POR DOÑA FRANCISCA CLVT, VIVDA DE Elias Sirman; En el pleyto CON DON IVAN DE TORRES Montes.

SE SVPLICA A V. M. PASSE LOS OjOS por este apuntamiento.

ESCVSOME De referir el hecho, por no dilatar mucho este papel, y porque lo que del fuere necessario para assentar el derecho yrà texido en las alegaciones: y asi solamente supongo, que en el ha de fundarse no estar hipotecado el juro, que Doña Francisca Clut possee, al tributo que Luys de Padilla tomó en fauor del Doctor Villanueua, a quien representa Don Iuā de Torres Montes; y ser justa la sentencia de vista, donde asi se declara, esto procuraré probar por dos medios. El primero, porque este no es el mismo juro, que Luys de Padilla posseyó, sino otro muy diferente. El segundo, porque aunque fuera el mismo juro no le afecta la hipoteca. Dellos se formaran dos articulos, reseruando para el tercero satisfazer a los fundamentos de la parte contraria.

ARTICVLO PRIMERO.

EN Este Articulo hemos de fundar no ser el juro que possee Doña Francisca Clut el mismo que posseyó Luys de Padilla, y que en el concurso de sus acreedores se vendió a los herederos de Elias Sirman, de donde se seguirà con euidencia no estar hipotecado al tributo que tomó en fauor del Doctor Villanueua; & perinde no tener Don Iuan de Torres Montes la accion que contra el ha intentado; y para prueua desto es bastante recaudo el priuilegio q̃ està en los autos, por donde consta su origen, y principio, porq̃ por el su Magestad le vendio por venta nueua sobre sus rentas Reales a los dichos herederos el año passado de 616. en seys de Iulio, para que desde aquel dia començassen a gozarle, con que no puede ser este el que diez años antes Luys de Padilla posseia, ni dezir esta hipotecado.

La dificultad està en la replica que se nos haze, diziēdo, que este no fue juro nueuo, que su Magestad cōstituyò, sino el mismo antiguo, que en los dichos herederos se auia rematado; porque aunque es verdad que se otorgó redencion, y se rompio el preuilegio, esto no fue para consumirlo de todo punto, sino para sacarlo por venta nueua, como expressamente se dixo en la carta de pago; y asi el nueuo preuilegio fue en la misma finca, y en la misma cantidad que el antiguo.

Empero a esta objecion respondemos, que sin embargo della es nueuo juro el que Doña Francisca Clut possee, y el antiguo quedó estinguido totalmente con las hipotecas que tenia por la redēcion que del se hizo, aunque aya auido en ella las circunstancias, q̃ de contrario se refieren. Es buen texto (a mi ver) la ley minor annis 25. 40. ff. de minoribus, donde deuiendosele al menor ciento, ex causa

causa fideicommissi, dio carta de pago dellos, para que el deudor se obligasse a pagarselos por via de prestamo, *minor annis 25. cui per fideicommissum solui pronunciatum erat, cauerat se accepisse, & cautionem eidem debitor quasi creditæ pecuniæ fecerat.* Dize pues el Consulto, que *in integrum restitui potest, quia paratã ex causa iudicati persecutionem nouo contractu ad initium alterius petitionis redegerat*; de dõde sacò dos cosas. La primera, aunque la cantidad fue la misma, y nunca efectiuamente se desembolsó; y aunque las personas fueron las mismas, toda via la segunda obligacion se llama nueuo cõtrato. La segunda, que con solo conuenirse los contrayentes, que de la cantidad que ex causa fideicommissi, se deuia se hiziesse escriptura de prestamo, aquella obligacion antigua se extinguio, y assi à menester el menor para bolver allà, que se le conceda restitucion, *quæ in præstinum statum repositio est*: ergo nõ est mirũ, que en nuestro caso con dar carta de pago del principal del juro, y romper su preuilegio, y con hazer nueua venta, y obligacion su Magestad, se diga q̃ el primer juro perecio, y que es distinto del, y nueuo el segundo. Y no ay que dezir que en la hypothesi deste texto mudaron los cõtrayentes la obligacion, *ex causa fideicommissi*, en otra de diferente especie hoc est, *in causam crediti*, de donde se siguió extinguirse la primera, para que naciesse la segunda. Porque a esto se satisfaze cõ que no halló razon de diferencia, para que puedan dos contrayentes conuenirse en extinguir la obligacion antigua, que vno tenia a otro ex causa fideicommissi, dandose carta de pago della, y constituyr otra nueua de la misma cantidad, obligandose ex causa mutui, y no puedan conuenirse en extinguir vn juro antiguo, chancelãdo el priuilegio, y dandose carta de pago del principal, y constituir otro de nueuo en la misma finca.

Mejor texto es la ley qui vsum fructuũ 36. in fine, ff. de vsufructu, donde auiẽdose dexado el vsufructu de vn baso de plata, se fundió, y de aquella massa se bolvió a hazer otro; y con todo esso dize el Iurisconsulto, que es nueuo baso, y que assi con auer fundido el primero, se perdio, y perecio el vsufructu, son apretadas las palabras, ibi; *Idemque esse, & si scyphorum vsusfructus legatus, sit deinde massa facta, & iterum scyphi, licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse quorum vsusfructus legatus sit*; noto la palabra, *pristina qualitas*. De modo que no solo la materia fue la misma, sino la forma tambien, y con todo esso no son los mismos basos.

principij

ſos. Ergo, aunque en nueſtro caſo el juro ſea en la miſma finca, y con las miſmas qualidades del primero, *non tamen eſt ille qui hypothecatus ſit.*

Sea el tercero la ley inter ſtipulantem, §. ſacram, ff. de verborum obligationibus, y la ley qui res 98. §. aream, ff. de ſolutionibus, en el exemplo de la caſa, que en ellas ſe pone, la qual ſi ſe desbarata con animo de deshazerſe, aũque queda el area, quæ potiſsima pars eius eſt, como dixo el dicho §. areã, y quedan los materiales, de tal ſuerte ſe extingue, y acaba, que aunque en el miſmo ſitio, y con los miſmos materiales ſe buelva a edificar, ſerà otra caſa diferente: *Sed ſi vſque ad aream depoſita ſit* (dixo el Conſulto) *licet eadẽ materia reſtituatur alia erit.* Y aun la naue, que es otro exemplo de eſtos dos textos (con ſer coſa, que aunque ſe desbarate ſe puede boluer a fabricar con los miſmos materiales, ſin añadir otros de nueuo, q̃ es la razon en que ſe diſtingue de la caſa, teſte Iaſſone, poſt Acurcium in dict. §. ſacram, num. 29.) ſi ſe deshaze cõ animo de gaſtar en otra coſa los materiales, ſi mutato conſilio, otra vez ſe fabrica, *& perẽpta prior nauis, & hæc alia dicenda eſt.* Ergo en nueſtro caſo extinguido el primero juro, aunque ſe compuſo eſtotro de la miſma finca, y de la miſma cantidad, & peremptus prior, & hic novus dicendus eſt; y mas quando el animo fue extinguirlo, y que el dinero fueſſe *para otro juro*, que es lo que ſe dize en la carta de pago.

