



**P O R**  
**EL ILLVSTRISSIMO SEÑOR**

**D. Francisco de Alarcon Obispo de Pamplona;**

**EN EL PLEYTO**

**CON**

**DON FERNANDO DE ALARCON**  
**y Zuñiga Niño y Silva, Cavallero de la Orden de Al-**

**cantara, Corregidor de la Ciudad de Segovia; y Doña Geronima**  
**Menendez de Valdès su muger.**

**S O B R E**

**CANTIDAD DE MARAVEDIS.**

**E**STE Pleyto està pendiente en tercera instancia ante el Illustrissimo Señor Obispo de Salamanca, sobre confirmar, ò reuocar los Autos del Señor Nuncio, y de Don Alonso de Benauides, Chantre, y Canonigo de la Santa Iglesia de Coria, Protonotario y Iuez Apostolico, que conociò en segunda instancia desta causa.

Por parte del Señor Obispo se pretende confirmacion de los dichos Autos.

2 **PARA** La inteligencia de la justicia del dicho Señor Obispo se supone el Hecho siguiente.

**A** **Lo**



5 Lo primero, que en quince del mes de Junio del año pasado de 1630, se otorgò la escritura de capitulacion del matrimonio, que auian de contraer los dichos Don Fernando de Alarcon y Zuñiga, y Doña Geronima Menendez de Valdès; y en la cabeça de la dicha escritura intervinieron cinco personas, que fueron: De vna parte Don Fernando Ruiz de Alarcon, padre de Don Fernando, que oy litiga: Y el Señor Obispo, siendo Canonigo, y Maestre-escuela de la Sãta Iglesia de Cuenca. Y el dicho Don Fernando de Alarcon y Zuñiga, que era el que auia de contraer el dicho matrimonio. Y de la otra Doña Maria de Erafo y Valdivia: Y Doña Geronima Menendez de Valdès y Erafo su hija; que era cõ quiẽ se auia de contraer el dicho matrimonio. Y despues de auer puesto la cabeça de la dicha escritura, se dio principio a ella en la forma siguiente.

4 PRIMERAMENTE SE ASSIENTA, Y CAPITVLA, *Que por quanto algunos censalistas, y otros acreedores de deudas sueltas pidieron diferentes execuciones contra los bienes de los señores Don Diego Fernãdo de Alarcon, que fue del Consejo Supremo de Castilla, y Doña Catalina de Covarruuias, Padres, y Abuelos de los dichos Señores Don Fernando Ruiz de Alarcon, y Don Fernando de Alarcon su hijo: A que se opuso por los derechos de sus Mayorazgos el dicho señor Don Fernando Ruiz de Alarcon; que todo passa ante Luis Ordoñez, Escriuano de Prouincia, y vno de los señores Alcaldes de esta Corte, por comission priuatiua. Es condicion, Que para que el dicho matrimonio venga a tener efecto, se aya de fenecer, y acabar el dicho pleyto de acreedores, ò por sentencia, ò por concierto; demanera, que al dicho señor Don Fernãdo Ruiz de Alarcon le sea buelta la administracion de su hazienda libremente, y los dichos acreedores esten pagados, y contentos; sin que puedan executar en los dichos bienes, rentas, y mayorazgos. Para lo qual se señala por tiempo limitado, para que el dicho pleyto se fenezca, y acabe, hasta fin de este presente año de 630. Y si antes se huuiere cumplido con la forma de esta condicion, se entienda auer llegado el tiempo para auerse de efectuar el dicho matrimonio. Y si passado el dicho tiempo no se huuiere fenecido, y acabado, quedã resueltas estas capitulaciones, para que cada vna de las dichas partes pueda disponer de si libremente, como sino se huuiere hecho, ni otorgado.*

5 *Que para quando se aya cumplido con la dicha condicion, aya de tener efecto el dicho desposorio, auiendo primero precedido licencia de su*  
Ma-



Magestad, y las diligencias que dispone el Santo Concilio, ò suplemento, ò dispensacion de ellas, los dichos señores Don Fernando de Alarcón y Zuñiga, y Doña Geronima Menendez de Valdès se desposaràn por palabras de presente, que hagã verdadero matrimonio, y velaràn, como lo mãda la santa Madre Iglesia Catolica Romana, sin lo dilatar, ni diferir. Y desde luego, para quando tenga efecto el cumplimiento del capitulo antes de este, se dieron palabra el uno al otro, y el otro al otro, de ser tales Marido, y Muger, y la aceptaron, y se obligaron de cumplirla, y el que no la cumpliere, ò la dilatare, ò contraviniere, ha de pagar a la parte observante, por el interes, ò daño que de la tal contravencion se le podrã seguir, veinte mil ducados, que se ponen por pena conuencional.

6 Que el dicho señor Don Fernando Ruiz de Alarcon constituye, y señala al dicho señor Don Fernando de Alarcon y Zuñiga su hijo, en señal del dicho matrimonio, y por causa onerosa de el, dos mil ducados, que valen 7500. maravedis, para sus alimentos en cada un año, los quales le ha de dar, y señalar, y desde luego señala, en lo mejor, y mas bien parado de las rentas de sus mayorazgos, à eleccion de las dichas señoras Doña Maria de Eraso y Valdivia, y Doña Geronima su hija, y del dicho señor Don Fernando de Alarcon, y Zuñiga, y de qualquiera dellos, con facultad de poder variar, sino pareciere cierta la veta de lo en que una, ò mas vezes pidieren que se les señalen los dichos alimentos.

7 Y el dicho señor Don Francisco de Alarcon se obliga juntamente, y de mancomun con el dicho señor su hermano, con renunciacion de las leyes de la mancomunidad, diuision, y excusion en forma, à que los dichos dos mil ducados seràn ciertos, y seguros, y se cobraràn por los tercios del año, como renta de alimentos; donde no, quiere ser executado luego que se passe el año en que no se huieren cobrado los dichos dos mil ducados, ò parte de ellos, q̄ ha de començar a correr, y contarse desde el dia que se celebrare el dicho matrimonio. Y para liquidacion de lo que assifaltare, ò no se cobrare, ha de bastar el juramento de qualquiera de los dichos señores Doña Maria de Eraso y Valdivia, y Don Fernando de Alarcon y Zuñiga, y Doña Geronima Menendez de Valdès, ò de quien su poder, ò derecho tuiniere, en que se difiere. Lo qual se ha de entender en el interin que el dicho señor Don Fernando de Alarcon y Zuñiga no heredare qualquiera de las expectatinas que tiene

noisib



tiene por su parte, que puedan suplir los dichos dos mil ducados de alimentos.

8 Que los dichos señores D. Fernando Ruiz de Alarcon, y D. Francisco de Alarcon se obligan à dar a los dichos señores Don Fernando de Alarcon y Zuñiga, y a la dicha señora Doña Geronima de Valdès y Eraso, para el dia que el dicho desposorio tenga efecto, ocho mil ducados en dinero para colgaduras, estrado, plata, joyas, coche, y libreas, y los demás gastos, que se ofrecieren, ò en las mismas joyas, colgaduras, y lo demás ofrecido, que sume, y monte la dicha cantidad, à rassaçion de personas, que lo entiendan. Y no lo cumpliendo, puedan ser executadas ca la vno insolidum, debaxo de la dicha mancomunidad, por los dichos ocho mil ducados para el dicho efecto: y la execucion se haga con sola esta escritura, y la declaracion de las dichas señoras Doña Maria, y Doña Geronima, ò de qualquiera de ellas, en que digã no auerse cumplido con el tenor de este capitulo, y las relien de otro recurso: y los dichos ocho mil ducados hã de ser por quenta de las legitimas Paterna, y Materna de el dicho señor Don Fernando de Alarcon y Zuñiga.

9 Tambien se obligan los dichos señores D. Fernando Ruiz de Alarcon, y Don Francisco de Alarcon su hermano, que daràn a los dichos señores Don Fernando de Alarcon y Zuñiga, y à Doña Geronima Menendez, de Valdès, para su viuienda, el quarto de casa, y lo demas que al presente ocupa el dicho señor Don Fernando Ruiz de Alarcon, en las principales, que tiene en la calle de el Arenal de esta Villa, ò les daràn, y pagaràn trecientos ducados en cada vn año para el dicho efecto, de seis en seis meses y medio, año siempre adelantado, comenzãdo à correr lo vno, ò lo otro desde el dia del desposorio en adelante, todo el tiempo que el dicho señor Don Fernando de Alarcon no suceedre en los mayor azgos del dicho señor su padre. A lo qual se obligan debaxo de la dicha mancomunidad, y renunciacion de leyes: y no lo cumpliendo, puedan ser executados por la dicha cantidad, en la forma y plago dichos, con sola esta escritura, y la declaracion de los dichos señores Don Fernando de Alarcon y Zuñiga, y Doña Geronima Menendez, de Valdès, ò de qualquier de ellos, en que digan, que el dicho quarto de casa les sale incierto, por qualquiera causa, ò razõ que sea: y les relien de otro recaudo.

10 Tambien se supone, que sin auerse cumplido la dicha condicion

ei de  
ba el  
este  
presio  
lo est  
8. 4  
Fod  
ro, y  
del  
hor  
est  
7 s  
Zon

de  
ra e  
do l  
ge  
al  
rec  
en  
En  
su  
co



dición de auerle de alçar el dicho concurso de acreedores, debaxo de la qual todas las partes capitularon el dicho matrimonio, y sin esperar el cumplimiento de ellas, le efectuaron, y celebraron por palabras de presente los dichos Don Fernando de Alarcon y Zuñiga, y Doña Geronima Menendez de Valdès en catorce de Junio del dicho año de 30. antes de cumplirse el tiempo, y termino, que se puso para auerle de alçar el dicho concurso.

11 Tambien es cierto, que en virtud de la dicha escritura, la dicha Doña Geronima Menendez de Valdès, parecio en el Tribunal del Señor Nuncio, y pidiò mādamiento de execucion el año passado de 1643. en virtud de la dicha escritura, contra los bienes del dicho señor Obispo por quantia de 199400. y tantos ducados, de los dos mil en cada vn año, que Dō Fernando Ruiz de Alarcon, Padre de el dicho Don Fernando, que oy litiga, ofrecio situar de alimentos en las rentas de sus mayorazgos al dicho Don Fernando su hijo, y por dos mil y nouecientos de los treientos en cada vn año, que tambien dixo auerle ofrecido para el alquiler de casa, en que viuir de el mismo tiempo de los dichos nueue años, y dos tercios. Despachòse precepto de soluèdo para que dentro de quinze dias pagasse el dicho señor Obispo las cantidades referidas, con apercibimieto, que passado el dicho termino, se procederia a execucion. De esto se despacharon letras, que se notificaron al dicho señor Obispo; y dentro del termino de los quinze dias se parecio por su parte en el dicho Tribunal, alegando en forma, contradiciendo la pretension de Doña Geronima, y pidiendo reposicion del auto de precepto de soluendo.

12 Estando concluso el dicho pleyto para la determinacion, parece que en veinte de Enero de 1644. se hizo vna escritura de transaccion, y concordia sobre todos los dichos derechos, dando nueua forma a la satisfacion, y paga, que es como se sigue.

**E**N La Villa de Madrid à veinte dias del mes de Enero de mil seiscientos y quarenta y quatro años, ante mi el escriuano, y testigos parecieron presentes, de la una parte el señor Don Fernando de Alarcon y Zuñiga, Cauallero de la Orden de Alcantara: Y la señora Doña Geronima Menendez, de Valdès su muger: Y de la otra el señor Don Fernando Ruiz, de Alarcon Cauallero de la Orden de Santiago, Padre y señor del dicho señor Don Fernando: Y el señor Don Antonio de Castro y de la Torre Promisor de Ciudad-Rodrigo, en nombre del señor Don Francisco de Alarcon y Conarruuias Obispo de Ciudad-Rodrigo, hermano del dicho señor Don Fernando de Alarcon y Zuñiga, prestando voz, y caucion de rato, de que el dicho señor Obispo

B esta-



estarà, y passarà por lo contenido en esta escritura, so expressa obligacion que para ello hazen de sus personas, y bienes, y à que traerà ratificada esta escritura del dicho señor Obispo dentro de quinze dias de la fecha de esta, por parecer que no es bastante el poder que tiene del dicho señor Obispo, para hazer, y otorgar esta TRANSACCION: Y la dicha señora Doña Geronima Menendez, de Valdès, con licencia que para ello pidio al dicho señor Don Fernãdo su marido, el qual se la dio en bastante forma, y de ella usando, dixeron, que por quanto al tiempo que se tratò el casamiento entre la dicha señora Doña Geronima, y el dicho señor Don Fernando de Alarcon y Zuñiga, el dicho señor Don Fernando Ruiz, de Alarcon, y el dicho señor Obispo se obligarò de mã-comũ, à voz, de vno insolidum, à darles ocho mil ducados por vna vez, para alhajas, y joyas, y vn quarto de casa en que vivir en las que el dicho señor Don Fernando Ruiz tiene en la calle del Arenal, ò trecientos ducados para alquilar otra, y para ayuda à sustentar las cargas del matrimonio dos mil ducados en cada vn año, hasta que el dicho señor Don Fernando de Alarcon y Zuñiga heredasse alguna de las expectatiuas de las herencias que espera heredar, segun y como se refiere en las capitulaciones, que se otorgaron ante Francisco Suarez, escriua no del Numero de esta dicha Villa en quinze dias del mes de Junio de 1630. à que en todo se refieren, que han aqui por expressadas. Por quanto de los corridos de los dichos dos mil ducados se les denian muy grandes sumas, y de lo demas contenido en las dichas capitulaciones, los dichos señores Don Fernando de Alarcon y Zuñiga, y Doña Geronima Menendez, de Valdès pidieron execucion ante vno de los señores Alcaldes de esta Corte, y despues ante el señor Don Pedro de Vega, que por ausencia del señor Don Antonio de Valdès conoçia de los negocios tocantes al dicho señor D. Fernando Ruiz, de Alarcon por lo que dixeran de uerles el dicho señor D. Fernando Ruiz, por las dichas capitulaciones, y ante el señor Nuncio de su Santidad cõtra el dicho señor Obispo, por la misma causa, y cantidades: Y estando se siguiendo los dichos pleytos, reconociendo los dichos señores Don Fernando de Alarcon y Zuñiga, y la dicha señora Doña Geronima de Valdès las obligaciones, que tienen al dicho señor Don Fernando Ruiz, de Alarcon su Padre, y señor, y al señor Obispo, à quien tienẽ en el mismo lugar: por lo qual no hauerà mouido pleyto, si la estrechez de los tiempos, y suma necesidad, en que se han visto, no les hauerà obligado: y los dichos señores Don

Fer-

ei a  
ba e

este  
pres  
lo est  
q. 4

Fod  
ro, y  
del  
hor  
esta  
7 5  
Zor

de  
ra  
do  
ge  
st  
re  
en  
En  
lu  
co



Fernando Ruiz de Alarcon, y señor Obispo, por el amor, y obligacion de Padre, y Tio de los dichos Don Fernando, y Doña Geronima Mendez de Valdès se han conuenido, y concertado en esta manera.

13 Quedandose, como se quedan, en su fuerça, y vigor, y antelació las dichas capitulaciones matrimoniales, y sin que por este cõtrato sea visto alterarlas, ni innouarlas, confessando como cõfiesan los dichos señores D. Fernando Ruiz de Alarcon, y señor Obispo, estar obligados à todo lo cõtenido en ellas, añadiendo fuerça à fuerça, el dicho señor D. Fernando Ruiz de Alarcõ, cõtinuando la obligaciõ, cede, renuncia, y traspassa en los dichos señores D. Fernando, y D. Geronima sus hijos, toda la renta, y hazienda q̄ tiene en la villa de Palomares, por quèta, y parte de pago de los dichos dos mil ducados de renta en cada un año, y les dà poder en causa propia para cobrarlas, y arrendarlas, y hazer de ellas a su voluntad, y darles el quarto de casa que hã uiuido los dichos señores D. Fernando, y D. Geronima, sin exceptuar cosa alguna, en la forma que le uiuieron quando se efectuò el dicho matrimonio, uiuendo de asiento en esta Corte, ò juntos, ò alguno de ellos. Y el dicho señor Obispo, continuando asimismo la dicha obligaciõ, se obliga a dar quinientos ducados en cada un año a los dichos señores sus sobrinos, todo el tiempo q̄ fuere Obispo de Ciudad-Rodrigo; y passando à otro Obispado, les darà mil ducados en cada un año, pagados vnos, y otros en dos tercios, S. Iuñ, y Nauidad: q̄ la primera paga ha de ser para el dia de S. Iuan de Iunio, q̄ viene de este presente año de 1644. CON LO QVAL, cõpliendo de su parte el dicho señor D. Fernando, y el dicho señor Obispo, los dichos señores D. Fernando, y D. Geronima no han de poder pedir ninguna cosa de lo que hasta aora ha corrido, y se les debe de los dichos dos mil ducados de los alimentos, ni de los dichos ocho mil ducados, ni de los corridos del quarto de casa, hasta despues de los largos dias del dicho señor Obispo, y del dicho señor D. Fernando Ruiz. Cõ declaracion, que si el dicho señor Obispo alcãzare de dias al dicho señor D. Fernando Ruiz, no obsta, q̄ conforme a las dichas capitulaciones cessaua su obligacion, muriendo el dicho señor D. Fernando Ruiz, ò heredando el dicho señor D. Fernando de Alarcon y Zuñiga las dichas herencias, por ser, como son, tãtos los corridos de los dichos dos mil ducados, y de lo demas contenido en la dicha obligaciõ, aunque llegue qualquiera de los dichos casos, el dicho señor Obispo quiere q̄ se vaya cõtinuando el dar à los dichos sus sobrinos los dichos quinientos ducados.

mien-



mientras fuere Obispo de Ciudad-Rodrigo, ò los dichos mil ducados, passando à otro Obispado, hasta que se aya pagado cõ efecto todo lo debido hasta aora, y que se fuere debiendo en adelante, no auendolo cobrado del dicho señor D. Fernãdo Ruiz, quedãdose siẽpre en su fuerça, y vigor la obligacion de las dichas capitulaciones, como està dicho. Y para lo assi cumplir, y pagar, guardar, y auer por firme, CADA VNO POR LO QUE NOS TOCA, obligamos nuestrs bienes y raices, derechos, y acciones auidos, y por auer: y damos poder cumplido a las justicias, que de nuestras causas puedan, y deuan conocer: y en especial los dichos señores Don Fernando Ruiz, de Alarcon, y Don Fernando de Alarcon y Zuñiga, y Señora Doña Geronima Menendez, de Valdès, a los señores del Consejo Real de las Ordenes, y señores Alcaldes de esta Corte in solidum: y el dicho señor Don Antonio de Castro se sometio al señor Nuncio de su Santidad; y renunciaron su proprio fuero, jurisdiccion y domicilio, y la lei si conuenerit, de iurisdictione omnium iudicum, con las demàs de su fauor, y la general, y derechos de ella, y lo recibiron por sentencia passada en cosa juzgada. Otro si, el dicho señor Don Antonio de Castro renunciò el capitulo Oduardus suam, de poenis, y las demàs de los Eclesiasticos: Y la dicha señora Doña Geronima Menèdez de Valdès renucio las leyes del Emperador Iustiniãno, y Velejano, nueua y vieja constitucion, leyes de Toro, y Partida, y las demàs que son y hablan en fauor de las mugeres, de cuyo remedio, y auxilio fue auisada por mi el presente escriuano; y como sabidora de ellas las renunciò, y apartò de su fauor, y remedio; y jurò à Dios, y à una cruz, en forma, que hizo con su mano derecha à tal como està ✠ en la del presente escriuano, de guardar, y cumplir esta escritura, y de no yr contra ella en tiempo alguno, ni alegar à ha sido forçada, inducida, ni apremiada por el dicho señor D. Fernando su marido, antes cõfies- sa, y declarar a la haz de su libre, y espontanea voluntad; y q̄ de este juramento no pedirà absolucion, ni relaxacion à N. muy Santo Padre, ni à otro juez, ni Perlado, que poder tenga para se lo conceder: y si cõcedido le fuere, no usarà del, pena de perjurã, y de caer, è incurrir en caso de menos valer, y lo otorgaron todos assi en la manera q̄ dicha es ante mi el presente escriuano, siendo testigos Iuan de Salazar Erran, y D. Joseph de Hermosilla, y Diego Rodriguez de Salazar estantes en esta Corte, y los otorgãtes, q̄ yo el escriuano doi fee conozco lo firmarõ. D. Geronima Menendez, D. Fernando Ruiz, de Alarcon, D. Antonio de Castro de la Torre, D. Fernando de Alarcon y Zuñiga. Ante mi Rodrigo Carreño Alãrete.

Esta



Esta escritura aprobò y ratificò el señor Obispo en Ciudad-Rodrigo à 24. de Enero del mismo año de 1644. por ante Diego Pacheco escriua no Real y del Numero de aquella Ciudad.

14 Esto presupuesto, parece que por parte de los dichos Don Fernando de Alarcon, y Doña Geronima Menendez se dio peticion en el dicho Tribunal de la Nunciatura en 27. de Setiembre del año pasado de 1633 pidiendo, que el dicho señor Obispo fuesse condenado a pagar 600. ducados, que dixo deuersele de los corridos de los alimétos que se le prometieron en las escrituras de capitulaciones matrimoniales. Y por otra de primero de Octubre del dicho año pidio mandamiento de execuçión, valiendose de la misma escritura; por 900. ducados, que dixo deuersele de los dichos vltimos nueue años y medio en los dichos alimentos; por dezirles auia faltado la hazienda de Palomares, que auia embargado el administrador del pleyto de acreedores el año de 1650. porque se mandò dar nueuo precepto de soluyendo: y por otras peticiones se hizo reproduccion del pleyto antiguo, sobre que auia saido la transaccion, pretendiendo continuarle: Y parte del dicho señor Obispo se pretendio no estava obligado a responder a los dichos pedimientos, y q̄ se les auia de imponer per petuo silencio; y se pidio reuocacion de el precepto de soluyendo, fundandose en la escritura de transaccion, y haziendo presentacion de ella: y sobre el dicho articulo de no responder, se pidiò primero, y ante cosas debido pronunciamiento.

15 Y en otro pedimiento se ofrecio prueba para calificar, y ajustar, que el mayorazgo, en que por el año de 1648. sucediò el dicho Don Fernando de Alarcon por muerte de Don Iuan Niño de Silua su tio, importa en cada vn año vn quento de marauedis de renta: Y estando el negocio concluso sobre todo lo referido, se proueyò auto por el Señor Nuncio; diciendo, que por aora no auia lugar lo pedido por parte de Don Fernando de Alarcon marido de Doña Geronima Menendez de Valdés. De este auto apelaron, y traxeron letras de Roma, cometida la causa al dicho Don Alonso de Benauides, y a otros dos luezes. Presentaron la comission ante el dicho Don Alonso, y auiendole recusado el señor Obispo, y lleuadose la causa por via de fuerça al Cõsejo, por no auerse querido dar por recusado de conocer, y proceder, ò por lo menos de no otorgar, el Consejo declarò no hazia fuerça, con que el dicho Don Alonso de Benauides procedio a la sentencia definitiva, y por ella cõfirmò la dada por el Señor Nuncio, enmendandola en quanto no fue absoluta, sino con la calidad de por aora: De la qual auiendo apelado la dicha Doña Geronima: y no concordando las partes en los luezes del numero in Curia, se cometio de oficio la causa en tercera instancia a V.S. Illustr. en cuyo Tribunal està pendiente sobre confirmar, ò reuocar dichas sentencias. Este es el Hecho,

C Ad



## Advertencia.

**A**ntes de dar principio à los titulos de justicia, q̄ tiene el Ilustrissimo señor Obispo de Pamplona, para obtener en esta causa, se advierte, que los dos Abogados que asistimos a su defensa subscribimos vna consulta a favor de don Fernando de Alarcon Niño, y D. Gerónimo de Valdès su muger, mal informados del Hecho (pues se nos propuso parte vltra, y parte contra litis acta:) y porque no haga novedad el q̄ mudemos el dictamen, nos pareció referir brevemente el que entonces se nos propuso, para que conferido con el, que consta *ex visceribus causae*, se reconozca quan distante es el vno del otro.

Supuesto el tenor de la escritura de capitulaciones, se preguntò si el señor Obispo estava obligado à lo contenido en ellas, y que la razon fundamental que para escusarse tenia su Ilustrissima era, que aunque se obligò con juramento, y con las solemnidades del derecho, no tuvo intencion de obligarse, y que el juramento, palabra, y firmas solo fue en lo exterior, y de cumplimiento.

Preguntòse, si el señor Obispo podia escusarse de pagar la cantidad que contiene el contracto de capitulaciones, por no ser dueño, sino solo administrador de sus rentas Eclesiasticas.

Preguntòse tambien, que si en caso que tuviesse fuerça el contracto, y obligasse el juramento, si la consagracion del señor Obispo (que se subsguiò al juramento) le relaxava.

Ninguna de estas excepciones alegò el señor Obispo, ni tal consta del processo.

En quanto à las dos escrituras se dixo, que vna de las condiciones de la primera fue, que el casamiento se avia de efectuar dentro de seis meses, y aviendo cessado el concurso que tenia formado a sus bienes D. Fernando Ruiz de Alarcon señor de Santa Maria del Campo, y Valera, hermano del señor Obispo: Y que el casamiento se hizo antes de cumplirse la condicion, con gusto, y por diligencia del señor Obispo, el qual avia sentido mucho, que esta condicion se huviesse puesto en el contracto, y que se avia obligado, sabiendo, como hijo de la casa, y hermano del señor de ella, que aunq̄ cessasse el concurso, no era posible que su hermano, mirada su corta hacienda, diesse los dos mil ducados a que se obligò, ni aun muchissimo menos: Preguntòse, si el señor Obispo quedò obligado.

Lo que se añadió en este hecho fue, que el señor Obispo avia sentido mucho la condicion puesta en el contrato, porque no parece del processo, ni por instrumento, ni por informacion, ni que el casamiento se huviesse efectuado por diligencia suya, como tambien el que los mayorazgos de don Fernando Ruiz sean tan cortos, quando es notorio, que cesando



fando el concurfo, l llegaràn sus rentas a feis mil ducados.

En quanto à la segunda efcritura de tranfaccion fe pufo, que el feñor Obifpo avia faltado à lo contenido en ella, y que no avia hecho las pagas: fiendo afsi, que las cumpliò puntualiffimamente, como parece de las cartas de pago presentadas en el proceffo.

Este hecho *extorsit subscriptiones nostras*, porque las tres primeras preguntas no folamente no tienen juftificacion en derecho (fi de ellas fe huviera valido el feñor Obifpo) pero irritan la cordura mas atenta.

Las otras dos que fe consultaron fobre los contraçtos, tambien fon probables a favor de las partes contrarias, fi en el pleyto fe hallaran en el mifmo trage, que las viftió la confulta; pero en el mudan totalmente no folo la apariencia, fino la fubftancia, y dimos nueftros pareceres *secūdum ea que proponerentur*, como experimentado quizà de que las partes ambiciofas de autorizar fu jufticia fue len lifongear fus conveniencias, torciendo los hechos à los negocios, lo acoftumbrò Scebola l. Sextiam filiā 3 2. l. vxorifuæ 3 3. l. cum quis decedens, & f. qui de testam. delegat. 3. l. Pamphilo 3 9. l. vxorem 4. 1. s. de testamento 7. eodem, & alibi pafsim: y los Pontifices Sagrados confervan fu grandeza, dando por nullos fus mifmos refcriptos, quando las partes los han ganado con fubrepcion, ù obrepcion, cap. ex parte 2. cap. fuper litteris 20. de refcript. cum alijs, que el aver decretado no es empeño, fi el decreto le configuò vna relacion finiefttra, *idem non potest semper placere, nisi rectum*, dixo el Seneca. Y fi alguno opufiere eita calumnia, le responderemos lo que Leotychildas *Mutamur pro temporum ratione, pro facti diverfitate: Necessarium enim est pro re nata mutare confilia*, Plutarch. in Lacon.

### Articulo Primero.

Fundase, que la primera efcritura de capitulaciones es condicional, no folamente refpetto de D. Geronima de Valdès, pero tambien refpetto del feñor Obifpo de Pamplona, y que por la dicha caufa no es, ni pudo fer exequible: y que acviendo faltado la condicion debaxo de que fe contraxo, ni en via ordinaria pudiendo producir accion a favor de don Fernando de Alarcon Niño, ni de dicha D. Geronima de Valdès

fu muger,

#### CONDICION.

Es condicion, que para que el dicho matrimonio venga à tener efecto, fe aya de fenecer, y acabar el dicho pleyto de acreedores, ò por fentencia, ò por concierto, de manera, que al dicho feñor don Fernando Ruiz de Alarcon le fea buelta la adminiftracion de fu hazienda libremente, y

los



los dichos acreedores estén pagados, y contentos, sin que puedan executar en los dichos bienes, rentas, y mayoradgos; para lo qual se señala por tiempo limitado, para que el dicho pleyto se fenezca, y acabe, hasta fin de este año de 1630. y si antes se huviere cumplido con la forma de esta condicion, se entiende aver llegado el tiempo para averse de efectuar el dicho matrimonio: Y si pasado el dicho tiempo no se huviere fenecido, y acabado, queden refueltas estas capitulaciones, para que cada vna de las dichas partes puedan disponer de si libremente, como si no se huvieran hecho, ni otorgado.

**1** Que la condicion sea suspensiva de la disposicion a que se pone, de tal forma, que la que no la suspende, no sea condicion, sino figura de ella, lo prueba el texto in l. institutio talis 10. in princip. & §. vnicō de conditionibus institutionum, l. sed etsi ante diem 10. ad Senat. Consult. Trebellian. l. pater Severinam 99. §. vltim. de condit. & demonstr. l. Cornelius 67. de hæredibus instit. l. conditio 100. de verb. obl. l. cum ad præsens 37. de rebus creditis, l. si pupillus, §. 1. de novationibus, Gedæus ad l. 1. de verb. sign. num. 16. & seq. Bartol. in l. 1. de condit. & demonstr. Donellus lib. 8. Comment. cap. 30. vbi Offualdus litt. B. Duar. de condit. instit. c. 1. Paulo de Castro conf. 282. incipit casus proponitur, n. 1. & 2. p. 2. Franciscus Bursatus conf. 97. num. 5. & 6. Illustrissimus Valençuel. 2. tom. conf. 6. ex num. 25. De que resulta, que para que tenga efecto qualquiera disposicion, es necessario que preceda el cumplimiento de la condicion, porque antes del no se purifica, l. filio fam. de condit. & demonstr. l. legatum 6. de condit. insertis, Sesse decis. 50. n. 16. Aldov. conf. 35. n. 59 & conf. 70. num. 130. Cartharius decis. 69. num. 2. Peregrin. de fideicō. miss. artic. 63. num. 9. & conf. 53. num. 30. volum. 1. Giurba in novissimis decis. 60. ex num. 30. plene Menoch. conf. 131. n. 1. conf. 134. n. 5. conf. 644. n. 6. conf. 1111. n. 69. & lib. 4. præsumpt. 175. n. 10. de arbitrijs, cas. 498. n. 7.

**2** Y es tan necesario el cumplimiento de la condicion, aun en los contractos, que antes de su existencia no se produce accion, ni se entiende aver obligacion, l. Græge 13. §. si sub conditione, ibi: *Ante conditionem non rectè agi cum nil interim debeat*, de pignoribus, l. fideiuss. 16. §. stipulatione 5. de fideiussoribus, l. eedere diē 213. de verbor. sign. l. bobem 43. §. si sub conditione 9. de ædilitio edicto, ibi: *Si sub conditione homo emptus sit redibitoria actione ante conditionem existentem inutiliter agitur, quia nondum perfecta emptio arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest*, l. 19. de constituta pecunia, Donellus lib. 8. Com. cap. 30. & lib. 19. cap. 11. vbi Offualdus litt. A. Anton. Gomez 2. tom. variar. resolutionum, c. 11. n. 28. Y aunque entre los Interpretes ay controversia sobre si ay obligaciō presente, o suspensa en el contrato condicional, ninguno disiente de que la accion



7  
accion es inútil, si se intenta antes de la existencia de la condicion, Fach-  
neus lib. 11. controu. cap. 74 Hortés. ad d. l. 13. §. si sub conditione, Ge-  
deus ad l. 12. de verb. sign. Ant. Fab. lib. 15. coniectur. cap. 6. Pacius cēt.  
7. Cuiacius lib. 25. observ. cap. 19. con otros referidos por Ossuald d. lit.  
A. Y en este sentido interpretan el texto iū l. 12. de verb. sign in l. 42. de  
obl. & act. l. usufructus 26. de stipulat. fervorum, l. in fraudem 27. §. 1.  
qui, & à quibus, l. filius famil. 78. de verb. oblig. con otros muchos que  
se omiten, por excusar prolixidad: y entre los practicos es conclusion as-  
sentada, que antes de la existencia de la condicion no compete accion, d.  
l. 42. de oblig. & action. l. necessario 1. de pericul. & commod. rei vend.  
Peregrin. d. artic 63. sub num. 9. Aldov. conf. 35. num. 60. & conf. 60. n.  
131. Barz. decif. 90. Giurb. d. decif. 60. n. 13 in fin. & ad effectum agendi  
censetur contractus, ac si non intervenisset, l. pecuniam 36. de rebus cre-  
ditis, Noguier. alleg. 11. n. 125.

