



POR PARTE

DE DON JUAN DE ROBLES Y

Velaustegui, en la Causa que contra él sigue el Marqués de Santiago, se proponen los fundamentos de Justicia, que le asisten para que se le absuelva de la Execucion.

HECHO.

LA NOTABLE DISPERCION DE HECHOS, QUE se advierte en el processo haze difícil, que puedan comprenderse al oído en el brebe curso de una Relacion: y mas quando todo se reduce à calculos que no se manejan fielmente por la memoria, sino sobre la tabla, y con la pluma. Por esso ha parecido conveniente reducirlos à este Informe.

2. Por el año de setecientos quarenta y dos, en veinte dias del mes de Septiembre, Don Fernando de Torres, oy Marqués de Santiago, hizo Escripura de arrendamiento, à D. Juan de Robles del Obraje nombrado Michivilca,

el

el mismo que avia recebido el dia antecedente por Escritura de arrendamiento, que le otorgò el Marquès de Santiago difunto: y aunque lo huvo en precio de 11500. ps. lo subloco en Don Juan de Robles en 11800. ps. en esta forma: los 11500. que se havian de entregar annualmente, y los 300. que havian de quedar en poder del Inquilino con obligacion de reparar sus ruynas, de modo que cumplidos los ocho años del arrendamiento, todo lo que mas importassen las mejoras se havia de satisfacer por el Locador al tiempo de la entrega, ò descontarse del ultimo año del arrendamiento.

3. Como estas Haziendas no se manejan con Esclavos, sino con operarios libres, que son los Indios que allí se congregan, y se mantienen adscriptos al lugar por el reato de algun debito, à compaña à estos arrendamientos un traspaso de ditos de Indios, que recibe por memoria el Inquilino, quien desquita lo que puede, y renueva las mismas dependencias con otros abios que necessita aquella gente en el curso de los años: no siendo posible suspender las contribuciones para cobrarse por entero, porque entonzes se ausentaria el Indio fugitivo, y se aumentaria, sobre la perdida de la dependencia, la del mismo Indio, que ès la principal. Por cuya razon tenemos entendido, que en esta Republica de Estancias, y Obrajes los empeños de la gente, no son caudal de cobranza, sino de aligar los Indios para tenerlos en la labor, como si les compraran la libertad de ausentarse, para que de necesidad permanescan.

4. Los Indios de este Obraje fueron 60. en los tiempos anteriores, (segun se expresa en la misma Escritura) entre quienes se debia la cantidad de 141315. ps. 3. r. pero por ausencia de algunos quedaron reducidos à mucho menor numero, dandose en el mismo instrumento poder, para que los reduxesse à todo costo con obligacion de passarle lo que asi importare, y para que pudiesse traer nuevos Indios

empeñándolos, con cargo de pasarle en la entrega el monto de este empeño: sobre que son expresas la 3. 4. y 10. condicion.

5. Por estos 14315 ps. 3. rs. se obligò D. Juan en la misma Escritura à pagar en cada uno de los 8. años 700. ps. en Ropa de la tierra à precio de 4. rs. vara: sobre que procede la tercera condicion.

6. Baxo de estas Clausulas entrò Don Juan en el Arrendamiento, y en la mejora, haciendo Edificio, y Obraje lo que solo era Suelo, y lugar de un Obraje, segun se reconoce al corejo de la memoria de entrega hecha à Don Juan con la Tassacion que se hizo de este Obraje para su remate, y se hallan à fox. y fox.

7. Corridos los dos primeros años que cumplieron en 20. de Septiembre de 44. pagò D. Juan de Robles 24400. ps. en moneda al Marquès de Santiago difunto, quien le diò Carta de pago por cuenta del arrendamiento en 16. de Marzo de 745. presentada à fox. 324. Pero como la Obligacion de Don Juan era pagar 17500. ps. en moneda, fuera de los 300. rezagados à disquento de mejoras, y en los dos años debiera entregar 37. ps. pagados al Marquès 24400. quedò en resto de 600. ps. hasta Septiembre de 44: y llegando el mismo de 45. se aumentaron otros 17500. ps. cumplidos à esta fecha, que con los 600. ps. del resto antecedente montaron à la Cantidad de 24100. ps. en razon de arrendamiento pecuniario.

8. Para satisfacer esta Cantidad (que sin duda no pudo pagar D. Juan por el considerable desembolso en la prompta redificacion del Obraje) se reduxo el negocio à otra especie de contrato, obligandose Don Juan de Robles à entregarle 24423. ps. en marcos de plata à razon de 6. ps. 2. rs. marco, cuya cantidad se compone de los 24100. ps. debidos hasta la fecha de la Escritura, que se otorgò en 13. de Octubre de 745. como parece de la Carta de pago de fox. 323.

y

y de vna memoria de ropa con importe de 333. pesos, que ambas componen el total de la Escripura.

9. Cumplido el plazo executò el Marquès actual à Don Juan por esta cantidad, y el Apoderado Don Thomàs Bustillos, no encontrando marcos, exigió en moneda los 2423. pesos de la Escripura, 388. pesos por el aumento de los marcos, y 100. pesos por razon de costas, segun todo parece à fox. 69.

10. Escusandose Don Juan de hacer nuevas pagas, por el alcance de la Reedificacion, à que no podian alcanzar los 300. pesos, sobrevinieron muchas diferencias y extorciones, llenandole el Marquès à cada passo la Cassa de soldados, y considerando este arrendamiento como vna gran perturbacion para preparar su entrega hubo de presentarse en este Superior Gobierno pidiendo se nombrase Jues para las tassaciones, y cometida la diligencia à D. Antonio Palao de Espejo, mandò este se le hiziesse saber al Marquès compareciesse entro de tercero dia nombrando Tassador, y por su rebeldia, se nombrò de oficio à Don Luis de Herrera, quien con Don Ignacio de Rosas nombrado por Don Juan pasaron à hazer el aprecio en 6144. pesos, segun parece de las diligencias que corren en testimonio desde fox. 345. hasta fox. 344.

11. Esta tassacion se remitió por el Jues nombrado al Superior Gobierno con informe de toda su actuacion en que dà quenta de haver elegido en rebeldia del Marquès y de oficio à Don Luis de Herrera, persona de la mejor inteligencia y feè: en cuya vista por Decreto de 10. de Enero de 747 inserto en Autos à fox. 359. mandò su Exa. se le hiziesen pagar à Don Juan estas mexoras.

12. Con esta resulta se presentò el Marquès en el Superior Gobierno diciendo, que la tassacion se havia hecho sin citacion suya, por lo que la redarguia de nulidad para que se repitiesse auetnuandose con su intervencion, à que se proveyò el

el Decreto que corre à fox. 30. mandando se hiziesse la Tassacion de nuevo, en caso de haverse actuado sin citacion del Marquès; cuyo thenor condicional provino de que en esta Ciudad no se hallaban las diligencias por donde se havia de purificar originalmente la citacion ò su carencia, haviendose debuelto à la Provincia el despacho para su execucion.

