes de Mefta, dice: Qualquier hermano que tuviere possession de qualquier Dehesa de estos Reynos, sea obligado, cumplido su arrendamiento, à requerir al dueño de ella, que se la dê por lo que justo fuere; y si ellos no se pudieren concertar, requirale que señalen dos personas, para que por lo que ellos mandaren estèn, y pasien, con tanto que sean las personas vna puesta por parte del señor de la Dehesa, otra de el que la comprare.

(20)

Andr. Valens. in *Paratitula iuris Canonici*, lib. 5. tit. 22. ait: *Est igitur collusio inter actorem, & reum latens, ac fraudulosa convencio*, Gloss. in cap. 3. de coll. deteg. Et paulo post, idem Val. dict. loco ponit, vt frequentius in litibus hoc exemplum. *Ut si duobus litigantibus, vnus videns se superatum iri ab actore, promittat centum, vt veras probationes simulet, & falsas defensiones admittat.*

(21)

Grat. *Discept. Forens. cap. 31. num. 31. ait: Neque est faciendia differentia inter predia rustica, seu urbana, quia in vtrisque novus Conductor præfertur secundum veriorum opinionem, de qua per Ioann. Franc. de Ponte cons. 23. in fine, latè Fab. An. cons. 11. num. 11. Cum omnia iura loquantur, tam in Colono, quam in Inquilino, Foller. in *Const. Regn. sicut accepimus*, num. 31. immò: *Neque primus Conductor esset preferendus in locatione; quamvis rem meliorasset*, Valasc. de *Emphiteusi*, quæst. 21. Fab. An. dict. cons. 11. num. 29. *Ampliat, etiam si essent factæ impensæ in disvocando, cum illæ pertineant ad Conductorem.**

(22)

Post. lib. 2. de *manus. decis. 543.*

cion , que en ella se pone , no releva à Guardamino de la profecucion de la instancia , que principia .

Para satisfacer à esta objeccion digo , que ay Dos Generos de Condiciones ; vnas son Suspensivas , y otras Resolutivas ; las Suspensivas son las que se refieren à lo futuro , y suspenden de tal modo el acto , à que se ponen , que queda sin efecto hasta que exista la condicion . (23)

Las Resolutivas son , las que no impiden que el acto sea puro , ni le suspenden de presente , sino en algun evento ; y la naturaleza de estas condiciones , es tal , que el acto à que se ponen no es condicional , aunque despues se pueda resolver , existiendo la condicion . (24)

En la Escritura de allanamiento dice Guardamino , que cancela la Escritura , que se le hizo de arrendamiento , y dexa libre , y absoluta facultad al Comendador , para que desde luego entre à posseder la Encomienda , ù la arriende , à quien quiera , obligandose , como se obligò el Comendador , à pagarle su credito , en cumpliendo vn año , contado desde el dia de la fecha ; y que si afsi no lo executa , se deshaga dicho allanamiento , y exista la anterior Escritura .

Que esta condicion no se refiere à la esencia , ò substancia del apartamiento , es evidente ; pues este existe perfectamente aora , y existirà todo el año en el pactado precisamente , y afsi solo se refiere à su resolucion ; esto es à que si se verificare no hacerse la paga al tiempo dicho en el desistimiento , este se resuelva ; con que no poniendose la expressada condicion à la substancia , sino à la resolucion del allanamiento , es fuerça que este sea puro , y no condicional . (25)

Que este desistimiento *pro nunc* existe , *non expectata conditione* lo prueba esta natural razon ; primero es ser , que obrar ; (26) porque el obrar se sigue al ser , y no è *contra* ; *at qui pro nunc* este desistimiento obra , y produce varios efectos ; luego *pro nunc* existe

En

(21)

D. Castill. lib. 5. contr. cap. 109. n. ait : *Illa conditio dicitur suspensiva, que in futurum confertur, & actum, ita suspendit, vt sine vilo effectu, penitus manscat, antequam existat conditio, leg. Si quis sub condit. ff. si quis omis. caus. testam.*

(24)