Pudieramos traer en cõprobacion deſta doctrina otros muchos textos concordantes de los referidos, mas contẽtamonos cõ ellos, cuyas deciſsiones parece ſe aplican bien al caſo deſte pleyto, no tãdo de camino la mayor, y mas abſoluta poteſtad, que tenemos para extinguir, alterar, y mudar las coſas incorporales, veluti contractus obligationes, actiones, & iura, q̃ las corporales como el fundò la nao, la caſa, &c. en las primeras, y dellas principalmente en las q̃ ſolo conſenſu contrahuntur, tenemos tã libre, y abſoluta poteſtad, que aſsicomo con ſolo el conſentimiento, contrayendo les damos ſer, y vida ſin ſer neceſſario otro adminiculo, como dixo el Conſulto en la ley 2. ff. de obligationibus, & actionibus; *Ideo autem iſtis modis conſenſu dicitur obligationem contrahi, quia neque verborũ, neque ſcripturæ vlla proprietas deſideratur, ſed ſufficit eos qui negotia gerunt conſentire.* Y no ſè ſi mejor Iuſtiniano en el §. 1. inſtituta eodem, ibi: *Quia neque ſcriptura, neque præſentia omnino opus ſit, nec dari quidem neceſſe eſt, vt ſubſtantiam capiat obligatio*; aſsi para extinguirlas, mudar-y mudarlas es nuestra voluntad el principal instrumento, pues con ella totalmente se estinguen, y acabã, buena prueua tenemos en todo el titul. instituta, quibus modis tollitur obligatio; y en los exemplos que en el se refieren, que todos se reduzen a nuestra voluntad, y en el que principalmente reparo, es la nouaciõ en que toda aquella armonia destinguir totalmente la obligacion antigua, y con ella las hipotecas, las vsuras, &c. y contraerse otra de nueuo totalmente distinta, que Vlpiano refiere en la ley 1. ff. hoc tit. *Nouatio est prioris debiti in aliam obligationem ciuilem, vel naturalem trãsfusio, atque mutatio hoc est, vt ex præcedenti causa, ita noua constituatur, vt prior perimatur*, iuncta l. nouatione 18. ff. eod. ibi; *Nouatione legitimè facta liberantur hypothecæ, & pignus, vsuræ non currunt*; se obra con solas dos palabras, como el mismo enseña en el §. 1. *Qualiscumque igitur obligatio sit, quæ præcessit nouari verbis potest*. Y aun dixo resueltamente Iustiniano, que en ella no ay que atender a las leyes, sino a la voluntad; *Et generaliter definimus voluntate solum esse, non lege nouandum*. l. fin. C. de nouationibus, donde notò Gofredo: *In nouatione facienda sufficit qualibet voluntas*; videnda quæ lato calamo doctè, vt solet scripsit Bolognetus de conuersione contractus, in l. singularia à nu. 10. ff. si certum petatur.

En las cosas empero corporales, aunque obra algo nuestra volũtad, en quanto a estinguirlas, o mudarlas, como se prueua bien del mismo §. sacram, donde el estinguirse, o no la naue, en que *ea mente resoluta sit, vt in alium vsum tabulæ destinentur*, no tiene tan absoluta potestad, pues aunque se desbarate la casa, y se deshaga la naue, toda via en la vna queda el area, y materiales, y en la otra las tablas, maderos, y demas pertrechos, en que se conserua algo de la identidad; y asi bueltos a juntar otra vez dà materia de duda, si serà la misma nao, y la misma casa, en esta diferencia se fundó el Iuriscõsulto Paulo en el dict. §. sacrã, para destinguir la promessa de la nao de la promessa del esclauo que se libertó, como lo enseña Cujacio, ibi; *Atque ita igitur extincta obligatio sanè non restituitur, si postea idẽ homo in seruitutem redigatur, quia nouus homo videtur; nec enim redigitur in pristinam seruitutem ad illo casu si nauis à domino refixis tabulis resoluta sit reficiendi causa, nondum tabulæ eiusdem nauis esse desiisse, nondum intercidisse ea nauis videtur manente carina, eadem ad perin de refecta nauis iisdem tabulis eadem prorsus nauis esse intelligitur*.

E dicho esto para inferir de aqui, q̃ la semejança de la nao, y la casa, ſa, y las demas coſas corporales a el juro, no es abſoluta, y total, ex Cujacio vbi ſupra, porque el juro no es la finça, ni la hipoteca, ſino vn derecho, vna facultad, que ſu Mageſtad vende, para que de ſus rẽtas Reales ſe cobre tanto cada año, y vna obligació que haze de pagarlos, vt ſic vna coſa incorporal, vt pluribus relatis probat latè Auẽdaño de cenſibus, cap. 17. per totum. De manera que procederà el argumento de minori ad maius ſolamente, que es como argumentó el Iuriſconſulto Marciano en la ley ſicut, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca ſolvitur, tratando eſte miſmo argumento; y lo notó alli Gofredo litera C. y aſsi ſe dize bien, en la caſa, en la nao, &c. con ſer coſas corporales, y aſsi mas dificultoſas de eſtinguir ſi con animo de eſtinguirlas ſe desbaratan, aunque ſe bueluan a hazer cõ los miſmos materiales, que ſon las partes de que ſe cõponian, aduc dicuntur noua domus, noua nauis; ergo à fortiori, ſi el juro que es coſa incorporal, y mas facil de eſtinguir, y mas ſujeta a nueſtra voluntad quiſiere extinguirſe, & hoc actũ fuerit, entre ſu Mageſtad, y la parte, aunque deſpues ſe conceda otro en la miſma finca, y de la miſma cantidad ſerà nueuo juro, y no el antiguo. Cõprehende, y aprieta eſte diſcurſo, ſino me engaño, la ley qui vſum fructum 58. ff. de verbor. obligationibus, donde entre otros caſos ſe propuſo; Pedro eſtipuló de Iuan diez, y luego del miſmo Iuan eſtipuló cinco; y preguntado el Cõſulto, ſi aqui avrà nouacion, dize que no, porque para que la aya es meneſter que la ſegunda obligacion contenga mas que la primera, y eſta no lo contiene, cum in maiori ſumma minor comprehendatur: y repreguntando, que ſeria ſi toda via los contrayentes quiſieron hazer nouacion, y reſpõde: *Niſi in omnibus nouandi animo hoc facere ſpecialiter expreſsit, tunc enim priori obligatione ſpirante ex ſecunda introducitur petitio.* Por manera, que entre las miſmas perſonas con ſolo obligarſe nueuamente por la cantidad en que auia obligació ya, con animo de extinguirla, y conſtituyr otra nueua, eſpira la obligacion antigua, y con ella las hipotecas, &c. l. nouat. 18. ff. de nouationibus, y es diſtinta, y nueua obligacion la que ſe contrae: luego no ſerà marauilla, que en el caſo deſte pleyto, roto y chancelado el preuilegio del juro, con animo de extinguirlo, y de que ſe dieſſe otro de nueuo, como conſta de la carta de pago, aunque *mutato conſilio*, que es lo que dixo el §. ſacram, ſe dieſſe deſpues de ocho meſes en la miſma finca, ſe llame juro nueuo eſte nueuamente dado.