13. Con este Decreto condicional se presentò el Marquès à nuevas Tassaciones, y lo mandò el Juez sobre vn simple pedimento, en que nombrando Tassador concluye que Don Juan nombre por su parte, y se decretò en esta forma sin que las Tassaciones solemnemente actuadas hiziesen razon de dudar para que se substanciase con Don Juan en vn traslado que purificasse la condicion del Decreto, y legitimar lo nuevo de la tassacion, quando este no es de aquellos actos que se repiten por la voluntad, nuda de alguna de las partes. A fox. 137. se halla vn Escrito à nombre de Don Juan en que dice, que sin embargo de estar hechas las Tassaciones conviene en nombrar à Don Fernando Bustinza para las nuevas que pedia el Marquès motivando este allanamiento con el concurso de muchas y graves personas que lo havian inducido à este proposito: pero en la fox. 138. siguiente se ençuentra vn dilatado Escrito producido sobre el otro en contradiccion de las Tassaciones interponiendo apelacion de lo contrario, para que no se passase *ad ulteriora*, y esto lo motiva con graves causas que alli expresa, y con otras mayores que no escribe, refiriendese à lo que le constaba al mismo Juez, protestando que baxaba à esta Ciudad à deducirlos en forma, donde pediria que el mismo Juez certificase sobre estos hechos reservados, mayormente quando estaba llamado por la Real Sala del Crimen, con vn Decreto de *Comparendo* para donde havia de salir en el dia proximo, y estar mandado por otro Decreto del Superior Gobierno que allí presenta, que las Tassaciones en ningun

B

caso

caso se hagan ausente Don Juan de la Provincia. Pero con todo Don Juan se vino à esta Ciudad, y alli se hizieron dichas Tassaciones à presençia y disposicion del Marquès en 3072. pesos, y vn real y medio.

14. Para entender quales fueron los motivos reservados, qual la opresion conque Don Juan firmò el Escrito nombrando Tassador por induccion de otras personas, y qual la causa que hizo necessaria la salida de Don Juan para comparecer en esta Real Sala, debe suponerse, que el Marquès quando passaba à la Provincia se llevaba primeramente à su persona, despues vna Esquadra de Soldados, y mas despues vn Receptor que solia ser Domingo Merellano, en quien se tenia vn Oficial de Informaciones, y de Certificaciones. En cada vno de estos conducia vna afliccion para Don Juan, lo que diò motivo à que ocurriessè à este Superior Gobierno donde por el Decreto que corre à fox. 361. se mandò retirar todos los Soldados.

15. Asì como se intentò este recurso judicial, vno de los Familiares de Don Juan para desprender estos Soldados de su Casa intentò otro remedio mas eficaz por lo prompto en vn petardo. Produce aquel terreno vna yerva nombrada Guachangana, que propinada en la bebida causa vnos symptomas tan exorbitantes en el aparato, como faciles al remedio, que es vn Vaso de agua fria ministrado alli donde se quiere cortar el engaño. Executose el petardo con la yerva hasta hazerles entender que se morian, y luego se hizo el milagro de sanarlos con el agua. Mas bueltos à esta Ciudad intentaron vengarse de la burla con toda seriedad en querrela de Veneno propinado, solicitando mandamiento de prision contra Don Juan, por el que se librò el mandato de *Comparendo*.

16. Este mandato puesto en manos del Marquès le sirviò de otra Esquadra de Soldados; porque jaçtando que llevaba vn mandamiento de prision contra Don Juan por los

los que le havia envenenado, y que la Criminalidad se havia de seguir por todos terminos mientras no se disponian las cosas de modo, que quedassen à la mitad las tassaciones, puso à D. Juan en consternacion, trayendo à la memoria quanto perjuicio le havia de redundar de vna prission en Lima, de los daños que ocasionaria en sus bienes su ausencia, y de las vexaciones que siempre siguen al hombre processado: sin que en esto le consolase su inocencia, porque para el perjuicio de la causa tanto importaba el Crimen verdadero, como vna burla que se toma por puerilidad en los Colegios.

17. Las persuaciones de personas respetuosas que mediaron para la nominacion de Tassador fueron à quellas que le hablaron en el asunto con el respeto de esta causa, y no hubo otro consejo que el miedo con que el Marquès le hacia otro petardo del petardo; pero instruido de que el mandamiento no era de prission, sino de *Comparendo*, y que era mucha vileza de animo dexarse quitar 3000 pesos por vna quimera de Veneno sobre vn mate de Guachangana donde la curacion de la agua fria, havia de declarar la calidad del accidente, contradixo la nueva tassacion disponiendose à baxar à esta Ciudad, y protestando que en Superior Tribunal havia de pedir que el mismo Juez certificase lo que sabia sobre todas estas maquinaciones, y ultimamente la apelacion para inhibirle la jurisdiccion sin la qual se hizieron las segundas tassaciones, quando D. Juan estaba de camino para esta Ciudad, donde habida razon del hecho, la Real Sala le licenciò à su retorno, bien entendido que el sugeto de la querella mas era digno de risa, que de juicio, y de diversion, mas que de pena.

18. Por este mismo tiempo se presentò el Marquès à execucion contra el Obraje como Acreèdor de la finca en el Tribunal de Provincia donde por ante Marcos de Vzeda se librò mandamiento de execucion que se insertò en Carta requisitoria, con el que Don Martin Ximenes Lobaron

con en virtud de poder del Marquès se presentò ante el Theniente General de la Provincia, de cuyo orden se actuò el embargo, y haviendose de constituir en deposito el Obrage, no se dexò en poder del Inquilino Don Juan, sinò en Don Pedro de Robles à quien se le obligò à otorgar el deposito sin embargo de su escusa; y porque este repugnaba entrar en administracion con cargo de quenta se convino con el Apoderado del Marquès, y con intervencion del Juez à pagar por los frutos del deposito 1500. pesos con que salia de la obligacion de quantas. Este embargo y Decreto fuè actuado en 18. de Octubre de 749. y se halla en testimonio à fox. 304. y fox. 313.

19. Aviendo cessado por este medio Don Juan en su arrendamiento, y conferida la finca à otro tercero, siguiò el Marquès su execucion contra el Obrage hasta rematarlo baxo de aquel deposito consentido por el Marquès en todo el progreso de la causa: y haviendosele vendido como superior postor obtuvo despacho del Señor Juez de Provincia para que se le entregase, el que dirigió à manos del mismo Apoderado Don Martin de Lobaton, quien se presentò en su virtud ante el mismo Theniente General pidiendo que el Depositario le entregasse lo que havia recibido en su Custodia: y decretada la entrega conforme al pedimento, la hizo Don Pedro del Obrage, de sus aperos, y de las dependencias de Indios en cantidad de 138961. pes. vn real y medio, los mismos que se hallaron en el embargo del Obrage, y se colocaron en el deposito como dependencias anexas à la misma finca, que oy existe en poder del Marquès, y à su disposicion como dueño.

20 Rematado el Obrage en su persona, bolviò la execucion contra Don Juan en el Juzgado de Provincia por lo que dixo deberle de los arrendamientos en vna exorbitante cantidad, y no teniendo alli lugar, apelò à esta Real Audiencia donde minorando su pedimento se le des-

pa-

pachò por 148504. pesos, 4. reales y medio. En los tiempos anteriores havia cedido à Don Juan Don Manuel Ramires de Segura, la cantidad de 6779. pesos y medio, procedidos de vna Escripura otorgada à su favor de 3240. pesos con vn Fatorage de 939. pesos, de generos de Castilla, por instrumento otorgado en 30. de Julio de 742: Vn lasto de 1050. pesos, à favor del Marquès de Negreiros, y los intereses corridos hasta la Cesion en virtud de vno, y otro contrato: con cuyos Instrumentos se presentò la parte de Don Juan en el mismo Tribunal de Provincia, donde se librò mandamiento de execucion contra el Marquès por 4000. pesos, principal de la Escripura, y del lasto, dexando en suspenso el Fatorage con los intereses, sobre que pidió el Marquès acumulacion à sus Autos executivos con protesta de pasar en compensacion lo que debiese, y en efecto se acumularon à los Autos estas diligencias, donde corren desde fox. 1. en adelante.

