

467  
26  
I H S.

P O R

IULIAN LOPEZ TAMAYO,  
vezino desta Ciudad.

C O N

Las fabricas de la Yglesia deste  
Arçobispado.

S O B R E

SI EL DICHO IULIAN LOPEZ TAMAYO  
ha de reconocer vn censo emphyteufis de 30j. maravedis en  
cada vn año, que se paga a las dichas fabricas, con cuya carga  
hizo postuta en vna heredad de viña y tierras, con su casa  
y bodega, que se vendia para hazer pago a los acreedores del  
Dotor Fulteros, y si las dichas fabricas han de pagar los frutos  
y rentas que percibieron de la dicha heredad, en el tiempo  
que tuuieron supossession en virtud de sentencia de remate,  
que se mandò hazer por reditos del dicho censo, y los daños  
que causaron en ella, o bajar la cantidad, que todo lo suso  
dicho monta del valor y estimacion que puede tener el dicho censo.

Visto por los señores, Don Melchor Caldera Freyle, Don  
Francisco Robles de la Puerta, Don Alonso de Morales,  
Licenciado Iuan Suarez.

R.L. Suazo.

S. Horozco.

---

En Granada, en la nueva Imprenta de Martin Fernandez, en  
la plazeta de señora Santa Ana, en frente de la puerta  
de su Iglesia, Año de 1630.



¶ **P**ara inteligencia de la justicia que fauoreze a Iulian Lopez en su intento, es de suponer del hecho q̄ año de quinientos y setenta las dichas fabricas y Arçobispo desta ciudad,

como su administrador, dieron a censo perpetuo emphiteusis, al Licenciado Iuan Brabo, Relator desta Audiencia la dicha heredad, por la dicha cantidad de treynta mil marauedis. en cada vn año, y expre ssando lo que le pertenece y en ella està comprehendido, dize la escritura: *Que es vna heredad de vna majuelo, huerta y oliuar, casar y bodega que en ella ay, y casa, y corrales, con treynta y ocho vassos y tinajas, que en la dicha bodega y fuera della ay, que tiene ciento y setenta marjales, y catorze hazas de tierras calmas, en que ay tienen ciento y quarenta y nueue marjales, y catorze estadales, y deslinda la dicha heredad, y cada vna de las dichas hazas, que parece estar distintas y separadas de los ciento y setenta marjales, que estauan plantados de majuelo, huerta y oliuar; y despues parece, que año de quinientos y ochenta, auiendo hecho traspasso desta heredad la muger y herederos del dicho Licenciado Iuan Brabo al Dotor Fusteros, medico, el susodicho otorgò reconocimiento deste censo en fauor de las fabricas.*

2 ¶ Y año de 601. halládose possedor de sta heredad, el D. Fusteros impuso sobre ella vn censo de ocho mil trecientos y onze reales de principal, en fauor del señor don Garcia de Ceruanes, Oydor que fue en esta Real Audiencia, hipotecandolo especialmente a la paga de su principal y reditos.

3 ¶ Y por vn testimonio presentado en es-

re pleyto, parece que año de seyscientos y diez, la parte de las fabricas pidio execucion contra el Doctor Fusteros y sus bienes, por ochenta y nueue mil y quarenta marauedis, que dixo se le deuian de los reditos del dicho censo, hasta fin de Mayo del dicho año, y se hizo en la dicha heredad, y se mandò hazer remate por quarenta y quatro mil quatrocientos y quarenta y quatro marauedis, reuocando la execucion en lo demas, y se le despachò mandamiento de apremio y possession, y la tomó con efeto en tres de Octubre de seyscientos y once, y dizè se le dà al Mayordomo de las dichas fabricas de la heredad de uina y oliuar, con vn pedazo de huerta de ciento y quarenta y nueue marjales, y de la casa y bodega, con sus vasos vacios, y de las dichas 14. hazas:

4. ¶ Y auiendose seguido pleyto de concurso de acreedores a los bienes del dicho Doctor Fusteros, se pronunciò sentençia de graduaciò en tres de Nouiembre de seyscientos y catorze, y en quarto lugar fue mandado pagar el dicho señor don Garcia de Ceruanes, de los dichos ocho mil treçientos y onze reales del principal del censo, con mas ochenta y cinco mil dozientos y cinquenta marauedis, que se deuian de sus corridos: y el año de veynte y seys, el dicho Julian Lopez Tamayo, como cesionario del dicho señor don Garcia de Ceruanes, hizo pedimiento en este pleyto de concurso, diziendo; que para ser pagado del principal del dicho censo y sus reditos, no auia otros bienes del Doctor Fusteros que la dicha heredad, que para este efeto se mandasse vender, y se truxesse en pregon, y se rematasse en el mayor ponedor, de que se mandò dar traslado a la parte de las dichas fabricas, y se notificò, y por parte del Cò  
uento

3

uento del señor san Geronimo , acreedor así mismo a los dichos bienes, por vn censo de quinientos ducados de principal , porque estaua graduado en la dicha sentençia en quinto lugar; se pidio lo mismo. Y por auto se mandò, que citada la parte de las dichas fabricas se vendiesse, y que para este efeto anduiesse treynta dias al pregon, y se rematasse en el mayor ponedor: y aunque por parte de las fabricas se contradixo el remate en peticion de quatro de Nouiembre, por dezir que la dicha heredad era propia fuya, y no del Dotor Fusteros, presentando los autos del dicho pleyto executiuo , que contra ella figuio por los corridos del dicho censo, cõ la possession que della tomó, en virtud del mandamiento de apremio y los de otra demanda, q̄ puso el año de veynte y tres, pretendiendo que la dicha heredad auia caydo en comisso, por auer dexado los herederos del Dotor Fusteros perder los arboles , y caer la casa , que los dichos herederos confessaron ser cierto, y lo despusieron como testigos, con que se pronunciò sentençia por el Alcalde mayor desta ciudad, condenandolos a que boluiesse la dicha heredad a las dichas fabricas, y le pagassen quinientos ducados por los daños, la qual auendola consentido los herederos, en execucion della tomaron possession las fabricas de la heredad; sin embargo desta contradicion se mandò proceder adelante en los pregones , y sin auer hecho otra cõtradicion, ni apelado. Despues por otra peticion, la parte de las fabricas pidio que se assignasse el remate, y Julian Lopez Tamayo hizo postura, en que dize: *Hago postura, y pongo la dicha heredad de viñas, tierras calmas, huerta, oliuares, morales y otros arboles, casas, bodegas, vasos y tinajas, aderezos de vendimia, y lo demas que a la dicha he*

redat

B

redat

edad le pertenece, y las aguas de riego, y otros derechos y pertenencias, segun y como se las dieron las Iglesias deste Arçobispado al dicho Licenciado Juan Brabo, Relator que fue en esta Real Audiencia, y doña Maria Brabo su muger, y ellos la vendieron y traspasaron al dicho Doctor Fustero, en precio de 14 U 500. reales, los 8 U 311. reales del principal del dicho mi censo, y los 6 U 189. reales restantes, por cuenta de los 7 U 500. reales que se me deuen de corridos. Y esto de mas del censo que sobre ellas se paga a las dichas fabricas, y despues de otras condiciones dize: *T* auiendo seme rematado, y dado possession y amparo de la dicha heredad quieta y pacificamente, otorgare carta de pago de los dichos 14 U 500. reales desta postura, en fauor del dicho Doctor Fustero, y quedará por mi cuenta la paga de los corridos del censo de las dichas Iglesias, y se entiende lo que corre de desde que se me diere el dicho amparo de possession, y yo gozare enteramente de la dicha heredad, como está dicho. Esta postura se admitio, y se mandò dar traslado a las dichas fabricas, y se notificò, y sin contradicion alguna se le rematò como en mayor ponedor, y se le mandò darla possession conforme a su postura.

¶ Y auiendo ydo a tomar la possession, en virtud del mandamiento que para ello se le despachò, en treynta de Diziembre de seyscientos y veynte y siete, dize el executor que se la dà de vn solar, que solia ser la casa y bodega de la dicha heredad, que toda está hndida y arruy nada, y no ay mas de los pedazos de paredes; y que respeto que las viñas estan arrancadas, y ellas, y todas las otras tierras está hechas eriazo y sin cauar, y que solo ay ocho marjales de viña, que le dà la possession en la forma que lo halla; y el dicho Julian Lopez dize que toma la dicha possession sin perjuizio de su derecho; y que protesta pedir los daños y menoscabos que tiene

4

tiene la dicha heredad, a quien y donde, como viere que le conuiene. Y con esto dà peticion diciendo; que en la possession que se le dio, no se cumplio cõ las condiciones de su postura, por que falta a la dicha heredad la casa, viña y arboles, y mucha parte de tierras, y tiene muchos daños y menoscabos, que se notifique a la parte de las fabricas los autos de la dicha possession, para que constandoles los daños que padecia la heredad, y que no se le auia dado de todo lo contenido en su postura, les parasse el perjuizio que huiera lugar de derecho, por razon del principal y reditos, del censo que sobre la dicha heredad se les paga, y auerla tenido en empeño mas tiempo de diez y siete años, y así se mandò y notificò.