Extinguido pues, y redimido el juro antiguo, por neceſſaria conſequenſequencia ſe ſigue, que ſe extinguieron, y acabaron qualeſquier hipo tecas que en el huuieſſe, *ſicut re corporali extincta*, dixo el Cõſulto en la ley ſicut 8. ff. quibus modis pignus, vel hypotheca ſolvitur, *ita & vſufructu extincto hypotheca perit.* De manera, que no ay diſtincion en que la coſa que ſe extingue, ſea corporal, o incorporal, la dificultad eſtà en ſi interuiniendo en eſta extincion volũtad del poſſeedor de la coſa, adhuc dicendum erit hypothecam extingui propter pugnantia Iuriſconſultorum reſponſa in l. ſi res, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca ſolvitur, leg. bobem, §. pignus, ff. de ædilitio ædicto quibus cauetur, quod ſi ſervus pignori datus redhibeatur ius pignoris non reſoluitur quibus contrariantur omnino. l. lex vectigali, ff. de pignoribus, vbi ſi propter non ſolutam penſionem emphiteuſis reſolvatur, ius pignoris etiã reſolvitur, & l. ſi res 3. ff. quibus modis pignus, vel hypotheca ſoluitur, cum l. vbi autem 4. §. idẽ, & Marcelus, ff. de in diem adiectione, vbi reſoluto contractu ex pacto additionis in diem, reſolvitur etiam hypotheca ab emptore medio tẽpore facta; ſi bien eſtaua en mano del emphiteuta, y del comprador pagar, y ofrecer el la miſma comodidad que otro hazia, y aſsi retener la emphiteuſi, y lo que comprò; trata eſta queſtion latiſsimamente Tiraquello de retractu conuentionali, §. 3. gloſſa vnica à num. 10. dõde jũta grã copia de Autores, y deſpues del Aurelio Corbulò de iure emphiteutico, cap. 15. ampliatione 35. per totam, doctamẽte Faquineo controuerſiarum iuris, lib. 2. cap. 23. a quien intituló, *Reſciſa vendi-tione ex redio legis ſecundæ, C. de reſcindenda vendit. an reſoluatur hypotheta medio tempore contracta*: y tenemos vna deciſsion de Pedro Surdo, que es la 286. cuyo ſumario es; *Emphiteuta delictum quando circa rem præiudicet creditori cui res erat obligata*: y todos reſuelven, q̃ quando el derecho del q̃ hipotecó ſe reſuelve ex cauſa de preterito, aunque concurra ſu voluntad; de ſuerte que pudiendo eſtoruar la reſolucion no lo haga, antes la dexe correr, la hipoteca ſe extingue totalmente: empero ſi la reſolucion ſe haze, ex mera voluntates debitoris, ſin cauſa que preceda, eſtonces dizẽ que no ſe extingue por el dolo con que ſe haze la extincion en daño, y fraude del acreedor, y de ſu derecho, de donde como en nueſtro caſo, el redimir el juro ſe hizo ex natura ipſa illius, y en virtud de la condicion que ay en el preuilegio, donde ſu Mageſtad reſerua en ſi eſte poder, ayan, o no ayan interuenido los herederos del dicho Elias Sirman la hipoteca ſe reſoluio.

Tam-

También se puede responder, y por ventura mejor, constituyendo diferencia entre resolverse el derecho que el deudor tenia a la cosa hipotecada, quedando ella viua, como en los exemplos de los derechos referidos se vè, o perecer, y extinguirse totalmente la misma cosa hipotecada; en el primer caso, quedando la cosa hipotecada viua, ay en que subsista la hipoteca; y asi para excluyrla es necessario buscar causa antecedente a ella que la resuelua. Empero en el segundo caso extinguida totalmẽte la cosa hipotecada, no ay en que pueda subsistir la hipoteca, y naturalmente se acaba ayasse extinguido por voluntad del deudor, por delito que aya cometido, o por otra qualquiera causa, de qua non est curandum dum modo res sit extincta; porque no es possible auer predicado sin sujeto, ni qualidad sin substancia; apuntó esta distincion Acurcio en la dicha ley sicut 8. ff. quibus modis pignus, gloss. 1. componiendola con la ley 1. §. cũ prædium, ff. de pignoribus, donde aunque el dominio del primer possee dor perecio vsu capto prædio, toda via la hipoteca dura; *Aliud est* (dize) *vsucapione perimi aliud naturaliter, vt hic*; y Iacobo Cujacio llegando a tratar desta extincion, que se haze por destruccion total del sujeto; dixo en la obseruacion 22. al fin, lib. 23. *Est & tertia species, quæ fit ex subiecto in non subiectum, vt si nauis dissoluatur, quæ omnium summa mutatio est, mors nempè interitus ve subiecti, vt cum ex homine puluis, ideoque hoc genus mutationis non tantum vsufructum, sed etiã pignus, & legatum extinguit.* Illigerus ad Donellum tom. 1. lib. 10. c. 18. in principio, es exemplo de quando esta extincion se haze cõ delito, la ley servum 27. ff. de pignoribus, dõde el amo despues de auer empeñado a su esclauo, lo mató, y con todo esso la hipoteca se extingue, y notó alli la glossilla marginal: *Substãtia rei hypothecatæ sublata perijt hypotheca, nisi dolo debitoris sit extincta, hoc enim casu re extincta debitor tenetur ad interesse creditoris.* Por manera, que aunque aya dolo la extincion hecha queda, y de quando se haze por voluntad, es buen texto la ley grege 13. §. cum pignori, ff. de pignoribus, y la ley si nomen, C. quæ res pignori obligari possunt; dõde empeñò Ticio vn nomen debitoris, o vna prenda que el tenia empeñada, despues hizo diligencia, y cobró, y dize el Consulto; *Quatenus vtraque pecunia debetur pignus secundo creditori tenetur, quod si dominus soluerit pecuniam pignus quoque perimitur*; porque como lo que aqui estaua empeñado era aquel derecho, y accion, que el primer acreedor tenia, y este se quitó con la paga, *solutione eius, quod debetur tollitur omnis obligatio;*

gatio, no huuo en que ſubſiſtieſſe la hipoteca ſegunda; y eſtẽdio eſto la ley item liberatur 6. no ſolo a la paga, ſino a otra qualquiera ſatisfacion, que el primero acreedor toma, tan lexos eſtà de no poder extinguir la hipoteca por acto meré voluntario ſuyo, de que ſe ſigue, que como por la redempcion del juro antiguo, pereciola ſubſtancia del, y ſe extinguiò totalmẽte, la hipoteca ſi alguna tenia perecio, y ſe acabó tambien, aunque mas preuilegiada fueſſe, laté Gaitus de credito, cap. 4. quæſitu 11. num. 1975.