21. Se ha seguido la causa del Marquès executivamente por sus terminos con grandes perjuicios en el modo de practicar los embargos; y opuesto Don Juan con los instrumentos de paga, y compensacion, que resultan de las cantidades exhibidas en moneda, de la impena de las mejoras, y de la Cesion de Don Manuel Ramires, se halla concluso el proceso para la Sentencia de remate, ò su absolucion: cuyo diferimen pende de examinar, lo primero, quanto es el cargo que desciende de la Escripura de arrendamiento: lo segundo, quanta es la cantidad del abono: para que del cotejo del cargo con la data resulte, quien de los dos alcanza? Si el Actor executante, ò el Reo executado? Hallase propuesta la division de los puntos, y en el discurso de este papel se harà perspiquo el exceso à beneficio de Don Juan.

C

PUN.

PUNTO I.

*QUANTO SEA LO QUE POR RAZON DE
la Escripura de arrendamiento, se debe al Mar-
qués de Santiago.*

AUNQUE el mandamiento librado fue por la cantidad de 14y504. pesos 4. reales, y medio, es necesario hazer la quenta por entero, respecto de que antes de despacharse el embargo, ya constaba en el proceso algo de las pagas; y para que se conosca lo que debe abonarse al mandamiento sin confusion de abonos, será bien tomarse en este Capitulo el cargo por entero, reservando al siguiente conferir el todo de las pagas.

2. La Escripura es de 1800. pesos en cada año incluídos los 300. pesos que se avian de rezagar à quenta de mejoras; y siendo ocho los años del contrato, importaban en esta consideracion 14y400, pesos. Pero como el contrato de locacion sea mutuamente obligatorio, y por el entanto se obligue el Inquilino al precio, en quanto el locador le conferba en el fundo, se sigue, que todo aquel tiempo en que se le privò à Don Juan el uso del Obrage por el mismo Marqués, se debe revajar del cargo, como que por el mismo hecho de quitarle la especie, queda cancelada la accion para pedir el precio.

3. Si estos principios son de la mayor certidumbre en los primeros elementos, de la misma notoriedad es su aplicacion; porque abiendose despachado Mandamiento de execucion contra el Obrage à pedimiento del Marqués, y mandadose por Carta de Justicia, que se pusiese en deposito conforme lo pide el sequestro, cometió el Despacho con su Poder á Don Martin de Lobaton, por cuyo pedimento, y de Orden del Theniente General de Tarma, se constituyó el deposito en Don Pedro de Robles Padre de
Don

Don Juan; como parece de los instrumentos que corren desde fox. 304. à fox. 313. en fecha de 18. de Oct. de 749.

4. Què por esta Causa dexase Don Juan de ocupar el fundo, es indubitable, por que aunque el sequestro no prive al Dueño de la Poselsion civil quando antes la conserva para que el dominio no prescriba por el curso del tiempo, haciendo que el Depositario posea en nombre del verdadero Dueño, segun las Doctrinas de Posthio en la *Obferb.* 52. n. 5. ninguno duda, que priva de la ocupacion, y del usso actual, que ès lo que se vende al Arrendatario por el precio del arrendamiento; y assi como en virtud del sequestro el usso, y la ocupacion passan al Depositario, tambien por la misma diligencia se remueven del Inquilino, à menos que en su persona no se constituya el deposito.

5. Què el Marquès privasse del usso à Don Juan, tambien es indubitable; porque el sequestro que le quitò el usso provino de accion personal del Marquès, que executò la finca, y la actuacion de esse embargo, se hizo por el Apoderado del Marquès, a quien se le debe atribuir el modo de la actuacion: porque siendo de su arbitrio la eleccion de persona para este deposito, pudiera haver pedido, que sin perjuicio del arrendamiento otorgado por Don Juan, se hiciese en su Persona el deposito; y no solo no se interpuso este pedimento, sino que contra la voluntad de Don Pedro de Robles, y sin admitirle escussa, le hicieron Depositario à fox. 313: y como no puede dudarse, que se haze por nosotros mismos, aquello que por nuestros Apoderados se executa, ò lo que de nuestro facto proprio resulta, se sigue, que el mismo Marquès privò à Don Juan del Obrage, y que por tanto no le puede demandar el respectivo arrendamiento.

6. Para cessar en la obligacion bastaba que se le privasse del fundo por qualquier tercero, y qualquiera causa que
no

no fuese voluntaria al Inquilino: y aunque en caso de perturbarse por otro fuera de su obligacion requerir al Locador para que le repusiese y que los años no corriessen baxo de su ignorancia, cessa esta obligacion para con el Marquès; porque así como, quando à presencia del locador se expelle al Inquilino, y no lo repugna, con la Ciencia, y paciencia del dueño queda asegurado el conductor, del mismo modo, y con mayor causa quando el despojo se comete por facto del dueño, y por intervencion de su poder, no se necesita algun requerimiento: y mucho mas quando las diligencias actuadas bolvieron à esta Ciudad à manos del Marquès, quien procedió hasta el remate baxo de aquel embargo y de aquel deposito, sinque huviese pedido su remocion; con que es visto haverlo aprobado y consentido, si acaso los hechos de los Apoderados necesitan consentirse, y aprobarse.

7. En esta fèc y sobre estos principios, tan ciertos en el derecho los vnos, como incontestables en el hecho los otros, se pasa a formar el neto calculo del arrendamiento debido por el tiempo ocupado, y corre desde el dia 24. de Septiembre de 742. termino innicial de la Escripura, hasta 18. de Octubre de 749. en cuyas fechas se verifican 7. años y 24. dias, que à razon de 1800. pesos en cada vno importan 12720. pesos, en esto que es arrendamiento pecuniario, fuera de la quenta de traspasos de Indios.

