



P O R
 DONA FRANCISCA
 DE LISON, MVGER DE
 Bernardino Garcia y consortes, hijos,
 nietos, y herederos de Diego Lo-
 pez Maldonado.



EN EL PLEYTO.



CON D. ALONSO VAZQUEZ VARELA, CO-
 mo Capellan de la Capellania que fundó el dicho Diego
 Lopez Maldonado.

En Granada. En la Imprenta Real, en la calle de los Libreros. Por Francisco
 Sanchez, y Baltasar de Bolibar. Año de 1642.



P O R

DON ALFONSO VAQUER Y VALLADOLID
DE LISON, MUYER DE

Barbardo Garcia y sus hijos, sus
metos, y herederos de legos lo-
pez y libanos.

EN EL REYTO.  

CON DON ALONSO VAQUER Y VALLADOLID
una Capellania de la Corona para el alma de dicho Rey
Luis Malheira.

Este es el original de este documento, y no se permite su reproducción sin el consentimiento escrito de la editorial.



N este pleyto pretende la dicha doña Fráncisca, que se han de reuocar la sen- tencia de vista, y la de el luez ordinario, en que se condena a la dicha doña Francisca y consortes a q dentro de nueue dias den hipotecas ciertas, bastan-

tes, y seguras de los bienes rayzes que quedaron por muerte del dicho Diego Lopez Maldonado para la seguridad del censo de 11132. ducados de la dicha Capellania y sus reditos, y a que paguen al dicho Capellan los que liquidare de uersele, hasta que con efecto se den las hipotecas, y sobre esto está visto en reuista, y para que se reuocuen se considerarán algunos fundamentos, en los quales se referirá de el hecho lo necessario para su inteligencia.

Primero fundamento.

2 ¶ La pretension y demanda del dicho Capellan se reduce, a que el dicho censo estava impuesto sobre vn oficio de Recetor, el qual se perdió por falta de renunciacion, y que tienen obligacion a sanearlo la dicha doña Fráncisca, y demas hijos y herederos de el dicho Diego Lopez Maldonado.

3 ¶ Esta pretension se excluye en este primer fundamento con notoriedad, atendiendo, q aunque se perdió el oficio de Recetor, el censo está en su fuerza, por auerse impuesto especialmente sobre otros bienes.

4 ¶ Lo qual consta por la escritura que está presentada otorgada en 27. de Octubre de 1599. en la qual el dicho Diego Lopez Maldonado vendió el dicho oficio de Recetor a Miguel Fernandez en 211400. ducados, los 800. de contado,

do, y los 1 y 600. restantes quedaron impuestos a censo sobre el oficio, y sobre vnas casas y vna viña, y otra viña y oliuar, y otras tierras y oliuar, otras casas, otra viña, y sobre 245. ducados de céfios que tenían, que todos eran libres de censos, e hipotecas; y le obligaron el dicho Miguel Fernández, y Constança Gomez su muger, Gonçalo de Mora, y Pedro de Salas como sus fiadores con renunciacion de su fuero, y sumision a las justicias desta ciudad y salario a la persona que fuesse a la cobrança.

5. ¶ Estas hipotecas estan extantes, y contra ello no se ha prouado cosa alguna por parte del dicho Capellan, y afsi no se puede dezir, que el censo está estinguido, porque aunque procedió del precio del oficio que se vendió, es censo con signatiuo, vt pro verissima resolutione tenet Auendaño de censibus, cap. 30. num. 1. verſ. *Verissimum tamen est.* el qual consistió afsi sobre el mismo oficio que se impuso y vendió licitaméte, vt ex pluribus tenet Auendaño de censib. c. 55. nu. 2. & 7. como en los demás bienes: y estando estos permanentes el censo consistió.

6. ¶ Por que la resolucion de Auendaño y otros Doctores que refiere por ella en el cap. 60 desde el num. 5. de que acabandose la cosa sobre que el censo está impuesto, quede estinguido el censo, procede en terminos que perecieron todos los bienes de la imposicion, como se colige notoriamente de su doctrina, y quedando otras hipotecas el censo queda en su fuerça, Feliciano de censib. lib. 1. cap. 8. num. 19. in fin. ibi: *Re vna, nec pluribus peremptis non perimi censum, sed manere in alijs comprehensis in generali hypotheca.* Rodriguez de reddit. lib. 2. quest. 9. num. 75. ibi: *Et hypothecae speciales extinguntur.* Pater Molin. tract. 2. disput. 387. nu. 9. ibi: *Illud obserua etiam hodie in locis in quibus Bulla Pij V. sit recepta constituto censu reali in aliquo praedio, aut praedi s. determinatis posse adhiberi hypothecam aliorum honorum ad duos effectus. Vnus est, quod si praedium*
cob
in quo.