6. ¶ Con lo qual se dio principio a este pleyto por parte de las fabricas, pidiendo se le apremiasse a Iulian Lopez Tamayo reconociesse el dicho censo de treynta mil marauedis, conforme la obligacion de su postura con que se auia hecho el remate; a que respondió Iulian Lopez Tamayo auiendosele dado traslado, q̄ no deue hazer el reconocimiento, porque no se ha cumplido con la condicion de su postura, que fue de reconocer el censo, auiendole dado la possession de todos los bienes en ella contenidos, y que siendo así que no se le entregauan por hecho de las fabricas, que notenian accion ni derecho para pedirle reconociesse el censo, demas que estaua extinto y redimido, porque las fabricas auian entrado a posseder la heredad el año de seyscientos y diez, en virtud del mandamiento de apremio, y gozado sus frutos y rentas, que conforme a vna escritura de arrendamiento presentada en el processo, valio en cada vn año mil y trecientos reales, que a este

a este respeto, hasta fin de Diciembre del año de seyscientos y veynete y siete, que a Iulian Lopez se le dio la possession en virtud del remate, y auia la dicha renta dozientos y veynete y ochomil ochocientos y cincuenta reales, que bajada desta cantidad lo que se deuia de reditos quando las fabricas tomaron la possession, y lo que montaron los corridos del dicho tiempo, tenia cobrados mas las fabricas seys mil treynta y siete reales, y que el menos valor que tenia la heredad, por auerle derribado la casa y bodegas, y vendido los materiales, y descepado las viñas, importaua seys mil ducados, y que siendo assi que todo lo deuián compenar con el valor del dicho censo y sus reditos, estaua exringuido, pues considerado su valor a razon de quarenta mil el millar, eran tres mil y dozientos ducados, y los reditos diez y seys mil ochocientos y treze reales, y lo que tenían cobrado y deuián restituyr a la hazienda del Dotor Fusteros, importaua mas de seys mil y quinientos ducados, y que quando no se deuiesse declarar por extinguido el dicho censo, auian de ser condenadas las fabricas a la restitucion y paga de las dichas cantidades, para que el fuesse pagado del dicho su censo y reditos, y costas cauidas en este pleyto, conforme a la sentencia de prelacion, y sin embargo el Alcalde de Corte lo condenò a que reconocie se el dicho censo sin perjuyzio de su derecho, de que tiene apelado Iulian Lopez, y pretende se ha de reuocar, cuyo intento parece se justifica ex seqq.

¶ La obligacion de pagar los reditos de ste censo a las fabricas, a que se fuserò Iulian Lopez, por la postura que hizo en esta heredad condicional, como parece de su tenor suprà nu. 4. referido, donde dize: *T* *quiendoseme rematado, y da*  
do