8. Esta es la cantidad debida, porque en ella se verificò la obligacion y su causa; pero todo lo que corriò desde el embargo en adelante pertenece à la execucion de otro contrato actuado con Don Pedro de Robles à razon de 1500. pesos por año segun la Escripura de fox. 313. celebrada con el Apoderado del Marquès y de orden judicial: y aunque Don Juan como heredero de su Padre consigna à esta paga la concurrente cantidad en lo que sus datas exceden à su cargo, no se carga de ello en este juicio donde la execucion
solo

solo se libro por la obligacion personal de su Escripura, y el mandamiento contra los bienes del hijo no puede proceder sobre la obligacion del Padre, segun el *Tit. integro Cod. Ne uxor pro marito, Maritus pro uxore, mater pro filio &c. covenantur.*

9. Contra esta demonstracion, mas facil es calcitrar, que alegar. Procura el Marquès exaltar su cargo, y dize, que no solo se le deben los 8. años escripturados por entero, sino 9, años y medio, que han corrido desde la fecha de la Escripura, hasta el presente; en cuyo debito ha incidido D. Juan por otro nuevo contrato (à saber) por vna tacita relocacion. Para ello supone, que aunque el Obrage fue embargado y depositado en Don Pedro de Robles, este deposito fue vna pura confianza del Padre con el hijo, y que este aparato fue dispuesto al fin de revajarle 300. pesos en cada año, para cuyo efecto no hubo facultad, y que assi el Obrage se debia considerar en la persona de Don Juan como Inquilino, no solo hasta el cumplimiento de la Escripura, sino en adelante, respecto de no haverle entregado el fundo al termino de la Escripura; y à este proposito alega, que aunque Don Martin Ximenes Lobaton diò recibo del Obrage à Don Pedro de Robles, ni este era persona legitima para entregar, ni Don Martin para recibir por falta de poder, hallandose el que le diò el Marquès, à fox. 417. limitado para actuar los embargos, y no para el recibo del Obrage.

10. Este es todo el aparato del Marquès con que sobre los 700. pesos anuales à pagar en ropa por razon de traspaños (de que se dirà despues) dize debersele 234750. pesos. Pero todo ello no le adelanta vn real, como se harà manifesto considerando por partes todos sus principios.

11. Para complementar los 8. años, dize que el deposito fue confidencial poniendose en cabeza del Padre por el hijo; y no puede ser mayor el desproposito. Si es confianza, pregunto? Quien es el que hizo esta confianza? No puede ser

D

Don

Don Juan de Robles; porque el embargo no dimanò de accion suya, y por consiguiente tampoco el deposito que no es mas que la execucion del mismo embargo. Los actos se simulan por aquel que los hace, no por el que los padece: luego si el embargo y el deposito se hizieron por el Marquès, por su Apoderado, y por el Juez de quienes los dos por su pedimento, y el otro por su jurisdiceion apartaron del vssò à Don Juan que se tiene pasivamente en obedecer lo que el vno manda, y lo que los otros piden, es visto que en ello no puede versarse confianza ò simulacion que le comprehenda.

12. Principio es conocido que la simulacion nunca se presume mientras no se prueba: *Menoch. Lib. 3. presum* 125. n. 2. *Sabell. §. Simulatio n. 4. ubi plurimos.* La prueba del Marquès se reduce à que Don Juan es hijo del Depositario nombrado, de que infiere; que se eligiò esta persona à su contemplacion. Bien entiendo que la consanguinidad en sentir de algunos es presumpcion de la confianza, aunque no tan fundada, que no requieran otro concurso de ad miniculos segun el mismo *Sabell. n. 5. infine.* y muchos son de sentir que la consanguinidad funda presumptivamente la verdad contra la simulacion, siendo ageno de hombres advertidos colocar en personas sospechosas lo que se quiere ocultar en fraude de tercero: à quienes refiere el mismo *Sabell. al n. 11. infine.* Pero estamos en caso muy distante, porque los A A. hablan sobre vn contrato simulado à favor de vn consanguineo, por otro consanguineo contra quien se litigava la venta, ò donacion que hiziesse mi deudor, aun deudo suyo para libertar la especie vendida de mi execucion. Pero ninguno ha soñado que el contrato que yo hago, ò otro en virtud de mi poder con el consanguineo de mi deudor pueda ser Simulacion del deudor; porque en Reglas de *Iurisprudencia*, tan cierto es que el acto hecho entre vnos no daña à otros, como que vno, no puede perjudicar à otros con acto ageno. El

13. El comprobante de la simulacion, y en que la parte contraria fixa vna gloria de haverla demostrado, se reduce à que el deposito que otorgo Don Pedro à fox. 312 contiene vn arrendamiento del mismo Obrage en cantidad de 1500: pesos sobre que considera vna grande incompatibilidad: porque no pudiendo arrendarse lo que se deposita, repite con admiracion pasiva, *si arrendamiento, como deposito? Si deposito, como arrendamiento?* Mas este espanto solo sirve de reprocharle el poco alcance. Para responderle la suya, responda el Marquès otra pregunta. Durante el tiempo del arrendamiento, habiendose de embargar la finca pudo depositarse en Don Juan su arrendatario; ò no? Si lo segundo, habrá de confesar, que el embargo, y su deposito destruyen y fenezen el arrendamiento: y en este caso se acabará el arrendamiento escriturado por el mismo embargo, y el deposito hecho en Don Pedro, como se feneciera en este supuesto por el embargo depositado en el Inquilino. Si lo primero (que es lo cierto, porque lo regular es depositarse los fundos en los arrendatarios para que corran los arrendamientos) se sigue que del mismo modo que colocado el Obrage en el mismo Inquilino por embargo, corriera el arrendamiento para los frutos, assi tambien se colocò en Don Pedro el fundo para tenerlo à ley de deposito, y los frutos en arrendamiento para manejarlos en calidad de arrendatario.

14. La incompatibilidad del arrendamiento con el deposito consiste, en que el primero transfiere la utilidad, y el vso: el segundo pide no transferir ni vso, ni commodidad: y estos dos extremos son contradictorios respecto de vn mismo termino; pero sobre dos extremos jamas puede haver contradiccion. Lo que se deposita, es la substancia del fundo sobre que se presta la Custodia: lo que se transmite son los frutos: y se compadece muy bien que los frutos no se depositen porque se enagenan, y que el fundo
no

no se enagene porque se deposita. Esto es indubitable en toda especie usufructuaria: ninguno es administrador à nombre ageno de lo que es suyo proprio; el Marido y el Padre son dueños usufructuarios de los bienes adventicios del hijo, y de los que por semejante causa pertenecen à la muger: y con todo son administradores y Custodios à nombre de la muger, y del hijo, porque esto se verifica respecto de la substancia del Peculio, y el dominio respecto del usufructo, que para esta consideracion no es parte de la propiedad.

15. Ya se ha visto, que el Marquès no prueba la simulacion; pero lo mas es que no puede probarla; porque la Escritura de Don Pedro Robles es otro arrendamiento en que se contiene vn contrato verdadero y real de su obligacion personal por el qual à discrecion del Marquès puede ser executado: y el que es diverso arrendamiento verdadero, nunca puede ser el mismo arrendamiento fingido. Si lo que quiere decir es que Don Pedro hizo esse arrendamiento para su hijo, esto pertenece à dos efectos diversos; el primero para que pusiera vna demanda en que se declarara que en esta nueva Escritura el Padre fue mandatario y su hijo el principal, siendo cierto que las Escrituras solo son executivas para las personas que directamente se obligan en ellas, y toda simulacion pertenece al progreso Ordinario: El segundo efecto, sera que quando llegara à condenarse à Don Juan declarandole por obligado en el segundo arrendamiento, le habria de executar por essa nueva Escritura acompañada de la Sentencia, y de ninguna suerte por el arrendamiento que le hizo el año de 42.