Lo tercero ſe puede reſponder, que quando fuera cierta la doctrina de Baldo, y los que la ſiguẽ, deduzida de la ley bobem, §. pignus, ff. de ædilicio ædicto, y ſus cõcordantes, nempé per reſolutionem rei voluntate debitoris factam hypothecam nõ extingui, los terminos en que habla no ſe aplican al caſo preſente, antes por el contrario ceſſan en el las razones en que ſe fundã; y aſsi ha de ceſſar tambiẽ ſu reſolucion, porque hablan lo primero quando la coſa que ſe extingue eſtaua eſpecialmente hypothecada, como ſe podrà ver en todos los textos referidos. Empero en eſte caſo, ni aun general fue la hipoteca, porque al tiempo que Luys de Padilla impuſo el tributo, y mas de ſeis años deſpues no tuuo el dicho juro, ni lo comprò, y porque la impoſicion no ſe hizo ſobre todos ſus bienes, ſino ſolamente ſobre otro juro diferente de eſte como conſta de la eſcriptura, y ſolo en la condicion della en que ſe cautela el caſo que podia ſuceder de redimirſe, o extinguirſe la finca, dize, que ſi la tal ſucediere, bolverà el precio a que obliga ſus bienes auidos, y por auer: de manera que es vna hipoteca general condicional, quãdo mas quiera apretarſe, y ya ſe ſabe quanto mayor poteſtad concede el derecho para enagenar, extinguir, &c. las coſas hipotecadas generalmente, que las que eſpecialmente lo eſtan, tex. elegans in lege ab eo 3. C. de ſeruo pignori dato manumiſſo, ibi; *Ab eo qui bona ſua pignori obligauit, quæ habet, quæ què habiturus eſſet poſſe ſeruo libertatem dari certum eſt, non idem iuris eſt in his ſeruis, qui pignori iure ſpecialiter traditi, vel obligati ſunt:* mas lo aprieta la ley 2. que habla quando la obligacion general fue en fauor del fiſco; y la razon de eſto es como notò con la gloſſa Mantica, y Neguſancio, Gayto dicto cap. 4. quæſitu 5. à nu. 207. *Quia plus afficit rem obligatam ſpecialis hypotheca quam generalis, pluſque iuris cõſtituitur creditori per eam.*

Lo ſegundo van hablando en caſo que aquel miſmo que hipotecó queria extinguir, vt videre eſt dicta l. ſi res, ff. quibus modis, pign. ſolvi-

ſolvitur, ibi; *Et fortè emptor hanc rem pignori dediſſet.* dict.l. 4.§. ſed & Marcelus, ibi; *Si emptor eum fundum pignori dediſſet.* l. lex vectigali, ff. de pign. ibi; *Poſtea & fundus à poſſeſſore pignori datus eſt.* Y aſsi auia de ſu parte dolo, y fraude, queriẽdo por eſte camino quitarle al acreedor los bienes de donde auia de cobrar; en lo qual hazen gran fundamẽto eſtos Doctores, vt videre eſt, poſt Bartolum & Ordinarios per Boerium deciſ. 181.n.10.ibi; *Ne ſit in potentia nocere illi.* Surdus dict. deciſ.286.n.1. *Quia factum debitoris non debet ſuo creditori nocere, &c.*

Todo lo qual falta en el caſo deſte pleito, porque ni los menores fueron los que hipotecaron, ni es creyble que de tal hipoteca tuuieſſen noticia; y lo que hizieron fue comprar en pregon publico el dicho juro, que ſe mandò vender por juez competente, y en pleyto de acreedores para pagarles, qualidades, que no ſolo excluyen el dolo, empero ſuponen, y aũ prueuã buena fè, iuxta tradita per Menochiũ lib.3.de præſumptionibus, cap.130. præcipuè num.32. Y aſsi aunque para mas bien aſſegurarſe, y que en ningun tiempo les pudiera ſalir hipoteca, ni embaraço en la cobrança, huuieran procurado que ſe redimieſſe, y ſe les bolvieſſe a vender por venta nueua, les fue licito, y permitido; aſsi lo reſuelve Gayto de credito, cap. 4. quæſitu 12.num. 2181. ibi; *Infertur ex predictis, quod in regno hoc adinuentus eſt modus vtilis ad contrahendum, ſcilicet ſi quis vellit tute habere annuos introitus titulo emptionis, vel ſecurioris obligationis contrahit, cum ceſsione iuris luendi, vt puta ſi annui introitus reperiũtur empti per Titium à regia Curia cum pacto de retroudẽendo in forma, tunc Meuius intendens emere dictos annuos introitus à Titio pro eodem pratio, vt ſecurus illos poſsideat reſpectu creditorum, Titij procurat ceſsionem à regia Curia iuris luendi prædicti ex pacto ſpeciali habitò cum Titio ex qua praxi omnes hypotheca contracta ſuper illis annuis introitibus in beneficium creditorum Titij totaliter reſolvuntur, vt probat Regens de Ponte deciſ. 28. ſub num. 18. & Molfeſius in 2.tom. de conſuetudinibus Neapolitanijs, par. 4. quæſt. 26.n. 7. pag. 142. in fine.* E pueſto a la letra el lugar, para que ſe vea que lo que a el ſe reſponde, es coſa de muy poca ſubſtãcia, porque el modo que en el ſe refiere es mucho mas dificultoſo que la redempcion, q̃ en Eſpaña ſe vſa; porque ſi bien ſe aduierte lo que allà ſe haze, es lo meſmo q̃ apunta la ley grege, §. cũ pignori, ff. de pignoribus. Empeña ſu Mageſtad en Pedro vn cẽſo, y el lo hipoteca a acreedores que tiene, conforme al titulo ſi pignus pignori datus ſit; Iuan que quiere comprarſelo, pide a ſu Mageſtad le ceda el derecho para luir la prenda;

da; y cedido paga a Pedro la cantidad del empeño, y con esta paga, no solo lo libra de el, pero de las hipotecas que en su poder auia cõtraydo: de modo, que aqui el juro hipotecado viuo queda, y lo que se resuelve, y extingue es solamente el derecho que Pedro a el tenia; con lo qual entra la question, y duda, que apuntamos de la ley bobé, §. pignus, ff. de ædilicio ædicto, y de la ley si ex duobus, §. sed & Marcelus, ff. de in diem addictione, si haziendose esta extinciõ con volũtad de Pedro, que lo hipotecò, procurada, y concertada con el, como supone Gayto, ha de passar con las hipotecas, como passa en los derechos referidos. Empero en nuestro caso extinguesse, y muere el juro con la redempcion que del se haze, que es su muerte natural, y assi con el se extinguen qualesquiera hipotecas, que contraydo aya, porque no tienen sujeto en que puedan subsistir, sin que en esto pueda auer duda, como dexamos probado. Notó esta dificultad Vincencio de Franquis en la decision 64. al num. 5. donde auiendo tocado el punto; *Vtrum resoluta venditione ex pacto de retrouendendo hypothecæ medio tempore contractæ resoluantur?* Añade: *Ad quod aduerte pro retrouenditionibus, quæ per regium fiscum, & fidelissimam ciuitatem Neapolis fiunt partium consensu accedente, &c.*