do possession y amparo de la dicha heredad. Quæ verba cum sint ablatiui absoluti conditionem, important, & faciunt actum cōditionalē, l. à testatore, ff. de conditio. & demonstratio. Tiraquell. in tractat. cessante causa, limi. 1. nu. 61. Rebuf. in auth. habita. C. ne filius pro patr. verb. habita pag 573. Menoch. cōf. 393. Surd. decis. 268. Matien. l. 9. gloss. 4. num. 1. tit. 11. lib. 5. recop. Barbof. in rub. ff. solut. matri. p. 1. nume. 23. P. Sanch. de matri. lib. 3. disp. 5. n. 2. August. Barb. claus. 53. nu. 2. con que para poder las fabricas apremiar a Iulian Lopez que reconozca el cēso, y pague sus reditos en virtud de la posturá y remate, era necessario que se cumpliesse la condicion con que se obligò, metiendolo en la posesion de toda la heredad, en la forma que lo expresa y dize en su postura: quia pendente conditione, non dicitur perfectavenditio, l. hęc venditio, ff. de contrah. emptio. l. bouem, 43. §. si sub conditione, ff. de ædil. ædict. l. ei qui ita, ff. de conditio. institutio. Angel. consi. 266. in fin. ideo, nec interim quoque ex ea agi potest, l. cedere diem, ff. de verb. signi. l. si pupilli, §. videamus, ff. de negot. gest. l. nam & postea, ff. de iur. iurá. l. promitēdo, §. si à debitore, ff. de iur. dor. Tiraquel. de retrac. lign. §. 1. gloss. 2. num. 22. & probat Gratian. discep. forens. tom. 4. capit. 742. n. 33. y de los autos hechos en execucion del mandamiento, despachado en virtud del remate, para dar a Iulian Lopez la dicha posesion y restigos examinados, consta que no se le ha dado de la casa, bodega, viñas, huerta, oliuares ni aderezo de vendimia, siendo así que lo expresa todo ello en su postura, y que teniendo atencion a su valor, la hizo en tres mil y doscientos ducados de la estimacion del censo perpetuo, y catorze mil y quinientos reales por

C

quenta

quenta del principal y reditos de su censo; y que a la paga de los reditos del dicho censo, no se obliga hasta tanto que lo goze enteramente, vt patet ex tenore obligationis, ibi: *Y quedará por mi cuenta la paga de los corridos del censo de las dichas Yglesias, y se entienda lo que corriere desde que se me diere el dicho amparo de posesión, y yo gozare enteramente de la dicha heredad, como está dicho.* Y para verificar que ha llegado el caso en que deve hazer la dicha paga, era necesario que se hallara gozando de la dicha heredad, con todas las qualidades de casa, bodega, viñas, oliuares, huerta contenidos en su postura: quia totum non dicitur sine suis partibus, & qualitativibus, l. qui usufructum, ff. de verb. oblig. l. si quis cum potuit, ff. de excep. rei iud. Stephan. Gratian. discep. forens. tom. 3. c. 460. n. 73.

8. ¶ Nèc obstat, que Julian Lopez Tamayo este gozando de las tierras calmas, a que hallò reducida la dicha heredad quando el executor le fue a dar la posesión, para que no se pueda excusar de reconocer el censo a las fabricas, y pagar sus reditos, porque no pueden las fabricas valerse de la postura y remate, sin que primero este cumplida la condición con que se obligò a la dicha paga, que fue auia de gozar enteramente de la heredad: nàm sufficit, quod in minimo non sit adimpleta conditio, vt quis non possit se iuuare ex instrumento, l. Julianus, ff. de iur. emp. Roland. conf. 53. nu. 27. lib. 1. Neuizan. conf. 87. num. 18. Surd. conf. 52. à num. 28. Becc. conf. 45. nu. 9. Gratian. tom. 2. discep. forens. cap. 307. num. 2. ni se puede excusar por el precio correspondiente a la parte entregada de la cosa vendida, cum semper obstat exceptio rei non traditæ, nedum ad proportionem partis non adimpletæ, sed etiam respe-  
tu

etu totius, ita vt sufficiat defectus in minimo  
 ad differendam executionē totius contractus;  
 Bald. in l. iuris gentium, §. aded, ff. de pact. De-  
 cius, in l. cum proponas, nu. 5. C. de pact. Me-  
 noch. conf. 55. n. 6. Surd. conf. 101. num. 2. & a-  
 lijs adductis, Gratian. discep. foren. tom. 5. cap.  
 864. n. 12. Y si bié las fabricas no está obligadas  
 por este remate a la euiccion y entrega de la di-  
 cha heredad, porque quien vende son los here-  
 deros del Doctor Fusteros, y por ellos el Iuez q̄  
 mandò hazer el remate, y lo autorizò, l. n. C. si  
 in caus. iud. pig. captum sit, l. si ob causam, C. de  
 euictio. l. profectitia, ff. de iure dor. Queriendo  
 se valer del, ha de ser con las calidades y condi-  
 ciones que Iulian Lopez hizo su postura, cum  
 actus non possit acceptari, nisi cum suo onere,  
 quamuis acceptans ignoraret onus annexum, l.  
 cum ab vno, ff. deleg. 2. Castrenf. in l. si. duo de  
 acq. hæred. Surd. conf. 150. n. 20. lib. 1. ipsemet  
 Gratian. d. tom. 3. cap. 51. num. 20. Y aunque  
 en la obligacion de la paga del censo no repita  
 las partes y calidades con que se le ha de entre-  
 gar la heredad, para que corra por su quenta el  
 censo, basta auellas expresado en el principio  
 de la postura, para que se entiendan repetidas,  
 en la conclusion donde dize: *Yo gozare enteramē-  
 te de la dicha heredad; como está dicho: quia dicto (di-  
 eta) facit relationem ad præcedentiā, nomina-  
 ta cum omnibus suis qualitatibus, ac si eas ex-  
 pressisset, l. asse toto, ff. de hæred. instit. Bart. in l.  
 si quis seruum, §. fin. ff. delegat. 1. Pet. Surd. conf.  
 210. num. 17. & ex plurib. adduct. Barbof. de di-  
 ctio. & clauf. dict. 71.*