in quo census est collocatus euincatur, vel dum est in potestate venditoris census, vel postquam transierit ad alium possessorem venditor soluat interesset, hoc est valorem census, & interesse lacri cessantis, ac damna se iuncta. Alter, quod interim dum census non fuerit extrinsecus, saltem destructo praedio, in quo sit collocatus pensio soluarur, lo qual es sin duda en este caso, porque no solo huuo hipoteca general de todos los bienes, sino hipoteca especial sobre bienes rayzes especificados en la escritura, imponiendose indiuiduamente el censo sobre ellos.

7 ¶ Y aunque esto cessasse, constituydo vna vez el censo legitimamente sobre bienes rayzes fructiferos, se conferua, aunque los bienes faltan, vt ex Extrauaganti 1. & 2. de empt. & vendit. l. creditor qui non idoneum, ff. de rebus cred. l. aduersus, C. de actionib. & oblig. tenent. Dom. Couarr. lib. 3. cap. 7. num. 5. Felician. de censib. lib. 1. cap. 8. num. 19. & in tom. 2. lib. 1. cap. 8. num. 17. vbi Decian. Gail, Azeued. & alios refert Rodrig. de redditib. lib. 2. quaest. 9. a num. 75. Matienço, in l. 1. tit. 15. lib. 5. Recopil. glos. 1. num. 5. in fin. Y aunque esta opinion tiene por si tan graues fundamentos, y Doctores, no necessitamos de valernos della, por auer bienes rayzes, sobre que especialmente se hizo la imposicion del censo, en los quales se conferua sin duda alguna.

8 ¶ Contra esto se opone, que los bienes de la dicha imposicion quedaron libres de el censo por la clausula que tiene el poder, que dio para comprar el oficio, e imponer el censo el dicho Miguel Fernandez, en el qual expressa, que si dentro de quatro años quisiesse dexar el oficio de Recetor, auiedolo renunciado en tiempo, y pagado los corridos, auia de quedar libre, y que esto se cumplio, porque en veynte y siete de Febrero de 1600. que fue dentro de los quatro años, vendio el dicho oficio a Iuan de Castro, eseriuano del Consejo de Poblacion, y asì quedò libre.

9 ¶ A esto se responde, q no tiene fundamento alguno en este caso, porque aunque esta co

B dicion

dicion se puso en el poder, no se capituló en la escritura, y así no pudo causar perjuizio al dicho Diego Lopez Maldonado, y los sucesores en su derecho. Y si se replicare que no pudo el mandatario comprar sin la dicha condicion, por estar obligado a cumplir el tenor del mandato, y que lo que hiziesse en otra forma seria ninguno, l. diligenter, ff. mandat.

10 ¶ Se satisface, con que el dicho Miguel Fernandez ratificò expressamente la escritura que otorgò el mandatario sin la dicha condicion, porque en virtud della ganó título de su Magestad del oficio, y lo tuuo por suyo, y lo vendio a el dicho Iuan de Castro, como consta de la escritura de veynte y siete de Febrero de 1600. que està presentada, con que quedò expressamente ratificada la escritura de venta, l. hoc iure, §. deiecit, l. semper, §. 1. ff. de reg. iur. cap. rati habitationem, de reg. iur. in 6. como si se viera otorgado en la misma conformidad con poder de el dicho Miguel Fernandez, l. si fundus 16. §. 1. ff. de pignor. l. 1. §. deiecit, ff. de vi & vi arm. l. ult. C. ad Macedon. & in dict. cap. rati habitationem, notat glos. & ibi August. Barbof. in collect. à num. 1. plures refert. Y en l. num. 13. lo amplia, aunque sea cosa de calidad que requiera especial poder, ex l. quod speciale, ff. de minor. l. 3. §. si procurator, ff. quod quisque iur. cap. fin. de iure iur. in 6.