Rursus la cesion de vsar del pacto de retrouendendo, o del derecho de luir la prenda, que el fisco de Napoles haze a el que quiere cõprar el censo, no parece puede escusarse de imaginaria, porque el precio todo del lo ha de auer el antiguo posseedor con quien se cõcierta, y haze la venta, como dize Gayto, sin que por la cesion que quædam actionis venditio est, se dè cosa alguna, con que parece entra la regla de la ley imaginaria venditio, ff. de contrahenda emptione. Empero acà todo es real, porque el juro efectiuamente se redime, sacando cedula de su Magestad para ello, rompiendose el preuilegio, y pagandose el precio, sin que obste dezir, que no se paga en moneda, sino en otro juro que se dà, porque esto no anula el contrato, ni lo haze que dexe de ser cierto; *Pracij causa non pecunia numerata, sed pro ea pecoribus in solutum consentienti datis contractus nõ constituitur irritus*, dixo la ley 9. C. de rescindenda venditione, y el principio vulgar, *solutionis verbo omnis liberatio continetur.*

Denique en el contrato, que en Napoles se haze, no solo el posseedor del juro q̃ lo tiene hipotecado, y lo vẽde, defraudãdo a sus acreedores; pero el que lo compra, tambien es participe del fraude, como lo denota el mismo hecho, y lo apuntan los dichos Doctores, pues con-

contratando con el particular que tenia el juro,y efectiuamente cõprandoselo va à sacar cession del fisco para luir por via de prenda: lo qual todo cessa en España,y en particular en este pleyto, porque aqui vendio el juez para pagar los acreedores; con que desta parte no huuo fraude, ni dolo, quien comprò fueron vnos menores, y su tutor,que tambien se escusan de el, de forma,que si en el Reyno de Napoles se practica este contrato, vt aliquis finis litium sit, vel ne rerum dominia in incerto sint; justamẽtẽ se vsa, y practica acà esto missmo por las mismas causas, y porq̃ si las vẽtas nueuas no extinguiessen las hipotecas, ni avria quien comprasse juro, ni otra cosa q̃ pleytos y costas.

ARTICVLO SEGVNDO.

PARA Este segundo articulo reseruamos el segundo fundamẽto,de que nos valimos, nempé que el juro sobre que se litiga, aunque fuera el antiguo,no estaua afecto con la hipoteca, que por la parte contraria se pretende: y la razon que para esto tenemos ,es auerse vendido en concurso de acreedores,para pagarlos por publica subhastacion,precediendo mandamiento, y autos del juez; con lo qual se librò de qualquiera hipotecas que tuuiesse, porque aũque es assi verdad, que pendiente el pleyto de concurso, es prohibida de tal suerte la enagenacion de los bienes,que si se haze es ninguna, y de ningun momento;esto se limita a las voluntarias solamẽte, no empero aquellas que se hazẽ por autoridad de juez,y por causa antigua,y necessaria,elegans tex.in l.alienationes 13.ff.familiæ erciscũdæ,ibi: *Alienationes enim post iuditium acceptum interdictæ sunt dumtaxat voluntariæ, non quæ vetustiorem causam, & originem iuris habent necessariam.* Donde dixo Gofredo en las notal,litera X. *Alienatio quæ aliàs prohibetur si ex necessitate fiat recipitur.* l. 1. C. communi dividundo, vbi communiter Doctores,y assi los compradores plenissimam securitatem consequuntur.l.si ob causam, C.de euictionibus,ibi; *Frustra ab ea quæ cõdemnata est,vel quæ in eius locum successit eorum refertur quæstio*.l.fin. C. si propter publicam pensitationẽ, &c. ibi: *Sub hasta distracta comparauerit perpetuam emptionis accipiat firmitatem*; mejor texto, y bien a proposito del hecho deste pleyto la ley si eo tempore,C.de remissione pignoris,ibi; *Si eo tempore quo prædium distrahebetur pro grammate admoniti creditores eum præsentes essent*

essent ius suum exequi non sunt, possunt videri pignoris obligationem remisisse; addendus Gaitus de credito, cap. 4. quæsito 12. nu. 2162. que es lo mismo que passó en la venta deste juro, huuo concurso de acreedores en el Consulado a los bienes de Luys de Padilla, donde tratò de venderse para redimir los tributos que sobre el estauan, q̃ importauã mas de lo que valia; citaronse todos los acreedores, como consta del testimonio, que està en estos autos: truxose en pregõ muchos dias, aprobose el remate por los juezes, y aora acabo de muchos años sale con su hipoteca el dicho don Iuan, auiendo quedado por la dicha venta extinguida, asi el señor Gregorio Lopez en la ley 14. tit. 13. part. 5. glos. ibi: *Intellige nisi mota lite vẽdat, vt satisfiat creditoribus, & re vera pretium soluatur, quia tunc liberaretur pignus.* Sequitur Felicianus 2. tom. de censibus lib. 3. cap. 2. nu. 14. versi. tertio, ibi: *Quia quando venditor vẽdit, vel dat in solutum creditori pignus, vel hypothecam, non aufert secundo creditori, vel alij tertio ius pignoris, vel hypothecæ, sed quando adiudicatio fit à iudice rite, & rectè non remanet ius alijs creditoribus, &c.* Es en nuestros mismos terminos la decision 70. de Don Francisco Geronimo de Leon, tom. 1. que habla quando el que sale es cessionario, y primero acreedor, vt videre est num. 2. ibi; *Et videbatur prima facie dicendum dictam vniuersitatem esse preferendam tanquam creditum hypothecarium anterius habentem.* Y trae muchos exemplos en que se proueyó, asi por el Senado de Valencia, vidẽdus Tellus Fernandez in l. 32. Tauri, num. 9. Zauallos qui ita iudicatum testatur, en el Consejo Real de Castilla, communium contra communes, quæstione 820. à num. 54. Gaitus de credito, cap. 4. quæsito 12. nu. 2176. qui alegat Cessarem Manẽtem in decis. Mantuana 36. nu. 22.