9 ¶ Y si las fabricas vsando de su propio  
 derecho; como dueño del emphyteusi, y no del  
 que les pudo dar el dicho remate, pretendieren  
 que Iulia Lopez Tamayo, como sucesor y pos-  
 seedor

feedor de la dicha heredad, les ha de reconocer y pagar el dicho censo; a esta pretension obsta las excepciones que tiene opuestas Julian Lopez, de auerse extinguido el censo con los seys mil y treynta y siete reales que las fabricas tienen recibidos despues de pagados los reditos del dicho censo de los mil treientos reales en cada vn año, en que tuieron arrendada la heredad y los seys mil ducados que causarón de daño en el tiempo que la possayeron, porque el titulo con que las fabricas la entraron a posseder, fue de prenda judicial, en virtud de la sententia de remate, & sic tenentur fructus perceptos in sortem imputare, vt probat D. Couarrua, lib. 3. variar. cap. 1. num. 4. vers. *Sic ex amnari, quem sequitur Rodrig. de ann. reditib. lib. 3. q. 7. num. 5* i. ibi: *Domino directo emphyteusis, non debentur seruitia, neque ipsa amittit ex datione pignoris, idco tenetur fructus ex emphyteusi pignorata perceptos in sortem imputari: quatenus pensionem sibi pro emphyteusi debitam excesserint.* Y alsí mismo la estimación del daño que en ella causó, vt est text. in l. 2. C. de pign. act. *Creditor quod predium pignori nexum detinuit fructus quos percepit, vel percipere debuit in ratione exonerandi debiti, computare necesse habet; & si agrum deteriore constituit, eo quoque nomine pignoratitia actione obligatur.* Et in l. creditor. 6. infra eodem tit. *Creditor qui fundos & domos pignori, vel hipoteca accepit damnum in decidendis arboribus, domibusque destruendis ab eo datum, in ratione debiti deducere cogitur, & si dolo, vel culpa rem suppositam deteriore fecerit, eo quoque nomine pignoratitia actione tenetur, & talem restituat qualis fuerat tempore obligationis.* Cuya decision se ajusta a lo hecho por las fabricas en esta heredad, que desceparon la viña, arrancaron los arboles, y destruyeron las casas, idem probat text. in l. 36. tit. 13. p. 5. his verbis: *Empeora*  
de se

do se la cosa empeñada por culpa o por negligencia de aquel que la tiene a peños, si tanto fuere el empeoramiento, quanto es el deudo que auia sobre ella, pierde por ende el derecho que auia en el peño: e si fuere menos, deue ser descontado del deudo quanto fuere el empeoramiento, e si la peoria fuer mayor que el deudo, deue perder aquello que auia sobre la cosa empeñada, y pechar sobre esto al señor de la casa, el daño que y acaeciere por razon del empeoramiento. Et norat Faber. definitio. forens. lib. 4. tit. 10. definitio. 4. n. 4.