Idem D. Castill. dict. lib. 5. cont. cap. 109. num. 3. ait : *Conditio resolutiva est, que non impedit actum esse purum, neque illum suspendit; sed suspenditur in aliquem eventum, leg. 2. vbi Gloss. ff. de in diem adict. & huius quidem conditionis ea est natura, vt actus purus remaneat; sed resolvetur si conditio ipsa euenit prout gloss. notavit in ipsa, leg. 2.*

(25)

Idem D. Castill. dict. lib. 5. & dict. cap. 109. num. 4. ff. itaque ad cognoscendum an conditio sit suspensiva, vel resolutiva id inspiciendum esse ex com. sent. tradidit, Petr. Surd. in cons. 38. num. 23. & 24. lib. 1. An scilicet conditio apposita sit substantiæ actus, an vero resolutioni, prout ibi exemplum adducit, & in cons. 527. num. 19. & 20. lib. 4. vbi : *Etiã quod quando conditio apponitur substantiæ, dispositio efficitur conditionalis; sed si apponatur resolutioni erit pura; sed resoluetur eueniente conditione, Leand. Galganet. 2. part. cap. 1. quest. 90. n. 1. 2. & 3. fol. 217. Card. Thusc. tom. 2. lit. C. conclus. 519. videndus ex num. 4. vsq. ad num. 10.*

(26)

Philosophicum Axioma, ait : *Operari sequitur ad esse.*

En esta evidente razon se funda el señor Castillo, y otros innumerables AA. que le siguen, afirmando, que el mejor modo de conocer la naturaleza de estas condiciones, es mirar sus efectos; (27) pues si la condicion es suspensiva, mientras no se purifica, no produce el contrato, à que se pone efecto alguno: la razon es, porque esta condicion en tanto que no existe *nihil ponit in esse*; y asì como el contrato, à que se pone, *interin nihil est, nihil interin operatur* de esta condicion habla el señor Salgado, (28) quando assegura, que lo mismo es *nihil operari, ac sub conditione operari*; pero quando el contrato, en que se pone alguna condicion tiene algunos efectos *ante illius eventum*, aunque deba deshacerse, quando la condicion exista, esta no será suspensiva, sino resolutive.

Si en su desistimiento Guardamino dixera, yo me apartó de esta instancia, si el Comendador me pagare dentro de vn año, interin no se verificara la paga, de donde dependia el apartamiento; este no existiera: pero no dice asì, sino yo me aparto de esta instancia, y abduco de mí el derecho, que para seguirla tengo; pero si el Comendador no me paga al año, reboco este apartamiento; con que se ve no se puede decir, que esta condicion se pone, para que se produzca el desistimiento, sino para que se refuella. Muchos exemplos à este modo trae el señor Castillo, y denota con erudicion sus diferencias. (29)

De aqui dimana el que si *pro nunc*, durante el año quisiera Guardamino seguir la instancia, de que solemnemente se ha separado, le impidiera esta Escritura, ò transacion celebrada; como tambien le impidiera si quisiera, en fuerza de la de arrendamiento, entrar en la possession de la Encomienda, lo que arguye estar este desistimiento perfecto; pues si no, no pudiera causar este impedimento. (30)

De lo mismo se origina, el que durante el año tenga accion, en fuerza de esta Escritura, el

(27)

Idem D. Castell. dict. lib. 5. controv. cap. 109. num. 5. ait: *Cognosci ab effectibus, quia ubi conditio est apposta substantiæ dispositionis, tunc non licet aggere ante illius eventum, quia condicione pendente, non datur actio, leg. Necesario, ff. quod si pendente, ff. de per. Et com. rei vend. quando vero apponitur resolutioni, tunc statim datur actio, nec eventus conditionis spectatur, secundum Gloss. in dict. leg. 2. ff. de in diem adiect.*

(28)

D. Salgad. part. 1. Labyr. cred. cap. 44. num. 89. ait: *Paria sunt nihil fieri, aut fieri sub conditione non purificata.*

(29)

D. Castell. dict. lib. 5. controv. dict. cap. 109. ex 1. num. vsq. ad 1.

(30)

Nullum præstant impedimentum, quæ de iure non sortiuntur effectum.