Sin que obste dezir, que esto tuuiera lugar quando huuieran citado a la Yglesia de Malaga para la venta deste juro, que es el caso en que van hablando estos Doctores. Porque a esto se responde, que està probado bastantemente auerse citado para esta vẽta, porque ay el testimonio, que el mismo don Iuan presentò, donde entra diziendo como se hizo concurso de acreedores a los bienes de Luys de Padilla ante el Prior, y Consules desta Ciudad, y como alli se trató de que este juro se vendiesse para pagar los tributos que estauan sobre el. Dize mas como deste pedimiento se mandó dar traslado a los acreedores, y que se dio a todos, de los quales algunos salieron contradiziendo, y otros lo consintieron, con que ca yó auto,y decreto,en que ſe mandó vender,y vendio; y ya e ſabe, que aunque regularmente hablãdo ſolemnidad extrinſeca, como es la citacion,&c. no ſe preſume,eſto ſe limita quando eſt enunciata, y ay decreto de juez,y mas ſi el tercero eſtà en poſſeſsiõ,q̃ eſtõces el que pide ha de probar que no paſſò aſsi,ni fue çitado,como fundamẽto de ſu intencion; aliàs la preſuncion eſtà cõtra el,y por la venta,y decreto;aſsi lo reſuelven con muchos que alega Menochio de præſumptionibus,lib.2.præſumptione 68.à num.12.& præſumptione 75.num.12. donde latamente, & cum multorum allegatione id pertractat,ſequitur multos referens Surdus deciſ. Mantuana 231.à num.20.Maſcardus de probationibus,concl.488.nu.1.Beccius conſ.52.num.1.y los que eſtos citan.

ARTICVLO TERCERO.

EN Eſte articulo emos de ſatisfazer a los derechos,en q̃ Don Iuan Torres funda ſu pretenſion,y aſsi miſmo a lo que reſpõde a algunos de los fundamentos, que por nueſtra parte ſe àn alegado,con que no poco ſe confirmaran:y digo a algunos,porq̃ aun que en los autos ſe hizieron (como es coſtumbre) muchas alegaciones, a que ſatisfaze en ſu primer papel, como en eſte ſolo nos emos valido de dos,q̃ han compueſto los dos articulos antecedẽtes,ocurriremos ſolamente a aquello que ſe les opuſiere de cõtrario. Y començando por el tercero caſo,§.3.que eſtà en el fol.10.que es deſde donde comiença a tocar el punto deſte pleyto,porq̃ todo lo demas no ſé para que ſea. Lo primero con que funda ſer eſte juro el antiguo , y que por tal ſe ha de tener, y no por juro nueuo, es la doctrina de la gloſſa in Clementina finali de reſcriptis, verbo creatum, vbi diſtringuit beneficium antiquũ ſupreſſum tamen,& poſtea renouatum de aquel,quod nouiter creatum fuit : y de aqui quiere inferir,que eſtos juros por vẽta nueua ſon los antiguos miſmos renouados,no empero impueſtos de nueuo.

Verum enim vero, a eſto ſe reſponde con facilidad, negando la paridad que ſe ſupone del beneficio renouado, de q̃ habla la gloſſa al juro deſpachado por venta nueua(de que tratamos)porque la gloſſa no va hablando del beneficio que ſe extinguió, y ſe renouó luego,ſino del que ſolamente ſe ſuprimió,vt videre eſt,ibi;*Sed quid dices de beneficio olim creato,ſed tempore datæ ſupreſſo,nunc autem re-*

noua-

nouato, &c. y suprimirse no es extinguirse, sino suspéderse, o deteriorarse, y assi la misma glossa en la palabra, *statuimus,* los pone como diuersos, ibi; *Et non in fraudem spectantis supreßum esset, vel extinctum,* porque ya se sabe que la palabra *vel,* de su naturaleza ponitur inter diuersa, vt notatur in rubrica *de acquirenda, vel omittenda hæreditate,* y lo enseñaron muchos, que cita Cenedo singulari 29. nu. 8. y assi dixo Ciceró 5. tuscula cap. 9. *Hæc sunt igitur officia consolantiũ tollere ægritudinem funditus, aut suprimere, & non pati manare longius.* Y Plinio en el libro 25. cap. 1. *At nos elaborata ab his abscondere, atq́ suprimere cupimus, &c.* Aliud quidem est en el juro, el qual por la redencion totalmente se extingue, como lo dixo la Extrauagante de Martino V. ibi; *Quandocumque vellent libere extinguere, & redimere,* y queda libre totalmente quien lo pagaua, como prosigue la dicha Extrauagante, ibi; *Ac se ab ipsius census solutione ex tunc penitus liberare:* y assi la que se haze despues es nueua venta, y nueua obligacion, y es nueuo juro tambien el que se vende, dict. l. qui res, §. aream, ibi; *Sicut & ille alius homo est,* y hablaua de vn hombre, q̃ de esclauo se auia libertado, y luego buelto a esclauitud.

No obsta tampoco el segundo fundamento de la emphiteusis renouada, quæ non dicitur noua, sed antiqua: porque a esto se responde, que el dezirse antigua es abusiba, e impropriamẽte, attamẽ veré, & realiter noua est, & distincta à priori, assi se prueua ex his, quæ tradit Valascus de iure emphiteutico, q. 11. num. 15. ibi; *Septimus casus si emphiteusi finita, rursus dominus faciat renouationem eiusdem simpliciter valebit, licet certa pensio non exprimatur, intelligitur enim facta eodem prætio, & qualitatibus, & omnia in ea repetita, quæ in præcedenti emphiteusi l. itẽ quæritur, §. qui impleto, ff. locati, &c.* Por manera, que no es toda vna, lo mismo enseñó Corbulo de iure emphiteutico, cap. 11. de causa priuationis ob tempus finitum, nu. 12. donde trató la question, ibi; *Ampliatur secundo etiam si emphiteusis sit concessa ad certum tempus, cum pacto ad renouandum de 29. annis in 29. annos in perpetuum.* Y en estos terminos dize luego; *Oportet vt præcedat renouatio, & sic nouus contractus* Et rursus, *Vndè non impedit quin singulis nouẽ annis, noua locatio, & noua emphiteusis incipiat;* y alega muchos Doctores, es buena comprobacion desto aquella question, que despues de muchos toca Valasco de iure emphiteutico, quæst. 42. num. 3. ibi; *Illa vtilior quæstio est, an si dominus remitat vassallo caducitatem feudi, maneat feudum vti erat antiquum, an* *an incipiat tanquam nouum.* Y la resolucion comun es, *Si fiat remissio ante sententiam in casu, quo sententia priuationis exigeretur remanere antiquum, sicut si caducitas sit incursa ipso iure, vel iam sit lata sententia, quia tunc erit feudum novum.* Vidẽdus Parladorus, lib. 2. quotidianarum, cap. 16. num. 2. y Valasco que se quiso apartar della, se remitiò a la voluntad del señor; *Qui si eam culpam, & crimen remitat, quasi non fuerit commissum, tunc manebit feudum antiquum, vt antea erat alioquin si pœnam priuationis remitat feudum erit novum, quia verè, & in effectu de nouo conceditur, & hac quæ de feudo dixi in emphiteusi repetita habeas.* Vea aora la parte contraria sobre quan flaco fundamento estriua.