16. Ni tiene aprecio la ponderacion del allanamiento con que entregò Don Juan el Obrage à presençia del embargo; porque demas que à Don Juan le era facultativa la suelta todas las vezes que durante el arrendamiento embiò provision para que se embargase, y depositale en otro tercero, consta que en aquellas circunstancias estaba Don Juan con-

venido con el Marquès à rescindir el arrendamiento haciendo entrega del Obrage. A este fin se emprendieron las Tasaciones de mejoras, que por la Clausula de la Escritura, eran reservadas al tiempo de la entrega. Por esso para recibirlo por el mes de Mayo de 748. passò el Marquès con vna Esquadra de Soldados, cuyo hecho diò motivo al Decreto de fox. 361. en que se mandaron retirar los Soldados motivandolo con decir, que no eran necesarios sobre el allanamiento de Don Juan para entregarlo conforme al thenor de su memorial; y si en las mismas circunstancias se trataba por allanamiento de entregar el fundo de persona à persona, què mucho que hiziese la entrega judicial baxo del mismo allanamiento à vista de vn despacho remitido por el Marquès para que hecho el sequestro se depositase.

17. Vltimamente, que la excepcion de entrega no cumplida sea de aquellas, que pertenecen à la via executiva, es por si notorio, à tendiendo à que es vna de aquellas que nacen del vientre del mismo instrumento (à saber) la Escritura de arrendamiento, que igualmente produce la obligacion de Don Juan en orden al precio que la del Marquès en orden à conservarlo, pero con esta diferencia; que aunque las dos obligaciones son simultaneas, la del Marques tiene cierta prioridad en orden à su cumplimiento del qual como de causa pende la obligacion de Don Juan. Para saber quales son las excepciones que nacen del vientre del instrumento hablando de estas excepciones proprias de la via executiva pone vna verdadera regla. Carleval *Tit. 3. disput. 14. n. 10.* Aquellas, dize, son excepciones contenidas en el mismo instrumento sobre que se pide la execucion, que es guarentigia mutuamente por el Reo contra el Actor, y siempre que assi como este puede pedir execucion contra el Reo, el Reo tambien la puede pedir contra el Actor para que le cumpla el contrato, cessa lo executivo por el mismo concurso de las dos oposiciones.

18. Retenida esta doctrina como cierta, pregunto: Quien duda que escripturado el Marquès à conservarle 8. años en en el arrendamiento podia Don Juan executar al Marques para que le mantubiera en los terminos del contrato, sinque pudiera passar la finca por su pedimento à otro depositario? Ni quien tampoco dudara que el dia de oy despues que comprò la Hazienda puede obligarle à que le cumpla el año escripturado, y no cumplido por el embargo hecho à su pedimento? Luego si la misma Escriitura funda contra el Marquès que le debiera conservar, ella funda intrinsecamente por el mismo contrato que no le puede cobrar precio por aquello en que el Marquès se considera Reo de deber mediante la mutua obligacion.

19. Con decir menos se persuadirà mas. Arrendatario privado de la especie por el dueño, y dueño acreedor del arrendamiento, no puede ser. Si Don Juan es arrendatario por vna Escriitura publica, es arrendatario despoheido por vn acto publico, y judicial como el que se halla à fox. 304: luego tan publica es la excepcion como la accion, y mas solemne aquella; porque fue hecha con decreto y autoridad judicial.

20. Mas: dos arrendatarios de vn mismo tiempo y de vna especie no pueden ser aun tiempo deudores, y de ellos solo debe aquel à quien la especie se entrega, y vñ de ella el tiempo respectivo: luego si Don Juan era arrendatario del octavo año, y de este no solo se hizo à Don Pedro Robles el arrendamiento de fox. 313, sinò que tambien se le hizo la Real entrega. por el mismo instrumento, baxo del qual ocupò el Obrage, hasta entregarlo al apoderado en virtud del despacho del Señor Juez de Provincia, como parece à fox. 315, se còvenze que el deudor de este vltimo año es Don Pedro de Robles, y por el mismo caso que este debe como arrendatario, no puede ser arrendatario D. Juan.

21. Bien puede haver dos arrendatarios de accion contra el locador; pero no puede haver dos arrendatarios deudores.

dores del mismo locador. Quando vna especie se loca à dos, ambos son acreedores del arrendamiento, y como tales forman concurso para que se declare à quien de ellos toca la preferencia; pero el locador no es acreedor à vn tiempo de los dos para pedirles à ambos el arrendamiento. Sucede del locador à los Inquilinos, lo que de los Inquilinos à la especie, entre quienes no pudiendose verificar el mismo temporal arrendamiento, se prefiere al mas antiguo, si la especie no està entregada; ò al posterior arrendatario si se le entregò, segun los principios de Juan de Hevia: *Lib. 3. Cap. 5. n. 6. ubi Gomez & Covarr.* y asì como de los dos Inquilinos el entregado prefiere, del mismo modo el entregado es el deudor. Pero se nota que aunque el arrendatario anterior prefiere en el arrendamiento al posterior no entregado, y portanto es deudor mientras retiene la especie, con todo siendo la prelacion privilegio renunciabile en caso que este arrendatario possedor, y anterior entregue al nuevo Inquilino y posterior, queda libre el primero; porque el segundo contrato del locador le confiere esta facultad, que el no se tenia: para que de aqui se entienda, que aunque D. Juan pudiera pedir la conservacion de su arrendamiento, vna vez que convino en entregar el Obrage, viò del derecho que pudo renunciar, y quedò transferido el arrendamiento con la deuda.

22. Contra esto se opone, que Don Juan es heredero de su Padre, y no implica que pague como heredero lo que debiese por esta nueva Escripura. Don Juan no ha rehusado pagar lo que su Padre debe con los bienes hereditarios, sino pagar con sus bienes lo q̃ ni el debe, ni su Padre: y menos pagar por su Padre lo q̃ ya con sus propios bienes tiene satisfecho. Lo que debe el Padre son ciertos meses à razon de 1500. pesos; pero el Marquès quiere cobrar à razon de 1800. ps. muchos meses mas despues de la entrega q̃ hizo D. Pedro al apoderado del Marquès. Por las cantidades en que excede la da-

ta de Don Juan al verdadero cargo, se conocerà, que estan pagados todos los meses que mantuvo Don Pedro el Obraje en su deposito, y por esso se dixo que el hijo se cargaba del debito del Padre para pagarlo en este resto; pero quien puede dudar que Don Juan no debe en esta causa, y baxo de esta execucion los debitos de su herencia, y mucho menos el tiempo que ha corrido desde que Don Pedro entregò al Apoderado.

23. Que Don Juan no deba en esta causa cosa alguna como heredero de su Padre, es de notorio derecho: por que aqui solo debe aquello porque se despachò el mandamiento contra sus bienes, y aquello que resultase del instrumento en cuya virtud se librò la execucion. El mandamiento conque se executò à Don Juan fue el que librò la Real Audiencia por su arrendamiento personal de 8. años, en que su Padre no fue mancomunado, ni fiador; sobre esta execucion se le citò de remate: contra ella se opuso como Reo; pero no aviendose despachado mandamiento contra los bienes de Don Pedro por el arrendamiento que contraxo en el deposito, ni citadosele de remate para que se exceptione sobre esta particular dependencia contra los bienes, es visto que nada de esso pertenece à la Sentencia de remate, ò à la absolutoria de que ahora se trata; sino que se le debe reservar para otro Juicio que nuevamente intente en caso que de las pagas no resulte estar cubierta la obligacion paterna: porque de lo contrario fuera sentenciar de remate vna causa sin embargo, sin mandamiento, sin citacion, y sin oposicion, viniendo à consistir todo el processo en la Sentencia de remate.