¶ El valor pues del residuo de la renta de la dicha heredad y estimacion de los daños, importa 67500. ducados, con que no solamente está extinguido el censo perpetuo, cuya estimacion, a razon de 407. marauedis el millar, que es la mayor q se le puede dar, vale 37200. ducados, si no que son deudores a los herederos del dicho Doctor Fusteros, de otros 37300. ducados; a que no obsta dezir, como pretende la parte de las fabricas, que este no es derecho de Iulian Lopez Tamayo, sino de los dichos herederos, porque como comprador sucedio en todos los derechos y acciones que pueden tener los susodichos, ex le emptori, C. de emist. y como acreedor contra el dicho Doctor Fusteros y sus bienes, puede reconuenir a las dichas fabricas, como deudoras que son a los dichos herederos, para que le den y paguen los 87311. reales del principal y reditos de su censo, y 77.500. de sus reditos, con mas todas las coltas causadas en este pleyto, porque el valor de las tierras calmas a que está reduzida la dicha heredad, no es los 147500. reales, en que demas del censo perpetuo hizo postura en la dicha heredad: ni ay otros bienes del Doctor Fusteros de que hazerle pago sino es esta heredad, y lo que por razon de auerla poseydo las fabri-

D cas

cas deuen, y el acreedor puede conuenir al deudor de su deudor, para ser pagado de lo que legitimamente se le deue, l. 2. C. quand. fite. vel probat. & ibi communiter DD. Y esto procede sin controuersia, quando el deudor principal está ya condenado por sentencia a la paga, como lo está el Doctor Eusteros y sus bienes a la deste censo y sus reditos, por la sentencia pronunciada en el concurso de sus acreedores, probat Alexand. Trentacin. variar. libr. 3. resolut. 16. de solut. & ex pluribus adductis, Stephan. Gratian. discept. forens. tom. 3. cap. 507. à n. 1. Con que quando no se dà por extinguido el censo, no se le puede compeler a que le reconozca, si no es pagandole las fabricas los dichos 1518 11. reales del dicho principal y reditos de su censo, y las costas causadas en este pleyto, y mas 2011700. reales, que valé menos las dichas tierras, que los 311200. ducados que importa el valor del censo perpetuo; porque como tiene prouado Iulian Lopez, en el estado que las dexaró las dichas fabricas, aun no valen 1411500. reales, y en esta cantidad, y no mas se puede sustentar el censo sobre las dichas tierras, pues auiendo perecido la viña, casas, bodegas y oliuares; por cuyo respeto se obligò a pagar el Doctor Brabo, primero impondor deste censo, los 3011. marauedis en cada vn año, no se deuen las pensiones en mas cantidad de la que corresponde al valor de las dichas tierras, vt cum Bart. Fulgos. & Valasc. resolut, Auend. de censib. q. 6. nume. 6. & cum Thesaur. decis. 120. & decis. 226. Rodrig. de Ann. reedit. lib. 2. quest. 15. num. 95. & alijs adductis, Grat. discept. forens. tom. 5. c. 916. n. 42.

11 ¶ Ni pueden las fabricas mejorar el titulo de prenda judicial, con que entraron a poseer

posseer esta heredad el año de 611. con la senten-  
cia que en el pleyto que intentarón el año de  
623. conrra los herederos del dicho Dotor.Fús-  
teros,pretendiendo auian incurrido en la pena  
del comisso,por los daños y menoscabos causa-  
dos en ella. Se pronuncio, condenandolos a q̄  
boluieffen la heredad y tierras, con todo lo que  
les pertenecia a las dichas fabricas ; porque siē-  
do así que esta heredad estãna hipotecada al  
censo del señor don Garcia de Ceruãtes, como  
lo pudo hazer el Dotor Fusteros, etiam irrequi-  
sitó domino propietario, l. tutor. §. fin. l. sane, ff.  
de pignorat. act. l. lex vectigali, ff. de pignor. h.  
fin. tit. 8. p. §. ibi: *Otro si dezimos, que este que tiene la  
cosa a censo, que la puede empeñar a tal ome, como sobre  
dicho es, sin sabiduria del señor.* Et probat glōss. in l.  
fin. verbo, *alijs vendere.* C. de iure emphyteusi.  
Iull. Clar. §. emphyteusis, quæst. 18. Negusap. de  
pign. 2. memb. p. 2. nu. 28. Gambr. decis. 108. n.  
2. & decis. 240. num. 4. P. Molin. de contract.  
tom. 2. disp. 461. ad fin. Aluar. Valase. confalt.  
186. nu. 2. Auend. de censib. cap. 67. a. num. 1.  
No pudieron los herederos del susodicho con-  
sentir en la dicha sentencia, en perjuzio del  
derecho hipotecario que tenia adquirido a la  
dicha heredad Iulian Lopez Tamayo, como fu-  
cessor en el dicho censo, porque el emphyteuta  
que obligò sus bienes no puede hazer acto, per  
quem incurrat rei pribationē, en perjuzio de  
los acreedores a quien la tiene hipotecada, vt  
probat text. in l. lex vectigali, ff. de pignor. Bar-  
tul. in l. si res, ff. quibus mod. pignus, vel hypo-  
thec. soluitur, Alcïat. conf. 285. num. 10. & plu-  
ribus adductis, Petr. Surd. decis. 102. à nu. 1.  
& decis. 286. Y no se podra dezir que la dicha  
condenacion no nacio por acto voluntario del  
deudor, ordenado a defraudar los acreedores ; y  
que