No tiene mas fuerça el tercero fundamento, antes facilissimamente se retuerce contra la parte contraria, porque es assi verdad, que el que vsa del pacto de redimendo, vel retrouendendo, no adquiere de nueuo cosa alguna, sino libra su renta, o su casa del empeño, o venta que della auia hecho, de donde procede, que si aquel q̃ le tenia comprado, le auia hipotecado a sus acreedores, las hipotecas se extinguen, y passa libre a su antiguo dueño, dict. l. si res 3. ff. quibus modis pignus, vel hipotheca solvitur, dict. l. vbi autem 4. §. idem, & Marcelus, ff. de in diem addictione. Y procede tambiẽ que si la bolviesse a vẽder, passaria libre de aquellas hipotecas antiguas al comprador. Aplique pues esto la parte contraria a este pleyto, y hallarà que quien vsò del pacto de redimendo fue su Magestad, y no adquirió con el cosa alguna de nueuo, sino librò sus rentas, que tenia obligadas debaxo de aquel pacto. Supongamos que no fue vn juro, que por la redencion parecio, sino vna casa, en la qual solo perece el titulo por donde se posseya en empeño, o en venta. Y supongamos tambien, q̃ esta casa la bolvio luego a vender, o a empeñar a la misma persona, quo iure, se dirà que este segundo empeño lleua las hipotecas antiguas; siendo assi, que como se ha dicho, vsando del pacto de retrouendendo perecieron; ergo multo magis, siẽdo juro el q̃ se redimió, y el q̃ por la redenciõ perecio, y con el las hipotecas, si se buelve de nueuo a imponer yra libre dellas.

El quarto fundamento no se como pueda aplicarse al caso de este pleyto, y si se aplica como pueda dexar de concluyr, lo cõtrario de lo que la parte contraria quiere inferir, porque los dos brocardicos que se sacan de la ley Pomponius la 2. ff. de negotijs gestis, y de sus concordantes, como enseña Bartolo, Paulo de Castro,

y los

y los demas ordinarios son, *in contractibus initium spectandum esse, ac causam*; lo qual entienden todos, scilicet ad sciendum quid præstare debeat dominus negotiorum gestorum; el otro es, *quod vna gestio, vel plures dicuntur secundum diuersitatem animi gerentis*. Esto quan por los cabellos venga al caso, de que se trata, nemo est, qui non videat; y mas si se aduierte, que en los preuilegios la obligacion que ay de su Magestad, es de que de las dos ventas nueuas primeras no se lleuen derechos, no de venderselo por venta nueua a nadie, y como he dicho, del segundo brocardico nos pudieramos aprouechar, porque si como en el se dize, el animo del negotiorum gestor basta para distinguir las negociaciones, y para hazerlas vna o muchas; ergo in præsenti bastara el animo tambien, para que estos sean dos juros distintos, y no vno, como la parte contraria quiere.

El quinto fundamento es mucho peor, porque Parladoro lib. 2. cap. 16. (en cuya doctrina estriua quanto en el se dize) està tan lexos de poderse alegar contra nosotros, que antes nos valimos del; porque en el primer caso, nempé quando cayò en cōmisso la emphiteusis, y se renouò luego enseña, que si el señor tomò della possession, aunque la bolviesse a dar despues, *est vtriusque coniugis cōmunis tanquam res noua, & constante matrimonio adquisita*. Y en realidad de verdad este es nuestro caso, porque el juro bolvio a su Magestad, y efectiuamente lo redimió. Y en el segundo caso quando se renouó la emphiteusis acabada, y extincta ya, por auerse cumplido el tiempo, porque se concedio, aunque lleua que no se comunica entre marido, y muger: la razon que dà es, porque se adquiere gratia, & contemplatione del vno dellos, no porque no sea nueua, antes manifiestamente dize que lo es, vt videre est, ibi; *Quia leges regiæ quæ communicari inter coniuges iubent bona constante matrimonio quæsita, non pertinent ad bona, quæ alter vtrius tantum coniugis gratia, seu contemplatione acquisita sunt*. Por manera que reconoce adquisicion nueua, quo igitur fronte, se puede dezir, q̃ quando la emphiteusis se acaba propter commissum, se assimila a quando el juro verè, & realiter se redime, y quando se extingue propter finitam generationem, se parece a quando se passa por venta nueua, siendo assi, que el mejor, y mas natural modo de acabarse, y en que mas totalmente se extingue es quādo se acabó el tiēpo, porque se concedio, alego a Aurelio Corbulo de iure emphiteutico, cap. 11. per

totum

totum; donde trata este punto doctamente.

El sexto fundamẽto se pudiera alegar por nuestra parte, tã lexos està de hazernos oposicion, porque con ser assi, q̃ en la translacion de la pension, solo se pretende que la que yo gozo. V. g. la goze el trãslatario, & perinde mudar solo la persona, como lo dixo la decission 122. de Farinacio, num. 9. ibi; *Mutatio personæ.* De suerte, q̃ la extincion no ay para que sea, con todo esso, porque se haze per modum extinctionis, toda via es nueua pension la que se transfiere, como lo prueuan latamente los Doctores, que en la dicha decission se alegan, dicto num. 3. y perece la antigua con todas sus qualidades, como son la via executiua, la possession, &c. como lo resuelve Graciano en las dos disceptaciones, que por la parte contraria se alegan, que son la 113. num. 77. ibi: *Ideo non debet iubare quasi possessio pensionis extinctæ, cum per translationem dicatur pensio noua, quoad effectum tamen viæ executiuæ quasi possessionis, & similium, &c.* Y la 132. num. 34. quibus addo la disceptacion 397. nu. 9. y mejor que todas la 454. nu. 14. donde para que passen al trãslatario las obligaciones, y acciones, que al transferente competiã, *Facta fuit translatio per Papam etiam cum concensu illius in personã Pedres cum omnibus obligationibus, & decretis, &c.* Tan cierto es ser nueua la pension, lo qual denota tambien llamar en todas estas decissiones, y disceptaciones a la translacion delegacion; en la qual conforme los principios vulgares, que dexamos alegados, perece la primera obligacion, y con ella las hipotecas, las fianças, &c. y se cria otra nueua, & distinta, sin que obste dezirse en los lugares referidos, que quoad substantiam, es la misma pension, porque esto se dize a fin de prouar, que para transferir no son necessarias tantas solemnidades, como para constituyr de nueuo, por no ser este nueuo grauamẽ, ni imponerse a la prebẽda carga, que no tuuiesse, que es cosa muy diferente, *verbum enim idem nõ semper singnificat identitatem numericam, seu specificam, sed aliquando etiam genericã, prout multis probat.* Cenedo singulari 97. num. 3. Por manera, que dezimos bien este es el mismo grauamen, aunque el tributo, o la pension no sea el mismo numero, o como dezimos en nuestra Iurisprudencia in specie, siendo de la misma cantidad, y con las mismas calidades, de donde dixo bien Phelipe Decio, aunq̃ en el mutuo no ay obligacion de bolver la misma especie que se presta, sino en su genero, como trigo por trigo, vino por vino, *lege mutuum*

damus

damus accepturi non eandem speciẽ, sed aliam, ff. de rebus creditis, si vno pidiesse que se le bolviesse lo mismo que presto se sustentaria el libelo, porque lo q̃ es del mismo genero, y de las mismas calidades se dize bien lo mismo.