Comendador para poseer la Encomienda , à ar-
rendarla ; pues Guardamino , como segundo con-
ductor que era , pudo , durante el tiempo de su
conduccion , ceder el derecho à otro ; y el Co-
mendador , por ser Locador , no es de peor condi-
cion , que otro tercero ; y para esto no debe
aguardar , à que exista la condicion de la paga,
como es notorio : luego està probado , que es-
ta condicion no es suspensiva , sino resolutive ; y
ex consequenti que el desistimiento no es condi-
cional , sino puro ; aunque *resolviendo sub con-
dizione* (31) asì lo dice el señor Castillo , quien
sigue à Surdo.

Profugue , diciendo , que se ha de acumu-
lar à los Autos vna pieza , que no anda con
ellos , en que està notificado el proveido de el
dia 3. de Julio ; y que mientras no se executa,
por pedirlo asì la *litis continentia* , no se debe
profeguir este Juicio.

La *litis continentia* es excepcion , que *in
vim Dilatorie* se pone quando el Proceso , que
se pide se acumule , pertenece à la substancia , y
determinacion de el principal (32) à quien se
intenta acumular. Esto no ay en nuestro caso,
pues la pieza de Autos , que no se ha entrega-
do à las Partes , y de que se habla en el alega-
to es sobre el Artículo de lesion , que se intro-
duxo por el Comendador à el que declaró el
Consejo , no debian contextar Doña Maria , ni
Guardamino ; con que haviendo este Auto de el
Consejo , y no perteneciendo el tal Proceso al
Punto , de que oy se trata , que es sobre la res-
titucion de la Encomienda , no debe acumularse ;
ademàs , entonces ha lugar la acumulacion de
Autos , quando siendo vnas mismas las personas
que litigan , es vna misma la cosa , que en vnos,
y otros se pide , ù es vna la accion con que se
pide. (33) Nada de esto ay en nuestro caso ;
pues lo que se pretende en los Autos , que andan
juntos , es la restitucion de la Encomienda ;
y lo que se intentaba en el Proceso separado ,
era la rescision : y esto , y lo antecedente no
es lo mismo.

(31)
Idem D. Castillo. dict. lib. 5. contro-
cap. 109. num. 3. ff. eiusdem quoque cir-
ca medium , ait : *Conditio apposita
quoad resolutionem , non autem , quoad
perfectionem substantie dispositionis ,
non suspendit actum , neque illum facit
conditionalem ; sed actus est purus ,
resolvendus tamen , sub conditione .
Quod ita comprobatur .* Surd. in conf.
208. num. 56. lib. 2. vbi etiam ait :
*Quod conditio apposita resolutioni ,
non facit dispositionem conditionalem .*

(32)
Bald. & Alber. in leg. Nulli , C. de
Indic. Afflict. decis. 354. n. 13. Vi-
lladiego cap. 1. de la Instruccion Po-
litica , fol. 6. §. Y continencia.

(33)
*Ex textu , cum materia in dict. leg.
Nulli , & in leg. 1. & 2. ff. de quibus
rebus , apud eundem iudicem eatur ,* D.
Villadiego dict. cap. 1. de la Instruc-
cion , fol. 6. B. §. Y principalmente.

UVA. BHSC. SC 12838_34

La acción porque se pide la restitucion de la Encomienda, es por ser fenecido el tiempo de el arrendamiento; y no tener causa para reternerla; y la porque se pidió la rescisión, fue por lesión: luego tan poco es la misma acción; pues por qué pretende la acumulacion? O señor, que en el Proceso separado está puesta la diligencia de la notificacion, y no me consta no viendola! Lo primero es, que en el Proceso que se le entregò está la Peticion, y el Auto, de que se mandò dar traslado; y à su continuacion vna nota de mano de el Escrivano de Diligencias, en que dice està notificado à las Partes. Lo segundo, que dos de las que han respondido confiesan haverseles notificado; con que no le podia quedar duda de ser cierto. (34) Lo tercero, que el mismo responder, Doña Maria lo prueba; pues fino se le huviera notificado, apremiado, y denegado la espera, que para responder pidió, no huviera respondido; con que està conclusa.