24. Que no deba Don Juan lo que ha corrido desde la entrega que hizo Don Pedro por orden judicial al Apoderado del Marquès es punto mas notorio; porque si deber arrendamiento por su Padre es vn desproposito, deber arrendamiento el hijo por lo que ni èl, ni su Padre tubieron,

es mayor error, y mucho mas por lo que no se tenía otro extraño, sino el mismo Apoderado del dueño.

25. Para fundar este absurdo con que lleva el cargo à la importancia de 23y750 pesos, dize, que aunque el arrendamiento, no fue mas que de 8. años, incidio Don Juan en vna tacita Reconduccion, la qual es igualmente executiva: y encontrandose con las dos entregas de Don Juan en el embargo de fox. 304. y de Don Pedro en la de fox. 315. recurre à que la primera fue vna composicion del hijo con su Padre; para rebaxar 300. pesos del arrendamiento, y la segunda fue vn acto vicioso respecto de que Don Martin de Lobaton no tubo poder del Marqués para recibir en su nombre, sino para actuar el embargo, como se reconoce del poder de fox. 417. y de este modo compone que no aviendo entregado Don Pedro à persona legitima, se entiende corre el arrendamiento de su quenta, esto es, de quenta del hijo, para quien lo tubo depositado el Padre; y por consiguiente ban corriendo los 1800. pesos que con el Marqués se escripturaron, discutiendose lo mismo de los 700. pesos de los trasпасos de Yndios, que se aumentan en la misma consideracion despues de la Escripura por tacita renovación ò prorrogacion del contrato.

26. Bien entiendo, que ay en el derecho tacitas Relocaciones, porque si la finca persevera sin diminucion en el mismo Inquilino que la vfa despues de pasado el termino sin bolverla, ò entregarla, se entiende que se relocò por el mismo precio, y con las mismas condiciones, por consentimiento mutuo; porque el no pedir su especie el locador, y el vlarla el conductor sin insinuarse en nuevas condiciones ò en nuevo precio, es vna condescendencia de hecho sobre su prorrogacion, de que tratò *Bruto de locato, Et conducto* l. part. rubrica §. 4. à num. 48. Tambien se que la relocacion es executiva quando consta de modo suficiente: esto es, por confesion de la parte, por

declaracion testamentaria del Inquilino, que confiesa haver continuado, ò por sentencia. Pero nunca he sabido, ni ha brà quien entienda q̄ presentando vn instrumento de 8. años, solo porque el acreedor jure que han corrido 9, se despache por los 9 mandamiento; pues de este modo el arrendamiento de vn año, siempre serà executivo por 9 con solo el juramento de la parte: lo qual es falzo.

27. Ya se veè que para intentar el Marquès la relocacion executivamente necesitaba presentarse pidiendo que Don Juan declarase si es cierto que havia gozado el Obrage despues del termino del arrendamiento sin nueva convention, y con los mismos derechos que le entregaron? Con la confesion de estas preguntas, se hiziera executivo el debito; pero con la negativa fuera obligado à poner vna demanda. Oy en el processo no solo tenemos la negativa; sinò la prueba de ella por instrumentos en dos entregas judiciales, y solemnes, del Inquilino al depositario, y del depositario al dueño.

28. Diga en buena hora el Marquès, que el depositario recibió de su hijo para su hijo; porque què recibiese de su hijo, es hecho autentico judicial, y probado. Què recibiese para su hijo, es malicia del actor, congetura, ò inferencia: y las congeturas, y redarguciones no trahen aparejada execucion:

29. Què Don Pedro no entregase à parte legitima, es vn desbarro; porque Don Pedro no recibió del Marquès, sinò del Juez que le constituyó depositario: el depositario judicial que se llama *sequester*, no contrahe obligacion à favor de las personas que litigan, ni para el ay otra persona legitima, que aquel à quien mandase el Juez entregar, consistiendo toda la legitimidad en el decreto. Las cosas se distratan del mismo modo que se contrahen: bien puede el Juez hazer vn embargo à pedimento de parte no legitima; pero al depositario no le toca redarguir essa ilegiti-

gitimidad para repugnar el depósito, que siempre es legitimo con solo el decreto del embargo: así tambien se diltrahe por otro decreto en que se le manda la entrega. Y la razon de todo es, porque son cosas diversas, la legitimidad del mandamiento de embargo, y la legitimidad del depósito: el mandamiento para legitimarse dize respecto à la Justicia de la parte: el depósito no examina la Justicia ni dize mas relacion que al decreto conque se constituye, y conque se chanzela.

30. Y de todo consta que el arrendamiento escripturado solo tubo lugar en los 7 años y 24 dias, que à razon de 1800. pesos importan 124720 pesos por lo respectivo à esta execucion, y con independencia de lo que produjo en aquellos meses del depósito en Don Pedro Robles.

PUNTO II.

QUANTO SE DEBA AL MARQUES POR razon de traspassos.

POR clausula de la Escripura recibió Don Juan en dependencias de Indios 144315. pesos 3. reales, à cuya quenta se obligò por 700. pesos anuales en ropa de la tierra à quatro reales baras; que en los siete años y 24 dias importaban 4944. pesos debidos en ropa à quatro reales bara. A fox. 322. corre vn recibo de 800. baras que son 400. pesos: à fox. 323. otro recibo de 1400. baras que hazen 700. pesos: à fox. 324. vna carta de pago en que se incluyen 2000. baras de ropa que hazen 1000. pesos cuyos pagos componen la cantidad de 2100. pesos: y revaxados de los 4944. pesos del cargo venian à deberse 2844. pesos en ropa al precio estipulado. Esta es la quenta que resulta del instrumento, aunque el Marqués no se conforma con ella; ni tampoco Don Juan por otro derecho superveniente.

2. El

2. El Marquès discurre que le debe los 700. pesos integros del año octavo final de la Escripura: y esto lo defiende con aquellos mismos fundamentos con que pide los 8. años integros del arrendamiento pecuniario, à quien sigue este debito de los traspaños: pero aviendose mostrado en el punto antecedente que el arrendamiento no se verificò en los ocho años, porque el embargo coloco el fundo en otro Inquilino por disposicion y causa del Marquès, todo lo que se dixo contra el arrendamiento para que no corriese en mas de los siete años y 24. dias, concurre por identidad en la dependencia de traspaños, que se contraxo con adjeccion y dependencia del mismo arrendamiento.

3. Don Juan, tampoco puede venir en deberle esta cantidad; porque se la tiene pagada de otra suerte: esto es en los mismos traspaños aviendo entregado en las mismas dependencias de Indios y con mexores calidades 13965. pesos vn real y medio, como parece delde fox. 304. à fox. 313. à que concuerda el recibo de fox. 320. buelta, dado por el Apoderado del Marquès de todos los Indios con sus dependencias, los mismos que se inventariaron en el embargo: demodo, que revajados los 13961. pesos vn real y medio entregados, de los 148315. pesos 3. reales recibidos, quedan debidos al Marques 354. pesos vn real y medio, quedando toda la ropa de quenta de Don Juan para aplicarla à lo que fuere debito verdadero.