11 ¶ Asimismo se satisface, con que en caso que se huiesse expressado la condicion en la escritura, no cumplio la forma della el dicho Miguel Fernandez, porque no dexò el oficio de Receptor dentro de los quatro años a el dicho Diego Lopez Maldonado, segun la condicion, si no lo vendio por suyo, y por su cuenta al dicho Iuan de Castro, y le entregò el título que en su cabeça auia ganado, y se obligò a la euicció y saneamiento, y recibio ochocientos ducados de parte de el precio, como consta de la escritura de venta que està presentada. Y aunque interuino en esta escri-

tura
noib

433

tura Diego Lopez Maldonado, solo fue para ha-
zer vna baja en el precio, y dexando en su fuerça
y vigor las escrituras, y obligaciones preceden-
tes. Y así es sin duda que las hipotecas que dio, y
sobre que impuso el censo el dicho Miguel Fer-
nandez, no quedaron libres, sino estan sugetas a el.

12 ¶ Demas destas hipotecas que tie-
ne el dicho censo, y sobre que está impuesto, estan
asimismo obligados los bienes que quedaron del
dicho Iuan de Castro, que aun que fuesen por la
general se puede cobrar dellos, como se fundò en
los numeros precedentes.

13 ¶ Demas de las hipotecas referidas
estan obligados a la paga y seguridad del censo los
bienes que especialmente hipotecò Andres Ro-
mero de la Parrilla, a el qual vendió el oficio el di-
cho Iuan de Castro por escritura que está presen-
tada, otorgada en doze de Nouiembre de 1601.
y el dicho Andres Romero de la Parrilla en esta
escritura, y en otra que otorgò el mismo dia, que
tambien está presentada, se obligò a pagar los re-
ditos del dicho censo hasta que estuiesse redimi-
do, haziendo referua a los antecessores de que no
pagarian, ni lastarian cosa alguna, y que dentro de
quatro años impondrian el dicho censo sobre o-
tros bienes rayzes, valiosos, y seguros, que valies-
sen mas de tres mil ducados, y passados sin auer cū-
plido, les pudiesen executar por el principal de el
censo, para que se redimiesse, e hipotecò la mitad
de doze pares de casas, las seys en el Zacatin, y
las otras seys en el campo del Principe desta ciu-
dad, y se obliga asimismo su muger del dicho An-
dres Romero, y otros fiadores.

14 ¶ Demas destes bienes hipotecò o-
tros, especialmente a la seguridad del censo de la
Capellania el dicho Andres Romero, por escritu-
ra que está presentada, otorgada en catorze de
Agosto de 1610. en la qual haziendo relacion de
las escrituras precedentes, y como el censo esta-
ua adjudicado a la Capellania, en execucion de

lo que estaua obligado hipoteca vna casa y tienda en la calle de Santo Matia, y otra junto al cemen- terio de la Yglesia de señor San Cecilio, y otras dos casas junto a las referidas, con prohibicion de enagenacion, todas las quales hipotecas estan ex- tantes, y son valiosas, sin que se aya prouado lo cõ- trario por parte del dicho Capellan.

15 ¶ El qual para excluyr que el censo no tiene las hipotecas que obligò, el dicho An- dres Romero de la Parrilla pretende, que fue in- termedio poseedor, y que auendolo executado el año de veynte y dos, se reuocò el mandamiento de execucion por autos de vista y reuista, y que as- si quedaron libres las dichas hipotecas, dexando de poseer.

16 ¶ A esto se satisface concluyentemè te, atendiendo, que la obligacion que hizo el di- cho Andres Romero de la Parrilla, fue perpetua, y no limitada a el tiempo que poseyese, por lo qual aunque dexasse de poseer quedò obligado, y sus bienes, y para que no lo estuuiessen era necessa- rio que huuiesse limitado la obligacion solo al tie- po que fuesse poseedor, vt in terminis tenet Sala- gar, de vsu & consuet. cap. 11. num. 65. Ioan. Gu- tierr. lib. 2. quæst. 177. num. 5. vers. *Hæc tamen limi- tatio.*

17 ¶ En este caso cessan qualesquiera du- das, porque el dicho Andres Romero de la Parri- lla està obligado a la paga de el dicho censo, y sus corridos, hasta que se redima, y obligado a sacar a paz y a salvo a los antecessores, y a dar bienes va- liosos para que el censo estè seguro, o redimirlo, y auiendo en la obligacion de el intermedio posee- dor palabras tan geneaales, aunque dexa de pos- seer està obligado, vt tenent Dom. Couarr. lib. 3. cap. 7. num. 6. vers. *Hinc etiam deducitur, ibi; Nisi aliud expres, in instrumento recognitionis probetur, Fe- lician de cens lib. 3. cap. 6. num. 7. vers. Hoc autem infringi posse, Rodrig. de ann. reddit. lib. 2. quæst. 9. num. 56. Auendan. cap. 99. num. 3. Ioan. Gutie-*