3 Supuestos por llanos estos principios, se infiere por consecuencia  
necesaria, que el instrumento condicional non meretur executionem,  
Gomez in l. 64. Tauri, num. 7. Tepatus lib. 2. tit. de condit. & contra-  
ctibus colū. 1. in fin. Milanés decif. 9. num. 96. lib. 2. Grasis except. 33.  
num 17. Suarez in l. post rem iudicatā limit. 5. Cravet. conf. 802. n. 8. &  
conf. 10. num. 15 Zephal. conf. 395. num. 23. volum. 3. Cardin. Tusch.  
tom. 2. lit. C. conclus. 593. num. 24. & tom. 7. conclus. 532. num. 13. 66.  
95. Cabello milleloquio 629. Seraphin. de iuramento privil. 77. n. 43. 86  
Galleſius de Camerali obligation. tit. de liquiditate, num. 11. Caballus  
conf. 113. Decian. conf. 401. porque como la condicion es de su natura-  
leza suspensiva, no puede adquirirse emolumento hasta que se cumpla, l.  
Thais. §. Stichus, de fideicom. libert. l. 45. §. 1. de leg. 2. cum alijs, Car-  
thar decif. 69. num. 3. Riminald. Junior decif. 398. num. 2. vol. 4. Ruinus  
conf. 191. n. 2. vol. 1. y así no puede executarse el instrumento condicio-  
nal hasta que se purifique, Azeved. in l. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 37. Co-  
varrub. lib. 2. var. cap. 11. Y aunq̄ aya estatuto que haga los instrumentos  
exequibles, sin embargo de qualesquier excepciones, *Non censetur reiectā  
exceptio, conditionis non impletā*, Aldov. conf. 35. n. 61. Cartharius decif.  
49. n. 5. Costa de facti scientia, & ignorantia, decif. 73. n. 2. cent. 1. f. 304.  
Ossasch. decif. Pedemont 146. n. 1. & 6. Alexand. conf. 119. vol. 1. Ant.  
Massa in tract. de oblig. in form. Camera in 4. p. q. 7. & alijs congesti à  
Grasis d. except. 33. ex n. 1.

4 Que el instrumento primero de capitulaciones, en cuya virtud antes  
de la transaccion subseguida se despachò precepto de solvendo à instan-  
cia de D. Geronimo, sea condicional, es indubitable, vt inferiùs expendem-  
us: y para poderse executar se necesitava precisamente, que la condi-  
cion estuvièſſe cumplida, l. Fulcinus 7. §. si in diem 14. ff. ex quibus cau-  
sis,

D

sis,



sis, ibi: Si in diem, vel sub cōditione debitor latitet antequā dies, vel cōditio  
veniat, non possunt bona eius venire, quid enim interest debitor, quis non sit,  
an conveniri possit? Idem erit dicendum, et si quis habeat quidem actionem,  
sed talem, quae per exceptionem repellitur. Covarrub. lib. 2. var. cap. 1. n. 2.  
Parlador. lib. 2. rer. quot. p. 1. c. fin. §. 12. n. 39. Grat. 2. p. discept. forens. c.  
325. n. 7.

5 Y en tanta forma, que aunque la condicion del contrato estè cumpli-  
da, en la verdad no bastarà para la execucion, sino se prueba, y consta al  
Luez del cumplimiento, ò existencia de la condicion, porque aunque des-  
pues de existir se entiende ser puro el instrumento, y no condicional, non  
potest procedi ad executionem facti donec liqueat iudici, l. hoc iure 10. de  
verb. oblig. ibi: Non ante peti quidquam possit, quam exploratum sit ante eā  
diem in Italiam venire Titium nō posse, Bald. in l. in testamento 4. n. 5. C.  
de testam. manum. Alexand. in l. vlt. §. Titius, de vulgar. num. 5. Decius  
conf. 421. colun. 2. ad med. vers. Imò quod plus est, num. 6. in fin. y en  
caso que la parte executada en virtud de instrumento condicional, no pō  
ga esta excepcion, el Luez de su oficio puede repeler al actor, Roman.  
conf. 244. colun. 2. in fin. vers. Breviter respondetur, Aimon conf. 151.  
num. 10. vers. Et adeò favorabilis, Aretinus in l. licet in princip. vers. A-  
lioquin, n. 1. C. de collationib. La razon es manifesta, porque la excepció  
del defecto del cumplimiento de la condicion, nace del tenor de la misma  
convencion, y contracto, y ansi el contracto se obsta a si mismo, ipsemet  
se repellit, et ex eodem actu venit actio, et exceptio, et ita est nata actio sicut  
exceptio, Bald. in authent. presentis, n. 4. in fin. C. de fideiussor. & in l. ex  
his p̄dijis, l. ad medium, C. de evict. y es doctrina expressa de Bartul. in  
l. eum qui ita, de verb. oblig.

6 Y para que se denegasse el mandamiento de execucion, no necesi-  
tava el señor Obispo de Pamplona mas que solo oponer, que la condi-  
cion no estava cumplida, porque a D. Geronima le tocava probar su cū-  
plimiento, y existencia, Turreto conf. 44. n. 11. lib. 1. Hondedeo conf.  
676. n. 7. lib. 4. Riminald. Junior conf. 126. n. 31. lib. 2. & conf. 203. n. 3.  
Natta conf. 676. n. 7. lib. 4. Cephalus, Alexand. Monald. Magon. & alij  
congesti a Grafis d. except. 33. ex num. 20. Y no obsta el que el reo exci-  
piente esté obligado a probar su excepcion, quia in excipiendo dicitur  
actor. l. 2. ff. de except. l. in exceptionibus 14. de probationib. Maschard.  
in tract. de probationib. conclus. 185. num. 1. Fulvius Pacianus de prob-  
bat. lib. 1. c. 68. n. 47. & lib. 2. c. 12. n. 35. Grafis in tract. de except. in prax-  
lud. ex n. 271. porque como el actor funda su intencion en vn contracto  
condicional, necessita de dar a entender que tiene accion para entrar en  
el juyzio, aliàs dicitur malè agere, et repellendus à limine iudicij, l. hac v̄-  
ditio, de contrahend. empt. Natta conf. 269. n. 1. lib. 2. Surd. conf. 186.  
n.



n. 12. Simon de Prætis conf. 11. n. 5. lib. 1. Tiraquell. de retract. §. 1. glof. 2. num. 240. Y por esta causa el actor tiene obligacion a probar la existencia de dicha condicion, solo con que el reo se niegue, mayormente quando el cumplimiento de la condicion no està por cuenta fuya, como en este caso.

7 No se contentò el señor Obispo de Pamplona con negar el cumplimiento de la condicion, pero passò à mas diligencia, y presentò testimonio de Luis Ordoñez, de que siempre ha estado en pie, y permanente el concurso de acreedores, y que nunca se ha entregado à don Fernando Ruiz de Alarcon la administracion libre de sus bienes: y otro testimonio de que don Fernando de Alarcon y Zuñiga, su hijo, y D. Geronima Menendez de Valdès en 14. de Julio del año de 1630. (antes de cumplirse el tiempo, y termino que se puso para alçar el dicho concurso, sin esperar el cumplimiento de la condicion, y haziendola faltar por su proprio hecho) efectuaron, y celebraron matrimonio por palabras de presente, con lo qual, dicho instrumento de capitulaciones quedò nulo, y resuelto, y de calidad, que en virtud del no puede la parte de D. Geronima obtener en via ordinaria, quanto mas en via executiva: *Nam promissio conditionalis, vel quicumque alias contractus sub conditione celebratus, conditione nõ adimpleta afficiuntur vitio nullitatis, extinguuntur, & annullantur, l. necessariò.* 8. vers. Quod si sub conditione, de pericul. & comod. rei vend. ibi: *Quod si sub conditione res venierit, siquidem defecerit conditio, nulla est emptio, securi neque stipulatio, cum vulgatis, Surd. conf. 381. lib. 3. n. 1. Bald. in l. pactum quod dotale, C. de collationib. & in l. fin. C. de pactis, Marcian. conf. 78. num. 46 nam in iure purificatur aliquid non fuisse factum, vel factum sub conditione non adimpleta, Honded. consult. 60. n. 15. vol. 1. p. 4. de ultim. volunt. Cravet. conf. 15. n. 3. lib. 1. cap. fin. de sponsalib. in 6. instrumentum quod nullam non meretur executionem, l. 4. §. condemnatum, de re iudic. Cancer. variar. resol. lib. 2. c. 3. n. 22. Valenç. conf. 32. n. 63. tom. 1. Barbof. voto 86. n. 12,*

*Oposicion, y respuesta de la parte contraria.*

8 Aviendo entendido los Abogados de D. Geronima la fuerça de estas doctrinas, se valen de que la condicion de que se alçasse el concurso antes de que tuviesse obligacion de contraer matrimonio con D. Fernando su marido, està puesta solamente en su favor: y consiguientemente, q̄ por esta causa pudo renunciarla, sin que quedasse extingta la obligacion del señor Obispo, a quien suponen no mirò la comodidad de la condiciõ; y ansí, que dicha doña Geronima no se perjudicò en los demàs capitulos tocantes a la obligacion del señor Obispo, y don Fernando Ruiz, que pro me-



metieron los alimentos, y todo lo demás; en contemplacion del matrimonio, para que don Fernando de Alarcon Niño pudiesse llevar sus cargas. De donde infieren, que el instrumento de capitulaciones queda puro, y exequible, y ponderan doctrinas sobre que *unusquisque iuri pro se introducto, potest renuntiare*, l. pen. C. de pactis, vbi Bald. l. vlt. C. ad l. Falcid. l. si patronus 20. §. 1. de donat. con otros textos que hablan en esta generalidad.

9 Esta respuesta se excluye con evidencia por los fundamentos siguientes. El primero, porque la condicion de alçarse el concurso de acreedores intra terminum præsignatum à contrahētibus, se puso en favor del señor Obispo, porque estando en el primer instrumento mancomunado con D. Fernando Ruiz de Alarcon su hermano, que era notoriamente insolvente por dicho pleyto de concurso, y que no tenia la administracion de sus bienes, era preciso que le tocasse el riesgo de pagar la cantidad prometida por ambos en dicho instrumento de capitulaciones, con que venia a ser prejudicado en dos mil ducados cada año, que se obligò a dar el dicho don Fernando Ruiz a don Fernando su hijo.

10 Para apoyo de esta verdad supongo, que el deudor que tiene formado concurso de acreedores, dicitur fallitus, & decoctus, & similis est ei, qui bonis cessit, Philippus Paschalis de viribus patris potestatis. 2. p. c. 9. n. 97. in hæc verba: *Ex his ergo inferitur, quod dum debitor est decoctus, similis est ei qui bonis cessit, postquam omnia eius bona sunt in concursu creditorum, & per eum est relicta administratio*, Salgado labyrinth. creditor. p. 1. c. 14. n. 3. y se dize non solvendo; de tal suerte, que el acreedor que tiene obligacion de hazer excusion en los bienes del principal antes de convenir à los fiadores, solamente con presentar testimonio de que el principal tiene formado concurso, se entiende aver hecho la excusion que el derecho pide, quando los fiadores se obligaron simpliciter, sin las renunciaciones ordinarias, l. a Divo Pio, §. si super rebus, vers. Sed & illud, de re iudic. ibi: *Vbi controversia est de pignore illud dimitti debere, & capi aliud, si quod est sine controversia*, Noguera alleg. 2. ex num. 112. Caldas Pereira de emption. & vendit. cap. 33. num. 18. Mascard. de probat. conclus. 737. n. 5. Pyrrhus Maurus in tract. de fideiussorib. sect. 6. de privilegijs fideiussorum, c. 3. n. 188. Heringius in eodem tract. cap. 27. num. 220. Muscatellus in praxi fideiussor. p. 2. q. 10. Molina de primogenijs lib. 4. c. 7. n. 31. Felicianus de Solis in tract. de censib. lib. 3. cap. 2. n. 8. tom. 1. & plures congesta Salgad. in labyrinth. credit. p. 1. cap. 23. ex num. 1. vsque ad 10. idem p. 1. c. 28. & in specie probat l. 1. tit. 15. partit. 5. ibi: *Desamparar puede sus bienes todo hombre, &c. no arviendo de que pagar lo que deba, &c. è debelos desamparar a aquellos a quien debe algo, diziendo como no ha de que faga pagamiento*; Y aunque este texto habla en cession de bienes,



nes, con mayor razon

formò juyzio de concurso, reamitir esta doctrina en el principal, que  
Idem, & maiori cum ratione dictum ubi proxime Salgado p. 1. c. 28. n. 4.  
inter suos creditores formant. Noguerrur in debitore concursus iudicium  
nino Amato decif. 93. *16. ex n. 101. Marco Anto*

11-21 Añado, que el deudor que formò concurso, *privatus est facta que se le buelva*  
la libre administracion de sus bienes, *creditoribus, nam interim dum pendet concursus interdicitur solvendi suis*  
*honoru.* Fontanella de pactis nuptialibus to. 2. claus. 5. gloss. 8. *diministratio*  
& n. 39. Stracha de decoctoribus, p. ult. tit. qui potiores in bonis  
ctoribus habeantur, num. 34. Cephial. conf. 86. num. 8. & 12. & resolu  
fuisse per Rotam Romanam de anno 1593. refert Statilius Pacificus post  
tract. de Salviano interdicto decif. 90. n. 6. quæ est Seraphin. decif. 1074.  
sequitur Fontanell. de pactis nuptialib. tom. 2. claus. 5. gloss. 8. p. 8. n. 31.  
38. Anton. Thefaur. q. forens. 16. n. 13. Salgad. in labyrinth. p. 1. c. 14.  
num. 7.

12-1 Todos estos principios, que son conocidos, y llanos en la materia  
de deudores, que tienen formado concurso, fue necesario acordarse, pa-  
ra que se entienda el riesgo que trae consigo el mancomunarse con vn  
insolvente, pues es lo mismo que si se obligara solo el señor Obispo, a dar  
los dos mil ducados en cada vn año, con que la condicion de alçar el con-  
curso, mirado el efecto, solo se puso en favor del señor Obispo, pues en  
caso que no se alçasse, no venia a perder nada D. Geronima, porque me-  
jorava de deudor, y siempre tenia ciertos sus 211. ducados, cò que es cier-  
to, que atendido el efecto de la condicion, solo se puso en favor del señor  
Obispo, pues su S. Illustrissima era el que avia de pagarlos, por obligarse  
de mancomun con vn insolvente, si la condicion no estuviera repetida en  
los alimentos, con que es cierto, que atendido el efecto de la condicion,  
solo se puso a favor del señor Obispo, & conditionis effectus est attenden-  
dus. Careharius decif. 69. num. 12. Camill. de Laratha conf. 5. n. 32. &  
conf. 70. n. 3. Natta conf. 430. n. 16. lib. 2. & conf. 614. n. 4. lib. 4. Bologn.  
conf. 10. n. 9. Crotus còs. 4. n. 17. Turret. conf. 44. n. 7. lib. 2. Intrigliol. in  
tit. de feudis cent. 2. art. 36. n. 3. Rodoanus in titulum de rebus Ecclesia-  
stic. non alienand. q. 23. num. 56. y se funda, que no solo se puso a favor  
de D. Geronima, porque la condicion de alçar el concurso antes de efe-  
ctuarfe el matrimonio, està repetida manifiestamente en los alimentos,  
como parece del tercer capitulo de las capitulaciones, en el qual se obli-  
ga don Fernando Ruiz à que ha de dar, y señalar 211. ducados al dicho  
don Fernando su hijo por via de alimentos, y causa onerosa del matri-  
monio, en lo mejor, y mas bien parado de las rentas de sus mayoradgos,  
à eleccion de D. Maria de Erafo y Valdivia, y D. Geronima su hija, y D.

E Fer



Fernando de Alarcon Niño, y de qualquiera de ellos, con facultad de poder variar, sino pareciere cierta la renta de lo que en vna, o mas vezes pidieren, que se les señalen los dichos sus alimentos: y toda esta clausula es imposible, *impossibilitate iuris*, que se cumpla por el dicho don Fernando Ruiz de Alarcon, sin que esté cumplida la condicion de alçarse el dicho concurso, porque este, para que no se entienda simulado, y se forme segun estilo, y doctrinas corrientes de todos los Interpretes, es necessario que se nombre administrador a los bienes, como latamente discurre Salgado in labyrinth. credit. part. 1. cap. 1. Farinac. in tract. de simulatione, q. 162. a num. 228. cum multis sequentibus, Menoch. de arbitr. lib. 2. cas. 39. num. 7. & 25. & de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 124. num. 31. Mantica de contractibus lib. 3. tit. 36. num. 2. & tit. 39. à n. 20. Y esta doctrina es textual de la l. vend. §. vnus, l. pen. l. fin. de bonis author. iudic. poss. l. 2. de curator. bonis dando, prosequitur latè Salgado p. 1. c. 13. n. 1. cum sequentibus.

13 Quitandose, pues, la administracion de sus bienes al deudor; que formò el concurso, no puede disponer de ellos, porque àquella quien le està interdicta la administracion de sus bienes a iure, vel a iudice legitimam personam, non habet ad contrahendum, l. Iulianus 10. de curatore furiosi, l. is cui bonis 6. de verb. oblig. Salgado in terminis terminantibus in labyrinth. part. 1. cap. 14. ex num. 4. Gregor. Lopez in l. 9. tit. 15. part. tit. 5. La razon consiste, en que el sequestro de los bienes se dirige a fin de que el deudor *ulterius se ingerere non possit in eorum administratione*: y faltara el fin del sequestro, si despues se le permitiera la disposicion; Salgad d. c. 14. Valençuel. Velazquez conf. 19. ex num. 43. tom. 1. & in cõf. 189. num. 14. & conf. 111. num. 7. tom. 2. Martha in voto, seu decif. 78. num. 10. Salgad. vbi proximè, num. 8. y en esta materia no es necessario intimar al deudor decreto del Iuez, ni que le aya en orden à que no pueda disponer de los bienes sequestrados: *Quoniam ad prohibitionem ideam importat sola bonorum sequestratio, quod iudicis, aut iuris interdictio, prohibitio, aut inhibitio*, l. de pollicitationibus, & ibi Bart. de pollicitationibus, l. si creditores, in fin. de privilegijs creditor. Bald. in l. per diversas in q. 6. C. mandati, Roderic. Suarez in l. 2. tit. de los emplaçamientos, in fin. n. 10. Cancer. variar. resol. lib. 2. tit. 4. de sequestro a num. 40. cum seqq. Salgad. loco proximè allegato, & de protectione Regia 4. p. cap. 6. n. 170. *Stante autem iudicis prohibitione, ne debitor de bonis disponat, si contra faciat qualibet obligatio, alienatio, si-ve dispositio, inutilis est*, Flores de Mena in addition. ad Gammam decif. 285. Gutierrez quæst. pract. q. 113. n. 5. Azeved. in l. 13. tit. 9. lib. 3. Recop. Parlad. lib. 2. rer. quotidian. cap. fin. §. part. §. 17. Anador Rodriguez de creditorum concursu, 1. p. art. 6. n. 33. cum seqq. en tanto, que sin que intervenga decreto, ni pactos, ni transaccio-



facciones, ni otros qualesquiera contractos, que toquen a la administracion de bienes, son validos, si los haze el deudor que formò el concurso, Scaccia de cõmercijs, §. 2. glos. 5. n. 229. & 245. Stracha de decoctoribus pl. 3. n. 28. Gaito de credito c. 2. ad tit. 7. n. 2049.

14 De donde se infiere otra elegante doctrina para nuestro intento, videlicet, que el acreedor consignatorio, a quien antecedentemente al concurso, el deudor que despues le formò, huviessse consignado censos, ò frutos, ò otra hazienda, para la satisfacion de su credito, luego que se forme el concurso tiene obligacion a parecer en el, y traer todos los bienes que le fueron consignados, *à qua collatione nulla arte se poteris excusare*, in terminis Guzman in tract. de evictionibus, cap. 35. a num. 113. cum multis sequentibus, Cartharius decif. 19. Giurb. decif. 104. n. 5. Ofasch. decif. 62. n. 17. Alexand. conf. 17. lib. 1. & conf. 15. lib. 6. Tufch. to. 1. conclus. 183. n. 31. lit. C. porque con solo que el deudor forme el concurso *abdica vit a se banorum administrationem*, y faltando esta, no puede subsistir la consignacion antes hecha, docent hoc numero relati.

15 Aluntando estas doctrinas con el cap. 3. del instrumento de capitulaciones, se infiere infaliblemente vno de dos principios, ò que la condiciõ de alç arse el concurso, no solo se puso a las esponsales, sino que se repitiò en la obligacion de los alimentos, ò que esta no pudo ser eficaz, y consiguientemente no quedaron obligados el dicho don Fernando Ruiz, ni el señor Obispo, porque la consignacion de los 2y. ducados en las rentas de los mayorazgos, y en lo mejor, y mas bien parado de ellos, y la facultad de variar, pudo solo tener efecto, en caso que se cumpliesse con la condicion expressada en el primer capitulo, de que se huviesse de resolver el concurso, y dar satisfacion a los acreedores; de forma, que no pudiesen embargar los bienes, para que cumplida la condicion, pudiesse D. Fernando Ruiz consignar la paga de los 2y. ducados en las rentas de sus mayorazgos, à eleccion de dichas señoras, y don Fernando su hijo, y cumplir con todo el tenor, y forma del cap. 4. Que pendiente el concurso, D. Fernando Ruiz no pudiesse disponer de sus bienes, y que la disposicion sea nula, lo dexo fundado desde el num. 13. Luego precisamente se cõfigue, que para ser valida la disposicion, es necessario entender la condicion repetida en los alimentos. Y si los Abogados contrarios impugnaren la repeticion contra lo literal del cap. 3. de las capitulaciones, necessariamente deben confessar, que D. Fernando Ruiz quiso obligarse luego, & per consequens, que el contrato hecho por el, tanquam a fallito, & decocto, es nulo, como dexamos ponderado.

16 Y si confessaren la nulidad de la obligacion, respeto de don Fernando Ruiz, deben confessar la mesma nulidad, respeto de la que dizen contraxo dicho señor Obispo, porque ò le consideran co-reo de deber, ò fiador



01  
dor (que como tiene tan pocos fundamentos su justicia, no ay fenda que  
no variassen de las que eligieron para seguir la demanda, hazien dolo al se  
ñor Obispo, ya reo, ya fiador, ya co-reo) en ninguna de las dos consi  
deraciones puede tener subsistencia el contrato de capitulaciones en lo  
que toca al dicho señor Obispo: La razon es manifesta, y que dimana de  
vn principio llamo de derecho, *quo cauetur duos reos in solidum constitui non  
posse, quando adest obligationis imparitas*, l. eandem 9. §. sed si quis in de  
ponendo, de duobus reis constituendis. Deposito se vna casa penes duos,  
hizose pacto de que vno est uiesse obligado por la culpa, siendo ansy q  
por el deposito solamente el depositario tenetur ex dolo, l. contractus,  
de reg. iuris, l. 1. §. si conuenit depositi. Pregunta Papiniano, si por este  
deposito que se hizo in solidum penes duos, se constituiran dos reos de  
deber y responde con estas palabras: *Veritas est non esse duos reos, à quibus  
impar suscepta es obligatio*, sino se constituyen dos reos, en caso que respe  
to dela casa es igual, y eficaz la obligacion solamente, porque no se igua  
la en el modo de las prestaciones, *Ex eo quod alter promissit, culpam ultra  
naturam contractus* mucho menos se podian constituir dos reos de de  
ber, quando la obligacion del vno es nula, è ineficaz desde su principio,  
notat Cuiacius in d. §. sed si quis in deponendo, sub lib. 27. quæst. Papi  
vbi etiam Barr. Que el señor Obispo se quiesse obligar como co-reo de  
deber con D. Fernando Ruiz su hermano, consta del capitulo tercero de  
las capitulaciones, jibi: *Y el dicho señor D. Francisco de Alarcon se obliga jun  
tamente, y de mancomuni con el dicho señor su hermano.*

17  
Y que la mente del señor Obispo fue obligarse subsistiendo la obli  
gacion de su hermano, consta del dicho capitulo tercero, en que renun  
cia, para fortalecer la propria, las leyes de la mancomunidad, divi sion, y  
excusion en forma, la qual renunciacion fuera ociosa, sino se supusiera o  
bligado a su hermano, l. reos 11. de duobus reis, l. inter eos 5 1. §. duo  
rei, de fideiussorib. iuncta nouella 99. cap. 1. de duob. rei, Gutierr. de  
iurament. confirmat. 1. p. c. 23. num. 10. & practic. quæstionum lib. 5. q.  
90. num. 2. & 3. Azeved. in l. 1. tit. 16. lib. 5. nov. Recop. ex num. 3. Go  
mez. 2. tom. variar. cap. 12. num. 2. Gifanius ad l. 3. C. de fideiussoribus,  
pag. 437. Barth. in authent. hoc itaque; *Quomodo enim renuntiari potest  
executioni, es divisioni, que nec potest, nec fieri debet*, no subsistiendo la o  
bligacion de don Fernando Ruiz, *Nam privatio supponit habitum, es nul  
tus entis, nullæ sunt qualitates*, l. decem 116. de verb. obligat. cap. ad dis  
solvendum, de sponsalibus, l. 5. vers. Post defectum, de iniusto rupto, con  
que sucede la regla, que *ex defectu consensus, nulla esset orta obligatio*, aun  
quando doctrinas tan individuales no asistieran al señor Obispo, pues en  
la renunciacion, que es la señal mas demostrativa de fortalecer su obliga  
cion, supuso la de su hermano: *Et actus non operantur ultra intentionem  
agen-*



*gentium*, l. non omnis 19. de rebus creditis, Tusch. pract. concl. cœcl. 48. lit. E. verb. Effectus, & conclusionē 269. lit. I. verb. Intentio, cū alijs: Y es llano, que las cláusulas que mas executivamente se pōnen para fortalecer la obligacion, *nullius momenti sunt*, sino vale la obligacion principal, Felin. in cap. licet, de officio ordinarij, num. 7. versic. Tertia declaratio, Anton. de Butr. conf. 29. in princip. Decius conf. 304. n. 6. & seqq. & conf. 413. num. 8. & 470. num. 4. & conf. 52. num. 14. idem Decius conf. 500. num. 9. Tusch. pract. conclus. 312. lit. C. per totam. Si al señor Obispo le quieren considerar fiador, tambien es cierto que no subsiste la obligacion fideiussoria, *si principalis obligatio non valeat*, l. 1. stipulatus 6. §. vlt. l. qui contraria 1. l. fideiussor 16. de fideiussorib. Y el fiador *in causam detentionem accipi non potest*, l. hi qui accelsionis 34. eod. tit. Y el texto mas a proposito de la materia en que se va discurrendo, es la *lis cui bonis* 6. de verb. oblig. *Is cui bonis interdictum est stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest, et promittendo obligari, is ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso*. No ignoro que este texto le entienden las Teoricos en aquellas palabras, *Is cui bonis interdictum est*, del Prodigio, Cujac. in recitationibus solemnibus ad ipsum, vbi etiam Donell. & Duaren. Anton. Faber in. Jurisprudencia tit. 12. principio 3. pag. 754. Pero no ay practico que hable en los terminos de deudor, que trate de obligarse despues de formado el concurso, que no le asfimize al Prodigio, y no vse de la dicha l. 6. para probar la nulidad de la obligacion, Salgad. d. cap. 14. num. 5. el qual para este assumpto aplica a este caso la l. Iulianus 10. de curatore furiosi, l. furiosi 40. de regul. iuris, que hablan en Prodigos, con que se ajusta, que en la practica, el deudor que formò el concurso, se ha de censurar por las reglas del Prodigio en lo que toca a obligarse.

18. *C.* Es fuerçase mas esta doctrina, con que al deudor despues del concurso le tienen por muerto, y dizen que mudò estado los Interpretes, y que non habet velle, nec nolle, Gaito de creditoribus cap. 2. tit. 7. num. 2398. cum seqq. plenissimè Fab. de Anna conf. 82. per tot. sequitur Salgad. in labyrinth. 1. part. cap. 28. Y ansimismo le equiparan al furioso, *ut ex ipsis videre licet*, con que se excluye la respuesta que pueden dar los contrarios, diziendo, que valiò la fiança del señor Obispo, por la obligacion natural que contraxo saltim D. Fernando Ruiz, l. 6. §. vltim. de fideiussoribus, l. si pupilli 127. de verb. oblig. porque como queda dicho, *Prodigo equiparatur*: y quando la ley refierte a la obligacion, ni aun la natural se contrae, l. cum lex 46. de fideiussoribus, ibi: *Cum lex venditionibus occurrere voluerit, fideiussor quoque liberatur, eo magis, quod per huiusmodi actionem ad rem per venitur*, l. si quis pro eo 56. eodem tit. iuncta l. iuris iurando 7. de operis libert. Sarmient. lib. 1. selectar. cap. 3. num. 12.



11  
Covarrub. in cap. quavis pactum, r. part. §. 2. num. 5. Connanus lib. 6.  
comm. cap. 6. num. 12. Fortunius Garfia in cap. 1. de pactis, fol. 71. co-  
lumn. 3. Mendoza de pactis lib. 1. cap. 4. num. 19. ibi: *Principalis vero*  
*ideo non tenebatur, et ibi irritata enim erant à lege materia omnes ad reci-*  
*piendam operarum obligationem.* Y en terminos de que quando el derecho  
resiste a la obligacion, no resulta la natural, videndi sunt Bart. in l. 1. in  
fin. de novationibus, Fagundez lib. 1. de iustit. & iure, cap. 13. num. 12.  
Thom. Sanch. lib. 6. de matrim. disp. 38. num. 27. Oñate tom. 1. de con-  
tractibus tit. 2. disp. 4. num. 91. con que sucede la regla del texto en la  
l. fideiussor. 16. in princip. de fideiussoribus, ibi: *Fideiussor obligari non po-*  
*test ei apud quem reus promittendi obligatus non est,* y se dexa ajustado, que  
ni como co-reo de deber, ni como fiador esta obligado el señor Obispo,  
si la condicion de alçarse el concurso no se entiende repetida en los ali-  
mentos: Solo queda à los contrarios considerar al señor Obispo como  
reo, y principal pagador, pero esta consideracion la resisten las palabras  
del cap. 3. de las capitulaciones referidas sup. num. 16. in fin. y esta calidad  
es maximi præiudicij, vt adducta practicum congerie observat Va-  
lencia illustrium tom. 1. tit. 4. cap. 4. num. 5. & 6. con que no se presume  
contra el obligado, sino se expressa, argum. text. in l. cum de indebito 25.  
de probationibus. ni de la taciturnidad se induce consentimiento interpreta-  
tivo, *In his que sunt gravis præiudicij,* l. sicut, §. non videtur quibus mo-  
dis pignus, vel hypothec. l. filius famil. §. invitus, de procuratoribus, *Et*  
*si qui tacet, sit præsens,* Alex. & Ripa in l. 2. §. voluntatem, soluto ma-  
trimon. Bartol. in l. que dotis, eodem tit. vbi Iason. num. 68. Abbas, &  
Felin. in cap. nonne, de præsumpt. Covarrub. practicum quæst. cap. 15. n. 5.  
vers. Deinde constat, con que no haze fuerza Fontanell. decis. 472. que se  
debe entender quando el fiador se obliga como principal pagador, y ha-  
ziendo de deuda agena suya propria, vt ex eius verbis patet, num. 3. De-  
terminen, pues, los Abogados contrarios à confessar la condicion por re-  
petida en los alimentos, sino quieren confessar, que desde el principio fue,  
*ex omnibus capitibus,* nula su obligacion, por averlo sido la de D. Fernan-  
do Ruiz su hermano.