El septimo fundamento tampoco obsta, porque aũque es assi, que en la ley legum 16. C. locati, y en la ley item quæritur 13. §. qui impleto, ff. eodem, se dize, que si vno auiendo cumplido el arrendamiento, se quedare en la casa que se le arrendò algun tiempo, videtur eam reconduxisse, y no solo esto, sino que duraran todo el tiempo de la reconduccion tambien las prendas, e hipotecas, que en seguridad de el arrendamiento se dieron, no se puede inferir, q̃ conduccion, y reconduccion sean solamente vn contrato, y vnas mismas prendas, e hipotecas: porque es cierto lo contrario, nempè ser dos contratos distintos, y dos distintas hipotecas. Tambiẽ en comprobacion desto traygo la question, que muchos Doctores tratan, scilicet si esta cosa empeñada, o hipotecada al arrendamiento, durante el se empeñasse, o hipotecasse a otro, y despues se siguiesse la reconduccion, quien se ha de preferir en ella el dueño de la casa, por lo que de su reconduccion se le deuia, o el acreedor, que medio tempore la recibio en prendas? y lo cierto es, q̃ el acreedor, como despues que muchos que cita lo prouò latamente Gayto de credito, cap. 4. quæsitu 11. à nu. 2149. y dando la razon de ello en el nu. 2154. dize; *Fatendum erit in repetitione nouum requiri concẽsum locatoris, scilicet, & conductoris, cũ in reconductione nouus requiratur concensus, vt facta locatio censeatur, si enim requiritur nouus concẽsus merito creditor, qui ante præstationem huius noui concensus cum conductore contraxerit, præfertur locatori in mercede sibi debita ex tacita reconductione, cum per superuenientẽ obligationẽ eidem creditori nullatenus præiudicatum fuit, idcirco benè concluditur verbum durare positũ, in §. qui impleto interpretandũ fore scilicet renouare, & hæc est veritas.* Esta misma distinciõ de contratos enseña Molina de iustitia, & iure, tom. 2. tractatu 2. disput. 468. nu. 11. ibi: *In euentibus in quibus dictum est censeri factam tacitam prorrogationem contractus locationis, intelligendum est censeri factam pro eadem annua, mẽstrua, aut alia simili pensione, quæ in primo contractu fuerat constituta, eodemque modo soluenda, & cum eisdem pignoribus hypothesis pœnis; atque alijs constitutis in primo contractu.* Y el vno, y el otro alegan por si muchos Doctores, esto ademas de que los textos, y Doctores van hablãdo en caso so que vno se quedò continuando el arrendamiento, y en la misma cosa arrendada con animo de reconduzirla; lo qual no se aplica al nuestro, donde ni se quedaron los menores con el mismo juro, ni tal fue su intencion, sino lo contrario, y que este se extinguiesse, y acabàsse, y que se les criasse, o vendiesse otro de nueuo. Por manera, que los terminos son contrarios, y assi lo avrà de ser la disposicion del derecho; dexo la segunda interpretació que dà Gayto a estos textos, nempé que la continuacion, e identidad, que en ellos se refiere, es entre los cótrayentes, no respeto de los terceros con quié no se contrae; por manera que procederà el arguméto entre su Magestad, y los menores, no empero para con el dicho don Iuan, y ni la persona a quien representa.

Restanos el octauo y vltimo fundamento, en el qual la parte contraria se finge lo que ha menester, sin que nos aya passado por pensamiento dezir, ni confessar tal cosa; y lo que mas es, sin q̃ conforme a buenos principios de derecho lo podamos dezir, ni cófessar; y assi para encajar lo vulgar, de que subrrogatum sapit naturam subrrogati cum eisdem qualitatibus, &c. entra diziendo, que *quando sin perjuyzio de la verdad, no se diera en estos juros verdadera identidad, sino diuersidad, cō substitucion, y subrrogacion, &c. la hipoteca se sustentaua*: y a la verdad no fuera mucho esto segundo, si pudiera aplicarse lo primero: pero como se quiera aqui fundar substitució, o subrrogaccion, prorsus ignoramus? suponiendose, que no porque se venda vna casa, y cópre vna heredad, ni porq̃ se trueque vna cosa por otra, se dà luego subrrogació, præcipué in particularibus, aliàs enim todo quanto tenemos, y adquirimos fuera subrrogado, porq̃ la subrrogacion ha menester voluntad de subrrogar, de suerte que el que adquiere, o compra lo haga eo animo, vt res empta loco alterius subrogetur; y esta voluntod, o ha de ser expressa que lo diga, y declare assi, o tacita presumida por la cercania de los actos, o por otras razones voy siguiendo a Gayto de credito, cap. 4. quæsito 11. donde desde el num. 1375. hasta el de 1450. trató latissima, y doctissimamente esta materia de las subrrogaciones, alegando a todos los que la han tratado, de que procede, que si por el contrario huuiere conjecturas de que no se quiso subrrogar, no se entenderà fecha subrrogacion, vt ipse ad notauit nu. 1440. y las dos pruebas desto mas fuertes son, quando la subrrogacion le fuera dañosa a el que adquiriò, o comprò, idem 1421. y quando el que adquiere

es

es posseedor de buena fee, porque estonces entiendesse que quiso hazer su negocio, y no el ageno, esto aun in vniuersalibus; no solo in particularibus, como es el caso en que estamos, vt ostendit nu. 1446. Segun pues esto, q̃ es constante y iuridico, voluntad expressa de subrrogar no huuo aqui, antes la contraria de extinguir el juro antiguo, y que este fuesse vn nueuo juro independiente de aquel, y este solo fue el fin que se pretendio, rursus los menores eran possee dores de buena fee, que auian comprado judicialmẽte, y en remate publico, y la subrrogacion les era de gran daño, pues con la venta nueua no consiguieran cosa alguna, y quedaran obligados a las hipotecas, que el juro antiguo tenia; ergo de primo ad vltimum, por vna, y muchas razones no pudo auer aqui subrogacion, ni se pueden aplicar las doctrinas que en esto se fundan, y en particular aquella de q̃ res empta ex pecunia maioratus efficitur maioratus; porq̃ el mayorazgo es de vniuersalibus, cõtinet enim in se vniuersitatem bonorum; y asi corren en el diferentes principios que en los particulares. Rursus aqui no era el precio del juro el hipotecado a la parte contraria, sino el juro: y asi tampoco en esto ay paridad, aliud enim est quærere, an res empta ex pecunia alicuius sit ipsius, vel quærere, an res empta ex pecunia redacta ex re alicuius illius sit, videndus Gaitus loco supra relato, donde muy por menor responde a estas doctrinas, y las entiende resoluiendo el punto en nuestro fauor.

CON Que parece que la justicia de la dicha Doña Francisca Clut se funda bien, y la sentencia de vista fue justissima, y se ha de confirmar. Saluo, &c.

Licenc. Antonio Perez.