ol

rez,

rez, dict. lib. 2. quest. 177. num. 5. vers. *Hæc tamen limitatio*, ibi: *At tamen cum id non expresserit, indistinctè, & generaliter se obligauerit ad solutionem census, quousque redimatur standum esse. Videatur verbis obligationis ita generalibus, quia animus in mente receptus nihil operatur, & imputet sibi, qui tam profuso sermone se obligauit.* Las palabras que refieren esto. Doctores estàn ajustadas a las que ay en la obligacion de el dicho Andres Romero, y assi es sin duda que quedò obligado, aunque dexasse de posseder.

18. ¶ A esta pretension no son contrarios los autos de vista y reuista, porque en ellos està re seruado el derecho perpetuo de censo, y solo re uocan el mandamiento de execucion, que pudo ser por alguna nulidad, y fue en via executiua, sin preceeder conõcimiento de causa, ni aun termino de oposicion, porque no se llegò a sentencia de remate, y assi no hazen cosa juzgada, l. si iudex, vbi glos verbo, *alimentoꝝ*, ff. de ijs qui sunt sui, l. si quis à liberis, §. si vel parens, ff. de liber agnoscen. Bart in l. qui Romæ 122. §. duo fratres, num. 7. ff. de verbor. obligat. & in l. 1. §. parvi refert, ff. quod vi aut clam, laf. in l. à Diuo Pio, §. super rebus, ff. de re iudic. decis. Genuens. 3. num. 5. Parlador. lib. 2. cap. fin. §. part. §. 11. num. 52. & §. 12. num. 4. & 5. Auendaño, in tit. de las excepciones, num. 49. Azeued. in l. 1. tit. 2. l. b. 4. Recop. num. 198. Dom. noster Præses, cont. 127. nu. 106. ex pluribus Giurba, decis. 61. num. 5. Don Pedro Diaz Noguero, allegat. 7. num. 61. Por lo qual es sin duda, que en las dichas hipotecas se conferua el censo.

19. ¶ Y no solo consiste en ellas, y tiene bastante seguridad, sino que tambien esta obligado Iuan de Castañales, y su muger, con hipoteca de dos carmenes en esta ciudad, por escritura que està presentada, otorgada en seys de Agosto de 613. Y asimismo està obligado Rafael Dauila, Recetor desta Real Chancilleria y su muger hasta la redencion de el censo por escritura que està

presentada, otorgada en catorze de Diziembre de 622. y Jacinto de Marquina, y su muger, por escritura, otorgada en diez y seys de Junio de treynta y ocho, en la qual hipotecan vna casa principal, y seys araçadas de viña, y otros poseedores se han obligado en la misma conformidad; cuyas obligaciones duran, aunque ayan dexado de poseer el oficio por las resoluciones referidas, lo qual es bastante para excluir la pretension del dicho Capellan, pues se funda en que el censo està extinguido, y esto es incierto, como està fundado.

Segundo fundamento.

¶ En caso que se concediesse (quod minimè est dicendum) que el dicho censo se auia extinguido, por auer faltado el oficio, no pueden tener obligacion a el sancamiento de esto los herederos del dicho Diego Lopez Maldonado, por que auiendo fundado la Capellania, y dadole en pago el dicho censo, se aceto por el Capellan, y por el Prouisor desta ciudad se erigio la Capellania, y se conuirtio el dicho censo como dote de ella en bienes espirituales, y se hizo colacion al primero Capellan, que fue Iuan Antonio de Villegas, en ueynete y nueue de Nouiembre de 1602. como consta de testimonio que està presentado: con lo qual el censo que dio el dicho Diego Lopez Maldonado para dote de la Capellania, en pago de lo que auia cobrado en virtud de el poder que dixo auer tenido del Capitan Francisco de Tapia, quedò en el dominio de la Capellania, y hecha la paga efectiua, consentida por las partes legítimas, que fueron el Capellan, y el Prouisor, y es lo mismo que si el célo lo uiera comprado la Capellania, por que lo que se adjudica, y dà en pago, tiene fuerza de compra y venta, l. fin. ff. quibus ex caus. in possess. eatur, l. 4. §. auctori, ff. de doli mali, & met. excepta. si prædium, C. de euction. l. libera;

& ibi

& ibi gloss. C. de sentent. & interlocut. omni. iud. l. si secundum. C. mandati. vbi DD. & ex alijs Guzman. de euict. quest. 28. num. 6.