Profigue, diciendo, que en Ciudad-Real se han hecho, de orden de el Comendador, diligencias, que solo se pudieran executar haviendo este obtenido sentencia en Contradictorio Juicio:

De las que están presentadas en los Autos, consta, que las que se hicieron en Ciudad-Real, solo fue pedir al Intendente, mandasse, que vn Escrivano (porque ninguno queria sin esta orden) passasse à leer à Doña Maria la Peticion, en que el Comendador expressaba no era su voluntad continuasse en desfrutar la Encomienda; y que estava presentada en los Autos, que se siguen en el Consejo, para lo que se pidió Certificacion, y se mandò dar; pues esto es diligencia, para lo qual se necessita haver obtenido sentencia? *Absit*; además, que esta objecion es *contra producentem*, pues de los Autos consta al fol. 55. que Doña Maria *medio procurare* pareció ante el Intendente de la Villa de el Almaden, para que mandasse, que vn Escrivano de ella leyesse otra Peticion à D.FernandoDo-

(34)

Anton.Gomez in leg. 3. tauri, num. 108. fol. 33. ff. quod tamen intelligo propè finem, similem exemplum adducit.

7
rantes , quien dixo : la impedia percibieffe los
Diezmos de aquella Villa , que la pertenecian,
porque duraba el tiempo de el arrendamiento, con
que se ve va contra la ley , que dispone *neminem
adversus , cum posse venire factum* : Por cuyas
razones , y las especiales que tiene previstas la
Gran Justificacion del Consejo , espera el Comen-
dador la mas favorable determinacion.

Lic. Don Francisco Lopez Bechio
de Aro.

La primera es , que en el Proceso que se le
entruo en la Peticion , y el Auto , de que se
hizo la mencion en el Ricivano de Diligencias , en
que dice estar notificado a las Partes. Lo segun-
do , que los de las que han respondido conser-
van sus derechos notificados ; con que no se podia
hacer duda de ser cierto. (24) Lo tercero,
que el mismo responder , Doña Maria lo padece
mas han de se huviera notificado , advertido,
y denegado la execucion , que para responder pidio,
no haveria respondido ; con que esta conclu-

siempre , haciendo , que en Ciudad-Real se
hizo , de orden de el Comendador , di-
xeron , que solo se pudiesen executar haver
de este obtenido licencia en Contradictorio

De las que esta peticion en los Autos,
quasi , que las que se hicieron en Ciudad-Real,
solo han de pedir al Intendente , mandarle , que va
notificado (porque ninguno queda sin esta or-
den) pidiendo a leer a Doña Maria la Peticion,
que el Comendador expresada no era la vo-
luntad continuada en destruir la Encomien-
da , y que estaba peticionada en los Autos , que
se hizo en el Consejo , para lo que se pidio
licencia . Y se mando dar ; pues esto es di-
finitivo , para lo qual se necesitava haver obteni-
do licencia ? No ; ademas , que esta objec-
cion es contra procedimiento , pues de los Autos
resulta al fol . 2 . que Doña Maria medio proce-
derse peticion ante el Intendente de la Villa de
Almaden , para que mandasse , que en ESCRIT-
uras de esta leyelle otra Peticion a D. Fernando Do-

(24)
Anton Gomez de Aro . 2 . tam . 2 .
108 . fol . 2 . ff . quod tamen intelligit
propterea , hanciam exemplum .
dicit .

que el dho. dho. impio, por dho.
licencias de aquella Y. de, que la peticion
porque dho. el tiempo de el presente
que se va el conde de ley y que disponga
de dho. que para tanto fuese y por
mores y las especiales que tiene por
dho. peticion con dho. dho. al dho.
dho. de dho. dho. dho. dho.

Los D^{os} Francisco L^{os} de
de dho.