*Apoyase ex abundantia, que la condicion de resol-ver el concurso està re-*  
*petida, y en la obligacion de alimentos.*

19 Pruebase lo segundo este assumpto con el tenor de la clausula del  
capitulo 3. del instrumento de capitulaciones, en que se obligò D. Fernan-  
do Ruiz a dar los 20 ducados por via de alimentos, con facultad que pu-  
diessen elegir lo mas bien parado de sus mayoradgos D. Geronima, y su  
madre, y D. Fernando de Alarcon Niño, y de que pudiessen variar, co-  
mo



nó mejor les pareciese, para que los cobrasen más fácilmente; mirada  
 a qualquiera luz de esta clausula y en la letra, en la mente de los contrayen-  
 tes, manifiestamente conviene a los que quieren dezir, que la condición  
 de que se huviesse de alçar el concurso, no está repetida en la obligación  
 de los alimentos; por que para eligirse lo mas bien parado de los mayor-  
 azgos de don Fernando Ruiz, era requisito necesario que huviesse ma-  
 yor azgos, y que tuviessen sus bienes existencia; y sin esta, no puede aver  
 ni elección, ni variación; *l. cum hereditas. §. si Titius, qui; de a quibus  
 iusto eius verò intellectu, de quò Cuiac. l. i. §. 4. ff. Juliani, l. scilicet tribi;  
 Scilicet si ante exhiberetur, l. Scyphi. 4. cum alijs, de optione legata, l. in  
 hac actione. §. si temis, optare ad exhibendum; y aunque los bienes del  
 concurso existan realmente para el efecto de la elección, y variación, no  
 se entienden existir, mayormente a viendo de dependerlo uno, y lo otro  
 de la disposición de don Fernando Ruiz, a quien (como tenemos advor-  
 tido) le está prohibida la administración de sus bienes. *Nam in iure idem  
 est, non esse realiter, et non esse civiliter*, argumento eorù, que tradit Do-  
 ctôres in l. qui restitueret. 68. de rei vind. Y pues D. Geronima se casó an-  
 tes que se cumpliesse la condición de alçar el concurso dentro del año  
 en que se otorgaron las capitulaciones, a si se puede imputar el no elegir,  
 ni el variar en las rentas de los mayor azgos; *l. si optione rei ad exhiben-  
 dum, §. si optione; ait Paulus, intra certum tempus datur iudicium; in id tempus  
 extra certum est, quo frustra exhibetur; utilitas petitoris conferretur: quod si  
 per heredem non statit, quominus exhiberet tempore iudicij accipiendi, absol-  
 vendus est heres*, Don Fernando Ruiz no se obligó a levantar el concu-  
 rso dentro del año tan precifamente, que de no hazerlo, se obligasse a los  
 intereses, pues solo se puso por condición, que dentro del año, sino estu-  
 viesse alçado, quedassen refueltas las capitulaciones, y libres las partes, pa-  
 ra contraer matrimonio libremente; Si el matrimonio se efectuò antes,  
*per ipsum statit;* por que no ay mora donde no se supone obligación; *l.  
 si pupilli. l. 27. de verb. oblig. ibi; Nulla intelligitur mora fieri, ubi nulla pe-  
 nitio est*. Lo que resta es, que absolvatur. Y quando estuviere puesta la co-  
 dición en favor de D. Geronima, como por su parte se pretende, con aver  
 contraido el matrimonio *ante impletam conditionem*, es visto aver renun-  
 ciado los intereses que de ella se le podian seguir, vt probat text. in l. sta-  
 tu liberis, §. Stichus. 13. de statu liberis, *ita et non sit locus penitentie*; pero  
 lo cierto es, que se puso en favor de todos, y en este caso no pudo pre-  
 judicar los intereses, que a las demás partes se le podía seguir, de resolverse  
 dicha condición; *l. 1. C. de pactis, ubi Bald. num. 3. Andreas Galganeus  
 de conditionibus. 2. part. cap. 1. quz. l. 6. 1. maximè, quando de renunciar-  
 la por su parte, era tan grande el perjuizio del señor Obispo, como está  
 ponderado desde el num. 9. hasta el 12.**

Ter-



20 **tercio** probatur, que la condicion de resolverse el concurso esta re-  
 patida en doscientos por ob cap. 4. de las capitulaciones, en q. el señor  
 Obispo se obliga a que los dichos 200 ducados sean ciertos, y seguros:  
 Toda la oracion de esta clausula dice efectos de fiança de saneamiento,  
 pues por esta fiança solamente se obliga el fiador al sanço, y seguridad  
 de la deuda principal, y dicha fiança se entien de condicional, desde su  
 principio, de qual fuerde, que antes que exista la condicion, no nace accio:  
 y asi es necesario, que *primò excuriatur de hitor principalis*, P y r u s Mau-  
 r u s de fideiussoribus l. 6. de privileg. fideiussor. cap. 3. num. 207. foli-  
 507. *Em g o u s* Suare z receptarum sententiarum, lib. 1. num. 139. Gra-  
 tianus disc. 97. forens. cap. 3. 4. C. i n c e r / v a r i a r. 20 part. cap. 5. num. 45. &  
 78. & 3. part. cap. 1. num. 124. *H e r i n g i a s*, *T u f c h u s*, *P a r l a d o r u s*, *B o b a-*  
*d i l l a*, & in numero alij relati ab *A y l l o n a d* *A n t o n*, *G o m e z* 2. tom. cap. 121  
 num. 4. *S a l g a d i o* lab y n o h i. crediti par. tit. cap. 23. num. 83. ibi: *A p b a c* res-  
 g u l a f i d e i u s s o r i u m d e m i n u t i s c o n d i t i o n i s s u b s t a n t i a c o n d i t i o n a l i s e s t i d  
 p e r t i n e n s i n q u e p r i m o a c t i v a a n t e c o n d i t i o n e m p u r i f i c a t a m n a t a n o n e s t. E s i d e o  
 s e m p e r e x c e p t i o p r o p o n d p o t e s t, e n i a m p o s t s e n t e n t i a m d e e i u s e x e c u t i o n e m s u s-  
 p e n d e n d a m i n d e c o m p r i s e x d o c i t u r d e h i t o r p r i n c i p a l i s. Esta excusion, aun-  
 que se renuncie, y aun que se jure la renunciacion, siempre se debe hazer,  
 porque implica a la fiança de indemnidad el que no se haga, *G a m a* de-  
 c. 379. & 380. vbi *F l o r e s* de *M e n a*, *G o m e z* 2. tom. *v a r i a r*. cap. 32. n. 4.  
*G u t i e r r e z* de jurament. confirm. part. cap. 23. num. 14. Y que la dicha  
 clausula de nuestros efectos de fiança de indemnidad, se prueba de aque-  
 llas palabras, ibi: *Q u i e r e s e r e x e c u t a d o l u e g o q u e s e p a s e e l a ñ o e n q u e n o s e*  
*h a t u e r e n c o b r a d o l o s d i c h o s 200 d u c a d o s p a r t e d e e l l o s*, l. decem. 116. de  
 verb. oblig. vltim. si certum petat. l. 2. C. de fideiussoribus tutor. tra-  
 dunt supradlati d. l. y 23. nois. l. i. q. 2. al. as. l. i. v. n. l. l. b. o. p. o. b. s. l. s. i. b. v.

21 **Resulta** de dicha clausula, que hasta passarse el año no se pudiesse  
 executar al señor Obispo, porque hasta entonces fue voluntad de los co-  
 trayentes el que se explorasse el sanço, y seguridad de los 200 ducados a  
 que se obligo Don Fernando Ruiz su hermano, consignandolos a elec-  
 cion de los contrarios; bien se conoce, que si el señor Obispo quisiera ob-  
 ligarse puramente, y sin la condicion de alçarse el concurso, fuera cosa  
 inepta e sperar el año para que se conociesse el saneamiento de la paga de  
 vna persona notoriamente insolvente: como lo fuera tambien el obligar-  
 se a la paga de la cantidad, que ab ipso minus exacta fuisset, contra text.  
 in d. l. de camb. 116. gl. v. verb. oblig. siendo assi, que lo vno, y lo otro era ne-  
 cessario, por estar notisolvendo dicho don Fernando, y sin necessitarle de  
 mas execucion, que la de constar, que tenia formado concurso a sus bie-  
 nes: La inteligencia, pues, literal de dicha clausula es, que aviendose obli-  
 gado don Fernando a consignar los 200 ducados en lo mas bien parado  
 de



de las rentas de sus mayorazgos; despues de estar resuelto el concurso, el señor Obispo se obliga a que los dichos 27. ducados sean ciertos, y seguros, y se cobrarán por los tercios del año, &c. id est, que dicho D. Fernando los consignará en la forma referida: Y en caso que passasse el año sin averlo hecho, consiente el señor Obispo ser executado, ò por todos ellos, ò por la parte, que no huviesen cobrado D. Fernando de Afarcó, y D. Geronima su muger. Y si esta clausula no se entien de assi, es preciso dezir, que quiso obligarse puramente D. Fernando desde su principio, no lo pudo hazer, *nec naturaliter*, como está discurrido.

22 Y de la inteligencia dada resulta ansimismo, que obligandose al fiancamento el señor Obispo, no se puede entender valido el contracto, ni si presupuesta la obligacion de su hermano, d. l. decem, ibi: *Decem stipulatus a Titio, postea quanto minus ab eo consequi possis, si a Marcio stipularis, si ne dubio Marcio uniuersi potest periculum subire, sed etsi decem petieris a Titio, Marcio non erit solutus, nisi iudicatum Titius fecerit, Paulus notat: Non enim sunt duo rei Marcio, est Titius eiusdem obligationis, sed Marcio sub conditione debet, si a Titio exigi non poterit, igitur nec Titio convento Marcio liberatur, qui an debiturus sit incertum est, est solvete Titio non liberatur Marcio, qui nec tenebatur cum conditio stipulationis deficit, nec Marcio pendente stipulationis conditione, recte potest conveniri, a Marcio enim ante Titium excusum non recte petetur.* Vease por las palabras de este texto si puede aver contracto del genero que le contraxo el señor Obispo, sin que se presuponga obligacion en el principal.

23 Y aunque si se huviera efectuado el matrimonio, cumplida la condicion de resolverse el concurso, conforme a lo convenido en las capitulaciones, podia aver duda, si aun passado el año, y no pagados los 27. ducados, el señor Obispo podia ser convenido, no obstante la renunciacion de la excusion, sin que esta precediesse en los bienes de D. Fernando su hermano, por que en la fiança de indemnidad no tiene efecto la renunciacion, como lo assientan por constante Gama, Flores de Meña, Gutierrez, y otros referidos por ellos; pero por dar algun efecto a la mancomunidad, debaxo de la qual contraxo el señor Obispo, se ha de assentar, que el mismo contrato participò la naturaleza de la mancomunidad, y la de la fiança de fiancamento, y en esta consideracion nunca pudo subsistir el contrato hecho por el señor Obispo, no subsistiendo, *saltim sub conditione*, la obligacion de Don Fernando Ruiz, y repetida en ella la condicion de los alimentos, de que se infiere, que tambien está repetida en la que quiso contraer el señor Obispo.

24 Quarto probatur, que en la obligacion que quiso contraer el señor Obispo está repetida la condicion de resolverse el concurso, y se colige de aquellas palabras: *A que los dichos 27. ducados sean ciertos, y seguros, y*



se cobrarán: Y de aquellas: *Quiere ser executado luego que se passe el año, en que no se huvieren cobrado los dichos 27. ducados, ò parte de ellos.* Y la razón nace, de que don Fernando Ruiz aviendo señalado dicha cantidad para los alimentos de su hijo, en lo mejor, y mas bien parado de las rentas de sus mayorazgos, solo tuvo obligacion en fuerza de este capitulo a consignarla, a eleccion suya, y de D. Geronima, quedando la exigencia, y cobrança à cuidado de los sobredichos; y de tal fuerte, que si lo menos que huviesse cobrado de los consignatarios, D. Fernando de Alarcon no quedara por expreso capitulo diferido en su juramento de acreedor pu- ro, aun cumplida la condicion del concurso se hiziera condicional, y hu- viera menester hazer excusion en los bienes de los consignatarios, para tener regresso contra los consignantes, Cane. variarum resolut. lib. 2. cap. 6. de solutionibus, num. 168. Fontanell. de pactis nuptialibus tom. 1. claus. 4. gloss. 9. part. 5. a num. 31. cum multis seqq. Doctissimus Ro- driguez lib. 2. de annuis redditibus lib. 2. quæst. 17. num. 33. Guzman de evictionibus quæst. 35. a num. 6. cum sequentibus, & a num. 89. Surdus conf. 22. num. 11. Beccius conf. 105. Ofascus decis. 62. Y se prueba del texto en la l. si mandavero, §. interdum mandati, Salgad. in labyrinth. cre- dit. part. 1. cap. 10. num. 40. Y es de creer, que se otorgò el contrato en esta forma, para escusarse pleytos entre padres, y hijos, toto tit. de obse- quijs parenti, & patrono præstantis, l. patrem 6. de in ius vocando: Y as- si por la consignacion que avia de hazer D. Fernando Ruiz, cumplida la condicion de resolverse el concurso, solo daba el ius exigendi a su hijo, y no se librara el padre por dicha consignacion, hasta que cobrasse con efe- cto las rentas consignadas su hijo.

25. ubi. Muy conforme, pues, al contrato de su hermano contrae el señor Obispo, ibi: *Y se cobrarán, ibi: En que no se huvieren cobrado,* que dize la exaccion del hijo, y la consignacion del padre, y nada era posible, si el concurso no estava resuelto: Luego la condició de que se resuelva, se en- tiende repetida en el contrato de alimentos, asis respeto de don Fernan- do Ruiz, como del señor Obispo, *aliàs enim ut diximus,* es imposible el cumplimiento de lo tratado, *es impossibillium nulla est obligatio,* l. impos- sibilium, de reg. iuris: Y todos los actos se deben interpretar, vt potius va- leant, quam pereant, l. Divus, de usu, & habitatione, l. 3. de testam. mili- tis, l. quoties in stipulationibus, de verb. oblig.

26. ubi. Quinto probatur, porque para ser vn contrato condicional, basta que este puesta en qualquiera parte del, y con averse puesto en su princi- pio, y prefacion, censetur in totum contractum influere, l. Titia 134. S. idem rependit, de verb. oblig. ibi. *Plerumque ea que prefationibus conve- nisse, concipiuntur etiam in stipulationibus repetita creduntur.* En cuyo tex- to pone Bartolo por samario, *Quod ea que in prefationibus ponuntur, etiam*



*in stipulationibus repetita creduntur*, Idem docet Alberic. Castrenf. Alex. Iaf. & Fortunius in l. item quia 4. §. vltim. de pactis, l. Triticum 94. de verb. oblig. iuncta interpretatione Donel. Prueba la misma doctrina la l. si vinarum, de servitutibus vrb. præd. l. si tibi liberū 8. de action. empti, l. lecta, vers. Dicebam, ff. de rebus creditis, l. sed etsi me putem, §. cum iter, de condit. indeb. l. qui in futurum 5. de pactis: Y aunque el contrato en que quiso obligarse el señor Obispo no fuera condicional, como se ha dicho, ni inferido de sus mismas palabras, y sonara por ellas a puro, adhuc la condicion de los alimentos se avia de tener por repetida en el, leg. 4. §. fin ibi: *Et stipulatio pure concepta fuisse conditionem inesse stipulationis, atque si hoc expressum fuisset*, Mendoza lib. 2. disp. iuris civilis, cap. 8. disp. 406 §. glos. in l. per pactum, C. de iure dotium, Thesaurus quæst. foren. lib. 1. quæst. 1. Accedit vna doctrina de Thusco practicarum conclus. conclus. 289. lit. C. verb. Clausula, ibi: *Clausula in principio posita refertur ad sequentia, quia magis precedentia influunt in sequentibus, quam sequentia in precedentibus*, plenè Alexand. conf. 51. viso themate, num. 2. lib. 3. vbi plena apostill. in vers. Sequentia, Tiraquell. qui infinitos citat, de retract. lignag. §. 1. glos. 14. n. 25. plenius Mathesil. sing. 150. nota singulare dictum, vbi apostill. innumeros citat, Decius conf. 500. in causa quæ Mantuz. num. 8.

27 La condicion de alçarse el concurso se puso antes de los capitulos en que contraxeron D. Fernando Ruiz, y el señor Obispo, ergo influit, y califica su obligacion: y no obsta la doctrina de Thusc. d. conclus. 289. num. 7. ibi: *Limita, quando clausula precedens continet condiciones, vel modos ad personas, quia si ve in eadem oratione, si ve in diversa dicta persona vnus, nunquã sunt repetita in persona alterius subsequens*. De q̄ se puede hazer argumento, q̄ no se entienda en los alimentos, porq̄ se puso la condicio expressamente en las personas de D. Fernando de Alarcon, y D. Gerónima; Pero responde se facilmente, que esta doctrina es original de Alexandro, como parece del mismo Tusco num. 7. ibi; *Alexander conf. 158 abundè num. 2. & seq. per tot. vers. Quibus parum*: Y mirado atentamente todo el consejo de Alexandro, y las doctrinas de Bartulo en la l. Saix, §. Caio. de fundo instructo, y de Bald. en la l. fin. §. Saio, de leg. 2. se conocerà que hazen en favor del señor Obispo, porque la condicion que està puesta en la clausula antecedente, entonces no influye en las subsiguientes, quando *non omnibus personis vniformiter congruit*, que en vnas sea potestativa, y en otras por la repeticion se haga condicional, ibi: *Dicentes, quod in d. §. Saio, non intelligitur ne repetita conditio in persona Marcelli, quia illa conditio, si heres non erit Saio, non aequaliter congruebat Saio, & Marcello, nam in persona Saio erat potestativa, sed in persona Marcelli erat casualis*. O quando la condicion que es voluntaria en vno se haze por la



la repetición necesaria en otro, ibi num. 4. *Tamen talis conditio, vel qualitas in ipsius Gabrielis persona est necessaria, quia testatus in ea etate decedere non poterat, sed in persona Alberti etate maioris erat dicta conditio omnino tempore voluntaria, quia omni tempore poterat testari, & non testari, certum est autem, quod voluntaria conditio a necessaria, longè differt, ut patet in l. in illa stipulatione, §. si Kalendis, de verb. oblig. l. si pupillus, §. qui sub conditione, de no. vationib.* La condicion de alçarse el concurso, respeto de todos, es casual: y así está tan lexos de ser contra el señor Obispo la doctrina de los Interpretes referidos, que antes haze en su favor, pues quando la condicion puesta en la clausula antecedente no pierda su naturaleza, por repetirse en la subseguente, repetita censetur, vt patet ex traditis ab Alexand. d. conf. 58. per tot. Y en el mismo num. 5. dize, que es necesaria providencia especial en las clausulas subsiguientes, para que la condicion puesta en la primera, no influya en ella, ibi: *Tamen fallit quando in sequentibus specialis promissio adhibita est, l. sub conditione, cum gloss. de heredib. instit.* En los capitulos de la escritura de que se va hablando, no hubo providencia especial de las partes, que fuesse exclusiva de la condició, antes la hubo repetitiva, como parece de las palabras, y además de esto la naturaleza del contrato no la induce, y así no ay razon para juzgar, que la condicion no se ha de entender repetida.

#### Respuesta de los contrarios:

28 La variedad en el responder manifiesta la poca estabilidad del derecho, q̄ assiste a los cōtrarios, pues hallandose convencidos, de que la condicion está repetida en los alimentos, que por ser el contrato condicional, no es exequible, para darle fuerças de tal, dizen que es *modal*, y que el modo no subsiste, ni por él dexa de ser el acto puro, l. 1. C. de his quæ sub modo, l. Titio centum 71. de condit. & demonstr. cum vulgatis: Pero respondemos, que en los terminos de este pleyto, aunque fuesse modal el contracto, el modo por aver faltado, y no poder existir, tiene el mismo inconveniente, que si el contrato fuera condicional, y faltara despues la condicion; porque aunque la condicion difiere del modo, vno, y otro cō vienen en el fin: y como el modo está resuelto, y por no poder existir, por averse efectuado el matrimonio antes de alçarse el concurso dentro del año, que se expreso para este efecto, queda resuelto el contrato, mayormente estando puesto el defecto del modo en favor de don Fernando Ruiz de Alarcon, y señor Obispo, in terminis *Emilianus* conf. 83. n. 13. *Eugen.* conf. 93. n. 3. *Franciscus Aponte* conf. 63. n. 18. con que tambien por el defecto del modo, puesto a favor de las partes, queda resuelto, y nulo el contrato, y consiguientemente inexecutable.

Ter.



**D** Es agrada dos de la respuesta antecede te, discurrierõ otra, dizen do: Que la condicion no estuuo puesta a nada de lo cõtratado, ni aun a las esponsales, y que solamente se puso a la resolucion de las capitulaciones: y que ansi todo fue puro, argum. textus in l. 1. de lege commissoria, & in l. 2. §. 1. ff. pro emptore. A esto se responde, que toda la disposicion fue condicional, ibi: *Es condicion, que para que el dicho matrimonio venga a tener efecto, se aya de fenecer, y acabar el dicho pleyto de acreedores.* Con que de la misma letra de la escritura queda ajustado que lo tratado fue condicional, no solo en su resolucion, sino tambien en su disposicion. Y siendo las palabras las que significan la mente de los contrayentes, l. Labeo 3. de supellectile leg. y que de ellas no se puede apartar ninguno, l. non aliter, delegat. 3. Baldus in auth. nisi rogati, C. ad Trebel. num. 9. vers. nam vbi, Paris. conf. 3. num. 3. volum. 3. & conf. 14. n. 24. volum. 2. Decian. conf. 101. volum. 2. no es practicable el que contra lo expreso en la escritura, se arrojén a interpretar la mente de los contrayentes, haziendo modo, lo que ellos quisieron fuesse condicion, y esta poniendola en lo resolutiuo, quando ellos claramente la pusieron en lo dispositiuo, pudiendose aduertir, que los pactos de addictionem in diem, y de la ley commissoria, despues de grandes cõtrouersias que huuo entre los Consultos, en que obtuuo la sentencia de los que dixeron que eran puros desde su principio; pero resolutiuos, sub conditione, los textos, y las doctrinas lo refieren, Cujacio lib. 84. Paul. ad edictum, in l. 2. §. si sub conditione pro emptore, & in recitat. ad leg. 3. de contrahend. emptione, & lib. 10. qq. Pap. in leg. pacta 72. de contrahend. emptio. Duaren. in paraphrasi ad titulum de lege commissoria, cap. 1. Donel. ad titulum de pactis, in explicatione legis, in bonæ fidei, num. 12. Fabr. de erroribus, decade 22. errore 6. Conan. lib. 7. Comment. cap. 9. Dom. Petr. de Velasc. de rixis Proci, & Sabini, fol. 69. & 274. Hotaman. 6. obseruat. cap. 14. conducit Alciat. lib. 3. paradoxorum, cap. 1. si aliter actû sit, son condicionales a principio, l. quoties 2. ibi: *Et mihi videtur verius interesse quid actum sit: et paulo post, si autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior conditio offeratur, serit emptio conditionalis;* de in diem addiction. Faber in rationali ad eandem legem: Si esto obra el consentimiento de las partes en contratos en que està decidido, que sean puros en su principio, en vno cuya naturaleza se puede variar por la voluntad de los contrayentes, porque no ha de obrar la voluntad expresa de las partes de que sea condicional? *Siquidem contractus à conventionione contrahentium legem accipiunt.* l. pacta conuenta 72. de contrahend. emptio. l. contractus 23. de regul. iuris.

H

Q. R.



30 **C**onsiste en suponer, que despues de efectuado el matrimonio, el señor Obispo, reconociendo su obligacion, y no estimando la resolución del concurso, imò, sabiendo, que no se auia alçado, pagò diferentes cantidades a Don Fernando, y a Doña Geronima, y les diò poderés en causa propria para que cobrasen otras de sus pensiones Eclesiasticas; y que esto fue por quenta de la primera, y en execucion de ella; y que fue mas, que si expressa, y judicialmente declarara el señor Obispo que aunque se auia efectuado el matrimonio sin auerse cumplido la cõdicion de resoluerse el concurso, quedò obligado al cumplimiento del cõtracto: *Quia voluntas magis facta, quam verbis declaratur*, cap. dilecti, de appellat. l. si tamen, §. ei qui, de ædilitio edicto, l. de quib. de legibus. Citase en apoyo de esta doctrina a Menoch. Crauet. y a otros en su informacion de 23. hojas, in fin. num. 76.

31 **R**espõdése, que estas fueron donaciones de Tio a sobrinos, y por tales se deben tener, y que mientras no se mostrare que las cantidades se dieron por quenta de la promessa matrimonial, no pueden inducir ratificacion del cõtracto, Crauet. conf. 197. num. 12. cum seqq. donde en terminos de cõtracto antecedente, y entrega de dinero subsequente, responde Craueta, que con este hecho el cõtracto no queda ratificado, Socin. conf. 192. column. 5. versic. Respondeo, lib. 2. Corneus conf. 75. column. 2. lib. 3. & conf. 283. in fin. lib. 4. Y la razon es llana, porque para que el hecho, ò la paga ratifique el cõtracto, se requiere que sea de tal calidad que no se pueda hazer citra probationem, ibi: *Quia factum tale esse oportet, ut citra probationem transactionis fieri non potuerit*, cap. in præsentia, de probationibus, l. nam hoc, C. vnde cognati, l. Paulus respõdit alias, l. non tantum verbis, ibi: *Non tantum verbis*, ff. rem ratam hab. argum. text. in l. pro hærede 20. §. Papinianus, ff. de acquirend. hæredit. ibi: *Citra ius, et nomen hæredis*, Francus in cap. ratum, column. 1. in fin. de regul. iur. in 6. egregie Salicetus in l. non ideo minus, C. de accusationibus, column. 2. versic. Circa primã, Menoch. conf. 189. num. 19. volum. 4. conducen las doctrinas de Ancharran. conf. 339. Corneo cõf. 125. column. 2. ad finem, lib. 4. Alexander conf. 108. lib. 2. & conf. 75. column. 2. lib. 4. Bald. conf. 352. lib. 1. Paul. de Castro conf. 243. lib. 2. Decius in authent. si quis in aliquo documento, C. de edendo: *Nam ut actus dici possit approbatus, causa illa debet interuenire ob illum actum*, l. cum seruus, de verb. obligat. Y en este caso es mas indubitable esta resolución, porque ni Don Fernando Ruyz, ni el señor Obispo estuieron obligados à hazer alguna paga, l. cum seruus, l. triticum, de verb. oblig. Crauet. dict. conf. 197. ibi: *Maxime, quia non probatur, quod ipse Stephanus esset obligatus ob eam causam.* Que



32 Que en Don Fernando Ruyz, y en el señor Obispo huuiesse causas verosimiles, para que las que se dicen pagas, sean donaciones, lo persuade ser el vno padre, y el otro tio, con que de las cantidades recibidas por Don Fernando de Alarcon Niño, y Doña Geronima, no se puede hazer argumento, que infiera infaliblemente la ratificacion del contracto, mayormente siendo requisito, para que la parte que ha entregado cantidad, se entienda auer ratificado el contracto antecedente: que tenga sciencia de la nulidad, porque de otra manera, aunque huuiesse interuenido mil actos de dar cantidad, no se induce ratificació mientras, q̄ no aya expressa sciencia de la nulidad, Salgad. de retet. Bullar. 1. p. cap. 3. §. vii. num. 26. & seqq. & in labyrinth. creditor. p. cap. 20. num. 20. & sequentib. Menochius cōf. 389. ex n. 20. volum. 4. Es muy del proposito vna doctrina de Paulo de Castro conf. 485. colum. penult. lib. 1. & conf. 382. colum. 2. lib. 2. en donde dize, *quod ratificatio laudi non nocet, etiam iurata, nisi ratificanti laudum lectum sit.* Y que en el ratificante no basta simple sciencia del acto ratificado; y que es preciso que se le lea el tenor del instrumēto que ratifica, para que se entienda auerle ratificado con aduertencia de todas las nulidades que padece, resoluunt Paulo de Castro locis proximē citatis, Grammatic. cōf. 66. n. 70. in ciuilibus, Lofred. conf. 14. n. 57. Paris. alios referens, conf. 47. num. 97. & 98. lib. 1. El señor Obispo quando diò los poderes en causa propria no dize que los dà para pagar debito alguno, con aduertencia de la nulidad del contracto, ni se le leyò su tenor, ergo los poderes en causa propria, que se subsiguieron al contracto, no inducen ratificacion.

33 Dase mas valor a este discurso, si se repara que el contracto en virtud de que se pide execucion fue nulo siendo puro; y asimesmo nulo, siendo condicional, *ex defectu conditionis, vt supra abundè diximus.* Y en caso de la nulidad del contracto, la ratificacion no obra efecto alguno, Socin. Iunior conf. 77. num. 115. lib. 1. Parisius conf. 12. num. 112. lib. 2. Bolognin. conf. 39. colum. 2. in fin. Menoch. in simili dict. cōf. num. 23. ibi: *Non ergo ratificari potuit conductio ipsa, quæ nulla rere stabat.* Y de todo lo dicho se consigue, que el argumento *supponit probandum*, en que el señor Obispo pagò en virtud de la promessa matrimonial. Omito la proposicion en que se dize, que la voluntad *magis verbis quam factis declaratur*, para que se trae el texto en la l. si tamen, §. ei qui, de adilitio edicto, ibi: *Ei qui seruum vinculum vendiderit, et adilitium edictum remitti equum est, multò enim amplius est, id facere quam pronuntiare in vinculis fuisse.* En este texto mas se explica el animo con el hecho, que con las palabras, porque el que vende el Esclauo vinculum, le vende con vn acto visible de la pena por sus costumbres; y esto es mucho mas que si dixera, que estiuo in vinculis, porque el comprador por sus mismos ojos viò el defecto del Esclauo: y quando el vendedor le dixo *in vinculis fuisse*, le cree porque se



se lo dicen: y es más factible la potencia del oído, que la de la vista, vt no tant Interpretes ad l. 4. 1. Tauri. Atiendase si el señor Obispo en las cantidades contenidas en los poderes en causa propia, dixo alguna cosa, q̄ visiblemente infiera la subsistencia del contracto: y hallarase quan bien ajustadas están las doctrinas alegadas en el numero 76. dela dicha informacion contraria de 23. hojas.

34 No dándose por entendido el Autor de dicha informacion, de doctrinas tan solidas, y tã juridicas, replica cõ porfia diziendo, q̄ siendo el señor Obispo deudor por escritura publica, y guarentigia, antecedente a los poderes en causa propia, *presumitur facta solutio, virtute obligationis præambula*. Alega a Valençuela conf. 21. num. 6. pero en todo este numero no ay palabra que conduzga a este intento; seria error de la Imprenta, porque del numero 60. hallo trasladado todo el numero 79. de dicha informacion, ibi: *Et quia semper presumitur quis actum facere in vim præcedentis obligationis*, l. 3. l. & magis, l. in his, l. si ex pluribus, §. fin l. creditor, §. Valerius, de solutionib. l. si duabus, de reg. iuris, l. 1. C. de solutionib. l. 10. tit. 14. part. 5. Todas estas doctrinas no concluyen lo que se pretende, y para hazer evidencia de ello, supongo vn principio llano de derecho. Que la cantidad entregada, supuesta obligacion præambula, se entienda que fue por via de paga, y no de donacion, *Ad extinguendam præcedentem obligationem*, esta constituido ex interpretatione iuris, en fauor del deudor, porque puede suceder, que el que diò cantidad tenga obligacion de alimentar a la persona que lo recibio: En este caso el recipiente dize, que fue donacion, presume el derecho que fue paga, queriendolo anfi el deudor, aunque no aya protestado que daua el dinero con esse animo, expressus text. in l. Nensensus, de negotijs gestis, l. 1. C. eodem, l. fin. de petitione hæreditatis, Escobar de ratiocinijs, cap. 22. ex num. 25. Pichard. in §. quædam actiones, 20. inlt. de actionib. Anton. Gomez in l. 29. Tauri, Ioann. Garc. de expensis, cap. 4. Y de esto depende, que auiendo dos obligaciones, vna con interesses, ò penas, y otra sin ellas, que se presume auer pagado el deudor in causam vsurarum, vel in causam poenæ, l. 1. C. de solutionib. vbi Bart. Bald. & Salicet. Menoch. lib. 2. de arbitrarijs, casu 493. num. 6. Corneus conf. 295. volum. 3. Laderch. col. 162. vers. 4. lib. 1. Y si amenaza execucion en virtud de vn instrumento guarentigio, ò cosa juzgada, *Solutio facta intelligitur ad huiusmodi vitandum vericulum*. O si amenaza infamia de no pagar, l. si quid ex famosa 7. de solutionib. Imola in l. 1. num. 4. vers. Quarto modo, de solutionibus, Bart. & Angel. in d. l. 7. Barbacia in cap. ex parte, de feudis, num. 9. Donel. in l. 1. C. de solutionib. Cujat. lib. 8. qq. Pap. in l. 94. §. Flavius, ff. eodem.

35 Et in his terminis habla el consejo de Valençuela a fauor de Andres



dres de Peñal ver, obligado por dos razones, como parece del hecho referido in principio eiusdem consilij, y en ellos mismos se entiende el cap. de las controversias 77. de Merlino, como consta de su assumpto, ibi: *Solutionem debiti praesumendam esse factam in causam debitori utiliore.* Et in num. 1. ibi: *Nam Princeps Aeterna excipiebat etiam de satisfactione, quae est una de exceptionibus admitti solitis, in hoc iudicio super tenore instrumenti, ut patet ex ritu 166. ubi Caravi. Etenim tenebatur Lubrano duobus publicis instrumentis, in uno ipse Princeps soluit, super cuius tenore hodie fuerat citatus, et in alio, cum nonnullus civibus terra Neania, neque negabatur Lubranum recepisse solutionem ducatorum 4000. Dicebatur ergo pro Principe solutionem praedictam intelligi factam in causam graviolem, et duriolem, et pro debito proprio, non alieno.* y prosigue citando textos, y doctrinas: y de la misma manera se ha de entender a Gratiano discept. forens. cap. 224. num. 27. à Gaspar Thesauro quaestionum forens. quest. 33. num. 2. y las decisiones de Rota, que traen los referidos en apoyo desta resolucion.