¶ Y aunque el que dá alguna cosa en pago está obligado a la euiccion, vt ex predictis iuribus, & alijs pluribus tenet Guzmán, dict. quest. 28. à num. 1.º. aunque aya pacto contrario, porque este no obra en quãto a la restitucion del precio. l. emptorem. C. in ff. de action. empti. l. fin. §. fin. C. communia delegat. Bald. in l. non dubitatur. C. de euict. The saur. lib. 1. quest. foref. quest. 77. à num. 1.º. Dom. Couarr. lib. 3. cap. 17. nu. 1.º & 2.º. Franchis, decis. 239. Fótanell. tom. 2. claus. 5. gloss. 8. part. 14. à num. 92.

¶ Esto procede quando la cosa que se dá en pago sale incierta por causa del que lá dió y hecho antecedente al contraçto, mas quando sale incierta, o se pierde por hecho que succede después del contraçto, no se comprehende en la euiccion, porque esto corre por cuenta del que la recibe. l. 3. ff. de euict. vbi nota Bald. l. Lucius, ff. eod. tit. l. 1. C. de petic. & commod. rei vendite, vbi Bart. Bald. Salicet. & Paulus, Surd. conf. 151. num. 27. & conf. 70. num. 18. Roman. conf. 503. num. 13. Osasco, decis. 48. Gratian. tom. 4. cap. 745. num. 53. Felician. tom. 2. lib. 2. cap. 2. nu. 15. & 16. de calibus. l. 23. l. 7. tit. 5. vbi Gregor. gloss. 5. & ibi Hermosilla, num. 3. quam plurimos refert, resolucion que no padece duda alguna en este caso, y causas que la puedá limitar, y así parece no es necessaria mayor comprouacion. Y aunque se atendiesse a la acció que podia resultar del primero contraçto, que es mandati, por el poder que se pretende se dio para cobrar, aunque está extincta, como se fundará despues, no puede por ella auer obligacion para los casos contingentes, succedidos despues del contraçto, sin dolo del mandatario, l. si procuratorem. §. 6. fin. l. ex mandatu. 20. l. inter causas. 26. §. non

omnia,

omnia, vbi Bart. ff. mandati, l. contractus, ff. de regul. iur. l. procuratorem, l. a procuratore 13. C. mandati, ibi: Non etiam in prouisum casum presertandum esse, vbi & alibi communiter scribentes.

Tercero fundamento.

24 ¶ Reconociendose por parte del dicho Capellan, que el censo está en su fuerça, como está fundado en el primer fundamento, y que no ha salido incierto, y que aunque saliera no podía comprehenderse en el derecho de euicció que tiene intentado, como se ha dicho en el segundo fundaméto, pretende que este censo no es cobrable desde que se dio a la Capellania, y en el estado presente con mayor razon, y que estan obligados los dichos herederos a señalar bienes valiosos de que se pueda cobrar.

25 ¶ A esto se responde. Lo primero, có que la pretension del Capellan, de que los bienes rayzes sobre que está impuesto el censo no son bastantes para la cobrança, y que de ellos no se puede cobrar: no es cierta, ni sobre esto tiene hecha prouança alguna, porque solo hizo prouança en la primera instancia, y ajustadas todas las preguntas del interrogatorio, y testigos que en ellas deponen, no ay pregunta ni prouança de que las hipotecas (que estan dichas en el primer fundamento) que tiene este censo, no esten extantes, ni de que no son bastantes para la cobrança de los reditos del censo, y esto era preciso que lo prouafse, como fundamento de su intencion, l. 2. ff. de probat. y al que alega pobreza, o que los bienes no son bastantes, le toca la prouança, gloss. in l. si vero 5. §. qui pro rei qualitate, verbo, dubitetur, ff. qui satisfacere cogantur, Decius, conf. 120. n. 3. Roman. conf. 163. num. 4. Dom. Couarr. lib. 2. variar. cap. 6. num. 2. Mascard. conclus. 1159. §. num. 4. Gutierrez, de iurament. cõfirmat. 1. part.

cap. 1. num. 22. Dom. Castillo, lib. 3. cap. 27. nu. 5. quam plurimos refert & sequitur Alvarez de Velasco, de privileg. pauper. part. 1. quaest. 5. num. 11.