4. Contra esto se dize, lo primero, que por la Escripura no debiò empeñar mas los Indios; lo segundo, que estos no se le han entregado; y vltimamente que la ropa entregada fue en consignacion de este debito, y que aplicadas por la condicion de la Escripura al ramo de traspaños, no es arbitrario al deudor variar las aplicaciones, y cubrir traspaños con traspaños, para salvar la ropa al pago del arrendamiento; pero ninguno de estos tres esugios le aprovecha en orden à crecer el debito sobre los 354. pesos vn real y medio.

5. El

5. El primero esugio se remite à la condicion octava de la Escripura cuyo thenor es el siguiente: *It. es condicion que el dicho Don Juan no ha de poder bolver à empeñar à los Indios de dicho Obrage mas de los credits conque los tiene recibidos; antes si les hade descontar lo que durante dicho arrendamiento travajaren: y solo se pemite el que à esta quenta se les abonen las cantidades de socorros, alimentos, Mitas, Tributos, y Obenciones que causaren en quenta de su trabajo personal, y no otra cosa.* Con esta Clausula juzga el Marquès que tiene derecho para quedarse con los traspasos en traspasos, despues de cobrar en plata ò Ropa los que confiriò en su entrega.

6. Facilitole este pensamiento quien le explicò la Clausula con la inteligencia de que era prohibido empeñar mas à los Indios, pero es engaño manifesto; porque no es lo mismo prohibir la Clausula empeñarlos en mas cantidad, que prohibir absolutamente que se empeñen. La misma Clausula es bien expresse para que sea licito empeñarlos con todo lo que fuese Socorros, Alimentos, Mitas, Tributos, y Obenciones que causaren: y como el trabajo del Indio no alcanza à athelorar, ni desquitar cantidades, sinò acostearse, y pagar sus obligaciones actuales, previno bien la condicion de la Escripura que no pudiese empeñarlo en mas cantidad con respecto à que los empeños fuesen algo menos de lo que desquitaban con su trabajo para que resultase algo à beneficio del Marquès en el disquento; y como no se podia conocer en futuricion los socorros y abios licitos que necessitarian los Indios no se pudo poner vn termino positivo, sinò negativo, diciendo, empeñelos en los socorros licitos, pero no de tal suerte que queden empeñados mas de aquello en que los reciben, antes si se disquente alguna parte de su trabajo en pago de aquel debito: de modo, que verificandose que Don Juan en este negocio, no empeñò à los Indios en mas cantidad de aquello en que

los recibió para hazer mercancia de los traspaños; finò que se ziñò à los socorros, de tal fuertè, que desquitò de ellos à beneficio del Marquès vna extraordinaria cantidad, se hara manifesto, que cumplió exactamente con la condicion de la Escriptura para que conforme à ella misma le abone los traspaños.

7. Los Indios recibidos en dependencias fueron 60. pero habiendo muchos fugitivos del Obragè por la misma condicion quarta se le dio facultad de recogerlos à todo costo, con cargo de pagarlos. No bastaban estos para lo que el fundo demanda, y à fin de mejorar su condicion con mayor numero de Familias, secontratò por la 10. *que si durante el arrendamiento agregase D. Juan otros Indios, estos si el que le succediere en el los quisiere recibir, se los podrá libremente entregar, como no passe la deuda de cien pesos; (esto es el debito de cada vno) y de lo contrario no componiendose en esto, se los podrá llevar el dicho Don Juan como suyos.*

8. Esta Clausula, aunque en el sonido contiene vna libertad de dexar ò llevar los Indios, la substancia contiene vna precisa obligacion de recibirlos el Marquès en todo lo que no excediese de cien pesos cada vno. Para entenderlo es menester suponer, que en ella no se trata de la entrega que ha de hacer Don Juan al Marquès como dueño; finò à otro arrendatario successor: y hablando de este dice; *si el que le succediesse los quisiessse recibir se los podrá libremente entregar como no passe la deuda de cien pesos.* No puede ser mas expressa la obligacion del Marquès; y finò pregunto; Si nõ hade ser de su cargo el recibir estos Indios, quando otro arrendatario los entrega, que cuenta tiene el Marquès, con que importem mas de cien pesos, los empeños. Si el recibirlos del nuevo arrendatario hade ser como quisiere y de su propia cuenta, que es lo que previene el Marquès, ni que le importa, que el arrendatario reciba de su antecessor los Indios empeñados en mas, ò menos, si esta

ha

hade ser allà negociacion entre los dos arrendatarios, y el empeño no es sobre los Indios propios del Obrage? Todas las Clausulas de vn instrumento en lo que es pacto, y contrato, ò son sobre especies propias ò sobre propias acciones, que miran al interes de los contrayentes en hazer, ò no hazer. Por otro lado tenemos sabido que à cada Clausula le ha de corresponder algun efecto, ò particular significacion, y mucho mas quando no es vna Clausula de costumbre ò reduplicacion, sinò vn capitulo entero en vna condicion diversa de las otras: luego si el Marques en la condicion 10. previene por singular capitulo, que al arrendatario, que sucediesse à Don Juan recibira los Indios nuevos si quiziesse con la precisa condicion de que no pase la dependencia de cien pesos, quiere dezir, que el Marquès es obligado à passarselos al nuevo arrendatario, que los reciba, no excediendo la cantidad de cien pesos cada vno: y si esto no es asì, asigne se qual es el interes proprio del Marquès en que el successor no reciba por su arbitrio, y por su quenta otros Indios agregados por mas de cien pesos?

9. Ahora se entiende como ha cumplido Don Juan con la Clausula tercera de la Escripura recaudando de los Indios lo que pudo desquitarles sin aumentar los empeños, y contrahido aquellos precisos avios para la manutencion Tributos, Mitas, y obenciones; pues en la memoria de entrega, que se halla à fox. 304. baxo del embargo importan los Indios por las cuentas que alli se contestaron 138961. pesos vn real y medio, los quales se componen de 18538. pesos por diez y siete Indios nuevos agregados que no importan la cantidad de cien pesos cada vno, y de 128422. pesos 7, reales y medio, que hubo de resto en los antiguos que se recibieron por traspasso; donde es visto, que de los 148315. pesos 3. reales con que los recibió Don Juan, desquitò 18892. pesos tres reales y medio. Vease aqui si no cumplió Don Juan con la condicion de no empeñarlos en mas ziñendo los
actos

los avios de manera, que algo se desquitasse del debito, y se conserbasse el Indio mediante los socorros: y entiendo muy mal el Marques, quando discurre, que la Obligacion de no empeñarlos en mas, es obligacion de no empeñarlos absolutamente; baxo de cuyo concepto La Ley que prohibe al fiador no obligarse en mas, que el principal, prohibiera tambien, que por el principal se obligasse.

10. La Ventaja del Marques del traspasso entregado al recibido es por dos modos El 1. que entregando 14y315 pesos 3 reales, y recibiendo 13y961 pesos un real imedio tiene cobrado 354 pesos un real imedio en el total de sus traspassos: El 2. que no es lo mismo tener 14y315 pesos 3 reales en sessenta Indios, que 13y961 pesos un real y medio en setenta y siete, importando la diferencia tener embolsados 1y892 pesos tres reales y medio de traspassos, y beneficiado el Obrage con el mayor numero de Operarios, à cuyà contemplacion se hazen estas dependencias como plata perdida por el vnico, y preciso fin de hallar la gente: y en summa tiene mas gente, y ménos dependencia.