36 Si el derecho interpreta à favor del deudor, que *non censeatur donare*, y que si està obligado *ex duobus causis, censeatur soluisse in duriolem, et graviolem*: Quien puede dudar, que esta interpretacion cessara, si el señor Obispo, que fue el que dio la cantidad, y a cuyo favor el derecho haze la interpretacion, si quisiera valerse de ella, dize, que la donò, porque todo lo dicho es interpretativo, *et expressis facit cessare tacitum*, y renuncie la liberacion, que ei poterat contingere, argum. text. in l. si quis in conscribendo, C. de pactis: Y aunque al recibir las partidas contenidas en los poderes en causa propria pudieron don Fernando de Alarcon, y D. Geronima declarar la causa porque la recibian, y le perjudicara al señor Obispo la declaracion, si la huvieran hecho ipso praesente, & non contradicente, Bart. in l. 1. n. 7. de solutionibus, Stephanus Gratian. d. cap. 224. Costa de re integra, Paulus Belonus in tract. de potestate eorum quae in continenti fiunt, cap. 117. Rota decis. 92. num. 4. tom. 4. in novissimis: no lo hà hecho, ni presente, ni ausente el señor Obispo, con que oy està sin derecho, para declarar que recibierò las cantidades *ex causa contractus praecedentis*, Merlin. d. cap. 77. num. 3. & 4. Y pues no lo hizieron, *teneatur eligere eam causam, quam si ipsi pecuniam darent, vellent eligere*, Fulgosius conf. 7. Cavallus conf. 170. num. 5. lib. 1. latè Christophor. Martada decis. Senensi 27. num. 5. cum sequentib. Rota in novissimis decis. 204. num. 13. part. 1. & decis. 695. num. 2. part. 2. Si D. Geronima, y don Fernando se hallaran con la opresion de yn pleyto tan mal fundado, como el presente, escogieran el aver dado los poderes por via de donacion: Permiran, pues, al señor Obispo hazer la misma eleccion, pues el derecho se la permite.

I Tam;



37. También se trata de inducir la ratificación del contrato por las decisiones del texto in l. 7. §. hoc amplius ad Macedonianum, ibi: *Si pater solvere cepit, in l. 4. C. de nonnumerata pecunia, ibi: Cum fidem cautionem agnoscas, et solutionem portionis debiti, vel usurarium feceris, intelligis te non numerata pecunia, nimium et unde quærolam referre.* Ninguno de estos textos es del propósito, porque el §. hoc amplius supone mutuo verdaderamente recibido por el hijo de familias: Y aunque el Macedoniano de la excepción, no solamente à él, l. 1. & toto illo titulo; pero tambien al padre, vt non teneatur de peculio, d. l. 7. §. quamquam ro. l. si filius tuus 6. C. eodem: *Si tamen pater solvere cepit, cessa la excepción del Senado Consulto, quoniam rati habitio æquiparatur mandato, l. vlt. C. eod. tit.* Y si el hijo contraxera la obligación del mutuo, *sciente patre, non possit opponi exceptio, l. si tantum 1 2. eodem tit. argum. text. in l. 12. de receptionibus:* El señor Obispo no pagò todo, ni parte de lo contenido en el contrato de capitulaciones; porque la pagà supone obligación, y de dicho contrato no resultò alguna contra don Fernando Ruiz, ni contra el señor Obispo: Añadese, que el padre in d. §. hoc amplius solvere cepit; esto es, el debito del hijo; el señor Obispo no reconociò debito alguno quando diò los poderes el padre, *Agnoovit saltem debitum naturale filij, l. qui exceptionem 40. de condit. indebiti, l. quia naturalis 10 l. 9. §. vlt. ad Macedonianum:* En don Fernando, ni en el señor Obispo no hubo, ni aun obligación natural. De menos sustancia es la l. 4. C. de nonnumerata pecun. ibi: *Cum fidem cautionis agnoscas, et partem debiti solvere ceperis;* porque en su especie se propone, que el deudor reconociò el valor del instrumento, y començò à pagar la cantidad en èl contenida, como debida; ibi: *Partem debiti:* y en todos estos textos faltan conjeturas de donación, por ser sus especies entre estraños: Todo faltò en los poderes con que se replica, y así no son adaptables las decisiones de estos textos para su decisión, antes bien entendidas, hazen en favor del señor Obispo, y los lugares de Vela dissert. 25. tom. 1. n. 59. de Boerio decis. 33. n. 3. in principio.
38. Pero demos, que no fuesen donaciõ (ya que tanto se le quiere sin razón escasear la liberalidad al señor Obispo, y huirle el agradecimiento, l. 23. si consuluit, de petit. hæred.) y que diera las cantidades dichas por modo de paga, nunca el contrato nulo se pudiera ratificar por ellas, sin expresa sciencia de la nulidad, como diximos num. 32. y 33. porque la ratificación se ha de hazer *re integra, et rebus in eodem statu permanentibus, l. bonorum rem ratam haberi, Polidorus Ripa observ. 124. num. 1. per totam, Posthius de manu. observ. 53. num. 37. & 150. Valençuel. conf. 119. n. 48. & 177. a. n. 48. cum alijs:* y aqui no estava el contrato en el mismo estado, que quando se otorgò, por aver faltado la condicion *sub qua fuit celebratus.*

Y sien.



39 Y siendo anua la cantidad debida por el dicho contrato, pagandola el señor Obispo, solo se pudo prejudicar en la paga, ex eo, que no se le darà la repetición de ella como indebida, por averla pagado con error de derecho, pensando que era valido el contracto, que en la verdad era nullo, l. regula 9. l. error 7. de iuris, & facti ignorantia, authent. sed cum testator, C. ad leg. falcid. aunque esto tiene duda, por ser *in damno amittenda rei suae*, como se fundará en el ultimo artículo desta informacion, pero nunca se pudo prejudicar para la obligación de las pagas futuras, Rodriguez lib. 1. de annuis redditibus, quæit. 15. num. 27. ibi: *Secundum, quod ipsa simplex solutio, quantumcumque causata, aut eius instrumentum benè probat redditum enunciatum deberi quantum ad vim, & effectum solutionis, & ut non possit debitor, quod soluit repetere, tanquam indubitum ex eo, quod non aliter constat de veritate causa, vel obligationis expresse, & que onus probandi indubitum ad finem conducenti solutionem rejiciatur insolventem; sed eadem solutio sola non probat debitum pro cæteris solutionibus ad hoc, ut creditor agere, & exigere possit prætextu confessionis implicitæ in solutione facta, quia actus solutionis non est factus, nec ordinatus ad hunc finem, & hoc voluit dicere, Bald. in d. l. si certis annis, colum. 3. & ibi sequitur Salicet. Riminald. & Alexand. & paulo post: Vnde non præiudicat, in principali super toto debito. Et num. 35. ibi: Imò non solum proponenda, & alleganda est causa immediata, & specifica, sed etiam probandum est annuas prestationes ex eadem immediata, & specifica causa factas, si enim non probaretur prestationes fuisse factas ob causam illam specificam, probatio non concluderet, cum possent esse factæ ob aliam causam, atque ita esset generica, & dubia probatio: & per consequens nullius effectus, iuxta l. nec natales, C. de probationib. quod in specie tenuerunt Salicet. Alexand. & alij sup. proximè relati, Carolus Ruinus conf. 61. num. 11. & conf. 75. num. 5. lib. 1. Aymon in tract. de antiquit. temporum 2. part. 4. parte principalis, num. 55. sequitur Bald. vbi sup. vbi cum Salicet. advertit hanc fore difficilem probationem, idem resolvit Menoch. 1. part. præsumpt. lib. 3. præsumpt. 131. num. 73. Mascard. d. conf. 279. num. 18. El señor Obispo no expreso causa en las pagas, con que deben probar que pagò, ex contractu antecedenti, las partes contrarias, porque lo presuntivo que resulta de los poderes, no concluye, mayormente no siendo las cantidades de 211. ducados en cada año, como se expresa en la escritura, para que se induxesse congetura verosimil de los poderes, è instrumentos, que las cantidades dadas avian sido por via de paga, conformando los actos del pagar con el tenor del, l. cū de in rem, de vsuris, l. litibus in princip. C. de agricolis, & censitis, lib. 11. Y quando huviera alguna duda, siendo dudosa la presuncion que resulta de los poderes en causa propria, *in dubio semper quod leuius, & minus est presumendum*, cap. ex parte, de censibus, c.*



in obscuris, de reg. iuris in 6. l. semper in obscuris, de reg. iuris, l. si ita sit scriptum, in fin. l. apud Iulianum, §. Saxio, deleg. 1. l. nummis, l. qui concubinam, §. cum ita, deleg. 3.

40 Ultra de que quando sin perjuyzio de la verdad confessaramos, que las pagas que se subsiguieron al contrato de capitulaciones le aprobaron, por el tacito consentimiento no avia lugar à la via executiva: y la razon consiste, en que la guarentigia non censetur repetita, nisi expresse repetatur, Bald. in l. legem, C. locati, Carrocius de locato, & conducto, tit. de renovatione locationis, num. 20. Gutierrez de iurament. confirm. p. 1. cap. 49. num. 13. Auendaño in l. 4. & 5. tit. de las excepciones, n. 46. Alexand. conf. 17. volum. 4. Iason. conf. 49. à num. 8. vsque ad finem; lib. 3. Anton. Colomba singulari 1. Scaccia de commercijs, §. 7. gloss. 2. n. 43. & de re iudicata, gloss. 7. q. 4. specie 1. n. 34. & 43. Brito in rubrica de locato, & conducto, i. p. §. 4. ex num. 53. De tal suerte, que en la tacita reconduccion, por provenir de consentimiento tacito, no tiene lugar la via executiva, como lo advierte Cancr. variar. resolut. 1. part. cap. 14. ex num. 66. ibi: *Estque rationis ratio, quia in tacita renovatione non censetur repetita, quæ certam formam requirant, ob quod iuramentum, non censetur repetitum in tacita reconductione,* dicit Beroius q. 300. num. 3. & 123. *Bo quod requiratur pro forma in iuramento, ut iurans proferat certa verba, quibus iuret, et tangat suis manibus scripturas, ut per Innocentium in cap. et si Christus, de iure iurando,* Gutierrez vbi sup. num. 8. videndus Covarrub. in cap. quamvis pactum, in princip. num. 6. de pactis, & num. 67. *Hinc si locatio prior esset facta per stipulationem, renovatio tacita non censetur facta sine stipulatione, eo quod stipulatio certam verborum solemnitatem requirat,* l. 1. ff. de verbor. oblig. vbi in terminis resolvit Mantica. d. tit. 15. num. 18. vbi num. 23. & de pœna idem sentit latius tamen id declarat Iason. d. conf. 49. ante fin. li. 3. Beroius d. quæst. 100. num. 7. Carrotius in d. tit. de renovatione locati, num. 7. & 8. & ante eos Cin. & Bald. in l. cum pater, §. certam, delegat. 2. & Barbat. conf. 3. l. lib. 1. Y tiene fundamento esta doctrina en la litem quæritur 13. §. qui impleto, ff. locati, ibi: *Nisi in scriptis certum tempus comprehensum est, iuncta interpretatione practitorum, quos congerit D. Nicolas de Castro ad titulum de emptione et vendit. §. 3. in num. 139.* Si esto sucede en vn contrato que fue exequible, por los años en el determinados, quando *ipsis transcursis, et consentimento interpretativo de las partes, que le renueva,* d. §. qui impleto, ibi: *Eandem videntur locacione in illo anno permansisse, hoc enim ipso quo tacuerunt consensisse videntur.* Mucho mas debe obtener en el caso presente, donde no hubo contrato *ex die defectæ conditionis:* y este es principio que no puede ignorarle ningun Letrado, *qui à limine fori salutarerit.*

Buel



41 Bueluen a replicar los Abogados de la parte contraria, diziendo, q̄ la ratificación no es necessario fundarla por presunciones, ni argumentos, quando se prueba por confesión expressa del mismo señor Obispo, hecha en la segunda escritura (*de qua instituemus sermonem infra articulo 2.*) ibi: *Quedando se, como se quedan en su fuerza, y vigor, y antelación las dichas capitulaciones matrimoniales, y sin que por este contrato sea visto alterarlas, ni nouarlas, confessando, como confessamos los dichos señores Don Fernando Ruyz, y señor Obispo estar obligados a todo lo contenido en ellas.*

42 Respondele facilmente, porque la indagacion de si está, ò no, obligados D. Fernando Ruyz, y el señor Obispo en fuerza de la primera escritura, toca al p̄nto de derecho, y la confesión de las partes, *in his qua in iure consistunt*, nunca les perjudica, Noguer. allegat. 25. num. 157. ibi: *Et est plenissima conclusio quod confessio parius in his, que consistant in iure, sibi non praeiudicat*, Craueta conf. 29. num. 2. & conf. 48. num. 7. & conf. 157. n. 6. Mascard. cōcl. 387. Marcin. de confessis, c. 1. n. 46. & c. 7. n. 2. vers. Nihil etiam operatur, Rota decif. 320. nu. 7. in tom vnic. diuers. edit. annum 1636. seu tom. 5. in recent. Pruebãse esta doctrina del texto en la l. confesionibus, & l. seq. de interrogat. in iure faciend. Bart. in l. ornamentorum, de auro, & argento legato, & faciunt, qui notant DD. in l. vnica, C. de confessis, & ibi glossa, verbo Soluere, ibi: *Sed cum ius, & natura non respuit*, Roman. conf. 220. num. 5. Farinac. in praxi, part. 3. quest. 81. n. 63. ibi: *Nil facit qui confitetur instrumentum valedum, quod reuera est nullum, talis enim confessio, est iuris, & non facti, ideo confessio eorum que iuris sunt, non nocet confitenti, quando confessioni repugnat ipsius iuris veritas.* El instrumento a que se refiere la confesión hecha en la segunda escritura de transacción, *est nullo ex defectu conditionis*, igitur la confesión de estar obligados por el, no puede perjudicar a los contrayentes, porque esta nulidad consiste en punto de derecho, Salgad. in labyrinth. credit. 1. part. cap. 7. num. 29. ibi: *Qui fatetur instrumentum valedum, quod reuera de iure est nullum, non sibi praeiudicat, quia talis confessio est iuris non facti.* Es muy del punto lo que Graciano resuelue, discept. forens. cap. 470. n. 3. ibi: *Prout etiam dicimus de pacto, seu confessione relata ad instrumentum, que intelligitur de eo quod habet effectum, cum erendum sit partes cogitasse de effectuali probatione, adeo ut illo existente nullo, confiteatur etiam confessio inefficax, cum paria sint, nihil contineri, vel cum effectum non posse apparere illud, quod continetur, vt in specie notat Roman. conf. 294. colum. 2. ad medium, vers. Et huius est ratio, Paris. conf. 7. num. 4. lib. 3. post Bald. in l. 2. num. 4. C. de errorib. aduocat. Felin. in cap. 2. colum. 5. nam. 13. de rescript. Alexander conf. 3. num. 1. in princip. lib. 2.*

43 Tambien se delvanece el efecto que se le quiere dar a dicha confesión, considerando, que fue hecha ex falsa causa, Mascard. conclus. 384. la qual no vale, aunque se haga en instrumento, ibi num. 5. *Sub aneplica hanc*



hanc ampliacionem, etiam si facta esset in instrumento, & nihilominus non probat, sic profitendo scripsit, Bald. in l. si quis, in hoc genus, vers. Deinde, C. de Episcopis, & Clericis, & consulendo traddidere Ioannes de Anna in conf. 18. In citatione & visa relatione, Imol. in conf. 119. incipit: *Visa inquisitione, & videat hoc, quae late diximus, in 3. limitation. ad conclusionem de confessione in instrumento.* Y considerando tambien que fue erronea, pues la hizieron Don Fernando Ruyz, y el señor Obispo, pensando que estauan obligados, *Talis enim confessio non prauidicat,* l. error, C. de iuris, & facti ignorantia, non enim fatetur qui errat, l. non fatetur, de confessis, tradūt DD. in cap. fin. eodem tit. Bart. in l. 5. ad legem Iuliam, de adulterijs, Frāciscus Curc. conf. 69. column. fin. vers. Quia videmus, num. 8. Y es de tan poca estimacion en el derecho la confesion hecha por error, que aun que por ser muchas vezes repetida parezca deliberada, y aunque lo sea de verdad, no perjudica a la parte: y lo que es mas, aunque sea jurada, Mascard. de probat. conclus. 300. num. 2. ibi: *Primò amplia etiam si sepius, & identidem susset repetita, & esset deliberata.* Prosigue citando por esta opinion à Herculano, à Dec. à Parisio, à Especulador, Ruino, y otros; y en el num. 3. dize: *Secundò ampliabis etiam si fuerit iurata.* admod. ino

44 Aprovechenos esta vez lo que desean conseguir las partes contrarias, que es, que sea nulo el segundo instrumento de transaccion, porque su mismo deseo les persuadirà quan poco esfuerço se pueda hazer de vna confesion hecha en vn instrumento sin efecto: Inconcufo es en el derecho, que anulada vna escritura, no subsisten todas las cosas contenidas en ella, argum. text. in l. si nemo, de reg. iur. l. si nemo, de testament. tutela, nam relatio ad instrumentum, in quo nihil continetur, nullum effectū producit, Bald. in l. 2. num. 2. C. de errore aduocator. Felin. in cap. ex parte, num. 13. de rescriptis: *Idemque erit statuendum de relatione facta ad instrumentum defectiuum,* l. fin. de constituta pecunia, vbi Roman. Bald. in l. si absentis, colum. fin. C. si certum petatur, Barbacia conf. 28. column. 6. lib. 1. Socin. conf. 51. y aunque no se ignora que algunos Autores referidos por Mascard. en la conclusion 358. num. 1. lleuan lo contrario, todos conuienen en que es nula la confesion quando por ella se trata de validar instrumento, que por si es nulo, y defectiuo, Mascard. num. 8. ibi: *Limita conclusionem, ut non vera sit quo ad hoc, ut scilicet talis confessio validet, id quod confitetur si est nullum,* Tiraquellus de iure constituti, part. 3. limitat. 7. num. 26. vbi plura cumulat.

45 Y vltimamente la confesion hecha en la segunda escritura es relativa a la primera, ibi: *Quedando se como se quedan en su fuerça, y vigor, y antelacion las dichas capitulaciones matrimoniales.* Et ibi: *Confessando, como confesamos.* Y quando el instrumento referido es nulo, tambien lo es lo referente, l. asse toto, de hered. instit. l. institutio talis, de conditionib. inst. l. si ita scripsero, de condit. & demonstr. l. in testamēto, 27. eodem titulo, ibi:

Quo =



Quoniam ad quod exemplum fieri iussisset, id nunquam extaret; Casan. cōf. 30. num. 28. Cacheranus conf. 1. 10. Nam referens præsупponit existentiam relati, & ab eo declaratur. Beronius conf. 20. num. 9. lib. 3. Simon de Pret. de interpretat. vltimar. volunt. lib. 2. solut. 2. num. 239. Ruinus conf. 84. n. 4. lib. 1. Y de esto depende, que la disposicion que se refiere a otra, debe regularse, segun la condicion, y naturaleza de aquella a quien se refiere, l. 1. S. si quis sub conditione vt legatorū, seu fideicom. nom. l. prior maritus, soluto matrim. l. in summa, de re iudicata, cap. quod dilecto, de consanguinitate, & affinit. Crauet. conf. 30. ad finem, Ancharr. cōf. 163 per totum, Gratus conf. 105. num. 3. lib. 2. Decius conf. 532. Castillo lib. 4. quotidian. controuerf. cap. 43. num. 18. tom. 4. Fontanela de pact. nuptialib. tom. 2. clausula 14. part. 1. num. 27. 28. & 29. Thusc. lit. R. concl. 129. num. 28. Las capitulaciones matrimoniales fueron nulas, ergo la cōfession que a ellas se refiere tambien lo debe ser; y en terminos de confession referida a instrumento, es doctrina expressa de Larrea tom. 1. decisionum Granat. disput. 49. num. 27. ibi: *Cum confessio se referat ad instrumentum, & illud sit quoad viam executiuam præscriptione decenni euaquatam, non posse executionem procedere;* de Thusc. practicar. conclusionum, tom. 2. lit. C. verb. Confessio, conclus. 670.

46 Y que fuesse la mente de Don Fernando Ruyz, y el señor Obispo, quando hizieron dicha confession, querer se obligar por ella en caso que la primera escritura fuesse valida, consta de aquellas palabras, *Quedando se en su fuerça y rigor;* que tanto exageran por su parte las contrarias; siédo así, que hazen por la nuestra, porque si son nulas, no se les añade fuerça: *Ex eo quod clausula reservatiua non tribuit ius, neque aufert,* Valenç. conf. 119. num. 112. Salgad. in labyrinthi. creditor. part. 2. cap. 6. nu. 64. Solorç. de Indiar. gubernat. lib. 2. cap. 26. hum. 63. Noguer. allegat. 259. num. 142. in quibus locis innumeros refertunt.

47 Y quando la dicha confession tuuiera efecto de aprobar el instrumento de las capitulaciones, su aprobacion se ha de juzgar por vn acto nueuo; y el valor de ellas no se ha de atender prout ex tunc, sed prout ex nunc, por auerse subseguido la aprobacion en tiempo que ya estauan resueltas ex defectu conditionis, *Surd. decif. 246. num. 5. & 13. Gratianus disceptation. forens. cap. 124. num. 22. Bartol. l. obseruare, de offic. Proconsulis, Salgad. in Labyrinthi. cred. 2. part. cap. 10. num. 109. & sequentib. & 2. part. de supplicat. ad Sanctissimum, cap. 17. num. 52. circa finē, versic. Ultra quos. De que resulta, que al señor Obispo no se le puede conuenir en fuerça de las capitulaciones, sino en fuerça de la aprobacion, como nueuo contracto, y no en via executiua, como lo han hecho D. Fernando de Alarcon Niño, y Doña Geronima, sino en via ordinaria, porque la guarentigia como es de tan grande perjuyzio, no se juzga pu esta, sino expressa, *vt supra diximus,* y la de la primera escritura quedò extinta*



tineta juntamente con la obligacion, & hæc ex pacto non sulcitatur, l. qui res 98. §. aream, de solutionib. l. sanus 27. §. pactus ne peteret, de pactis; con que Doña Geronima sin nueua escritura guarentigia, no puede intentar la via executiua contra el señor Obispo en fuerça solo de la aprobacion, Bartollii l. i. C. vbi, de crimine agi oporteat, nu. 4. Bald. in l. vltim. C. ad Maedoniam, num. 1. in principio, & in vers. Sexto fallit, sequitur Aretin. conf. 128. num. 3.

48 Y es de advertir, que Don Fernando Ruyz, y el señor Obispo no dixeran en la segunda escritura de transaccion, que confessauan estar obligados por la de las capitulaciones con todas las fuerças executiuas, que en ella se contienen: sino que confessauan estar obligados a lo contenido en ellas, sin expressar la guarentigia que se requiere, para que vn instrumento traiga consigo aparejada execucion; y en estos terminos quando la primera escritura quedò resuelta *ex defectu conditionis, ex approbatione non inducitur via executiua*, Menoch. conf. 389. num. 14. donde hablando de vna fiança extincta, pero despues aprobada, dize assi: *Ergo ex ea approbatione fideiussionis obligatio extincta, non potuit reuiuiscere. Et si dicatur, nona obligatio exorta est, respondetur esse falsum; quia fideiussor non obligatur, nisi mediante stipulatione, l. 5. §. satis acceptio, de verb. oblig. vbi Bart. & l. Blanditus, C. de fideiussorib. & ibi Bald. S. alicet. & reliqui.* Si se dixere que el señor Obispo no fue fiador (como lo han sentido hombres doctísimos de este Reyno, por ser la mancomunidad con efectos de fiança de saneamiento) no importa nada para el intento, porque de la misma manera que es forma de la fiança el que sea *per stipulationem*, es forma para que vn instrumento sea executiuo, el que tenga clausulas guarentigias, y faltando estas en la aprobacion, no ay fundamento para intentarla, *Renunciatio iurium in dubio, facta non intelligitur*, Menochij dict. conf. num. 13. Crauet. conf. 257. column. 2. versic. 8. si dicimus, Ancarr. cõf. 106. Y no es lo mismo confessar el estar obligado a lo contenido en vna escritura, que quererse obligar con todos los apremios de dicha escritura; porque lo vno dize la cantidad, y lo otro el modo de la exaccion. Y si se replicare que esta clausula es *referente*, y que debe incluir todas las del referido. Se responde, que esta doctrina no debe entenderse *in his que sunt de solemnitate*, como lo es la guarentigia: *Nam ea que sunt de solemnitate actus*, sino es que la relacion expressamente se refiere a ellas, *non intelligitur repetita*, d. l. asse toto 77. de hæredib. instituendis, ibi: *Quem heredem codicillis fecero, docet Castillo loco supra relato, Milanens. lib. 2. decif. 8. ex num. 47. vsque ad 52 à Menoch. sique Mantica de tacitis, & ambig. conuention. lib. 16. tit. 5. num. 16. ibi: Ex hac enim regula deducitur, quod si fideiussor qui accessit obligationi principalis, usque ad certum tempus, & eo transacto, contra actum approbauerit, non possit intelligi tamquam fideiussor obligatus, quia cum fuerit obligatus, non potuit sine stipulatione rursus fi-*

de-



*fideiusorio nomine obligari, nam obligatio semel extincta ex pacto non resuscitatur, &c.* Si se boluiere a responder, que Mantica habla de fiadores, diremos demàs de lo dicho numero antecedenti, que como no ay fiador sin estipulacion, que no ay mancomunidad que induzga obligacion in solidum, sin que se renuncie la diuision, porque en duda, la renunciacion es donacion, & ob id non presumitur, Decius in l. postquam liti, C. de pactis, num. 16. Crauet. conf. 282. column. 7. in fin. & conf. 290. column. 2. versic. 4. Non presumitur, Grammatic. decif. 101. num. 12. & 13. y faltando esta renunciacion, ninguno se obliga in solidum, *ex dictis supra*; y assi, que se intenta mal cõtra el señor Obispo, como obligado in solidum, este pleyto.

49 **De** todo lo dicho en este Artículo se colige, que para que fuese valido el instrumento de capitulaciones, es necesario tener por repetida la condicion en los alimentos, *aliàs esset ipso iure nulla* desde su principio: y que *ex defectu conditionis*, se resoluió dicho instrumento: y que los poderes en causa propria, no le pudieron ratificar, ni las clausulas de la segunda escritura de transaccion, y con vista solo del primer instrumento finitiõ Barbofa voto 86. que no auia lugar en virtud de el, cõtra el señor Obispo, la via executiua, por fundamentos que persuaden, que ni aun en via ordinaria puede quedar derecho a las partes contrarias, *Quoniam ex defectu conditionis nullus effectus fuit, & ex nullo cõtractu, nulla potest actio produci*. El tema del voto es este, que quise trasladarle a la letra, para que se vea fue su sentir, el que pondera en este mismo caso, que oy se disputa.

*Antonias, in quibusdam capitulis matrimonialibus, se obligauit uti fideiussorem* (esto es de mancomun, con efectos de fiador de indemnidad) *ad promissa dotis solutionem, ea tamen conditione ad hoc, ut matrimonium de fideratum effectum sortiri possit, quod prius per sententiam, aut concordiam lis super concursu creditorum per illos contra dotantem mota, prefixo termino finiretur; sed ante quamliqueret de purificata conditione, imò ante litem, ut requirebatur extinctam, & creditoribus non dum satisfactis, & termino prefixo iam transacto in vim dictæ obligationis, petitum fuit mandari relaxari mandatum executiuum contra personam, & bona dicti fideiussoris: & Consul- tui respondi: Mandatum executiuum non esse relaxandum, ex sequentibus.*

Funda su parecer con la ley si fideiussor 27. C. de fideiussorib. l. Sabinus; de in diem additione, l. si vnus, s. si cum reo, de pactis, l. fin. eodem tit. Dize, que aunque se aya efectuado el matrimonio, de que se trataua en dichas capitulaciones, la obligacion del señor Obispo no puede tener eficacia, *quonia defectu cõditio sopita liti concursus per cõcordiam, aut transactiõnem*. Y en el n. 24. que la condicion se puso tambien a fauor del señor Obispo, y en el numero 25. que los poderes en causa propria, no pueden dar valor al contracto: con que en todas las circunstancias de este

L

pley-



pleyto siente, y decide à nuestro favor, fundando la decision; y el voto cõ doctrinas muy solidas, y corrientes. De ellas dexamos muchas, por estar prevenidas en libro, que tan facilmente se encuentra, y por estar ponderadas en las informaciones que se han escrito por el señor Obispo,

## Articulo Segundo.

*Fundase, que en caso que no fuer a nulo el contrato, como lo es, no se puede del intentar accion, por estar novado por el segundo de transaccion.*

**1** **P**ara que el contrato primero se nove por el segundo, requiritur quod sit validus, l. 1. §. vnic. ibi: *Non interest, qualis præcessit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, & utrum verbis, an re, an consensu, qualiscumque igitur obligatio sit, que præcessit novari verbis potest*, l. 2. eodem, ibi: *Et transire in verborum obligationem ex qua cumque obligatione*. Que el contrato de las capitulaciones se aya resuelto ex defectu conditionis, & consequenter, que del no aya resultado obligacion ninguna, se dexa examinado en el articulo antecedente; con que de esta segunda escritura, si fuera solamente de pura novacion, no pueden quedar à nada obligados eficazmente el señor Obispo, ni D. Fernando Ruiz, atendida la verdad del derecho.

**2** Pero supongamos vn presupuesto falso, y que fuese valido el contrato de las capitulaciones, y que la transaccion lo sea *propter dubietatem litis*: aviendose otorgado el segundo, es cierto quedò extingto el primero; de tal suerte, que no puede aver regresso à la accion, que en virtud del se podia intentar, sino eituviere novado, y extingto por la transacciõ, Cácerius tom. 2. lib. 3. cap. 7. de pactis, ibi: *Per transactionem fuit recessum à prima obligatione cum per transactionem inducatur novatio*, Bald. in rubric. de transactionibus ad finem, Gozadin. conf. 38. num. 9. Menoch. de præsumpt. præf. 134. num. 42. lib. 3. Y ansi lo que se debe por causa de transaccion, *non dicitur deberi ex causa sua originali, sed ex transactione*, l. Imperator, §. fin. de transactionibus, l. cum hæreditas ex fideicommissio ad Trebellianum, Menoch. lib. 4. præsumpt. 109. num. 48. Surd. de alimentis tit. 8. privilegio 22. num. 33. Aretin. conf. 147. in quæst. num. 3. Angel. conf. 31. Cravet. conf. 24. n. 14. idem Cancer. lib. 1. c. 23. n. 36. & n. 43. donde resuelve, que quando litependente se haze transaccion *liti*, & *causa renuntiat*, y no solamente los actos judiciales, y probanças, pero tambien la instancia, y accion se extinguen.

**3** Y en tanto es esto verdad, que si no se cumple con el tenor de la transaccion, no ay regresso à la primera escritura, y solamente se puede



intentar accion ad id quod interest por la segunda, l. cum proponas 21. l. in  
 maior 36. l. frattis, C. de transactionibus, l. si pro fundo 33. eodem, l. cum  
 mota 6. eodem, ibi: *Verum si fides placitis prestata non est, in id quod in-  
 terst diuersam partem recte conuenietis*; porque si se diera lugar de bol ver  
 se las partes transigentes ad iura prima va, nullus esset litium fines, y no se  
 configuiera el que se pretende por la transaccion, vt notant DD. per text.  
 in cap. 1. de transactionibus, Mantio. de tacit. & ambig. convent. lib. 26.  
 tit. 1. num. 6. & 7. ibi: *Vnde recte dicimus, sicut aqua extinguit ignem, ita  
 transactio extinguit litem*, Bald. in l. si non fortem, §. adeo, in fin. de condi-  
 ctione in debiti: *Et si fides placitis non prestatur in id quod interest actio  
 competit ex stipulatu si fuit interposita stipulatio, vel prescriptis verbis, se  
 stipulatio non sit adiecta*, l. cum mota, C. de transactionibus, & si aliquis di-  
 xerit, quod agi debeat prima actione, per l. cum proponas, C. de pactis,  
 respondet Bartol. in d. l. cum mota, num. 7. & 8. Lo mismo resuelven  
 Surdus conf. 447. num. 39. Guzman de evictionibus, quest. 31. num. 7.  
 & 8. vbi plures refert.