26. ¶ Y aunque la dicha doña Francisca de Lison, no necessita de prouar el abono de los bienes, tiene en su fauor la prouança que resulta de el mismo hecho, porque el censo del de que se adjudicó por dote de la Capellania, que ha quaré ta años, se ha cobrado, y esto es bastante para excluir la pretension del Capellan, de que el censo no era cobrable a el tiempo que se dio en pago a la Capellania, y de presente: y auiedo tantos bienes rayzes, como se ha referido, obligados, se deuen presumir bastantes, pues no se ha prouado lo contrario, l. sciendum 15. ff. qui satis dare cogantur.

27. ¶ Lo segundo se responde, que no se comprehende en obligacion de saneamiento que el censo será siempre cobrable, si no solo que es proprio del que lo vende, o dá en pago, y asi aunque despues no se pueda cobrar, no es esto por culpa del que lo vendio, o dio en pago, sino del que lo recibio, y esto procede aunque no fuesse cobrable a el tiempo del mismo contrato, l. si nomen 4. ff. de heredit. vel action. vend. l. si plus 74. ff. qui nomen, ff. de euct. l. inter causas y. abelle, ff. mandati, Bald. conf. 72. lib. 3. Decius, conf. 102. Franchis, decis. 108. num. 1. & decis. 427. num. 5. Guzman, de euiction. quaest. 35. à num. 4. vbi refert quam plurimos Doctores Hermosilla, in l. 23. tit. 5. part. 5. gloss. 1. num. 5.

28. ¶ Lo qual procede en terminos de censo, Felician. de censib. lib. 2. cap. 1. num. 43. & tom. 2. lib. 2. cap. 2. à num. 13. Rodriguez, de redditibus, lib. 1. quaest. 8. num. 23. & lib. 2. quaest. 21. à num. 6. vers. In contrarium, & num. 9. Y en el 12. dize, que aunque salgan inciertas las hipotecas, o se adjudiqué a otros acreedores anteriores, de suerte que el censo quede sin ellas, no está obli-

D

gado

gado el que lo vendio, o dio en pago, Auend. cap.
34. num. 35.

29 ¶ En terminos de que siendo al tiempo del contrato el censo leguro, y auiendo bienes de que cobrarfe, aunque despues lo dexede ser, tienen esta resolucion por indubitable todos los Doctores referidos, y Antonio Fabro, lib. 4. diffinit. 15. num. 3. & 4. Thesaur. lib. 3. quæst. 73. nu. 5 & ex pluribus Hermosilla, in dict. l. 23. tit. 5. part. 5. gloss. 1. á num. 10. Lo qual se ajusta a este caso, porque a el tiempo del contrato el censo era cierto, seguro, y abonado, y la hipoteca del oficio que le ha faltado fue cerca de quarenta años, despues de auerse dado en dote a la Capellania.

30 ¶ Y no ay en este caso limitación alguna a ladicha resolucion, porque no ay pacto en que esté obligado el dicho Diego Maldonado de que será siempre el censo abonado, ni lo dio con dolo, sabiendo que no lo era, pues se ha cobrado despues mas de quarenta años. Y aunque en esto se haze instancia por parte del Capellan, el mismo hecho la excluye, porque sin que huuiesse instrumento, ni genero de prouança alguna por donde se le pudiesse hazer cargo al dicho Diego Lopez Maldonado de lo que auia cobrado de bienes del Capitan Francisco de Tapia, ni por donde se le pudiesse obligar a fundar la Capellania, el voluntariamente la fundó, y le dio el dicho censo en dote, y si tuuiera animo de hazer fraude alguno, no hiziera la fundacion, ni declaracion referida, y assi del mismo hecho resulta prouança, que excluye qualquiera presunción que se quiera formar de dolo, y la mejor prouança es la que resulta del mismo hecho, y que vence a todas las demas, l. Imperatores, §. item rescripserunt, ff. ad municipal. l. 2. d. l. 2. c. 2. §. 2. l. 2. c. 2. §. 2. l. 2. c. 2. §. 2.

31 ¶ Y cierto que no se puede alcanzar en este pleyto como se puede considerar que Diego Lopez Maldonado tuuo el censo por no abonado al tiempo que lo dio a la Capellania, quando

do se halla impuesto sobre vn oficio de Recetor de tanto valor, y mas en aquel tiempo, y sobre otros muchos bienes, y que se ha cobrado mas de quarenta años, y que el voluntariamente hizo la fundacion, y assi es preciso reconocer que la pretension del Capellan, opuesta a tan verdadero hecho, mas es pertinacia, que defenfa justa.

Quarto fundamento.