que afsi fe resoluió la hipoteca, porque estando en la possession de la heredad las fabricas desde el año de 611. cobrando su renta a razon de 11300. reales, en cada vn año 420. reales mas de lo que montaua su censo, ya estaua purgada la pena del comisso con la cobrança de las pensiones, l. post diem, ff. de leg. commissor. l. commissoria, C. de pactis; inter empr. & vendit. l. vestigalium, §. fin. ff. de publican. & pluribus adductis, Alexaud. Trentacin. variar. lib. 3. resolut. 6. de iure emphyt. n. 4. Y por la deterioracion no lo podian intentar, porq̄ auiendo elegido el remedio hipotecario para tener la heredad hasta ser pagadas de los reditos del censo, fue visto renunciar el del comisso, vt in dict. l. post diem 7. ff. deleg. commissor. gloss. & las. num. 139. in l. 2. C. de iure emphyteut. Demas, que para condenar al emphyteuta en esta pena, es necesario que los testigos prueuen deteriorationem fuisse magnam cum dolo, aut lata culpa, & ad perpetuum detrimentum fundi, la son. conf. 17. n. 2. lib. 1. Menoch. de arbitr. lib. 2. centur. 2. casu 78. numer. 6. Gratian. discept. forens. tom. 1. cap. 152. nu. 1. Y como se podra dezir q̄ por culpa de los dichos herederos padecia el daño esta heredad, si desde el año de 611 hasta el de 22. no se quejaron las fabricas, y está prouado en el processo, que por su orden se derribarõ las casas, y se vendierõ los materiales y vasos de las bodegas, y se desceparon las viñas y arrancaron los arboles.

12 ¶ Y quando las fabricas huieren podido intentar este remedio del comisso, el pleyto se deuia sustanciar con Iulian Lopez Tama yo, porque auiendo entrado en la possession de la heredad el año de 611. en virtud de la sentencia de remate; esta possession a prouecha a Iulian

9  
 Julian Lopez y a los otros acreedores del Do-  
 tor Fusteros, como si todos ellos la posseyeran,  
 l. fin. C. de bonis auctori. iudic. possi. ibi: *Ut si nō  
 omnes huiusmodi debita pretendentes, sed ex his certi ab  
 iudiciali sententia in possessionem rerum mittantur, non so-  
 lum hi, sed etiam alij omnes talia debita pretendentes ea-  
 dem commoditate possint, et possint cū prioribus rerū  
 detentatoribus communionem habere in rebus, de quibus  
 (sicut superius declaratur) prolata fuerit sententia.* Y  
 assi para dejar la possessiō que tenian, iure pig-  
 noris, en nōbre de los dichos acreedores, y to-  
 marla como dueño del directo dominio, era ne-  
 cessario que se citaran los que assi possieian, y fu-  
 stanciara con ellos el juyzio, para que les cau-  
 sasse perjuyzio lo juzgado con el deudor, cū-  
 sit regulare, quod factum debitoris non nocet  
 creditori, Angel. & Castr. in l. 1. & 3. ff. de solut.  
 Petr. Surd. d. decis. 102. num. 6. & quod posses-  
 sio non est alicui auferenda sinē causā cognitio-  
 ne, nequē litē pendente, c. penult. vbi Anton.  
 de Buir. Hostiens. Abb. & omnes, de institut. &  
 l. fin. vbi Bart. Bald. Salicet. & alij, C. si per vim  
 vel alio mod. Anton. Cardos. in praxi, verb. *pos-  
 sessio*, nu. 14. De donde se infiere, que la colusion  
 con que la parte de las fabricas y los herederos  
 del Dotor Fusteros formaron el dicho pleyto,  
 para defraudar a Julian Lopez Tamayo del de-  
 recho que tenia adquirido en la dicha heredad  
 no le puede parar perjuyzio; quoniam ex alie-  
 na malignitate non debet quis damnum substi-  
 nere, l. fin. vbi DD. C. de acquir. possess. Demas,  
 que toda esta pretension estā vencida por los  
 autos en que se mandò vender como bienes del  
 Dotor Fusteros, para pagar sus acreedores, sin  
 embargo de las contradiciones hechas por las  
 fabricas, y de la dicha sententia que tenian en  
 su fauor.