*Primerá respuesta de la parte contraria*

4 Consiste, en que la novacion no se induce sin que las partes expres-  
 samente digan, que la quieren hazer, l. fin. C. de novationibus, ibi: *Vnde  
 naturalibus verbis, id est, expressis debet fieri novatio, non per subauditum,  
 seu extrinsecum verbis ipsis intellectum*. Y es en terminos la l. 15. tit. 14. p.  
 5. que vino à quitar todas las dudas, que avia de derecho comun antes  
 de la dicha ley delCodigo, Gutierrez de iurament. confirmat. cap. 63. p.  
 1. num. 2. ibi: *Quod novatio non fit per secundum instrumentum, nisi expres-  
 se sit actum interpretationes, ve fiat novatio, sed secunda, obligatio accedit  
 priori*. Prosigue citando muchos Autores del Reyno: y de esta doctrina  
 hazen este argumento: La novacio no se induce, sino se expresa, en la se-  
 gunda escritura que contraxo el señor Obispo, no se expresó que se ha-  
 zia novacion; Ergo per ipsam non inducitur novatio prioris: Pero respon-  
 dese facilmente, que esta regla se limita quando en la segunda escritura  
 se varia la cosa, o cantidad debida en la primera, porque entonces se ha-  
 ze novacion solo con hazer se la segunda escritura: Esta es doctrina que  
 hasta los Autores que escriven en Romance la alcançan, Sigüença lib. 1.  
 de clausulas instrumentales, cap. 39. num. 3. in fin. donde despues de  
 aver limitado la ley de la Partida a otro intento, prosigue al nuestro, *Cu-  
 ya limitacion ansimismo se estiene quando en la segunda, y nueva obligacion  
 se promete diferente, y diuersa cosa de lo contenida, y expresada en la prime-  
 ra, y precedente, vt est textus in l. si ita fideiussorem, & in l. Gracé, si ty-  
 chum, de fideiussoribus*. Que este contenido diuersa, cosa en la segunda,  
 cl-



escritura, que en la primera, ansí respeto de don Fernando Ruiz; como del señor Obispo, parece evidentemente de ella; pues en la segunda solo con dar a Palomares cumple D. Fernando, y en la primera estava obligado à dar 200. ducados cada año, con lo demas; y el señor Obispo en la segunda solo se obliga a dar 500. ducados mientras fuere Obispo de Ciudad-Rodrigo, y 100. pasando a otro Obispado; y en la primera estava obligado a dar 200. ducados, en caso que su hermano no los huviesse pagado dentro del año: *Ergo inducta fuit novatio.*

3 Y si el Autor de estas respuestas, como vio a Gutierrez en el n. 4. le quisiera ver en el num. 8. hallará, que se cumple cõ lo dispuesto en la ley de la Partida, quando por conjeturas, y presunciones necesarias, es preciso que se induzca novacion, ibi: *Quarid est advertendum in proposito quod expresse fieri, no vatio, dicitur si per coniecturas appareat, quod partes voluerint facere novationem.* Cita a algunos Autores, en especial a Gregorio Lopez en el Comento de la ley Real, donde dize, que esta oposicion se prueba por ella misma, y así lo sienten Zavallos communium contra communes, quæst. 734. num. 10. Amato resol. 50. num. 3. Fachineus lib. 3. controv. cap. 92. Menochius de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 134. num. 36. Rodriguez de annuis redditibus lib. 2. quæst. 16. Cancr. lib. 3. variar. resol. lib. 3. cap. 17. ex num. 181. No puede aver conjetura, que mas necessariamente induzca la novacion, que hallarse diversa cantidad, diversa cosa, diversa forma de paga, vt diximus num. antecedenti: *Ergo inducta est novatio*; vt interminis resolvunt Ciriacus controversia 101. num. 28. & controversia 124. n. 10. 11. & 12. Novarius quæst. forens. 77. p. 2. n. 3. Gratian. omnino videndus discept. forens. cap. 509. a principio, y ibi plures refert.

6 Replícase, que estos textos, y doctrinas proceden, quando en la escritura de transaccion no ay clausula preservativa de los derechos que competian por la primera escritura de capitulaciones, de donde se quiere inferir, que aviendo semejante clausula en la escritura de transaccion, en que fundalla novacion el señor Obispo, ibi: *Quedandose, como se quedando, en su fuerza, y vigor, y antelacion las dichas capitulaciones matrimoniales, sin que por este contracto se a visto alterarlas; ni novarlas*, pueden muy bien D. Fernando, y D. Geronima tener regresso ad primam iura, Gozadim. consl. 33. num. 20. Gratus consl. 126. num. 8. Mantica de tacitis, & ambiguis conventionibus, lib. 17. tit. 1. n. 16. Gratian. discept. forens. 290. n. 13. versic. Quinta conclusio.

7 Satisfacese, con que la clausula preservativa no mirò a impedir la novacion, en quanto à la diversa forma de paga, que se señaló en la segunda escritura, por que solo mirò a que quedassen las dichas capitulaciones en su fuerza, y vigor, en quanto a la cantidad de ellas, hasta que se pagasse con



con el medio que se tomò en la segunda escritura. Y en quanto a la an-  
telacion, y hipoteca, y para que despues de los largos dias del señor Obis-  
po se pudiesse pedir lo que se debiesse de los 80 ducados prometidos en  
la primera escritura, y de los corridos de los 20 de renta en cada vn año,  
que es lo que se expresó en la escritura de transaccion, y debe entenderse  
ansi la clausula preservativa, para que no se siga incompatibilidad, y res-  
pugnancia entre vna, y otra escritura, pues por vna parte con el nuevo  
medio de satisfacion, y paga quedavan libres el señor Obispo, y su her-  
mano: y por otra, si la dicha clausula se entendiera, como la quieren en-  
tender los contrarios, quedavan siempre sujetos à lo contratado en las  
capitulaciones: y la segunda escritura de transaccion no venia a servir de  
extinguir el pleyto que estava pendiente en virtud de la primera, que fue  
el fin que principalmente se pretendiò por ella, y quedavan obligados à  
nuevas cargas, y pleytos, dandoles principio por el mismo medio que se  
les soliciò dar fin: *Quamobrem, et evitentur contrarietas, et incompatibi-  
litas dicendum est primum contractum fuisse novatum per secundum, non ob-  
stante clausula preservativa iuris, quod aliàs posset competere ex primo con-  
tractu, Gratian. d. cap. 290. ibi: Ista autem reservatio operabitur, quando non  
induceretur contrarietas, illa enim existente esset recessum a primo contractu,  
non obstante dicta reservatione, intelligitur solum quoad hypothecam existen-  
tem in dictis bonis reservatis, vel propter evictionem, quae posset contingere, si  
quis haberet iura in eisdem bonis ante secundum instrumentum, vel ob fide-  
iussores, vel ob quid simile, vt per Bart. in l. si quis aliam 46. in princip. ff.  
de solutionibus: Quare si quis dederit aliquid in solutum, vel transegerit,  
erit facta novatio, neque licebit amplius ad primam actionem reddere, quã-  
vis pristina iura sibi reservasset, non enim intelligentur omnia iura refer-  
vata, sed solum ea in quibus non cadit contrarietas, vt in specie declarat  
Gozadinus conf. 38. column. vlt. in princip. vers. Non obstat secundum,  
num. 12.*

8 Con esta doctrina don Francisco Milanense lib. 2. decis. 8. num. 36.  
& 37. ibi: *Sed dicebatur ex aduerso, quod fuit dicta donatio acceptata cum  
reservatione non animo recedendi a contractu subiugatur, et sic non fuit ex-  
tinguus, nec resolutus secundum Bartol. in l. si quis alia in princip. num. 1. de  
solutionibus, l. eleganter, de pignoratitia actione, sed huic obiectioni replicatur,  
quod non potest operari illa reservatio alium effectum, nisi caso quo non exe-  
gisset, vel fuisset impedita exactio, vel evicti ius agendi aliàs diceretur, quid  
absurdum, et contra equitatem, et conscientiam habere: Aviendo pagado el se-  
ñor Obispo, no se puede dezir, que fuit impedita exactio: y ansi no ay fun-  
damento para que la segunda escritura de transaccion no novasse la pri-  
mera de capitulaciones, D. Ioan Francisco del Castill. decis. 69. tom. 1. n.  
10. ibi: *Nec obstat clausula in dicto secundo contractu appositae, per quam**

M di-



dicebatur stantibus contractibus subiugatum, & alijs facientibus in fauorem  
in eorum robore, & firmitate, & per presentem non intelligatur deo-  
gatum, sed addita cautela, &c. Nam responderetur, quod predicta verba ope-  
rantur respectu hypothecae anterioris propter euersionem, quae posset contingere,  
y cita por esta opinion a Gozadino conf. 38. sub n. 12. a Negufantio  
de pignoribus 3. membro 6. p. n. 12. Vicent. de Franchis de ci l. 50. n. 7. &  
8. Fabius de Anna conf. 35. & conf. 90.

9. **Y** que balte la diversa forma de paga, que se pone en la segunda es-  
critura, para que la primera se entienda novada, resoluit idem Gratianus  
discept. forens. cap. 509 in princip. ibi: Non potest agi vigore partitarum de  
quibus in actis, nam illae fuerunt novatae per apocham, postea inter partes con-  
fectae cum commemoratione illarum, & destinatione temporum circa solutio-  
nes faciendas, detrahendo ab omnibus predictis partitis summam in eis des-  
criptam, & minorem solidando, ita ut ex hoc colligatur clara mens contrahen-  
tium, quod voluerunt illas transfundere in computationem nouiter factam,  
Alexand. conf. 13. num. 8. post principium, vers. Idem tenet, lib. 2. Vbi in  
specie decidit, quod si pro quindecim quae mihi debes, promittis decem, vel eon-  
tra dicitur facta novatio, quia voluntas partium fuit, primam transfunde-  
re in secundam, prout est casus noster, in quo fuerunt promissa scuta septingen-  
ta pro maiori summa contenta in partitis, Salicet. qui idem concludit in l.  
fin. num. 3. C. de novationibus, Paris. conf. 107. num. 27. lib. 3. Ruin. cof.  
209. column. 2. in fin. num. 5. lib. 1. Lofred. conf. 24. column. 4. & num.  
3. Et facit, quia quando secundum pactum est diuersum a primo, tam res-  
pectu quantitatis, quam conditionis, & modi soluendi inducitur novatio, &  
censetur recessum a primo, Aymon conf. 107. num. 9. Bartol. in l. ite quia  
4. S. vltim. de pactis, & num. 23. ibi: Accedat, quod solidatio partitarum in  
minori summa, in illis contenta est incompatibilis, cum dictis partitis, quia in  
plus teneretur debitor, si illae attenderentur, & non solidatio, qua incompatibi-  
litate stante agitur in actu ultimo, tanquam renouato, non autem ex promisso  
reformato, Cephalus conf. 35. num. 54. ad medium, vers. Vel igitur con-  
tractus, lib. 1. & conf. 454. num. 18. lib. 4. Bald. in l. vltim. column. 1. ad  
medium. C. de novat. Menoch. conf. 381. num. 32. & 33. lib. 4. Alexand.  
conf. 193. num. 3. lib. 6. Dec. conf. 400. column. penultim. ad fin. num. 9.  
& conf. 564. num. 15. Ita ut per talem incompatibilitatem fiat statim no-  
uatio etiam absque aliqua expressione, Gabr. conf. 81. num. 3. lib. 1. Rot. di-  
vers. decis. 262. num. 5. lib. 2. Decian. conf. 21. n. 69. lib. 1.

10. **Conociendo los Abogados de la parte contraria la fuerça de estos lu-  
gares, dicen, que la novacio no se induce, si no expressa. A que tēgo res-  
pondido en los numeros antecedentes deste capitulo; y anado, que la  
segunda escritura fue de transaccion, ibi: Por parecer que no es bastante el  
poder que tiene del dicho señor Obispo para hazer, y otorgar esta transaccion.**



Y por la transaccion se induce novacion de la primera obligacion; porque no es compatible, por su naturaleza, con otro qualquiera contracto antecedente, Decius conf. 400. num. 9. & 10. Menoch. prafumpt. 144. n. 42. lib. 3. Gabriel de novationibus, conclus. 1. num. 61. Gratian. difcept. forens. cap. 290. n. 11 ibi: *Per transactiorem, per quam sui natura receditur à prima obligatione, dicitur inducta novatio, quasi non compatiatur novatio cum dicta obligatione, et sic per eam omnis prior obligatio tollitur.* Y no es necesario en vna escritura de novaciõ poner aquella clausula *Cassantes, et irritantes omnem alium contractum*; porque la transaccion induce la irritacion de qualquiera contracto antecedente, Bald. in cap. 1. de transactionibus, Decius conf. 463. n. 6. Decianus conf. 21. num. 69. lib. 1. Y por estos fundamentos asiente a todo lo referido Giurba observat. 83. hablando en terminos de transaccion, sin expressar novacion, porque no es necesario.

SEGUNDA RESPUESTA.

11 **T**ambien se responde, que para que se induzga novacion por el segundo contracto, es necesario que sean incompatibles entre si los contractos, como lo son el *mutuo*, y el *deposito*, y para esto se citan muchos Autores: A que se responde, que entre todos es constante esta proposicion, que siendo el segundo contracto incompatible con el primero, se induce novacion: que el de transaccion lo sea, lo dexo ajustado en el numero antecedente, *et exempla non arctant regulam, ut est in axiomatico.*

TERCERA RESPUESTA.

12 **D**izefe en ella, que quando la segunda escritura se haze para minorar la cantidad de la primera, como debida por causa dotal, no se nova, porque la accion de dote es privilegiada, *que non novatur per stipulationem subsequente, quamvis plus contineat*, l. 4. §. ex conventione, de re iudicat. l. si Stychus, §. idē Celsus, de novationibus, Paulus Sthaibanus in resolutionibus forens. decisio. resolut. 7. num. 28. Gratian. d. cap. 509. n. 13. & cap. 759. qui alios referunt: Y que en este caso la novacion es cumulativa; non extintiva de la accion antecedente, l. si Pupillus, §. ult. de novationibus, l. qui usufructum, l. quibus idem, de verborum obligat. alijs latè adductis Surd. conf. 345. n. 1. lib. 3. & 298. n. 40.

13 **A** esta duda, que a las partes contrarias les pareçe decretoria, se responde cõ grãde facilidad (dexo en su probabilidad las soluciones q̃ hasta ahora se dierõ por nuestra parte) diziendo, q̃ Sthaibano, Graciano, y las decisiones de la *Rota*, q̃ estos Autores alegan, se han de entender quando el



el segundo contrato fue de estipulacion: Nam tunc, como la dote es privilegiada, aunque se varie la forma de la paga, non inducitur novatio, Gratian. num. 15. non obstante quod circa legatum, es dotem promissam ad sit dicitur, Sthaibano num. 30. qui enim ignorat actionem dotis, esse ad eum privilegiatam, quod nullo modo novetur per stipulationem subsequentem, quamvis plus conducat: Pero si el segundo contrato no fue de estipulacion, sino de transaccion, no se puede dezir que se induxo novacion cumulativa, sino extintiva; porque aunque la transaccion, en quanto es contractiva, sea promessa, est distractus en quanto es liberacion del negocio sobre que se interpone, l. quamvis, C. de transactionibus, Bald. in rubr. de transactionibus in decretal. n. 10. & 11. Gratian. cap. 290. n. 12. y asi es incompatible, è implicatorio el que sea transaccion, y que no sea extintiva del contrato antecedente, argum. text. in l. vbi repugnata, de regul. iur. Riminald. Iunior conf. 306. n. 17. & 18. lib. 3. es per incompatibilitatem fit novatio, aunque sea en causa de dote, quando el segundo contrato es repugnante al primero, Gabriel conclus. 81. num. 3. lib. 1. Rota divers. decif. 262. n. 5. p. 2. Decianus conf. 21. n. 69. lib. 1. porque el Derecho, por mas privilegio que de a la dote, y a los alimentos, no puede hazer que se verifiquen estas dos proposiciones, negotium extinctum est, que es la naturaleza, y essencia de la transaccion, quatenus distractus, es negotium adhuc durat, l. ius nostrum, de reg. iur.

14 Y todos los privilegios de la dote, solamente pueden hazer, que en casos de conjeturas, en que segun la opinion de muchos interpretes se induce novacion, no se induzga; pero auiendo transaccion, es lo mismo que si se expresara por las partes transigentes, Ant. Faber in suo Codice, lib. 2. tit. 4. de transactionibus, definit. 2. ibi: Transactionum singulare ius est, ut nouent precedentem obligationem super qua dubitatum transactione proponitur. Decius ad l. 1. de transactionibus, facit l. 3. C. eodem: Cum ab eo demum tempore sciri incipiat, quid, et quantum debeat, idem mirum, de quo per transactionem conuenit, l. Lucius 78. S. vlt. ff. ad Trebellianum, neque hoc casu locus est Iustinianæ constitutioni, in l. vlt. C. de novat. Quæ nomina tamen non alio casu factam videri patitur, quam si id expressum, et specialiter dictum sit. Ita enim constitui æquum fuit ad tollendas innumeratas facti quaestiones, cum in obscura contrahentium voluntate, passim dubitaretur, quid actum esset, l. 2. l. si Stychem 8. S. 1. & S. si quis ita, ff. eodem: At interposita transactione quis dubitet, id actum fuisse, et à dubio recederetur eiusque dumtaxat, quod per transactionem certius factum esset, ratio habetur, l. 2. l. de fideicommissis 11. l. sub prætextu 19. & pass. C. de transactionibus.

15 Y quando por la transaccion no estu vera novada la primera escritura, y que las clausulas preservativas tuuieran el efecto que contra la corrien-



friente de los Autores quieren darles los contrarios, no se puede negar,  
 que en la segunda hubo prorogacion de tiempo, para que pagasse con  
 mas alivio el señor Obispo los corridos de los 23. ducados que se supo-  
 nen debidos de la primera: y en este caso, si el actor executa por la prime-  
 ra escritura, aunque no en fuerza de novacion, en virtud solo de la pro-  
 rogacion tiene excepcion televente el deudor, pacti de non petendo, pa-  
 ra escusarse de la paga, dimanante de la prorogacion contenida en el se-  
 gundo contracto, Gratian. discept. forens. cap. 29 l. n. 3 l. ibi: *Tamen ista  
 dilatio operabitur, ut illa pendente non possit molestia inferri debitori, non  
 in vim novationis, ne aliàs illa dilatio sit superflua, debet enim valere, et ope-  
 rari pactum de non petendo, ita ut quambis possit agi, etiam ex prima actio-  
 ne tanquam non novata, tamen hoc intelligitur post dilationem finitam, con-  
 cessam in secundo contractu, cum in hoc stipulationes sint contrariae, et non se  
 compatiuntur, quasi una contineat unum tempus, altera vero aliud, et lo-  
 gius idè, in hac parte erit locus huiusmodi exceptioni, qua obstabit agenti ex  
 prima licet adueniente tempore, sit in electione actoris agere, ex qua volue-  
 rit.* Y profigue en el num. 35 ibi: *Nam hoc casu propter istud commodum, et  
 interesse, sustinebitur etiam secunda obligatio, ne aliàs dilatio in ea data red-  
 datur frustratoria, non quod penitus prima sit extincta, quia etiam ex ea po-  
 terit agi, sed quod valeat posterior, tanquam quid plus continens commodi,  
 quod non erat in priori, adè, ut per secundam detur exceptio, donec dilatio  
 durat, cum possit simul stare, ut duae obligationes valeant respectu diverso-  
 rum capitum.* Son desta misma opinion Surd. conf. 345. lib. 3. Mascard.  
 conclus. 1107. num. 13. Mantica de tacit. & ambig. convention. lib. 17.  
 tit. 4. num. 4. in fin. Alexand. conf. 72. n. 8. lib. 6. Gabriel de novationib.  
 conclus. 1. n. 64. & alij innumeri ab ipsis relati.

¶ 16 Y tanto mas tiene lugar lo dicho, quanto es cierto, que el señor  
 Obispo cumpliò de su parte todo à lo que se obligò por la segunda escri-  
 tura de transaccion: y ansimismo Don Fernando Ruyz su hermano, a  
 quien no puede imputarse, que el Administrador del concurso huvièsse  
 embaraçado a su hijo la hazienda de Palomares, a quien antes metiò en  
 su goze, y possession, y le conseruò en ella mientras pudo, *et ad am-  
 plius pater non fuit obligatus vi transactionis.* Lo primero, porque el  
 contracto de transaccion se compara a la venta, Mantica de tacitis, &  
 ambiguis conventionibus, lib. 29. tit. 9. num. 23 l. Surd. 45 l. num. 9.  
 lib. 3. Mangilius de euictionib. quest. 142. num. 25. De que resulta, que  
 Don Fernando Ruyz de Alarcon se entiene vendedor, y en este caso, si  
 res aliqua euincatur, ni el vendedor, ni el comprador estan obligados a la  
 euiccion, Mangilio num. 36. ibi: *Nam qui transigendo aliquid recepit om-  
 ne ius suum vendere dicitur, pro eo quod recipit sicut ille, qui vendidit he-  
 reditatem,* l. 2. in princip. de heredit. vel actione vendit. *et sicut talis ven-  
 di-*



*diuor non tenetur, si res aliqua euincatur, ita quoque transigent, si id quod transigendo admisit euincatur.* Y así por faltar Palomares por el embargo dicho, no puede tener regresso ad primæua iura Don Fernando de Alarcon Niño, ni D. Geronima de Valdés.

17-010 Es fuerçase esta doctrina, con que Don Fernando Ruyz tenia hecho concurso al tiempo que se otorgó la segunda escritura, el qual no le ignoraua su hijo, como consta de todos los autos, *es hoc euenire posse prospicere debuit*, l. 9. ff. locati. Y en estos terminos, no pude tener recurso, a la manera que no le puede tener el comprador, quando ignoraua el gravamen, ò carga que tenia la cosa vendida, l. 1. §. fin. de actionibus empti, l. si fundum sciens, C. de euictionib. Olea de cessione iurium, tom. 7. q. 3. num. 7. Hermosilla in l. 23. tom. 5. partit. 5. gloss. 4. num. 10. Tondut. questionum ciuiliu, cap. 49. num. 11. Galeota lib. 1. controuers. 32. a num. 72. Felicianus de censib. tom. 2. lib. 2. cap. 1. num. 14. Baibos. in l. fumatis § 1. num. 11. ff. soluto matrimonio.

18-010 Y que dicho Don Fernando de Alarcon Niño no pueda quexarse supuesto el dicho pleyto de concurso, que estaua formado a la hazienda de su padre, lo preuino el Consulto en la ley promittiendo 4. i. §. si a debitor, de iure dotiũ, vbi in specie dotis promissæ ita asserit, *quod si iã tunc debitor cum sub conditione promitteret soluendo non fuerit, periculum viri esset, quod sciens tale nomen secutus videretur.* Y desto se infiere, que la obligacion de Don Fernando Ruyz fue ad nudum factum, y que cumplió con dar a Palomares con las calidades que podia darle, l. si rem 2 §. de verbor. obligat. l. si ita, §. fin. de contrahend. empt. argument. text. in l. Mæuius § 5. ff. de conditionib. & demonstrationib. Salgad. in labyrinth. credit. 3. p. cap. 12. num. 1. Añadese, que quando la cosa euincitur ex sua natura, non est locus euictioni.

19-010 Tambien se prueba, que cumplió Don Fernando Ruyz con dar à Palomares, porque de la segunda escritura, consta que lo dió *in solutum*, ibi: *Toda la renta, y hazienda que tiene en la Villa de Palomares, por quenta y parte de pago de los dichos 27. ducados de renta en cada un año.* Y así nunca quedó obligado, *ad bonitatem, & exigibilitatem, sed tantum ad veritatem redditus cessi*, l. si plus 74. de euictionib. l. si nomen 4. de hæreditat. vel action. vendit. Noguera allegat. 16. num. 62. Salgad. in labyrinth. 1. part. cap. 1. num. 1. Castill. tom. 4. controuersiar. cap. 59. a num. 30. Giurba decis. 87. num. 10. Y esto procede, quoniam præsumitur, que el que recibe *in solutum* algunos efectos, ò hazienda, es visto contentarse con ella, como se contentó Don Fernando de Alarcon con Palomares; con que es ajustado a la decision de este pleyto el Texto en la l. Pupili 96. §. foror 2. de solut. ibi: *Soror cui legatum ab herede fratre debebatur, post mortem legati quæstionem in se legit, et nomine debitoris contenta legatum non peteret,*

pla-



placuit quamvis nulla delegatio facta, neque liberatio secuta esset, tamen nominis periculum ad eam pertinere, itaque si legatum contra placitum peteret, exceptionem non utiliter opponi.

RESPUESTA.

20 **D**izen los contrarios, que Palomares no fue dado *in solutum*, sino por consignacion para que cobrase Don Fernando de Alarcon parte de lo que se le debia por la escritura de capitulaciones; y que la consignacion fue solo *mandatum simplex de exigendo*: y que *non est in solutum datio, vel venditio facta ad commodum creditoris, qua non habetur loco solutionis*, l. si mandauero, § inter dum mandati, Salgad. in Laby. rinth. cred. 1. part. cap. 10. num. 23. Olea decif. iurium, tit. 7. quest. 3. n. 24. Estos traen a todos los demás que se alegan en la informacion quinta de 23. hojas desde el num. 44. hasta el 46. si a Palomares le dió *in solutum* Don Fernando Ruyz, los Autores que alegamos concluyen con evidencia, que su hijo no pue de intentar accion, porque se huuiesse embaraçado, pero si fue consignado *ad effectum exigendi*, los que se citan por la contraria conuencen, que su proposicion es verdadera: en esta controuersia habla el contracto, ibi: *Por quenta, y parte de pago*; Si ay otras palabras mas significatiuas de la *dacion in solutum*, lo dexo al arbitrio de los mismos contrarios, o si no, bueluanse con propiedad en latin, a ver si se vfa de la frase de *dacion in solutum*.

OTRA RESPUESTA.

21 **N**O se contentan con esta evidencia los contrarios, y en el num. 47 profiuguen, que por la segunda escritura no se pudo inducir neniacion, ni *dacion in solutum*, ni liberacion de la obligacion primera, hasta estar enteramente satisfecha, y pagada, por auerse subrogado en lugar de alimentos, Gregor. Lopez in l. 16. tit. 14. partit. 5. Capic. Galeot. controuers. 3. 2. num. 75. Barbof. in l. i. tit. 1. § 1. num. 20. solut. matrim. Thesaur. Junior controuersiar. lib. 2. cap. 88. num. 13. que son los Autores de que se vfa desde el numero 47. hasta el 54. de la dicha alegacion de 23. hojas: **A** que satisfazemos, diciendo: Que estas doctrinas no pueden entenderse en caso que el que recibio la cosa *in solutum*, no ignoraua la calidad de la misma cosa, como no la ignoraua Don Fernando de Alarcon, porque a entenderse de otra manera, se opufieran a la decision de el texto, in l. prometendo 41. §. si a debitore, de iur. dotium; que si en algu caso debe practicarse es en el presente. Lo segundo dezimos, que todos los lugares que se alegan no hablan en transaccion, ut ex ip[s]is liquet, es

in-



*intenti apparebit, sino en caso, que sin hazer segundo contracto, sino de estipulacion de la misma cantidad prometida en la dote, se dió in solutu, hacienda para su cumplimiento, tunc enim licet redire ad primam iura ex dotis privilegio, si salio incierta la hacienda, con que puede auer lugar el privilegio de la dote: pero quando interuino transaccion, y para cumplir lo en ella contenido, se dió in solutum alguna hacienda, transactio enim, qua antecedit dationem in solutum iam relinquit extinctum primum contractum; Y es preciso, que prima actio extinguatur, & eueratur funditus, quoniam natura ipsius transactionis excludit dotis privilegium, ne supposita natura transactionis detur repugnantia; como diximos arriba.*

22 A la decision 5. de Castillo part. 1. en la qual solo se propone *an per dationem in solutum*, quando lo que se dió en pago salio inexigible, *intelligatur facta nouatio*, y responde, que no por el fauor de la dote. Se responde, que en este caso no sabia la persona a quien se prometió la dote la calidad de la hacienda, como sabia la de Palomares Don Fernando de Alarcon: y tambien se puede dezir, que Castillo en el num. 45. defiende que no huuo incompatibilidad inter primum, & secundum contractum; y que la dacion *in solutum*, no fue hecha *animo nouandi*, ibi: *Et esset quidem satis absurdum, et nouam opinionem in Regno suscitari dicere, quod ex debito facta subiugatione animo non nouandi censeatur facta nouatio*. En la transaccion no es necessario este animo: en el caso de la decision de Castillo huuo animo contrario, y confió de él, con que no habla en estos terminos: *deinde*, en aquella decision se dà la via executiua solamente *in partem rei emissa*, ibi: *Et maior pars uotorum intellexit dare uiam executiuam in partem rei emissa*, y ansi solo por ella se pudiera dar por el interes de Palomares, q̄ son 300. ducados cada año, antes ménos que mas, en caso que los pidieran las partes contrarias; pero no auia de ser en esta instancia, sino poniendo demanda de nueuo el señor Obispo ante el señor Nuncio, a quien tocara despacharle si se debieran.

23 A la decision 40 de Mastrillo, que se cita para prueba de que por la escritura de transaccion no quedò nouada, y extingta la de capitulaciones matrimoniales, y que la Rota de Sicilia lo tiene ansi determinado; solamente con clausula de que con el segundo contracto no se entiende se ha de hazer nouacion del primero: Se responde. Lo primero, que no habla en transaccion. Lo segundo, que la cession hecha en aquel caso, no fue dada *in solutum*, sino *pro soluendo*, iuxta l. si mandauero 22. §. interdū, ff. mandati. Y las doctrinas de Salgado, Olea, Noguer. y Castill. quos supra allegauimus, y se reconoce en que los Doctores que cita Mastrillo para que en el caso que disputa no se induzga nouacion, hablan en terminos, en que se queria inducir por congeturas, como se puede inducir



*ex Authoribus relatis, num. 3. de este articulo: y assi no es mucho que sienta, que con la protesta que huvo prima iura conseruentur illaesa, quia in aperta voluntate coniecturis locum non est, l. ille, aut ille, delegatis 3. l. continuus 137. §. cum ita, de verbor. oblig. cum vulgatis.*

24 *Y es sin duda, que resolviere lo contrario, si el caso no fuera de introducir novacion por conjeturas, sino por transaccion, porque este es expreso, ut supra diximus: Y en el solo pueden obrar las protestas la antelacion de las hipotecas, y otros efectos; pero no el dexar nada de la substancia del primer contracto, como son la obligacion, y la accion, como ya està fundado.*

25 *Y de todo resulta, que aviendose novado por la transaccion la primera escritura, interviniendo en ella el señor Obispo, y su hermano, aviendo cumplido ambos lo contenido en ella, no ay fundamento para volverse à la primera; Y ansi en aver cumplido D. Fernando Ruiz, se pone alguna duda, que no la tiene, saltem intelligitur novata prima scriptura pro virili, Bartol. in l. si paternam, C. ad Velleianum, i. oppositione, donde dos simpliciter hizieron vna obligacion, con animo de novar otra: y dize Bartolo, que cada vno està obligado pro partibus æqualibus; con que aviendo cumplido el señor Obispo por su parte, no ay fundamento para pedirle mas, mayorméte quando este caso de no cobrarse de don Fernando Ruiz, està prevenido en la segunda escritura de transaccion, ibi: *Hasta que se aya pagado con efecto todo lo debido hasta aora, y que se fuere debiendo en adelante, no aviendolo cobrado del dicho señor D. Fernãdo Ruiz, que es lo que està sucediendo en Palomares, cuyas quiebras irã pagando en adelante, con el medio que en la segunda escritura se tomò para pagar, ansi los corridos, como lo que no se cobrare del dicho don Fernando Ruiz, como parecerã llano del articulo siguiente.**

### Articulo Tercero.

*Fundase, que aviendo cumplido de su parte el señor Obispo, como lo ha hecho, dando los quinientos, y mil ducados cada año a que se obligò en la segunda escritura de transaccion, no pueden D. Fernando, ni D. Geronima tener regresso à la accion de la primera de capitulaciones: Y que en caso que estuvieran en la segunda mancomunados el señor Obispo, y su hermano, solo se les podia pedir el interés de Palomares.*

**P** Ara entrar en el assumpto supongo la decision del texto en la l. i. tit. 16. lib. 5. Recopilat. ibi: *Establecemos, que si dos personas se obligaren simplemente por contracto, ò en otra manera alguna, para hazer,*  
 O *y cum=*



y cumplir alguna cosa, que por a se mismo hecho se entienda ser obligados cada uno por la mitad, salvo si en el contrato se dixere, que cada uno sea obligado *insolidum*, o entre si en otra manera fuere conuenido, e igualado; y esto no embargante qualesquier leyes del derecho comun, que contra esto hablan: y esto se ha guardado, assi en los contratos passados, como en los por venir. Atenta la decision de este texto, no puede aver obligacion *insolidum*, quando ay dos reos, sin que se expresse la calidad de que lo quieren ansi: y faltando la expresion desta calidad, no ay obligacion *insolidum*. Azeved. in d. l. 1. verb. *Insolidum*, ibi: *Ex lege tamē nostra, et ex dictis in hac lege remanet correctum, ita ut si in solidum teneatur, etiam si nō renūciēt dictis beneficijs, quod si simpliciter obligatur, pro virili teneatur, neque sit opus opponere de exceptione divisionis, et itidem in duobus reis id fit, etiam si sint praesentes, et soluedo, quod unusquisque eorum possit insolidum conueniri, si insolidum se obligauerint, neque possint uti dicta remedio divisionis, etiam si ei nō renūtiauerint, et nostri textus uera, et germana declaratio, ac uerus, et literalis intellectus.* Matienço in eadem lege, gloss. 3. Et erit utilis renūciatio, ne quis obijciat legem nostram nō loqui in fideiussoribus, sed in duobus reis principalibus, qua circa tollendam omnem dubitationem utilis erit renūciatio, Gregorius Lopez in l. 8. verb. Cada uno de ellos, tit. 12. part. 5. Ayllon ad Anton Gomez tom. 2. cap. 12. Gutierrez de iurament. confirmat. 1. p. c. 23. ex num. 10 & quæst. practicar. lib. 3. quæst. 96. Felicianus de censibus lib. 3. c. 2. n. 3. Rodriguez de annuis redditibus li. 2. quæst. 5. n. 14. Molin. de iustit. & iure d. part. n. 542. Lassart. de decima venditionis, Carley. lib. 1. disp. 5. tit. 1. n. 7.