32 ¶ Bien se conoce por los tres fundamentos precedentes, que la pretension y demanda del Capellan, que solo se funda en dezir, que el censo ha salido incierto, no tiene fundamento alguno, porque está cierto y seguro, y porque el caso sucedido no se comprehende en euiccion y faneamiento. Y porque no quede cosa alguna a q̄ satisfazer, aunque parece se podia escusar, se adierte en este fundamento, que si quisiere la parte del dicho Capellan valerle de la accion que podia auer antes de auer acetado el pago que se hizo con el dicho oficio, para dezir que la obligacion era de pagar en dinero, como se auia cobrado de los bienes del dicho Capitan Francisco de Tapia, y no pagar con censo, y que para esto tiene restitucion la Capellania. Se satisfaze concluyentemente ex sequentibus.

33 ¶ Lo primero, porque este derecho no está deduzido, si no solo pretendido el saneamiento por las razones referidas, con lo qual se confirma el contrato, y no puede la sentencia extenderse a mas de lo que está deduzido: l. vt fundus, ff. común. diuidund. cap. licet Heli, de simon.

34 ¶ Lo segundo, porque no ay para este intento acció alguna, porque la accion del primero contrato quedó extinguido con la paga q̄ se hizo del censo, acetada por el Capellan, y por el Iuez Eclesiastico, conuirtiendo el censo, dote de la Capellania, en bienes espirituales, porque dan-

dose

dose en pago de la deuda qualquiera otra cosa, es lo mismo que si se pagasse lo que se deuia, l. 1. ff. pro soluto, l. satisfactio, l. solutionis, ff. de solut. l. solutionis 176 ff. de verb. signif. Vincent. de Franchis, decis. 50. n. 2. Flammin. Cartar. decis. 19. num. 9.

35 ¶ Y aunque se de en pago vn credito procede lo mismo, l. inter causas 26. §. abesse, ff. mandati, vbi Bart. inquit, quod delegans debitorem etiam non soluendo soluisse videtur, l. si rem, in fin. ff. de nouation. Bald. cons. 115. nu. 1. lib. 3. Surd. decis. 74 à n. 1.

36 ¶ Porque la dacion insolutum est ad instar venditionis, per quam dominium transfertur, & reputatur novus contractus, qui extinguit omnino actionem antiquam, l. si prædium, C. de euictionib. Fabins de Anna. cons. 35. n. 7. Surdus, cons. 45 & cons. 145. à num. 24. libr. 1. & decis. 266. à num. 5. Alexand. Trentacinq. lib. 3. tit. de solut. resol. 28. num. 4. quia datio insolutum tenet incommutabiliter, & in ea non habet locum poenitentia, l. cum dominam, C. de pignor. vbi Bald. l. 1. C. si antiquior creditor, l. successores, & ibi Bald. C. de solut. Surd. decis. 113. n. 5. Guzman, de euict. q. 28. à n. 2.

37 ¶ Desto resulta, que aunque salga inieirta despues la cosa que se dio en pago, solo compete accion de euiccion, y no se puede intentar la primera accion, l. eleganter 24. ff. de pignorat. act. ibi: *Et videtur finita esse pignoris obligatio, & à contractu priore recessum*, vbi Bart. dict. l. si prædium, C. de euict. Surd. decis. 266. num. 7. Auendañ. de censibus, cap. 108. num. 8. y el fiador de el primer contracto queda libre, vt ex l. blanditus, C. de fideiussor. & alijs pluribus tenet Guzman, de euictio. dict. quæst. 28. num. 6. & 13. vbi alios refert, qui breuitatis causa omittuntur; de que resulta, que la primera accion no se puede intetar por no auerla.

38 ¶ Lo tercero, porque contra esto no ay restitution, porque esto se aceto por el prime-

ro Capellan, y se confirmò por el Prouisor de esta ciudad, adjudicando por dote de la Capellania el censo, y convirtiendolo en bienes espirituales el año de 1602. y se pasó en esta forma cerca de quatro años, y así no se puede pedir restitucion, porque esta en caso que competiesse se auia de pedir dentro de quatro años, contados desde el dia del contracto y acetacion, l. fin. C. de tempor. in integrum restit. præfinit. l. 8. titul. 19. part. 6. vbi Gregor. glos. 5. ex pluribus notat Barbof. in collect. ad dict. l. fin. C. de temporib. in integr. restit. præfinit. vbi & alibi communiter scribentes, y esta restitucion no se ha pedido, ni en el dicho tiempo, ni en otro alguno, ni intentado este derecho.