E

13. Item,

13  
Item, no pueden escusarse las fabricas de la restitucion de la renta que cobraron de la dicha heredad, por dezir, como pretenden, que quando se les dio la posesion el año de 611. ya estaua destruyda la heredad, con que auia caydo en la pena del comisso; y que siendo suya la propiedad, adquirieron todos los frutos y aprouechamientos que della percibieron, sin que los acreedores del Doctor Fusteros tengan derecho a ellos como bienes del susodicho, por que aunque por la deterioracion, o ceslacion de la paga el emphyteutica incurra en esta pena, todos los frutos que se perciben ex re emphyteutica antes de auerse declarado por incurso en ella, son propios suyos, *cum fructus spectet ad eum qui rei est dominus. l. ex diuerso, §. 1. ff. de rei vindicat. & ob solam solutionis cessationem, aut deteriorationem emphyteuta, nõ est priuatus iure suo, sed dominium rei retinet, vt ex multis probat Faquin. controuers. lib. 1. c. 94. vers. Sed mihi uideur.* Y las fabricas no tuieron otro titulo para percebir los dichos frutos, que el que les dio de prenda judicial la sentencia de remate, porque si bien pudieran intentar el dicho remedio de la caducidad o comisso, no se valieron del, si no solo de la hipoteca que les concede el derecho en el vtil dominio para la cobrança de las pensiones, vt probat Auend. de censib. cap. 25. num. 2. & Anton. Faber. definit. for. lib. 4. tit. 43. de iur. emphyteut. definit. 7. nu. 2. Ni pueden prouar que la restitucion de frutos ha de ser tan solamente de 12. años, que consta por la escritura presentada que la tuieron arrendada, que empezaron a correr desde el año de 617. Y que no han de pagar a este respeto los seys años precedentes q̄ la posleyerõ, pues no cõsta q̄ la arrēdarõ, ni cobra  
ron

rõ su rentã, porq̃ el acreedor que es pueſto en la poſſeſſion de los bienes de ſu deudoa para ſer pagado, tiene obligacion de cuydar que ſe arriẽ den y perciban ſus frutos, y ſi no lo haze, dicitur eſſe in dolo, glos. in l. in venditione, §. 1. ff. de bonis auctor. iudic. poſſi. glos. in l. dolus, ff. mandat. & in l. Prætor, §. in eum, d. tit. de bonis auctor. iudic. poſſi. Alexand. Trêacin. variar. lib. 3. reſolut. 2. de pignor. num. 7. verſ. *Ex his ſequitur*, & ided̃ tenetur reſtituere, non ſolum fructus perceptos, ſed etiã qui percipi potuiſſent, l. 2. & l. fin. C. de pignorat. act. Boer. deciſ. 268. Neguſant. de pignor. §. p. memb. 5. numer. 1. & alijs adductis, Felician. dict. cap. 3. numer. 7. & ſic iudicandũ Deo annuente ſperamus. Salua in omnibus. D. C. D. V.

*Licenc. Manuel Ruiz  
de Aguado.*

174

The first part of the paper is devoted to a general  
 discussion of the problem. It is shown that the  
 problem is equivalent to the problem of finding  
 the minimum of a certain functional. This is  
 done by means of the method of Lagrange  
 multipliers. The second part of the paper is  
 devoted to the construction of the minimum  
 functional. It is shown that the minimum  
 functional is unique and that it can be  
 found by means of the method of steepest  
 descent. The third part of the paper is  
 devoted to the construction of the minimum  
 functional. It is shown that the minimum  
 functional is unique and that it can be  
 found by means of the method of steepest  
 descent.

E. J. McLaughlin  
 University of California  
 Berkeley, California