2 El señor Obispo no se obligò de mancomun con don Fernando Ruiz su hermano en la segunda escritura de transaccion, ni en ella ay renunciacion de division, y excusion de bienes: Ergo contra rationem iuris est querer que esten mancomunados en la segunda escritura, y que cada uno se obligue *insolidum* a lo que el otro prometió: Es muy del caso el consejo 60. de Alexandro in fin. volum. 7. ubi asserit: *Quod si duo promittat pecunias exercere, id intelligi debet pro virili*, aunque en el instrumento despues digan, que lo han prometido *insolidum*, es cum obseruantia omnium supra contentorum, quia haec ultima uerba intelligi debent secundum naturam contractus. Del mismo sentir es Socin. Iunior conf. 52. num. 15. volum. 4. sequitur Castillo quotidianarum controverf. lib. 5. c. 86. ex n. 23. Si esta es doctrina corriente, como se quiere que este mancomunado el señor Obispo con su hermano, no aviendo en ninguna parte del instrumento conjetura donde pueda fundarse la obligacion *insolidum*?

3 Antes bien ay muchos motivos (ademàs de los que nacen de la ley del Reyno) para excluir la mancomunidad. y obligacion *insolidum*, ibi: *Cumpliendo de su parte el dicho señor don Fernando, y el dicho señor Obispo,* las



las quales palabras en la letra significan, que no estàn mancomunados en dicha clausula, porque no ay otras para que mas vivamente se signifique en nuestro idioma Castellano la excusion de la obligacion insolidum, y las palabras que se subsiguen (hasta aora no ponderadas) ibi: *T para lo ansi cumplir, y pagar, y guardar, y aver por firme, cada vno por lo que nos toca, obligamos nuestros bienes*: Son penitus exclusivas, absque omni dubitatione, de que la obligacion que se contraxo por la segunda escritura de transaccion fue insolidum, ò sino, al Letrado mas advertido, que sobre consulta diesse consejo para excluirla, que otras palabras se le podian ofrecer mas expresivas, *Et diuisa rem. meret obligatio*: Vease a Siguença lib. 1. de las clausulas instrumentales, cap. 18. Monterroso, *es alij eius de farina*, que de estos nos es preciso hazer memoria, quando se quiere poner controversia en vna verdad: *Quam Pragmaticorum umbra obumbrare conati non sunt.*

4 *¶* Y quando huviera alguna razon para inducir mancomunidad en virtud de estas clausulas, como lo pretenden las partes contrarias, aviendo dicho en ellas el señor Obispo, y don Fernando Ruiz, q. cada vno cumpliria de su parte, y que se obligavan cada vno por lo que le toca, cessara la obligacion insolidum, argument. textus in l. de interrogationibus in iure faciendis, Bald. conf. 326. num. 2. volum. 2. *Nam appellatione partis venit dimidia totius fundi, vel summa*, l. nomen filiarum, §. portionis, de verborum signific. l. etiam. ff. de usufruct. l. planè, §. fin. l. Titius, delegatis 1. Alciatus conf. 133. num. 1. lib. 9. Franciscus Marcus decis. 339. n. 4. part. 2. Riminaldus Iunior conf. 430. volum. 5. A esto se allega, que la palabra *de su parte* en dichas clausulas *enūtiat diversa*, porque respeto de don Fernando Ruiz, dize el cumplimiento de Palomares, y respeto del señor Obispo los 117. ducados en cada vn año, *Quo casu diuisa intelligitur obligatio à principio ex voluntate expressa contrahentium*, Baptista Costa de ratione ratæ, præmissio 6. per totum: Y aunque quando muchos se obligan à la paga de cierta cantidad, *ita vt à quolibet eorum possit recuperari*, se juzga aver obligacion insolidum, Tiraquel. de retractu, tit. 1. §. 3. n. 1. Parisius conf. 49. num. 4 & 5. volum. 2. aunque no digan que se quieren obligar *insolidum*, por las palabras expresas de *insolidum*, Azevedo loco proximè citato; Quando dos se obligan en vn contracto ad diversa, es necessario que aya mas expresion, y no bastara la clausula distributiva, *vt à quolibet eorum possit recuperari*, sino se añade res ab alio promissa, vt tradit Parisius. En la segunda escritura no ay expresada obligacion insolidum, ni ay la clausula *x quipolente*, *vt à quolibet eorum possit eorum recuperari ab alio promissa*: y ansi solo voluntariamente puede decirse, que el señor Obispo, y su hermano se obligarõ *insolidum* à lo contenido en ella, sino es que se entienda el insolidum respectiue a la obligacion

cion



cion de cada vno, porque Palomares no es parte de 11. ducados, neque e contra: y ansi aquella clausula *por su parte*, significa el todo de la obligacion de cada vno in simili, Peregrin. tract. de fideicommissis, art. 8.

No obsta la copulativa, con que parece se obligaron el señor Obispo, y su hermano, ibi: *Cumpliendo de su parte el dicho señor D. Fernando Ruiz, y el dicho señor Obispo*; porque de ella no puede inducirse obligacion in solidum, sino se expresa, *expressus textus in l. reos 11. §. cum tabulis*, de duobus reis, ibi: *Cum tabulis esset comprehensum illum, & illum ceterum aureos stipulatos, neque adiectum, ita ut duo rei stipulandi essent virilem partem singuli stipulati videbantur: & e contrario, cum ita cautum inueniretur tot aureos recte dari stipulatus est, Iulius Carpus spondimus ego Antonius Achilles, & Cornelius Diuus partes viriles deberi*: y dà la razon Papiniano: *Quia non fuerat adiectum, singulos in solidum spondisset, ita ut duo rei promittendi fierent*. Expresa obligacion pide Papiniano, aunque dos se obliguen copulativamente, para que se entiendan obligados in solidum, y expressamente lo lleva la glossa ibi, verb. *Adiectum*, Ronchegallus d. §. *cum tabulis*, Cujac. lib. 1. responsorum Papiniani: y es preciso el que se entienda este texto en la forma dicha, porque en todos los contractos donde la obligacion primitiva es, de que aunque se obliguen muchos, *teneantur pro virili*, la copulativa no induce obligacion *in solidum*, nisi *expresse actum sit, ut supposita natura depositi*, de qua in l. 1. §. *si apud duos*, & in l. *si duo*, ff. *depositi*, lo siente Castrense in l. *si ut certo 5. §. si duobus*, ff. *commodati*, num. 4. En tanto que esta misma doctrina la asié tan por llana en la eviccion emphyteusis, novacion, locacion, venta, & in ceteris contractibus, Ronchegallus in l. eandem 9. in princip. num. 13. vsque ad num. 243. de duobus reis, & in d. §. *cum in tabulis*, num. 16. vsque ad n. 95. Alexand. conf. 76. num. 3. lib. 7. Ciriacus controvers. 198. a num. 4. Gratianus discept. forens. cap. 320. a n. 46. Hoi por ley del Reino no ay obligacion *in solidum*, nisi *expresse actum sit*: Con que la resulta de todos los contractos es pro virili, aunque sub oratione copulativa se ayan celebrado.

- 6 Es muy del proposito la respuesta del Jurisconsulto Marciano in l. *si fundus 16. §. si duo pariter 8. ibi: Sed simul ille, & illa si hoc actum est, uterque recte in solidum ager, si minus unusquisque pro parte*, ff. *de pignori- bus*, & *hypoth.* Aqui se contraxo debaxo de copulativa vna prenda a favor de dos: y con todo esso *uterque debet instituere actionem pro parte, nisi aliud actum sit in conventione*: Con Marciano conviene Marcelo in l. *cum apparebit 47. locati*, ibi: *Cum apparebit emptorem, conductorem, & pluribus vendentem, vel locantem, singulorum in solidum intuitum personam*; & ibi: *Quaquam fortasse iustius fit, etiam si solvendo omnes erunt electionem conveniendi quem velit, non auferendam aëtori*; y dà la razón Pau-

lo



Io de Castro, entendiendo aquellas palabras *singulari in solidum*, intuitu personae, de obligacion in solidum expressa, ibi: *Quia potest quilibet se obligare ad solidam pensionem, ut non solvente, alter liberetur.* & ibi: *Potest etiam intelligi, quantum ad restitutionem, ut quilibet se obliget in solidum ad restituendum, licet si hoc non faceret, quilibet teneretur pro parte ut habeatur in simili depositis, & plenè sicut notatum, in l. si ut certo, §. si duobus vehiculum, ff. commodati.* Y esto se ha de entender, aunque dos se obliguen sub oratione copulativa, vt eleganter docet in specie Bald. in l. si diuisa 13. in addit. num. 1. locati, & consil. 116. num. 4. volum. 1. Y aunque los textos citados hablan de dos reos, locandi, vel credendi, la misma razon corre in duobus reis conducendi, vel debendi, ex quacumque causa, d. §. cum in tabulis 2. & resoluunt proximè allati Interpretes.

7 Da la razon Graciano d. cap. 320. num. 45. tomandola de Bald. ibi: *Subdens rationem, quia copula diuidit inter partes, l. 1. C. si plures vna sententia fuerint condemnati.* De este mismo sentir es Surd. conf. 150. vers. 2. moueor, ibi: *D. Eques promissit Nigrum, & Bachetum indemnem releuare, & pro eis affictus soluere, & ita haec promissio facta fuit duobus, ergo debet intelligi pro virili portione vniquemque ipsorum tangente: ita enim intelligitur, qualibet obligatio facta duobus, & late prosequitur idem Surdus d. conf. 150. fol. 743. pag. 1. omnino videndus.* Y la copulativa no tiene fuerza alguna, quando se pone entre dos personas. Nam quot sunt personae, tot sunt stipulationes, l. 1. §. communis seruus, de stipulatione seruorum, ibi: *Et ideo si proprius meus seruus communi meo, & tuo seruo stipulatus fuerit, idem iuris erit in hac vna conceptione verborum, quod si futurus esset, si separatim duae stipulationes conceptae fuissent, altera in personam serui mei, altera in personam serui tui.* De cuya decision vfa Ciriaco d. controuers. 198. num. 18. y està preuenido en las informaciones antecedentes.

8 Y en el caso en que vamos hablando, tiene menos duda el que la copulativa no tiene efecto alguno, quonia copula coniunxit ad diuersas praestaciones, l. 1. de usufruct. accrescendo, ibi: *Ceterum si separatim vnicuique partes rei usufructus sit relictus, si ne dubio ius accrescendi cessat, juntando la interpretacion de Cujacio lib. 17. quaestionum Papiniani in l. 2. ff. quibus modis usufructus amittatur, ibi: Videamus quae sit sententia huius diffinitionis, sicut scripta est eadem, videtur esse haec definitio Sabini, quae est Celsi, nam hoc statuitur inter coniunctos res, & verbis, vel re tantum esse ius accrescendi inter coniunctos verbis tantum, aut sane, nec coniunctis villo modo cessare ius accrescendi: nam his solis dici potest usufructus legari separatim vnicuique partis suae, ut ait, qui sunt coniuncti verbis tantum, vel qui nullo modo coniuncti sunt.* En lo qual conuenien con Cujacio todos los Teoricos, y practicos, y de ello se infiere, que la copulativa, que jura las personas, explicando en cada vna la parte que ha de auer, no tiene efecto algu-



alguno. Confirma esta proposicion, *in obligatione prestandi*, la l. fin. de usufruct. accrescendo, ibi: *Cum singulis ab heredibus eiusdem rei fructus legatur, fructuarij separati videntur, non minus quam si aequis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset: unde fit ut inter eos ius accrescendi non sit*: Aduirtiendo, que Donelo lib. 7. comment. cap. 13. refiere a aquellas palabras, *Æquis portionibus ad heredem, non ad rem legatam*: y assi a las personas a quien tocan las prestaciones, y que la especie del texto se aya de poner en dos, ò mas herederos, a quienes debaxo de oracion *copulativa* mandò el testador dar el usufructo a dos, ò mas legatarios, es cierto; porque de otra suerte no tuuiera el texto razón de dudar en la disputa del derecho de acrescer, l. re coniuncti deleg. 3. l. Triplice 124. de verbor. sign. Y sin embargo responde Papiniano, que se entiende estar separados los herederos *quoad prestationes*, aunque esten conjuntos en oracion *copulativa*, *in obligatione prestandi*, quando *æquis portionibus diuisa est obligatio*; y que se entiende como si a principio *in singulis separatim* se huuiera diuidido la obligacion.

9 El señor Obispo, y su hermano se obligarõ en la segunda escritura, no a dar parte de la misma cosa, ni para este efecto los juntò la *copulativa*, sino para cosas diuersas; a vno para dar mil ducados en cada vn año, a otro para entregar a Palomares. Sacase pues por consequencia innegable, q̄ la *copulativa* que se halla en dicha escritura, no los juntò para obligarlos *in solidum*, sino para obligarlos a cada vno por lo correspondiente a su obligacion; porque si la *copulativa*, que junta à dos *ad obligationem prestandi* las partes de la misma cosa, l. si a reo 70. §. 1. de fideiussoribus, l. 33. §. 1. de usufruct. l. 40. eodem tit. cum alijs, solo porque ellas fueron expressadas, no es bastante para que no diuida la obligacion *pro æquis portionibus*, *ut vidimus proximo numero*; quanto menos serà bastante para introducir vna obligacion *in solidum*, quando junta à los obligados *ad rerum diuersarum prestationem*.

10 Tambien haze al intento en la ley final, de usufruct. accrescendo, ibi: *Cum alijs ab alio herede usufructum vindicat*. Consiente Vlpiano con Papiniano, y dize, que el fundamento de diuidirse la obligacion, se reconoce del modo del pedir de los legatarios el usufructo, porque cada vno pide su parte de diferente heredero, *quædam namque à posterioribus rectè explicantur*, l. quædam 15. de rebus dubijs, l. proinde 8. si certum petatur, l. antiqui 3. si pars hæreditatis petatur. Por la segunda escritura se pidió a Don Fernando Ruiz entregasse a Palomares; y al señor Obispo a que pagasse los 500. y 111. ducados, que es a lo que cada vno estaua por su parte obligado; y mientras que Palomares no se embarcò por el Administrador del concurso, no se intentò pleito al todo de la obligacion de la primera escritura. Atiendase si ay el mismo argumento, que con-

ven



uenciõ a Vlpiano en este caso, vt cenfeatur obligatio diuifa.

11 Aumentase la prueba deste discurso, con que la *copulatiua* no induce solido, si en ella misma no se explica, l. plane 34. §. si coniunctim, delegat. 1. l. 7. eodem, ibi: *Quia heres duobus dare damnatur*, iunctis traditis a Pichardo in §. si eadem, instit. delegatis, vbi plures refert. En la *copulatiua* de la segunda escritura no se expreso, que si salia Palomares incierto, quedasse el señor Obispo obligado a sus intereses, ni menos que tuuiesse Don Fernando de Alarcon Niño regresso a la primera escritura; y assi se ha de entender desde su principio la obligacion diuidda, por lo que a cada vno en virtud de ella le tocava a cumplir.

12 Y aunque la obligacion sea *insolidum*, respeto de muchos, y salga la sentencia contra todos sub oratione copulatiua simpliciter, se entienda *pro rata* la condenacion, l. Paulus respondit 43. de re iudicata, l. si mandato, §. Paulus, eodem tit. l. 2. C. si plures vna sententia, Gratian. discept. forens. cap. 33. a num. 50. Crauet. conf. 10. num. 2. & conf. 188. num. 6. Guido Pap. singulari 681. Antonius Gomez lib. 2. variar. cap. 12. Tibertius Decianus inter consilia Menochij 123. Giurba decif. 46. per tot am, Salgad. de protect. Regia, 4. part. cap. 12. ex num. 114. Y en el num. 119 vfa para el apoyo de esta sentencia, de la l. Reos §. cum in tabulis, que es la que determina indiuidualmente nuestro caso. Y es tan segura esta doctrina, que si diez y seis se obligaron *insolidum* a pagar por vna escritura cierta cantidad, y se intentò contra quatro la demanda, y cõtra estos aya salido sentencia condemnatoria sub oratione copulatiua, se juzgan condenados *pro rata*, non habito respectu ad numerum condemnatorum, sed potius ad numerum sexdecim obligatorum, ita vt eorum quilibet non in quarta, sed in portione decimasexta condemnatus existimetur, & intelligatur, idem Salgad. in Labyrinth.

Son de esta opinion Caualcano decif. 15. num. 31. & decif. 38. num. 3. & decif. 30. num. 112. part. 2. Grammaticus decif. 68. num. 9. Costa de rata portione, quæst. 33. num. 9. & quæst. 138. num. 1. Ripa de indiuiduis, sess. 8. num. 61. Decianus conf. 3. volum. 9. num. 3. Corneus confil. 71. volum. 1. num. 1. Milaniensis decif. n. 86. lib. 1. Verallus decif. 343. part. 1. Cartharius decif. 28. Fräch. decif. 228. Boer. decif. 99. & decif. 310. num. 4. Crauet. conf. 19. num. 51. Tepatus variar. resolut. cap. 17. de sententia, num. 292. Thusc. practicarum conclusionum, lit. O. conclus. 32. num. 15. & seqq. Cancerius lib. 3. variar. resolut. cap. 17. n. 295. Giurba dict. decif. 46.

13 Si vna sentencia condemnatoria pronunciada contra muchos obligados *insolidum*, les diuide la obligacion, ita vt *pro rata* condemnati intelligantur; porque el juez aunque les condenò sub oratione copulatiua, no expreso que los condenaua *insolidum*: menos fundamento ay para que la



la obligacion *copulativa*, debaxo de la qual se obligaron el señor Obispo, y su hermano simpliciter, sin expressar que se obligauan in solidum, induzga desde su principio la mancomunidad en la forma que la fingen las partes contrarias; siendo así, que el contracto de su naturaleza por ley del Reyno, aunque se huieren obligado a la misma cosa, les diuide la obligacion *pro virili*. y en los casos del numero antecedente, la obligacion en su origen fue in solidum.

14 Y en tanto grado entre los contrayentes *copula* conjuntos, que no expressaron obligacion in solidum, procede la doctrina, vt teneantur pro virili, que no se puede intentar la accion in solidum contra vno, *Etiā si ad ipsum tantum commodum contractus in totum peruenierit*, Gratian. discept. forens. num. 52. iuncto num. 42. ibi. *Et adeo in predictis censetur quilibet pro parte obligatus, vt neque possit agi in solidum, ex eo quod commodum ad vnum tantum in totum peruenierit*, Alexander in l. si cum dotem, §. trās grediamur, column. 2. post mediam, vers. Adde tamen, num. 7. ff. soluto matrimon. quidquid ibi Romanus num. 16. contrarium sequatur, nam contra eum est verior opinio, vt testatur Ruinus conf. 19. num. 9. in fin. lib. 4. Campeg. de dote, part. 3. q. 169 in fin. Iacobinus in l. si is qui, §. 1. in fin. ff. de iure dotium, Barbof. in dict. §. transgrediamur, num. 37. post mediu, vers. Qua etiam ratione, nec obstat Bart. in l. in duobus 3. quæst. 7. ff. de duobus reis: *Nam loquitur quando quilibet tenebatur in solidum, sed in casu nostro, quilibet tenetur pro virili tantum: licet ex pacto pecunia in totum ad vnum perueniret, & ita etiā procedit doctrina Bartoli in l. cum in plures, §. vestimenta, ff. locati, & in l. vnde quæritur, ff. commodati, & declarat Ruinus dict. conf. 19. num. 9 in fin. lib. 4. cum alijs supra allegatis. De que depende, que si huiere alguno de los contrayentes pagado por entero, podrá repetir la parte, Gratian. d. cap. 70. ibi: *Ita vt si fuerit solutum in solidum, posset pro parte repeti, tāquam indebitum presumitur enim error saltem iuris cum repetens tractet de damno vitando, & natura negotij est aliquantisper confusa*, l. cum de indebito, de probationibus, l. fullo, de conditione sine causa.*

15 Y vltimamente, aunque las palabras de la segunda escritura fuerā dudosas, y indiferentes a referirse tanto a la obligacion del solido, como a la viril, en duda se han de interpretar contra Don Fernando de Alarcón a quien tocò explicar esta ley en el contracto, para que en fuerça de ella pudiesse ser conuenido in solidum, Surd. conf. 150. ibi: *Postrema etiam si verba possent dici dubia, sed apta referri ad virilem, & ad obligationem solidi, tamen in dubio erunt intelligenda contra hereditatem*, Banchet, qui poterant legem apertius dicere, l. veterib. ff. de pactis, l. Labeo scribit obcurritatem, ff. de contrahend. empt. cap. contra eum. de reg. iuris in 6. Alexander in conf. 12. num. 9. volum. 2. conf. 117. num. 6. volum. 3. Abbas



in conf. 90. num. 1. volum. 2. Socinus in conf. 67. n. 16. volum. 1. Ruinus  
in conf. 6. num. 6. volum. 1. conf. 144. num. 9. volum. 2. Paris. in cōf. 35.  
num. 23. volum. 1. Neuz. in conf. 40. num. 13. Natta in cōf. 163. num.  
17. & in numeri alij ab ipso relati.

16 Con los fundamentos referidos queda euidentemente fundado, q̄  
el señor Obispo, y su hermano no se obligaron *in solidum*, ni de manco-  
mun en la segunda escritura: y nada lo apoya tanto, como el instrumen-  
to, en virtud de que oy pide la execucion Doña Geronima de Valdes, q̄  
fue el primero de capitulaciones, porque si en el segundo estuieran ma-  
comunados (que no lo están) solo se podia pedir al señor Obispo el inte-  
res de Palomaras, despues que se embargò por el Administrador del cõ-  
curso, vt traddunt Azeued. Matienço, Gregorio Lopez, Antonio Go-  
mez, & alij supra num. 3. & 4. relati.

17 Reconociendo quan solidos son los fundamentos que excluyen la  
mancomunidad entre el señor Obispo, y su hermano, suponen los Abo-  
gados de la parte cõtraria, que aquellas palabras dela segunda escritura,  
ibi: *Cumpliendo de su parte el dicho señor Don Fernando, y el dicho señor Obis-  
po*, están en ablatiuo absoluto; y que por esta causa inducen condicion, l.  
à testatore; de conditionib. & demonstrationib. l. victis, de vsuris; Calder.  
conf. 546. alijs primò, de verbor. signif. Bart. in l. 1. de condit. & demõs-  
trat. Barbof. 1. part. Rubricã, Alexander conf. 78. volum. 4. (luego dire-  
mos que este consejo no es aplicable a los terminos de este pleyto) y que  
la condiciones de tal naturaleza, que se debe cumplir *in totum, nec satis  
esse adimplere pro parte*, l. quod duob. de condit. & demonstr. Paulus. conf.  
43. num. 2. Decianus conf. 129. num. 4. lib. 3. Socinus in l. si is qui ducent  
ta, si item supater, num. 3. en tanto, *vt non sit satisfactum si vnus namus  
deficiat*, Bartol. in l. pacta, de contrahend. empt. num. 1. Y de estas doc-  
trinas se infiere, que no auendosi obligado simpliciter Don Fernando, y  
Doña Geronima, sino es en caso que el señor Obispo, y su hermano cum-  
pliessen de su parte, que no basta auer cumplido el señor Obispo de la su-  
ya, l. si quis ita 129. de verborum obligat. ibi: *Si quis ita stipulatus fuerit  
decem aureos dabis, si naus uenit, et Titius Consul factus est, non alias debetur,  
quam si utrumque factum sit, et idem in contrarium dare spondes, si nec  
naus uenit, nec Titius Consul factus sit. Exigendum erit, vt neutrum factum  
sit*, l. si heredi 5. ff. de conditionib. inst. ibi: *Si heredi plures condiciones con-  
iunctim date sint, omnibus parendum est, quia vnus loco habentur*, Casan.  
conf. 1. num. 1. Mendoza de pactis, lib. 2. cap. 4. num. 39. Este argumen-  
to se haze en el num. 40. y 41. y en el 64. de su informacion de veinte y  
tres hojas.

18 Y en el numer. 65. prosiguen diziendo: *Que plures simul contrahit  
vnus personæ potestate funguntur*, l. plane, delegat. 1. es propter unitatem

Q

ser-



sermonis quasi in unum corpus redacti censetur, l. vnica, §. ijs ita que defini-  
tis, vers. Hoc ita tam variè, C. de caducis tollendis, etiam si de partibus  
singulorum, in contractu mentio facta sit, l. Mæuius, §. duobus, delegat.  
2. Citase a Bartol. in l. re coniuncti, delegat. 3. num. 23. a Menchaca de  
successionum progressu, lib 3. §. 2 i. num. 50.

19 Este es el argumento vnico que se pone con alguna razon mas de du-  
dar por las partes contrarias: A que se satisface: Lo primero, que por di-  
chas palabras, y cumpliendo, &c. no se induce condicion, aunque por es-  
tar en ablatiuo absoluto pueda parecer que la inducen, porque las condi-  
ciones que se ponen en el acto, sin explicar mas que lo que trae la natu-  
raleza de el, no le hazen condicional, l. verb. 3. delegat. 1. l. aliquando 107  
vers. Item quod sub hac, de conditionib. & demonstrationib. l. iam du-  
bitari 86. de hzredib. instituentis, l. si Titio 22. §. 1. quando dies legata-  
rio cedat, Vela decisionum Hispanensium, dissert. 11 num. 43. vbi alios  
refert La naturaleza de la transaccion, incluye esta condicio tacita, quod  
fides placitis prestetur, l. cum mota 6. l. cum te transigisse 5. l. cum propo-  
nas 17. C. de transact. l. 21. C. de pactis, Ioannes Baptist. Cacialup. tom.  
6. in tractatib. Doctorum, part. 1. fol. 30. Morla in Emporio iuris, part.  
1. tit. 4. de transactionib. Card. Mantio. de tacitis, & ambiguis conuentio-  
nibus, tom. 2. lib. 26. Pinelus in l. 1. C. de bonis maternis, p. 3. n. 50. co-  
lumn. 4. Hypolitus singular. 196. Suarez allegat. 8. num. 18. Corra-  
lib. 1. Miscellanearum cap. 23. lib. 10. obseruationum, cap. 30. Ergo pro-  
bandum supponitur in argumento; que es, que se induze condicion por  
aquellas palabras, y cumpliendo, &c.

20 Y caso que sea condicion por estar en ablatiuo absoluto, cumpliò  
el señor Obispo auiendo dado de su parte cada año los 500. y 111. ducados  
a que se obligò, l. cui fundus 56. de conditionib. & demonstrationib.  
ibi: Cui fundus legatus est si decem dederit, partem fundi consequi non potest,  
nisi totam pecuniam numerasset, disimilis est causa cum duobus eadem res sub  
condicione legata est: in hac enim questione statim a testamento, quo pluribus  
conditio adposita est diuisa quoque in singulas personas videri potest, &  
ideo singuli cum sua parte, & condicione parere debet, & legatum capere pos-  
sunt, nam quamuis summa vniuersæ conditionis sit adscripta, enumeratione  
personarum potest videri esse diuisa, in eo vero quod vni sub condicione le-  
gatum est, scindi ex accidenti conditio non debet, & omnis numerus eorum  
qui in locum eius substituntur, pro singulari persona est habendus. En la espe-  
cie de este texto, la condicion dandi se puso a dos, a quienes se les legò la  
misma cosa sub oratione copulativa, y con todo esto dize Iaboleno, que la  
condicion se divide, y que el que cumpliere por su parte, puede recibir el  
legado; porque aunque la condicion aya sido puesta sub unitate verbo-  
rum por la enumeracion de las personas, se debe juzgar que està diuidi-  
da,



da, y no es nuevo en el derecho; que esta enumeracion diuida la obligacion, aun contra la que tuuieren las personas mayor, ò menor *ex natura contractus*, l. si hæredis 124. delegat. 1. ibi: *Si hæredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, proprius est, ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exequentur in legato præstando, qui si nominatim non essent hereditarias partes debitori essent*, l. quoties 23. iuncta l. non nunquam 24. ad Trebel. ibi: *Nonnunquam autem ex voluntate varie rescriptum, et indicatum est, videlicet, si non sub appellatione hæredum, sed proprijs nominibus expressis fideicommissio relinquatur*, l. si communis 37. de stipulatione seruorum, ibi: *Sed cum ad nomina prius decursum est rationabilius esse videtur pro virili parte, eis stipulationem adquiri*, l. ita liber 8. §. vnico, ibi: *Labeo autem ait, si nomina dumtaxat hæredum in testamento possita sint, viriles partes eis dandas, si vero ita si hæredibus dederit hereditarias*, ff. de statu liberis, Cujatius lib. 21. questionum Papiniani in l. 3. 4. §. Imperator, de statu liberis, & lib. 15. in dict. l. 24. ad Trebellianum, & in lib. 27. in l. 9. de duobus reis, Donel. lib. 7. comment. cap. 11 & lib. 8. cap. 29. vbi Osuald. Ant. Faber lib. 11. coniecturar. cap. 19. D. Petrus de Velasco in Rixis Proculeian. & Sabini, fol. 283 Bartol. eleganter in l. seruus 67. §. si ex pluribus, delegatis 1.

21 Tambien es de ponderar a este intento la l. cui vsusfructus, de vsu, & vsufructu legato, ibi: *Cui vsusfructus legatus esset, donec ei totius dotis satisfaceret, cum ei hæres pro sua parte satis dedisset, quam vis reliquis satis nõ darent, tamen pro ea parte vsufructum desinere habere mulierem ait Labeo*. En este texto la condicion *satis dandis* puso la persona de muchos, y sin embargo de que algunos no cumplan, el que ha cumplido, & *satis dedit*, percibe el emolumento de la parte que le corresponde.

22 Y fuera de los textos pòderados en el voto decisivo, è informaciones por nuestra parte, es cõcluyente en esta materia la l. si quis legata 54. §. fin. de condit. & demonstr. ibi: *Duobus eadem res si hereditamentum dedissent legata est, si alter ex his quinquaginta dederit, partem legati consequetur*. Y el texto en la ley penult. §. de illo, eodem tit. ibi: *De illo quoque queritur fundus quibusdam legatus est, si pecuniam certam in funus impensamque perferendi corporis, in aliam regionem dedissent, nam nisi vterque dederit reuerti sui legatum, quoniam conditio, nisi per vtrumque expleri non potest, sed hæc humanitus interpretari solemus, ut cum duobus fundus legatus sit, si decem dedissent, et alteri dando partem legatum quoque debeat*. Y la razon por que aqui fue necessaria la benignidad, fue, por que el fin para que le puso la condicion, era indiuisible, nempè *ut per ferretur corpus in aliam regionem*. Y sin toda la cantidad de la condicion no se podia cumplir la voluntad del testador, pero sino huuiera esta indiuisibilidad, bien podia el legatario conseguir la parte de la comodidad del legado, cumpliendo



la condicion por la mitad, como elegantemente lo aduieren Bartol. y Gofredo in d. §. de illo.

23 Es tambien decisiuo de este punto el texto en la ley si legato 11. §. si Stychus 1. de manumil. testament. ibi: Si Stychus, & Pamphilus decem dederint, liberi sunt, potest alter quinque dando liber esse, quamvis alter non dederit, l. Lutius 78. §. Caio Seio, ff. ad Trebellian. ibi: Gaio Seio exemisse Titia ex quadrante, & alijs ex reliquis portionibus heredibus institutis, ita cavit fidei autem vestrae mando, Caij Seij & Lutia Titia, uti post obitum vestrum reddatis, restituatis, Titio, & Sempronio semissent patrimonij, & portionis eius quam vobis dedi, quæsitum est, cum utriusque adierint hereditatem, & postea Gaius Seius defunctus sit, Lutia Titia herede instituta, an hæc Lutia Titia partem dimidiam semissis, quam rogatus erat Gaius eius restituere protinus debeat, an vero post suam demum mortem, uniuersum fideicommissum, tam ex sua persona, quam ex Gai Seij datam restituere debeat? Respondit Lutiam Titiam, statim teneri, ut partem dimidiam semissis ex persona Seij restituat, & l. uxorem 41. §. audi plagam, delegat. 3. ibi: Agri plagam, quæ est in regione illa, Menijs Publico & Gaijo transcribi volo, & ibi quæsitum est, an legatum valeat, cum Publius emere velit, Gaius nolit respondit, eum qui fideicommissum præstari sibi velit, posse partem dimidiam eius agri, qui legatus est petere, quamvis alter perse qui nolit: Item quæsitum est cautio quæ interponi debeat, secundum voluntatem pro quotta parte cuiusque heredum præstanda sit. Respondit pro ea parte, quæ ex fideicommissum præstatur. Y porque no se dude, que en todos estos textos la oracion en que la condicion se incluye, es copulatiua de personas, y que su enumeracion sola es diuisiua de la condicion, demas de que muchos de los textos citados expressamente ponen la copulatiua, lo resuelve Gofredo en la l. cui fundus § 6. ibi: Personæ enim enumerantur, quando dico lego Titio, & Seio, & Mauiio fundum, si Titius, & Seius, & Mauius viginti dederint, Bart. in d. l. si hæredes nominatim, delegat. 1. Y es corriente de todos los antiguos.