Quinto fundamento.

39 ¶ En caso que cessassen todos los referidos, la condenacion de reditos no puede tener lugar, porque el dicho Capellan ha dexado de cobrar por su culpa, consta de testimonio que està presentado, que teniendo preso a Pedro Lopez Pablos, deudor de los reditos, que pretende se le deuen el año de treynta y cinco, otorgò con el escrittura, por la qual recibio setecientos reales, y por lo demas consintio que lo soltassen, y dio por ningunas las execuciones, y así no puede pedir estos reditos, aunque huuiesse obligacion para lo demas, porque el acreedor dueño del censo, si tuuo negligencia en la cobrança no puede pedir los reditos corridos al tercero possedor de hipoteca censual, aunque cessando la negligencia tuuiesse obligacion a pagarlos, in terminis Surd. decis. 37. num. 9. Foler. in praxi censuali, verbo, huiusmodi censu, num. 27. Felician. de censib. lib. 3. cap. 6. num. 3. Auendaño, de cens. cap. 96. num. 4. y el q̄ estaua preso, y los demas que han possedydo tienen bienes, como consta de testimonios presentados, y prouanças hechas, y así no ay causa para que lo

E mismo

mismo que el Capellan remitió, y no quiso cobrar de los poseedores del oficio por su culpa, y soltar el preso, lo cobre de los herederos de Diego Lopez Maldonado.

Sexto fundamento.

140 ¶ Quando cessasse todo lo que se ha fundado, la condenacion no puede ser sino a cada heredero por la parte que lo es, por que la accion que se intenta es personal, o sea la del primero contrato, que es *mandati, l. mandati actio 14. C. de fideiussorib.* o sea la de euiccion, *ex alijs Guzman, de euictionib. in princip. num. 21. & 22.* por que ambas son del contrato, *l. actionum 24. §. in personam, vbi glos verbo, eundem, ff. de actionibus, & obligat.* y solo puede tener obligacion cada heredero por la porcion hereditaria, *l. pro hereditarijs, C. de hereditat. action.* lo qual procede aunq̃ aya mejora hecha, porque las acciones se han de intentar contra los herederos, y no pasan contra el legatario del tercio y quinto, *l. cum autem 9. ff. delegat. 2. l. 1. C. si cert. petatur, Bald. in l. si quis seruum, §. fin. num. 1. ff. delegat. 2. vbi Paul. nu. 3. Roder. Suar. in l. quoniam in prioribus, ampliat. 7. num. 12.* Y esta resolucion tiene lugar sin embargo de la disposicion de la *l. 21. de Toro, que est 5. tit. 6. lib. 5. Recop.* que dispone, que el mejorado tenga obligacion a pagar prorrata de la mejora como si fuera heredero las deudas del testador, porque se entiende en terminos que auiendo pagado los herederos le pidena el, pero no para que la accion se pueda intentar contra el mejorado por el acreedor, ita Peralta, in *l. 3. §. qui fideicommissa, num. 142 & 143 ff. de hered. instit. & in l. cum autem, num 9. ff. delegat. 2. Gregor in l. 2. tit. 9. part. 6. glos. 1. circa fin. Dom. Couarr. lib. 2. cap 2. num 2. Dom. Molina, lib. 1. cap. 10. à num. 14. donde dize, que es manifesto error lo contrario,*

Ma-

Matienc. in l. 5. tit. 6. lib. 5. Recop.º glos. 2. nu. 2.
 Garcia, de expen. cap. 11. num. 62. & 63. & cap.
 16. num. 8. Azeved. in l. 5. tit. 6. lib. 5. Recopilat.
 num. 10 Ioan. Gutierr. lib. 2. pract. quæst. 58. don-
 de tiene esta por verdadera resolucio in puncto
 iuris, y aunque en practica admite lo contrario, es
 con limitacion en la parte que tocò al mejorado,
 Dom. Castillo, lib. 6. cap. 161. num. 25 & 27. don-
 de funda esta resolucio, y satisfaze a todos los fun-
 damentos que se pueden considerar por la contra-
 ria, por lo qual es sin duda qu en caso que se pu-
 diera dar algun derecho contra los herederos, era
 preciso que se diuidiesse segun las porciones, por-
 que cada vno lo es, si bien parece no es necesario
 este fundamento, por cessar en este pleyto la obli-
 gacion, y deuer ser dados por libres: quod ita futu-
 rum speramus. S. V. D. C.

*El Licenc. Baltasar
 de Villanueva.*