24 Si las decisiones de estos textos se huieran querido entender no se huiera puesto duda, en que es diuisible la condicion, que se juzga estar puesta en el ablatiuo absoluto de la segunda escritura, y no obsta el que la naturaleza de la condicion, no permite que possit adimpleri pro parte, dict. l. quod duobus, de condit. & demonstr. Porq se niega, q en este caso ay a cumplido pro parte el señor Obispo, porque entendiendose diuisada, se juzga como dos condiciones. Y el señor Obispo cumplió con la suya dando los 14. ducados cada año a don Fernando de Alarcon Nino, como

conf-



consta de los textos citados en los numeros antecedentes. Menos obsta el texto en la l. si quis ita 129. de verborum oblig. y en la l. si hæredi 5. de condit. instit. porque como aduerten Bartol. y Gofredo en dichos textos se habla en caso que respeto de vna sola persona se ponen dos condiciones *sub oratione copulatiua*. *Tunc enim*, no basta que exista la vna, si falta la otra, *Et discriminis ratio euidentis est, quoniam cum deficiat enumeratio personarum*, in d.l. 129. & in d.l. 5. non potest videri esse diuisa, como lo refuelue laboleno en la l. cui fundus 56. de condit. & demonstratio-

25 Con esta doctrina, que es textual, y euidente, cesan los escrupulos del argumento, solo me pareció aduertir, que la proposicion q̄ se afsienta por llana en el numero 65. de la informacion 5. de los cõtrarios, *Nempe quod plures simul coniuncti, in ius personæ potestate funguntur, etiam si de partibus singulorum, in contractu mentio facta sit*, para cuya prueba se alega el texto en la l. Mæuius, S. duorum, delegat. 2. es improbable; y el texto no habla palabra que conduzga al intento, ibi: *Duorum testamentis pars fundi quæ Mauij est, Titio legata est, non in eleganter probatum est ab vno hærede soluta parte fundi, quæ Mauij fuit, ex alio testamento liberationem obtingere, neque postea parte alienata reuocari actionem semel extintam*. Notefe si puede auer cosa mas distante del assumpto para que se alega.

26 La misma reprehension merece la cita de Bartol. en la l. re coniuncti, delegat. 3. num. 23. ibi: *Secundò quero, numquid in textu coniunctos verbis tantum, sit ius accrescendi, et breuiter dico, aut sunt coniuncti verbis, sed in re est omnino disiunctio, ut Titio, et Manio lego, singulis singulos seruos, et non habet locum ius accrescendi, ut supra tit. 2. l. huiusmodi, S. quibus, vel lego Titio, et Seio, fundum factis portionibus pro diuiso, tunc enim qualibet pars diuisa est, et separatus fundus, ut infra, de verborum significat. l. rectè dicimus, S. fin. et etiam tunc, non habet locum ius accrescendi, l. 1. 2. responsum supra de usufruct. accrescendo, secundum verum intellectum, aliud exemplum supra quibus modis usufructus amittatur, l. 2. in principio, aut in re non est omnino disiunctio, ut lego fundum, æquis portionibus pro indiuiso, et quia partes tunc non possunt ad oculum ostendi, l. Mæuius, S. duorum, supra tit. 1. habet locum ius accrescendi, ut hic, et in tota materia*. Todo el lugar de Bartolo es en fauor del señor Obispo; porque a la oracion *copulatiua* le niega los efectos, de que las personas copuladas en ella, *quasi in vnum corpus redigantur*, quando en ellas se nombrã partes, solo en las vltimas palabras del lugar, nombradas las partes, siẽte Bartolo, que la *copula* queda con efectos; y la razon es, porque las partes expressadas no se pueden demostrar quales sean *ad oculum*.

27 La parte que de la oracion *copulatiua* de la segunda escritura tocò cõ-

R

plig



plir al señor Obispo, fue dar los 111. ducados: y la que tocò cumplir a Don Fernando su hermano, fue entregar a Palomares: Quien aura tan poco despaulado, que no vea que estas cosas son diuerfas, y que su diuersidad *ad oculum potest demonstrari*: Vltimamente el lugar de Mēchaca tampoco es del punto: No se refieren sus palabras, por ser largas. Adviertase empero, que ni el texto, ni Bartolo, ni el señor Mēchaca, no hablan en contractos, que fue para lo que se alegan; pero como no se ven en sus originales, al señor Menchaca se cita por parragrafos, auiendo escrito por limitaciones; con que todas las citas son a bulto, solo para crecer el volumen de la informacion, siendo preciso, que por el poco ajustamiento mēgue en la calidad: y este mismo reparo pudieramos hazerle en las mas de las citas de la dicha informacion quinta de 23. hojas; pero como se trata mas de impugnar con prudente folidez, que de aueriguar estos hierros con nimia diligencia, escusamos el aduertirlos.

28 Vltimamente no es de substancia alguna el consejo de Alexandro, que es el 78. volum. 4. citado en el numero 40. de dicha informacion, en que se quiere persuadir habla en los mismos terminos en que nos hallamos; porque en el segundo contracto se puso condicion en ablatiuo absoluto ibi: *Reuocata prima donatione*. Y por no auer se reuocado legitimamente, defiende Alexandro, que se debe executar la primera escritura, sin hazerse caso de la segunda, que quedò resuelta por el defecto de cumplimiento. Las palabras de Alexandro num. 67. son las siguientes: *Reuocata prius donatione facta, quae uerba ablatiuo absoluto resoluuntur in conditionem, l. à testatore, de condit. et demonstr. l. cuiuslibet. ff. de usuris, scilicet cum dicta donatio fuerit legitimè reuocata, et propterea inferitur, quod dicta secunda donatio, facta sub conditione non habuit locum, nisi purificata conditione, ex quibus constat, primam donationem esse in uiridi obseruantia*. La resolucion de Alexandro es verdadera, y haze en nuestro fauor; porque el señor Obispo cumpliò con la condicion de la segunda escritura; y assi, en sentencia de Alexandro, no puede Don Fernando tener regresso a la primera.

29 Hasta aqui llegaron los discursos de los Abogados que han impresso por la parte còtraria en Madrid; y despues que vino a esta Vniuersidad, hallò la grande erudiciò de los que ha escogido para su defensa dos textos, que al parecer de quien no professa derechos, ò si los professò, los tiene olvidados, se juzgaron por indiuiduales para la determinacion del caso q̄ se còtrouierte. El primero, es el texto en la l. fistulas 78. § qui fundum 2. de contrahenda emptione, ibi: *Qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur, ei possessio duobus heredibus relictis decedit: si unus omnem pecuniam soluerit partem familie eriscunda iudicio seruabit, nec si partem soluat ex empto cum uenditore aget, quoniam ita contractum est alienum*



*diuidi non potuit*, cuyas palabras se ponderan ansí: en este texto se contra-  
xo debaxo de ablativo absoluto, ibi: *Soluta pecunia*: y no basta que vno  
de los herederos cumpla de su parte con la paga correspondiente à la por-  
cion en que fue instituido, antes es necessario que pague todo el dinero: y  
la razon es, porque aviendose contraido sub ablativo absoluto la paga, se  
pufo por condicion, & *contractum ita ex alienum diuidi non potuit*: Lue-  
go si contraxeron las partes contrarias debaxo de condicion, ibi: *Y cum-  
pliendo de su parte*, tendrà obligacion el señor Obispo a pagar toda la can-  
tidad puesta en dicha condicion, sin que pueda dividir la paga, ibi: *Nec s[er]u-  
partem soluat exempto cum venditore aget.*

30 El segundo es el texto en la l. in executione 85. §. item si ita 6. de  
verbor. oblig. ibi: *Item si ita stipulatio facta sit, si fundus Titianus datus non  
erit centum dari: Nisi totus detur, p[er]na committitur centum, nec prodest par-  
tes fundi tradere cessante.* Ponderase así, *cessante vno*: Luego huvo dos  
que prometieron los ciento *sub illa conditione: Si fundus Titianus datus  
non erit*: Y con todo esso, para escufarse de la pena no basta que vno en-  
tregüe las partes del fundo, correspondientes a su obligacion, ergo no  
aviendo el señor Obispo de Pamplona cumplido, sino por su parte, y no  
por la de su hermano, ay regresso à la primera escritura, como pena de la  
segunda. No se contentan los que hallaron estos textos con ponde-  
rarlos contra la mente de los consultos, y contra su verdadera inteli-  
gencia; pero alargáse à dezir, que el texto en la l. cui fundus, y todos  
los que por el señor Obispo se han referido se han de entender en vlti-  
mas voluntades; pero no en contratos, y lo procuran persuadir con los  
dos textos referidos.

31 Que en otra parte donde no se supiera la Teorica con la destreza  
que en Salamanca, se huviessen valido de estos textos, para ofuscar la cla-  
ridad de la justicia del señor Obispo de Pamplona, fuera delito de la in-  
genuidad, que deben professar los Abogados; pero aqui es despejo, y in-  
tencion; pues quien se vale de ellos, sabe la verdad de su sentencia: y yo no  
estare tan desvalido en su concepto, que no merezca el que se piense de  
mi el que la entenderè tambien. Digo, pues, que la sentencia de la l. *Cui  
fundus, in illis verbis, enumeratione personarum potest videri esse diuisa  
conditio*, se debe entender igualmente en vltimas voluntades, y en con-  
tractos, porque la sentencia es general: *Et vbi lex non distinguit, nec nos  
distingere debemus*, Vulgata lege de pretio, de Publiciana in re actione,  
como porque todos los Interpretes le entienden tambien en los contra-  
ctos; Duarenus in l. 5. §. si fortem vltimo, de verbor. oblig. ibi: *Nam, & se-  
verum sit conditionem non diuidi inter heredes, quæ à promissore non est di-  
uisa, tamen, si pluribus personis adscripta sit conditio, benigniore interpreta-  
tione quasi ab initio diuisa intelligitur*, l. cui fundus, de condit. & demonst.



*Si igitur quis promiserit ratum habere, quod à Procuratore suo gestum fue-  
 rit, & si id factum non fuerit pœnam, si que deceſerit duobus heredibus reli-  
 ètis omnes heredes qui in locũ eius substituuntur, pro vna persona habendi  
 sunt, d.l. cui fundus. Del contracto de estipulacion habla Duareno, y  
 en el filosofa, segun la sentencia de la l. cui fundus: Lo mismo haze Do-  
 nelo in d.l. §. vltim. in illis verbis: Quia enumeratione plurium seruorum,  
 de quibus sistendis cautum est diuisa sit conditio, argum. legis cui fundus, de  
 conditionibus, & demonstrat. Rectè hoc diceretur si pluribus personis es-  
 set conditio adscripta, vt scriptum est in d.l. cui fundus, nunc autem in stipu-  
 latione de seruis pluribus sistendis, vt vnus est promissor, qui promissit sisti;  
 ita vnus eius persona conditio pœnam adscribitur, vel ex eadem lege cui  
 fundus, rectè ita dicturi simus, si conditio summe tunc diuiditur cum pluribus  
 personis iniuncta est, Antonio Fabro in rationali ad text. in d.l. fistulas 78.  
 §. qui fundũ, vſa del texto en la l. cui fundus, hablando delos contractos,  
 y dize assi: *Conditiones omnes in diuidue sunt, nisi enumeratio personarum  
 eas faciat diuiduas*, l. cui fundus, y todos los antiguos aseguran lo mis-  
 mo; con que no se puede poner duda, en que la sentencia de la l. cui  
 fundus se practica igualmente en vltimas voluntades, y contractos:*

32 His suppositis, no ay cosa mas facil, que responder à los textos,  
 que con mas futiliza que verdad se ponderan por la parte contraria; por-  
 que en la l. fistulas, §. qui fundus, el comprador *emit ea lege, vt soluta pec-  
 unia, &c.* Y assi puſo condicional al contracto; esta el mismo no la pudo  
 cumplir *per partes*; porque todas las condiciones son individuos, y assi,  
 muerto el, sus herederos, que representan su persona, tampoco pueden  
 cumplirla *per partes*, que es lo mismo que dixo la l. cui fundus: *In eo ve-  
 rò, quod vni sub conditione legatum est scindi ex accidenti conditio non de-  
 bet, & omnis numerus eorum, qui in locum eius substituuntur, pro singulari  
 persona est habendus*; pero si al principio huiera muchos compradores,  
*vnusquisque posset adimplere per partes* ita in effectum Fabr. in rationali:  
 La misma solucion tiene el texto en la l. in executione 85. §. itè si ita 6.  
 ff. de verbor. obligat. solo con ponerle la especie, como se debe. Alli no se  
 ha de suponer, que fueron muchos los promissores, sino vno solo, cò mo  
 evidentemente lo persuade la ley desde su principio, donde Paulo trata  
 de averiguar como pueden cumplir la obligacion los herederos del pro-  
 missor: y despues de aver decidido algunos casos, en que se debe cum-  
 plir por cada vno *insolidum*, y otros en que se puede por parte, llega al §.  
 item, y dize; que quando *Quis promissit sub ea conditione, si fundus Titia-  
 nus datus non erit, centum dari*: Y despues murió dexando dos, ò mas he-  
 rederos, que se comete la pena, y se deben los ciento: *Nisi totius fundus  
 detur, nec prodest partes fundi tradere, cessante vno*: Estas palabras las en-  
 tiende el Abogado contrario *vno promissore*; pero Paulo, que es el Au-  
 tor



ror del texto, Donelo, que en él se refiere a la l. 5. §. Satis acceptio, de verbor. obligat. vbi proponitur species in promissore, qui plures reliquit heredes, Duareno en la l. 5. Cujacio, y todos los Interpretes entienden las palabras *cessate uno*, de vn heredero, y entonces no basta que los coherederos cumplan por parte; porque como la condicion en su principio fue individua, *in persona promissoris*, por el accidente de morirle, *sciendi non debet.*

Articulo Quarto.

*Fundase, que aunque en la segunda escritura la copulativa tuvie-  
ra alguna fuerça, están renunciados sus efectos por  
D. Fernando de Alarcon.*

**D** Espues de aver quitado el administrador del concurso la hazienda de Palomares a don Fernando de Alarcon Niño, es constante por los autos que cobró espontaneamente los 111. ducados que le pagava en cada vn año el señor Obispo, sin pedir otra cosa; con que quando la obligacion de su Ilustrissima, y de don Fernando su hermano fuera *insolidum*, es visto averla dividido, y aver renunciado la mancomunidad, l. si creditores vestros 18. C. de pactis, ibi: *Si creditores vestros, ex parte debiti admisisse quemquam vestrum pro sua persona persolventem probaueritis, aditur Rector Provincia pro sua granitate, ne aliter pro altero exigatur providebit*, Antoninus de Amato to. 2. variar. resolutionum, resolut. 70. num. 1. ibi: *Remittitur solidi obligatione ex receptione partis debiti ab uno ex co-reis debendi soluta recipiente creditore, & debiti diuisio inducitur, nõdum fauore debitoris soluentis, sed omnibus co-reis debendi adquiruntur, exceptio taciti pacti, ita vt pro virilibus partibus tantum conueniendi sint*, Gratianus discept. 359. per tot. Giurb. decif. 46. num. 3. & in consuetudinibus Maxanis, cap. 9. gloss. 6. part. 1. num. 18. Trentacinq. variarum resolut. lib. 3. tit. de solutionibus. resol. 6. Pereyra de emption. & vedit. cap. 33. ex num. 34. & num. 65. Pyrrus Maurus de fideiussoribus sect. 6. cap. 4. num. 58. & de solutionibus, cap. 38. per tot. Tepatus lib. 2. tit. de duobus reis, column. 2. Scipio Robitus conf. 20. n. 1. lib. 2. Mantica de tacitis, & ambig. convent. lib. 1. tit. 5. num. 8. volum. 1. & lib. 15. tit. 5. per totum, Salgad. in labyrinth credit. 2. p. cap. 11. num. 75. Y en esta materia *pari passu ambulauit, debiti, petitio, & receptio*, Amato pluribus citatis d. resol. 70. n. 2.

Y en este caso, tanto mas se induce la division de la obligacion, quanto las pagas que hizo el señor Obispo fueron conformes, y de la cantidad que debia por la segunda escritura de transaccion, Amato resol. 70. n. 4.

S ibi;



ibi: Primò, quod co-reus debedi, & insolidum obligatus soluat partem, & rati-  
tam suam ratum, & nò plus, nec minus, ita ut solutio puntualiter correspon-  
deat, rata, & portioni soluetis, quia si in aliquo excedat, & vel minor sit dispo-  
sitione legis predicta nò intrat, item quod soluat pro rata, sibi tã gère ex tota o-  
bligatione, & vel pro sua persona, & ita creditor recipiat solutionem, & vel pe-  
tat. El señor Obispo no solamente hizo las pagas conformes, pero tam-  
bien dio los libramientos por cuenta de la segunda escritura, y los cobró  
ansi D. Fernando de Alarcon Niño, *ut liquet ex processu, ergo divisio solidi  
inducta est per receptionem partis.*

3 Y quando quisiera D. Fernando de Alarcon confervar su derecho  
insolidum contra el señor Obispo, debia protestar que recibia las pagas,  
salvo iure solidi. Castrenf. Bald. Salicet. in d.l. si creditores, Ripa in l. si ex  
toto. §. 1. ff. delegat. 2. num. 12. Gratian. discept. 359. num. 17. Mantica  
d. lib. 15. tit. 5. num. 4. Antonius Gomez in l. 58. Tauri, num. 11. Asinius  
de executionibus, §. 7. cap. 94. Azevedo in l. 1. tit. 16. num. 8. lib. 5. Re-  
cop. Esta protesta no la hizo D. Fernando de Alarcon, ni tal parece por  
los autos: y ansi por su mismo consentimiento es visto aver renunciado  
à la mancomunidad, y obligacion *insolidum*, quando la huviera: y no  
aviendo hechola protesta, *salvo iure solidi in ipso actu solutionis*, auq̃ se huvie-  
ra hecho *post actum consummatum*, es de ningun momento, Carrocus de  
excusionibus, part. 2. quæst. 1. sub num. 1. vers. Sive igitur, Purpuratus  
in l. si creditores, column. 4. num. 24. in fin. vers. Et intelligite, Gratian.  
disceptation. 559. num. 11. & 19. y en esto convienen los Interpretes.

4 Solo queda vna dificultad, y es, que al tiempo que don Fernando de  
Alarcon recibio la parte que tocava a pagar al señor Obispo, ya estava  
embaraçada la hazienda de Palomares por el Administrador del con-  
curso, y consiguientemente nò soluedo D. Fernando Ruiz: & *in his termi-  
nis* ay algunos interpretes que resuelven, que no se induce la division del  
debito por la recepcion que el acreedor haze de la parte, gloss. magna in  
d. l. si creditores, Tomingius decis. 47. Giurb. decis. 46. n. 3. Costa d. q.  
130. n. 6. & Pyrrus Maurus locis supra citatis; pero la opinion contraria es  
la mas recibida, y mas comun, y de la antecedente haze este juyzio Gra-  
tian. disceptat. forens. cap. 566. num. 2. i. ibi: *Non obstat, quod  
non fuerit inducta divisio stante decoctione alterius obligati, iuxta  
decisionem Lugensem Roncbegallum, & Costam, quia ista opinio non  
est vera, cum in hoc consistat utilitas huiusmodi divisionis, ut illa  
possit alio non existente solvendo, prout in his terminis concludant  
Iacobus de Aren. Bart. Bald. Castrenf. Salgad. Alexand. Claudius  
Aguens. & alij, de quibus per Purpuratum in d. l. si creditores, colum.  
6. in princip. num. 34. C. de pactis, & ita etiam indistinctè nulla ha-*  
bi-



bita consideratione, quod alij sint soluendo, concludit Petrus Stella in repetitione d.l. si creditores, num. 7. in secunda declaratione, § nam. 13. in 6. declaratione, C. de pactis, § ibi Curtius Iunior num. 10. testatur de communi idem Gratian. discept. forens. cap. 359. num. 21. habla de la opinion antecedente, in hæc verba: *Quamvis ista opinio non sit tata, nam in hoc consistit utilitas, huius divisionis, ut illa profit alio non existente soluendo, prout in his terminis concludunt, &c.*

5 Ultra de que el sentir de los Interpretes, que dicen, *Non induci debuit divisionem ex parte recepta à creditore, quando co-reus soluendo non est tempore receptionis*, se entiendo, *ut ex ipsis liquet*, en caso que probablemente pudo ignorar que el otro co-reo hizo protesta, que recibia la parte, *saluo iure solidi*; y en esta forma concilia vna opinion con otra Purpurato in d. l. si creditores, column. 6. num. 35. donde dize, que se ha de considerar, si el recipiente creyò que los co-reos estauan soluendo, *Quia si erraret, talis error consensum excluderet*, ibi: *Et ultra ad illum, §. dici potest, quod ibi effectus est non soluendo post divisionem inductam: Hic glossa loquitur, quando tempore receptionis iam erat, & creditor recipiens credebat co-reos esse soluendo, ut iure presumitur, l. si defunctus, C. arbitrium tutela, & ita erravit, qui error consensum excludit, l. si per errorem, de iurisdic. omniu. iudicium.* Y es de reparar, que siguiendo Purpurato la opinio de que puede valerse Don Fernando de Alarcon, sienta lo contrario, en caso que no pudo ignorar el acreedor q̄ era insolvente el otro co-reo mã comunado *insolidum*: y desta manera entiede a la Glossa, que diò fundamento a la opinion que es contraria à la recibida. Y en estos terminos la figuè los mas de los que se alegan por ella; con aduertencia, que ninguno excluye la limitacion: Don Fernando no podia ignorar que estaua insolvente su padre, y que estaua embaraçada la hazienda de Palomares por el Administrador del concurso; pues en la vltima que le hizo de los 111. ducados el señor Obispo, auia quatro años que no la cobraua, por el embaraço dicho: con que no puede valerse de que *tempore receptionis partis debite* estaua insolvente su padre.

6 Aumentase el derecho de la diuision a fauor del señor Obispo con las pagas continuas recibidas en el espacio de quatro años por Don Fernando de Alarcon Niño, cobrando la cantidad correspondiète a la obligacion, que por la segunda escritura contraxo el señor Obispo; porque la continuacion de recepciones induce contra Don Fernando de Alarcon mas deliberado animo de querer renunciar la mancomunidad, caso que la huiera, Gozadinus conf. 70. n. 7. *§ faciunt quæ de actibus geminatis cumulant Interpretes.*

7 Y es tan general la decision del texto in l. si creditores, que se admite lo



lo dispuesto en ella en qualquier especie de deudores, sean de contracto, de quasi contracto, o vltima voluntad, Amato d. resolut. 70. num. 14. vsque ad num. 19. Rouitus d. conf. 20. per totum, volum. 2. Trentacing. variarum resolut. lib. 3. tit. de solutionibus, cap. 6. num. 7. Tuschus practicar. conclus. 339. num. 14. lit. D. Ponte conf. 81. volum. 2. num. 11.

8 Y que esta doctrina procede quando los co-reos se obligarõ de mancomun, renunciando el beneficio de la diuision, y excusion, que es el punto indiuidual de que se trata, lo resueluen Alexand. in d. l. si creditores, Ripa in l. si ex toto, §. 1. sub num. 11. deleg. 1. vbi Vincentius de Herculanis, column. penult. in fin. Trentacing. d. cap. 6. num. 6. in principio, Amato d. resolut. 70. num. 35. ibi: *Ideo in Regno de plano procedit nostra conclusio stantibus prægantissimis clausulis, in instrumentis de stylo apponi consuetis, renuntiationem predicti beneficij diuisionis, inducentibus respectu creditoris, & ante ipsum practicus Papiensis in forma libelladi, contra plures reos debendi, in verbo beneficio novarum constitutionum, in fin.* Y la razon es llana; porque en la l. si creditores se induce la diuision del solido, por el consentimiento que se juzga del acreedor, *recipiendo partem debiti*; y assi nunca se entiende que el deudor contrauiene por su mismo hecho a la renunciacion de la diuision que tiene puesta en el contracto.

9 Y para que todo lo dicho en este articulo no tenga duda, se adierte en el hecho, que despues de auer embaraçado a Palomares el Administrador del concurso, que fue el año de 1650. cobrò Don Fernando de Alarcon Niño los mil ducados que tocauan a pagar al señor Obispo por la segunda escritura, los años de 1651. 1652. y 1653. Y en este vltimo año, dando libramiento Don Alonso de Alarcon, Canonigo de la Santa Iglesia de Ciudad-Rodrigo, mandatario del señor Obispo, sobre Luis de Oliuares, mercader de sedas, vezino de la villa de Madrid, para que se los pagasse a mil reales cada mes, dize en el, se los libra por los milmos que el señor Obispo se obligò a pagarle en la escritura de transaccion; y el dicho D. Fernando diò recibo, diziendo, los recibia en conformidad de la librança del dicho Don Alonso.

### Articulo quinto.

*Fandase en el, que quando la escritura primera fuera eficaz, y legitima, y no estuiera nouada por la segunda, està vulnerada la via executiua con los dos autos del señor Nuncio, y Don Alonso de Benavides, luego que conoció de la segunda instancia, de cuya confirmacion se trata al presente.*

10 Para mas facil comprehension de este discurso se supone vn principio



llano en esta materia, el qual confieffa la parte aduerfa en su alegacion de 23. hojas, ex num 19. vsque ad 24. que todas las escrituras, que de su naturaleza son exequibles, porque en la forma extrinseca, y aparente no se les conoce defecto, ni vicio, auiendose presentado en juyzio, y pedido execucion en virtud de ellas, por auer opuesto el Reo algunas excepciones se pronuncia sentencia contra el actor en que se declara no auer lugar la execucion, quedan en estado que se vulnera la via executiua, y no se puede hazer execucion en virtud de ellas, antes se debe seguir la causa en via ordinaria, y se deben ganar tres sentencias conformes, para poder proceder en via executiua, en virtud de la executoria, q̄ se despacha para execucion de semejantes instrumentos, y que esta doctrina corre sin controuersia, quando la sentencia es de calidad que vulnera el mismo instrumento, declarandole por falso, nulo, ò usurario, ò que padece otro defecto que mira a la subsistencia del mismo instrumento, y solo se pretende defender, con que las sentencias no miran a la legalidad de su escritura, ni a la justificacion de ella, sino a otros defectos que conducen a la forma de la misma via executiua.

2 Tambien confieffa la parte aduerfa en la dicha alegacion de 23. hojas, num. 24. que aunque en el progreso de esta causa no se ha dudado de la legalidad del instrumento, ni de la justificacion de el, se ha pretendido turbar la causa executiua con oponer el señor Obispo, que se no uò por la escritura segunda, y otras excepciones. Consta de aquellas palabras: *En que no se ha dudado de la legalidad del instrum̄to: ni de la justificacion de el, sino que tan solamente se ha pretendido turbar la via executiua, con oponer el señor Obispo, que por la segunda escritura se hizo nouacion del primer contrato, y otras excepciones a que responderemos en su lugar.* Y entre las demàs excepciones a que pretende satisfazer, la septima que propone en el numero 70. y procura disoluer hasta el num. 90. es la que se opuso por el señor Obispo, de que la primera escritura fue nula por defecto de la condicion: y tambien adierte en el numero 68. que la causa nunca llegò a estado de librarfe mandamiento de execucion, con las palabras siguientes: *Pero esta es oposicion sin sustancia, porque aora estamos en el primer passo de la via executiua, pidiendo que se de mandamiento de execucion, reformandose los autos de el señor Nuncio, y del juez de la segunda instancia.*

3 Assentadas pues estas suposiciones, que la misma parte las confieffa, tambien es necessario aduertir, que el principio para regular, estimar, y hazer juyzio de si la sentencia vulnera el instrumento, ò solos los autos, y processo executiuo depende vnicamente de la inspeccion, y examen que consiste en reconocer si declarò el juez por nula la execucion, por auerse probado paga, ò porq̄ el actor no legitimò su persona, ò por que



que el processo no se substanciò con las solemnidades necessarias; de forma, que el mandamiento de execucion se vulnerò por qualquiera de estos accidentes, quando declarò, que el instrumento era nulo, falso, ò usurario, ita docent Gratianus, & plures alij quos refert Salgad. de retent. Bullar. 2. part. c. 34. n. 4. *quod non censentur littera vulnerata, ex annulatione processus, & de Reg. protect. p. 3. c. 4. n. 46. ibi: Sed est intelligendū, ut procedat, & habeat locum, quando ipsa executio denegata fuit per iudicem a quo, ex alia causa, non concernente vires instrumenti, ut pote, quia apparet de solutione, cum reuera nō constaret, vel quia non fuit actoris persona legitima, seu processus bene fulminatus, ac substantiatus non erat, iunctis verbis antecedentibus, n. 4. 4. ibi: Quando prima sententia vulnerauit instrumentū executionum declarando id esse falsum, vel usurarium, vel ex alio quolibet capite nullum, quia ratione huius vulnerationis semper cessat via executiua, donec pro ea sint prolata tres sententia conformes.*

4 Y porque en los autos proueidòs por el señor Nuncio, y juez de la segunda instancia no se declarò distintamente el motiuo que tuuieron para denegar el mandamiento de execucion, porque en el primero solo se dixo: *Por aora no ha lugar lo pedido por estas partes*, y se mandò *que sigue/ se/ en justicia como les conueniese*. Y por el segundo se confirmò el primero en quanto se declarò no auer lugar lo pedido por las partes, y en quanto por el se declarò, *por aora*, y se les referuò el derecho, *se reformò*. Es necessario examinar, si por la forma de los dichos autos quedò vulnerado el instrumento, ò solo quedò vulnerado el processo, y parece q̄ està decidida esta duda apud Grat. discept. forel. c. 103. n. 10. in illis verbis: *Intelligēdo, quod sit vulnerata obligatio Cameralis, puta quādo Iudex absoluit à petitis, hoc enim casu erit locus appellationi; secus, quādo Iudex pronūtiavit sub persona in ualiditate decreti iam relaxati, vigore dicta obligationis.* En las quales asiēta por regla general para reconocer por el tenor de la sentencia si estàn vulnerados solamente los autos, ò el instrumento en cuya virtud se pidió la execucion, que entonces se vulnera el instrumento, quando el juez absoluiò al Reo de lo pedido, que es el caso formal deste pleyto, pues por ambos autos, de cuya confirmacion se trata, se declarò no auer lugar lo pedido por las partes contrarias.

5 Confirmāse mas llanamente esta doctrina con la resolucion de Scacia de appellation. quæst. 17. limit. 9. numer. 58. versicul. *Extende eandem sub extensionem, cuius verba sunt: Quando causa cognita super meritis puta in prima instantia, reus absoluitur; secus est, quando reuocatur mādātum uti nullum, reseruato iure melius agendi.* Pues en el caso de nuestra controuersia no se declarò por nulo el mandamiento de execucion, antes no se mandò librar, y fue absuelto el señor Obispo, pues se declarò no auer auido lugar la execucion pedida; y esta misma distincion aprueba

Con-



Gonçalez ad regulam 8. Cancel. glos. 6. num. 202 in illis verbis: *Per quã fuit declaratum ex aliqua causa instrumentum esse nullum, seu nullam executionem mereri, quod ratione dictæ vulnerationis semper cessare debet via executiva, donec sint prolata tres sententiæ conformes, & inferius num. 238. ibi: Secus vero, si non instrumentum, sed mandatum executivum vulneraretur.* Y en resolución assienta, que no solo se vulnera el instrumento quando se declara por nulo, sino tambien quando se declara no aver auido lugar la execucion pedida en virtud del, despues de aver precedido conocimiento de causa, y que entonces se entiende no estar vulnerado el instrumento, quando el mandamiento de execucion se vulnera por no auerse librado con justificacion: Y no se puede dudar, que en el caso presente estamos en los terminos de la vulneracion del instrumento, pues auiendo precedido conocimiento de causa, se pronunciò no aver auido lugar la execucion pedida, y no se declarò por nulo el mandamiento de execuciõ, que nunca se auia librado, como lo confiesa la parte aduersa, y queda aduertido en el num. 2.

6 Añadese para mas evidente prueba de este discurso, que generalmente hablando, entonces se entiende, que se vulnera el instrumento, y la via executiva se reduce a ordinaria, quando auiendo presentado instrumento exequible se pronuncia contra quien le presentó; ita docent Farinat. 2. tom. posth. decisio. decis. 515. num. fin. in illis verbis: *Denique cum fuerit contra eos qui petunt immisionem pronuntiatum; vulnerata dicitur via executiva, adeo ut amplius executivè procedi non valeat.* Eandem conclusionem amplectitur Scacc. Marquesan. sequens, d. tractatu, de appellat. quæst. 17. limit. 9. nu. 98. vers. Sub extende, in illis verbis: *Et scribit aperte Marquesanus tract. de commissioib. part. 1. de commiss. appellat. à Camera li oblig. cap. 16. num. 19. fol. 169. in secunda impressione, dicens: Quod si est pronuntiatum contra obligationem, habentem formam Camera, & subcumbens appellat, committitur causa appellationis, quia causa per illam vulnerationem est effecta, ordinaria, & appellabilis.* De todos los quales principios resulta, que en el caso de este pleyto se vulnerò el instrumento, pues se declarò no aver lugar la execucion, y se pronunciò contra el actor, y en favor del señor Obispo, y se declarò que no auia lugar lo pedido por las partes, y no se declarò por nulo; mandamiento executivo, que se huuiesse librado antecedentemente, ni tampoco se pudo entender que se denegò la execucion por defecto de legitimacion del actor, ni por que no se huuiesse guardado los lances, terminos, y solemnidades de la via executiva, la qual aun no tuuo principio, como confiesa la parte aduersa en su alegacion 5. dicto num. 68. con que es preciso confessar que estamos en los terminos indiuiduales de las doctrinas referidas. Y



Y aunque en punto tan llano parece que no era necessario mas dilatado discurso, sin embargo, para manifestar con mayor evidencia, que por los autos està vulnerado el instrumento, se debe aduertir, que en estos Reynos, a donde las sentencias no se motiuan (con que no es facil reconocer por su contexto el motiuo, que los juezes tuuieron) es comun estilo, quando declaran no auer lugar la execucion por no auerse guardado la forma, ò por otra causa que no mire a la sustancia del instrumento referuar su derecho integro a las partes, vt docent Parlad. lib. 2. quæst. quotid. cap. fin. §. part. §. 15. in fin. in illis verbis: *Quamquam cum soleant iudices executionem irritantes integrum ius creditori referuare.* Al qual siguen trasladando Gonçalez dict. gloss. 6. n. 238. Salg. de Regia protect. d. 3. part. cap. 4. num. 47. Y esta doctrina fue originaria de Sigismundo Scacc. d. tract. de appellat. quæst. 17. limit. 9. num. 58. in fin. sequentib. verbis: *Secus est, quando reuocatur mandatum vti nullum referuato iure melius agendi.* De forma, que entonces solamente se entiende, que el auto, ò sentencia vulnera los procedimientos, y no vulnera el instrumento, quando se declara por nula la execuciõ, referuando al actor el pedir mejor, como adierte Scaccia, ò quando se le referua a saluo su derecho integro: Y en este pleyto estamos en terminos muy diferentes, pues aunque el señor Nuncio despues de auer declarado, que no auia lugar lo pedido por las partes, les referuò su derecho, no fue integro, *neque cū qualitate melius agendi*; sino para que prosiguieffen su justicia en la forma q̄ viesse les conuiniessse: Y estas palabras tanto miran a seguir la causa por apelacion, como para seguirla en via ordinaria, ò en otra forma. Y ultimamente quando pudiera ofrecerse alguna duda en entender la mente del señor Nuncio, està desvanecida totalmente con el auto del juez de la segunda instancia, en que reformò el auto primero en quanto a la referua, y todo lo demàs, y absolutamete declarò, no auer lugar la execucion pedida por las partes.

Y a la verdad, cessan todas las dudas, que se pudieran ofrecer en este punto, quando en su alegacion §. en el num. 24. confiesa la parte aduersa, que el motiuo de auerse negado la execucion, fue por auerse alegado por el señor Obispo, que el primer instrumento se auia nouado por el segundo, y por otras excepciones: y refiriendolas, pondera entre las demàs desde el num. 70. hasta el 90. la excepcion de que el primer instrumento fue nulo, por el defecto de la condicion: Y el mismo juez de la segunda instancia en su voto decisiuo, en el qual manifestó los motiuos que tuuo para denegar la execucion, pone en primer lugar el de la dicha nouacion, vt constat ex dicto voto, num. 12. vsque ad 94. inclusiue: Y el segundo motiuo, que manifesta desde el numero 95. vsque ad numer. fin. es el auer sido nula la escritura de capitulaciones, por no auerse cumplido



plido la condicion; y que por este defecto lo fuese, no se puede poner duda, por todas las razones discorridas en el Artículo primero. Y tampoco se puede dudar, que quando huuieste tenido subsistencia en su principio, quedò anulada por la *transaccion, y nouacion*, que de ella resultò: y que por esta razon no puede pedirse en virtud ella execucion, vt probauimus articulo 2. per totum, & probant iura in l. 2. C. de except. rei iudicatae, l. 4. §. ex cõuentione, ff. de re iudic. l. minor 25. ff. de minorib. & obseruant alijs adductis Antonius de Canario in tract. de execut. instrum. quaest. 12. num. 13. in fin. Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. §. 11. n. 13. & 1. part. §. 12. limit. §. & 6. Bald. in l. 2. C. de except. rei iudicatae, Rebus ad titulum de litteris obligatorijs, artic. 1. gloss. 1. num. 19. & 20. Roder. Xuar. in repet. l. post rem iudicatam, notabili 1. in princ. Azeued. in l. 1. tit. 21. lib. 4. Cõpilat. num. 156. Rodr. in tract. de execut. cap. 6. num. 23. vers. Sicque pariter. Y la mesma parte aduersa en la alegacion referida, num. 29. §. 5. & 6. y en otros muchos, reconoce, que estos son los motiuos que tuuo el juez de la segunda instancia, aunque solicita responder a ellos. De que resulta necessariamente, que los dichos autos, especialmente el vltimo, vulneraron el mismo instrumento, y la via executiua, conuirtiendola en ordinaria, anfi por la forma de los mismos autos, como por los motiuos que el juez de la segunda instancia manifestò en su voto; los quales por ningun acontecimiento miran a defecto alguno, que interuinieste en la preparacion de la via executiua, respectu tam rei, quam actoris, sino que directamente miran a la nulidad del instrumento, ò por defecto del cumplimiento de la condicion al principio, ò por causa de que quando al principio huuiera valido como puro, y eficaz, se inualidò por la fuerça de la transaccion.

Y quando los dichos motivos de nulidad no los huuiera expresado tan notoriamente en su voto decisivo el Iuez que conociò de la segunda instancia, y su auto no estuuiera tan claro, para manifestar que se denegò la execucion por defecto, y nulidad del instrumento, pues no solo declarò en el, que no avia lugar lo pedido por las partes aduersas, sino que juntamente revocò el primero, en quanto à la reserva que en el les hizo el señor Nuncio, que son los principios, por los quales manifiestan los Escritores, si la sentencia, ò auto vulnera el instrumento, ò solos los procedimientos executivos, iuxta tradita supra ex num. 3. & præcipue num. 7. Respecto del estado que tenia la causa al tiempo que proveyò el auto el señor Nuncio (que es el mismo que tiene al presente, y tenia quando determinò el Iuez de la segunda instancia, pues ni se han presentado otros papeles, ni propuesto razones diferentes) era preciso confessar, que estos fueron los motivos, y no hubo otros, porque la execucion no se mādò



do hazer, con que no pudo aver defecto en el progreso de ella, para que por no estar bien sustanciada la via executiva, se declarasse por nula: que es vno de los casos en que refieren los Escritores, que no se vulnera el instrumento, sino el mandamiento, y autos executivos. Tampoco se alegò paga, que es otro de los casos en que no se toca en la sustancia del instrumento: Y en quanto à la legitimacion de las personas del actor, y reo, claro està, que afirmará la parte contraria, que jamás hubo defecto para que por el se pudiesse denegar el mandamiento de execucion; que es otro caso, en que tampoco se toca en la subsistencia, y legalidad del instrumento; por que si confessasse semejante defecto, esse mismo impediria al presente el ingreso de la via executiva; con que a *sufficienti partium enumeratione* debe confessar, que el averse declarado que no tuvo lugar la execucion, fue por las causas referidas de nulidad, que se expressaron por el señor Obispo, y sobre que se ofreciò el examen, y conocimiento de causa, y consiguientemente los autos vulneraron el instrumento, y la via executiva, y la convirtieron en via ordinaria.

10 Este discurso se haze notorio, con que es comun resolucion, y principio conocido, que quando vn Iuez no motiva la sentencia que pronunciò, se presume que tuvo por motivos los mismos que constan de los autos: y solamente se dà lugar a presumir, que tuvo otro motivo extrinseco, quando claramente le manifestò, y especificò en la sentencia, ò le probò la parte, ita docent gloss. & Bart. in l. si quis ad exhibendum, ff. de except. rei iudic. gloss. in l. hz enim 4. in principio, ff. de suspectis tutoribus, Alexand. in l. is ad quem, column. penult. ff. de adquir. hz red. ibidem Iason. num. 26. in fin. Crauet. 373. num. 41. & seqq. Corneus conf. 10. column. 2. lib. 4. Gabriel conf. 28. num. 5. lib. 2. Surd. conf. 324. volum 3. num. 7. ibi: *Quia index creditur motus fuisse ex his, que continentur in actis, nam ex alijs ab extra intellectis.* Et inferiùs, ibi: *Imò quando index ad ita iudicandum movetur, ex his que non sunt in actis, debet de hoc facere mentionem.* Et inferiùs, ibi: *Propterea etiam si nõ dicat se motum ex actis, semper actorum qualitas est attendenda.* Et tandem, ibi: *Vbi fortius addit probandi onus ei incumbere, qui dicit iudicem aliunde, quam ex actis motum, es hanc partem sicuti de iuri veram, ita tenendam arbitror in iudicando.* Eandẽ sententiam tenuit Rota decisi. 77. diversorum in fin. num. 8. 3. part. lib. 2. fol. mihi 440. & secutus fuit Stephanus Gratianus, qui totum penẽ cõsiliũ Surdi transcripsit, discept. forens. tom. 1. cap. 103. num. 23. & 24. Siendo pues, principio tan cierto, que siempre se presume, que el Iuez se moviò para pronunciar su sentencia de las razones expressadas por las partes, y contenidas en el processo, se sigue necessariamente, que en el caso de este pleyto, aun quando el Iuez de la segunda instancia no huviera manifesta



do en su voto los motivos que tuvo, era preciso confesar, que fueron los de la nulidad, y transaccion: y consiguientemente que no hubo motivo para negar el mandamiento de execucion, que no tocasse a la substancia del instrumento, y vulneracion del, pues à la verdad, como queda discutiendo, y ajustado en el numero precedente, no se hallò en el processo, ni concurrió alguno de los que advierten los escritores, para que se denegasse la execucion, y se revocasse el mandamiento executivo, que son los que no miran à la vulneracion del instrumento, sino solo à la vulneracion de los autos, y consiguientemente no reducen la via executiva à los efectos, y fuerça de via ordinaria.

11 De todos estos principios se infiere llanamente; que estamos en los terminos, que ansi el auto del señor Nuncio, como del Luez, que conociò de la segunda instancia, vulneraron el instrumeto por las causas de nulidad, procedida del defecto de la condicion, ó del efecto de la transaccion, ó novacion que de ellos resultò: y en estos terminos es resolucion comun, que con sola vna sentencia, en que el Luez declara, que no ha lugar la execucion, se vulnera la via executiva, y se reduce a ordinaria: Y de este principio, y conclusion se sigue, que la parte adversa no puede pedir execucion, ni se le puede conceder el mandamiento que pide, hasta que aya obtenido tres sentencias conformes; de suerte, que aya alcanzado carta executoria: ansi lo enseñan por constante Franciscus Peña decisionũ Sacrae Rotæ, decis. 1163. num. 11. Mantica decis. 198. Farinac. 2. tom. decisionum posthumarum, decis. 515. num. 8. Rota decis. 132. n. 11. in fin. 2. part. diversorum, Seraphinus decis. 674. n. 2. Amato variar. resolutionum, lib. 2. resolut. 81. a num. 24. cum seqq. Iacobus Cavallerius decis. 2. num. 7. & decis. 11. num. 5. & 6. Marchefanus de commissionibus appellatione a Camerali obligat. 1. part. cap. 16. num. 19. Scaccia de appellationib. d. quæst. 17. limitat. 9. ex n. 58. Stephanus Gratian. 1. p. discept. forens. cap. 103. num. 6. cum seqq. & cap. 664. num. 21. & late cap. 968. num. 2. cum seqq. Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. part. 5. 13. in fin. & pluribus alijs Rotæ decisionibus adductis, amplectuntur hanc resolutionem Gonçalez ad regul. 8. Chancell. gloss. 6. n. 102. & n. 137. cum seqq. Salgad. de Retention. Bullar. 2. part. cap. 34. ex num. 40. vsque ad 43. & de Regia protectione 3. part. cap. 4. n. 44. cum seqq.

12 Contra conclusion tan asentada, y comun, y calificada con tantas decisiones de Rota, y seguida de tantos, y tan graues escritores, solo hay llò, que ponderar la parte adversa la decision de Giurba 100. n. 34. como consta de la dicha su alegacion 5. num. 23. porque todos los demàs Autores, que cita desde el num. 19. siguen la contraria resolucion; con que se conoce llanamente quan justificada es la pretension del señor Obispo.



en este artículo, y que no se debe hazer estimación de vn Autor solo, en concurso de tantos, y tan graves; con que queda fundada o llanamente, q̄ la via executiva está vulnerada, y que está reducida à via ordinaria, y que lo está tambien el instrumento, porque todos los motivos alegados, y examinados, en que se pudieron fundar, y fundaron los autos, así del señor Nuncio, como del Iuez de la segunda instancia, por ningun acontecimiento miran a defecto en el ingreso, ò progreso de los autos executivos, sino à la sustancia de la obligacion, en virtud de que se pidió la execucion, y a la nulidad de ella desde su principio, por defecto de la condicion, y à la anulacion que despues intervino, por ocasion de la transaccion, y novacion que de ella resultò, como se ha probado en los artículos antecedentes.

13 **Y** aunque esta respuesta bastara para delvanecer la autoridad que se pondera, sin embargo ha parecido preciso, para hazer demonstracion mas evidente del cuidado con que el Autor de la dicha alegacion a justò este punto; manifestar la sentència del mismo Giurba, y dar a entender el caso en que movió la disputa, y el caso que habla Hondedeo en el conf. 17. num. 45. de cuya autoridad se vale en el num. 34. Las palabras que se ponderan en la dicha alegacion §. num. 34. son las siguientes: *Et quamvis instrumentum guaranteegium paratam habens executionem, si fuerit vulneratum per inferioris Iudicis sententiam contra illud latam, qua declaratum sit esse nullum, exequi non potuit vulnerationis illius preterit, ex Rota diverforum, d. decis. 132. pari. 2. & Gonzalez ad regul. 8. gloss. 6. num. 202.* Hasta aquí no se puede dudar, que las palabras son disertas en favor del señor Obispo. Añade, pues, las siguientes: *Verius tamen est, ut nisi super nullitate, vel rescissione instrumenti sententiam in rem iudicatam transferat semper sit exequendum, Hondedeus conf. 17. n. 45. & num. 2. Si a sententia vulnerante fuerit appellatum.* De las quales, consideradas, y ponderadas en su corteza, pretende inferir, que juzgò Giurba por resolucion mas cierta, que la sentència que vulnera el instrumento, no impide la via executiva, si se apelò de ella, è inferre consiguientemente, que sin embargo de los dos autos proveídos en favor del señor Obispo, se puede al presente librar mandamiento de execucion: y à la verdad, ò no se examinò por el Autor de este papel el consejo de Hondedeo, ni las autoridades que citami tampoco ponderò la decision de Giurba, ò estudiosamente omitió el advertir las circunstancias de los casos que proponen, y resuelven, para que no se manifieste, que en el caso presente nos hallamos en terminos penitus diversos, y distantes, y que no se pueden adaptar a nuestra controversia las doctrinas referidas.

14 **Hondedeo** movió cuestion en vn caso, en que vn acreedor de vn

cen-



censo estava en posesion de cobrar los reditos, en virtud de escritura, vt constat ex verbis sequentibus d. consilij: *Tum etiam, quia contractus ille continet annuas prestationes, & quia emptor censum illum exegerat per multos annos, erat in quasi possessione illum exigendi.* Benedictus Bonifacius in tractat. de censib. artic. 7. in fin. Petrus Foller. in praxi censuali in verbo *Huiusmodi census super rebus, usq. 101.* Vbi ex sententia Petri Iacobi, & Guillelmi de Benedicto, dixit, quod ad acquirendam quasi possessionem huiusmodi annue prestationis duo sufficiunt anni, quod etiam firmat Virgilius de *Voceat. in tractu vti possidetis, cap. 8. num. 8.* quia censum exegerat ferè per decennium a Vincentio principali, & postea illum exegit a D. Rodolfo fideiussores, & ipsius heredibus, ideo in sua quasi possessione erat manutenendus, nec per exceptionem nullitatis, aut alia executio contractus retardari poterat, donec per rem iudicatam fuerit causa terminata, *Beroius cons. 119. num. 1. vers. 3. disputat. lib. 3.* & post eum Robertus, *Lancellotus de attent. part. 2. cap. 17. de attentatis nullitate pendente, num. 150.* & cap. 18. de attentatis restitutione in integrum pendente, num. 131. & seqq. *Cas ad. decis. 10. num. 5.* & 8. *Ioannes Gutierrez in tract. de contract. iurat. cap. 2.* Y entendida la consulta, y resolucion, por las palabras referidas consta con evidencia, que el q̄ pidiò la execucion estava en posesion de cobrar los reditos del censo, y assi no fue mucho que se inclinasse a resolver, que no podia impedirse con la excepcion de la nulidad: Y por los lugares de Gutierrez, y Lanceloto, que cita el mismo Hondedeo, consta, que fue la disputa en terminos aun muy distintos de los que tiene este negocio, pues el señor Obispo nunca ha pagado en virtud de la primera escritura; con que D. Fernando nunca ha estado en posesion de cobrar, y assi es muy distinto caso del que se contiene en el consejo de Hondedeo.

15 Y si el Autor de la dicha alegacion huviera hecho reparo en la decision de Giurba, huviera hallado que en el num. 9. resuelve, que quando se opondre por el mismo acreedor la nulidad del instrumento, por razón de ser usurario, ò por otro defecto, no se impide la execucion, sino es que gane executoria en que se declare por nulo: Y en el 8. avia resuelto, q̄ quando la nulidad se opondre *in vim exceptionis* por el reo, constando de los autos, impide la via executiva, que es el caso mismo de este pleyto, en el qual el señor Obispo opuso la nulidad del defecto de la condicion, y novacion, y transaccion, por la qual se extinguiò la obligacion primera, de cuya execucion se trata: y siguiendo el mismo discurso, y distincion de casos Giurba, buelve a disputar desde el num. 33. el caso en que el acreedor moviò el pleyto de la nulidad contra el instrumento, vt constat ex illis verbis: *Ex his regulam constituimus pendente instrumenti rescissione, vel nullitate in iudicio a creditore proposita exequi ab eodem illud posse:* y en este,



duda el efecto que puede tener la sentencia del juez, y si puede vulnerar la via executiva, porque no se puso *in vim exceptionis*, y porque no la propuso el reo; con que es indubitable que no se puede adaptar su resolucion al caso, y duda de este pleyto. Por todos los fundamentos ponderados en este discurso espera el señor Obispo que se han de confirmar los autos del Illustrisimo señor Nuncio, y del juez de la segunda instancia: Salva in omnibus, &c. Salamanca y Julio 4. de 1656.

Lic. D. Francisco de Puga y Feixod,  
*Colegial en el mayor del Arzobispo, y Catedratico de Prima de Canones de la Universidad de Salamanca.*

Doct. Don Luis de Salcedo,  
*Catedratico de Prima de Leyes mas antiguo, y Canonigo Doctoral de Salamanca*

Doct. D. Pedro Virto de Lezama,  
*Catedratico de Prima de Leyes de la Universidad de Salamanca.*

Doct. D. Joseph Nuñez Zamora,  
*Catedratico de Vísperas de Leyes de la Universidad de Salamanca.*

Doct. D. Francisco Nuñez Zamora,  
*Catedratico de Volumen de la Universidad de Salamanca.*



PRIMER AVTÒ EN FAVOR DEL SEÑOR OBISPO DE PAMPLO;  
 NA, PRONVNCIADO EN ESTE PLEYTO POR  
 EL SEÑOR NVNCIO.

**N**O ha lugar por a ora lo pedido por D. Fernando Ruiz de Alarcon, marido de D. Geronima Menendez de Valdes, y las partes figan su justicia, donde, como, y ante quien les convenga. Proveyòlo Monseñor Illustrissimo Arçobispo de Rodas, Nuncio de su Santidad en estos Reynos de España. En Madrid a 7. de Mayo de 1654 y lo firmò el señor Auditor. Ioannes Carolus de Camillis Auditor, Ante mi Christoval Mançano Notario Secretario.

*Deste Auto apelò la parte de Don Fernando de Alarcon, y traxo letras de su Santidad: y aviendo requerido con ellas a D. Alonso de Benavides y Baçan, Cavallero de la Orden de Santiago, Chantre, y Canonigo de la Santa Iglesia de Coria, Iuez que conociò en segunda instancia, pronunciò la sentencia siguiente.*

### SEGUNDA SENTENCIA:

En el pleyto, y causa, que ante nos ha pendido, y pende por Brebe, y comision de su Santidad, en segunda, ò otra mas verdadera instancia, entre partes, de la vna D. Fernando de Alarcon, y de la otra el señor Obispo de la ciudad, y Obispado de Pamplona, sobre el cumplimiento de vna escritura de alimentos: Visto este processo, y autos del, &c. Christi nomine invocato.

Fallamos, atento los autos, y meritos deste processo, a que nos referimos, que debemos de confirmar, y confirmamos el auto en esta causa dado por el Illustrissimo, y Reverendissimo señor Nuncio de su Santidad en estos Reynos de España, su fecha en esta villa de Madrid en siete de Mayo del año de 1654. en quanto declarò no avia lugar la via executiva. Pero en quanto por el dicho auto puso la palabra, *por a ora*, le debemos de reformar, y reformamos, y por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando ansi lo pronunciamos, sentenciamos, y mandamos en estos escritos, y por ellos, &c. El Licenciado D. Alonso de Benavides y Baçan Iuez Apostolico. Dada, y pronunciada fue esta sentencia por el señor Licenciado D. Alonso de Benavides y Baçan, Protonotario, y Iuez Apostolico desta causa, que en ella firmò su nombre, en la villa de Madrid a doze dias del mes de Agosto de mil y seiscientos y cinquenta y cinco años, siendo testigos Francisco de Suazo, y Blas Sanchez de Roa, estantes en esta Corte. Joseph Camerino Notario Secretario.

*Arvien-*



Arviendo apelado desta sentençia, se cometid de oficio la causa por el se-  
ñor Nuncio al señor D. Iuan Perez Delgada Obispo de Salamanca, y electo  
Arçobispo de Burgos, y diola sentençia que se sigue;

TERCERA SENTENÇIA;

En el pleyto, y causa que ante nos ha pendido por breve, y comi-  
sion de su Illustrissima el señor Nuncio de su Santidad en tercera, ò o-  
tra mas verdadera instancia, entre partes, de la vna D. Fernando de Alar-  
con y Zuñiga, Cavallero de la Orden de Alcantara, marido, y conjun-  
ta persona de D. Geronima Menendez de Valdès, y de la otra el señor  
D. Francisco de Alarcon y Covarrubias, Obispo de Pamplona, sobre el  
cumplimiento de la escritura de capitulaciones matrimoniales, y ali-  
mentos, y sobre la escritura de transaccion: Visto este processo, y autos  
del, &c. Christi nomine invocato.

Fallamos, segun los autos, y meritos deste processo, a que nos re-  
ferimos, debemos de declarar, y declaramos, que pagando el dicho se-  
ñor D. Francisco de Alarcon y Covarrubias, Obispo de Pamplona, a la  
parte de D. Fernando de Alarcon y Zuñiga, marido, y conjunta perso-  
na de D. Geronima Menendez de Valdès, los mil ducados en cada vn  
año, segun, y como està obligado por la segunda escritura de transac-  
cion: y ansimismo quatro mil reales en cada vn año, que parece monta  
la hazienda de Palomares, ò su verdadero precio, y valor, desde que se  
le impidiò el goze de ella al dicho D. Fernando de Alarcon y Zuñiga, a  
que està obligados dicho señor Obispo, y D. Fernando Ruiz de Alar-  
con su hermano por la dicha escritura de Transaccion; por aora, y cum-  
pliendo dicho señor Obispo con lo referido, no ha lugar, y se suspende  
la execucion pedida por parte del dicho D. Fernando de Alarcon y Zu-  
ñiga en virtud de la primera escritura de capitulaciones matrimoniales:  
Y por esta sentençia reformamos, y revocamos la sentençia dada en se-  
gunda instancia por el Licenciado D. Alonso de Benavides y Baçan,  
Iuez Apostolico, en quanto por ella declarò no aver lugar la via execu-  
tiva absolutamente. Otro si mandamos, que por los corridos de dichos  
mil ducados en cada vn año, desde la vltima paga de ellos hasta el dia  
de oy, y por los corridos de dicha hazienda de Palomares, desde el dia  
que la dexò de gozar el dicho D. Fernando de Alarcon y Zuñiga, hal-  
ta aora, se haga execucion en los bienes, rentas, y hazienda del dicho se-  
ñor Obispo, y para ello se despachen los mandamientos necessarios: y  
por esta nuestra sentençia definitivamente juzgando, ansi lo pronuncia-  
mos, sentençiamos, y mandamos en estos escritos, y por ellos. Iuan Obis-  
po de Salamanca. Pro;



Q<sup>uo</sup> Pronuncióse en 7. de Agosto de 1656. por ante Fernando Pacheco Notario.

Aunque esta sentencia confirmó las dos pasadas en lo principal que pretendia el señor Obispo de Pamplona, negando a D. Fernando de Alarcon, y a D. Geronima Menendez de Valdes su muger el mandamiento de execucion, por los quarenta mil ducados que pedian, en virtud de la escritura de capitulaciones matrimoniales: Apelo de ella la parte del señor Obispo de Pamplona, por aver proveydo el señor Obispo de Salamanca, y otra, es contra petita, mandando que les pagasse los mil ducados en cada un año de la escritura de transaccion, y mas quatro mil reales por la hazienda de Palomares, a su verdadero precio, y valor, a que estava obligado D. Fernando Ruiz de Alarcon su hermano: Y sin averlo liquidado despachò, y firmò el dicho señor Obispo de Salamanca mandamiento de execucion. Cometióse por el señor Nuncio la causa al Licenciado D. Francisco Enriquez Protonotario del Numero, y Iuez Apostolico, que despachò letras de inhibicion. Y aviendo pretendido la parte de D. Fernando, que se pudiesse en ellas la clausula non retardata executione, proveyò auto, reservando determinar sobre este articulo, con resistencia de los autos de Salamanca. Llegaronlo por via de fuerza al Consejo, donde se declaró no iba en estado: Y aviendo llegado los dichos autos de Salamanca, y concluidas las partes, pronunciò esta sentencia.

**OTRA SENTENCIA EN FAVOR DEL SEÑOR OBISPO.**

En el pleyto, y causa que ante nos ha pendido, y pende por Breve, y comision del Illustrissimo señor Nuncio de su Santidad, en quarta, ó otra mas verdadera instancia, entre partes, de la vna D. Fernando de Alarcon y Zuñiga, Cavallero de la Orden de Alcantara, marido, y conjunta persona de D. Geronima Menendez de Valdés: Y de la otra el señor Obispo de Pamplona D. Francisco de Alarcon y Covarrubias, sobre el cumplimiento de la escritura de capitulaciones matrimoniales, y lo demàs en esta instancia deducido: Visto el processo, y autos del, &c. Christi nomine invocato.

Fallamos, atento los autos, y meritos del processo, a que nos referimos, que la sentencia en este pleyto dada, y pronunciada por el Illustrissimo señor D. Juã Perez Delgado Obispo de Salamanca, electo Arçobispo de Burgo en siete de Agosto pasado de este año, en quanto por ella dixo, y declaró, que por aora no avia lugar, y suspendia, y suspendio la execucion pedida por parte del dicho D. Fernando de Alarcon, en virtud de la primera escritura de capitulaciones matrimoniales, es buena, justa, y como tal la debemos confirmar, y confirmamos: Pero

**Y en**



en quanto declaró, y mandò, que esto fuesse pagando el dicho señor D. Francisco de Alarcon y Covarrubias Obispo de Pamplona, à la parte del dicho D. Fernando de Alarcon y Zuñiga, marido, y conjunta persona de D. Geronima Menendez de Valdés los mil ducados en cada un año, segun, y como estava obligado por la segunda escritura de transaccion. Y ansimismo quatro mil reales en cada un año, que parece monta la hacienda de Palomares, ò su verdadero precio, y valor, desde que se impidiò el goze della al dicho D. Fernando de Alarcon y Zuñiga, a q̄ estavan obligados el dicho señor Obispo, y D. Fernando de Alarcon su hermano, por la dicha segunda escritura de transaccion, es injusta, y como tal la debemòs revocar, y revocamos, en cuya consecuencia damos por nulo, y atentado el mandamiento de execucion, despachado por el dicho señor Obispo de Salamanca, y todo lo demàs hecho, y executado por su Illustrissima, pendiente la apelacion que de la dicha sentencia se interpuso por parte del dicho señor Obispo de Pamplona. Y mandamos, que se guarden, y cumplan en todo nuestras letras de inhibicion. Y por esta nuestra sentencia difinitivamente juzgando, ansi lo pronunciamos, y mandamos: Y reservamos su derecho a salvo al dicho D. Fernando de Alarcon, para que en razon de la dicha segunda escritura siga su justicia, como le convenga. Licenciado D. Francisco Enriquez.

Dada, y pronunciada fue esta sentencia por el señor Licenciado D. Francisco Enriquez Protonotario, y Iuez Apostolico desta causa, que en ella firmò su nombre, en la villa de Madrid a veinte y siete de Octubre de mil y seiscientos y cinquenta y seis años, siendo testigos Blas de Roa, D. Simon de Ibarra, y Iuan del Castillo, estantes en esta Corte. Antè mi Joseph Camerino Notario, y Secretario.

*Ganaron mejora del Consejo D. Fernando de Alarcon, y D. Geronima Menendez, adonde lo llevaron por via de fuerça, pretendiendo, que el Iuez la hazia en conocer, y proceder, y aver sentenciado difinitivamente sobre lo principal, y no sobre el Artículo introducido, de poner la clausula non retardata executione, y el Consejo con vista del pleyto declaró, que no avia hecho, ni hazia fuerça con el auto siguiente.*

#### AVTO DEL CONSEJO.

En la Villa de Madrid a quatro dias del mes de Noviembre de mil y seiscientos y cinquenta y seis años; vistos estos autos por los señores del Real Consejo de Castilla, que son entre partes; de la vna D. Francisco de Alarcon y Covarrubias Obispo de Pamplona, y de la otra D. Fernando de Alarcon y Zuñiga Cavallero de la Orden de Alcantara;

Señores del gobierno  
Su Señoria Illust.  
Señor Ioseph González.  
Señor D. Antonio de Contreras.  
Señor D. Lorenzo Ramirez.



Corregidor de Segovia, marido, y conjunta persona de D. Geronima Menendez de Valdés, sobre cantidad de maravedis, pretendiendo, que el Doctor D. Francisco Enriquez, Protonotario, y Iuez Apostolico por comision del Nuncio de su Santidad le ha hecho, y haze fuerza en no averle otorgado la apelacion interpuesta de no aver puesto en las letras de inhibicion, despachadas contra el Obispo de Salamanca, anfirmisimo Iuez, que por comision del dicho Nuncio conociò desta causa en tercera instancia, la clausula *non retardata executione*, ò que se entendiessen como si desde su principio se huviesse puesto, y de aver procedido en ella sin oirle sobre este articulo por el mismo reservado en lo principal, sentenciando la causa difinitivamente, la qual alçando, y quitando, se le mande que otorgue las dichas apelaciones, y reponga, y de por ninguno todo lo hecho, procedido, y executado despues de las dichas apelaciones, y en el tiempo que se pudieron interponer, y abfuelva a los excomulgados, dixeron: Que el dicho Iuez en conocer, y proceder, como ha conocido, y procedido, y en no aver otorgado las dichas apelaciones, no ha hecho, ni haze fuerza, y afsi lo proveyeron, mandaron, y señalaron.



77  
 Corregidor de Segovia, marido, y conyunta persona de D. Gerónimo  
 Menendez de Valdes, sobre cantidad de maravedis, pretendiendo que  
 el Doctor D. Francisco Sanchez, Protocotario, y luego Apostolico  
 por comission del Nuncio de la Santidad de la hecho, y haze fuerza en  
 no averle otorgado la apelacion inescructa de no aver puesto en las lo-  
 tras de inhibition, despachadas contra el Obispo de Salamanca, anti-  
 mismo luego, que por comission del dicho Nuncio conocio desta causa  
 en ciertos instantes, la qual para aver de aver, o que se enten-  
 diesen como si desde su principio se huviese puesto, y de aver procedi-  
 do en ella sin oírle sobre este articulo por el mismo referido en lo  
 principal, pretendiendo la causa dignamente, la qual alquando, y por  
 tanto, se le manda que otorgue las dichas apelaciones, y ponga, y de  
 por ninguno todo lo hecho, procedido, y executado despues de las di-  
 chas apelaciones, y en el tiempo que se pudiere inquirir, y apela-  
 va a los excomulgados, dixeran: Que el dicho luego en conocer, y pro-  
 ceder como ha conocido, y procedido, y en no aver otorgado las di-  
 chas apelaciones, no ha hecho, ni haze fuerza, y asi lo proveyeron  
 mandaron, y sentenciaron, noislatu y consabido.

Dada, y pronunciada fue esta sentencia por el señor Licenciado  
 D. Francisco Sanchez Protocotario, y luego Apostolico de la causa,

que en ella firmo su nombre, en la villa de Madrid a veinte y siete de  
 Octubre de mil y seiscientos y noventa y tres años, siendo testigo  
 el Sr. D. Juan de Sotomayor, y Juan de Calillo, escrivano en esta  
 Corte ante mi Joseph Camarero Moreno, y Secretario.

Juan de Sotomayor, y Juan de Calillo, escrivano en esta  
 Corte ante mi Joseph Camarero Moreno, y Secretario.

Juan de Sotomayor, y Juan de Calillo, escrivano en esta  
 Corte ante mi Joseph Camarero Moreno, y Secretario.

Señor del gobierno  
 Su Señoría Illust.  
 Señor Joseph Gonzal-  
 vez,  
 Señor D. Antonio de  
 Contreras,  
 Señor D. Lorenzo de  
 ...

Juan de Sotomayor, y Juan de Calillo, escrivano en esta  
 Corte ante mi Joseph Camarero Moreno, y Secretario.