11. El Segundo efugio es, que estos Indios no se le han entregado: y sobre ello motiva lo mismo, que dixo sobre el Obrage para la tacita Relocacion. Por lo que queda dicho desde el num. en orden à la entrega del mismo Obrage se convence tambien legitima la de los Sirvientes y Operarios, cuya entrega es inseparable de la del fundo: y assi como el que recibe el Obrage debe recibir sus Operarios, el que lo entrega debe tambien entregarlos: y no se dessea otra legitimidad para el recibo ò entrega destes Indios Sirvientes, que la que lo fuesse del mismo fundo en su entrega, y recibo. La razon es, por que los Indios adscripticios à qualquier obrage ò Ingenio, se tienen como instruccion del mismo fundo: motivo por què en el Censo impuesto sobre este genero de fincas, se entienden

den tambien sugetos todos los derechos que tenemos sobre
essos Indios para essa labor, no solo como encomendados,
sino tambien como deudores: lo que se tiene bien averi-
guado en la practica, donde experimentamos, que rema-
tados los Obrages no se reserban al dueño las dependencias
de Indios como bienes personales, sino que se traspasan en
el mismo fundo para la paga del debito real del Censo,
cuyo asumpto ilustrò copiosissimamente el Señor Don Tho-
mas de Salazar en vn exacto manifesto, del qual para vn
fragmento en mi poder.

12. Esto se explica con la Ley 1. ff. de *instruct.*, vel *instrum legato*: donde se dice, que legado el fundo instruido
se entienden dos legados, pero indivisibles: quiere decir
que aunque el legado equivalga à dos, porque pudiera le-
garse el fundo sin la instruccion, y la instruccion sin el fun-
do, ambos componen vna misma voluntad, y vn mismo
legado, de tal modo, que si se enagena el fundo reteniendo
la instruccion el mismo Testador se entiende que revocò este
legado, ò por su indivisibilidad, como se dice en el §. i. de la
misma Ley, ò porque es Accessoria, como interpreta la *glosa*.

13. A esta misma proporcion debe decirse, que aunque el
fundo y los Indios fuesen dos arrendamientos, dos embar-
gos y dos entregas, es tal la indivisibilidad de ambos que
ni se puede arrendar, ni embargar, ni entregar lo vno sin
lo otro, y aquel mismo mandamiento de execucion conque
se separò el Obrage del vso de Don Juan, fue tambien otra
separacion de los Indios que se entregaron, y debieron en-
regar con el mismo Obrage: siendo esta la razon porque
en la misma Escripura de arrendamiento le diò poder para
que los persiguiese y sacase del lugar donde se hallasen: y si
por adscripticios al fundo no fueran inseparables, tan poco
tubiera derecho de perseguirlos.

14. Juan de Hevia en la *segunda parte* §. 16. num. 9. tra-
yendo à consideracion los bienes que no pueden ser execu-

tados numera los Esclavos con que se manexan los Obrages, Ingenios, de Asucar, y Minas de que es concordante la Ley. 3. y 4. tit. 14. de las de Indias.

15. Si estos travajadores no son esclavos de condicion, à lo menos no se duda, que lo adscripticio en ellos es vna calidad de servidumbre al fundo à quien son debidas sus obras por su precio; y del mismo modo que el instrumento no puede ser executado sin el fundo, tampoco el fundo sin el instrumento, conque es preciso que en virtud de la execucion, vno y otro se comprehendiese, y aunque no fuesse preciso basta que *infacto* se huviessen comprehendido à pedimento del apoderado con cuya intervencion se contestaron las deudas, y passaron al nuevo arrendatario, de quien vltimamente se recibieron con el Obrage por el mismo Apoderado.

16. Todo esto pertenece à que se le absuelva, del cargo, pero para impedir la execucion en la parte respectiva al importe de estos traspassos no era necessario probar la legitimidad de la persona que recibio; sino que huviese en los Indios à quella cantidad de deudas que es obligado à recibir; porque como el Marquès por la misma Escrip- tura quede obligado à la paga de estos Indios, todo lo que huviese en ellos de traspasso, es pago del arrendamiento, y para pedir executivamente algun resto debia ser liquido que en los Indios no avia quedado algun resto de dependencia que fuesse abono de Don Juan. Pongamos por exemplo; si en la Escrip- tura de arrendamiento dixesse que le daba facultad para hazer ciertas obras à disquento del precio, con solo decir el Inquilino que tenia hechas las Obras prevenidas en el instrumento, se suspendiera la execucion, y fuera incivil pedir executivamente el arrendamiento reservandole al otro su derecho para que despues demandase el importe de las Obras. La razon es, porque solo se executa al Inquilino por lo que debe: y vna vez que las Obras son Escripturadas solo debe lo que resta despues del disquento de

de las Obras. Lo mismo sucede en los Indios, que el Marqués ha de recibir por la Escritura como se ha demostrado al num. y como esta obligacion es tan guarentigia, como la Obra, y tiene fuerza de paga en el mismo arrendamiento solo puede decirse, que debe Don Juan en aquello que restase despues de cubierto de lo que tiene à su favor en la entrega de los Indios.

17. El tercer esugio sobre la Ropa de la tierra consignada en pago tambien es inoficioso; porque aunque es así que la Ropa de la tierra se entregò en pago, esto solo haze que no se pueda traher como caudal libre de Don Juan para los arrendamientos mientras por otra parte no hubiese satisfecho los traspaños de Indios: la razon es, porque ninguna deuda se paga dos vezes, y de dos pagas de vna misma deuda la vna es inutil, y se considera como mutuo en la repeticion; siendo esta vna de aquellas obligaciones que pertenece à los *quasi* contratos segun el §. *Item is 6. Instit. de obligation. que quasi es contract.*

18. De aqui resulta, que aunque en el caso de hallarse gravado Don Juan con las deudas de el arrendamiento y de los traspaños, la Ropa de la tierra que recibio por estos no pudiesse servirle al pago de la primera causa, todas las vezes que Don Juan entregò los Indios en Indios, ò las dependencias en dependencias, arreglado à la condicion de la Escritura, es preciso que no se duplique la paga, y que para ello, ò le sobre à D. Juan la Ropa de la tierra compensados los traspaños con traspaños, ò que le sobre en los traspaños para cubrir el arrendamiento la equivalente cantidad.

19. Lo que el orden de derecho pide es, que la ropa sea la verdadera paga, porque fuè la primera en el orden de los primeros plazos, y los Indios se entregaron despues en la conclusion del arrendamiento; pero como tanto vale para esta quenta, que sobren las dependencias ò que sobre la ropa, se deduxo esta partida en el Escrito de oposicion,

co-

como pagò del arrendamiento compensando con los traspa-
sos los traspassos, solo porque de este modo se hacia mas clara
la materia sin confusion de los intereses de ambas partes.

Y en summa, si la ropa se aplica à los traspassos,
siendo los recibidos 14y315. ps. 3. rs. y los entregados en
Indios, y ropa 15y961. ps. 1. rs. vienen à sobrar à benefi-
cio de Don Juan 1y645. ps. 6. rs. sea en las dependencias, ò
sea en la ropa, para que se le abonen al arrendamiento: y en
este supuesto queda liquido, que al Marquès nada se le de-
be de traspassos, porque en traspassos, ò en ropa tiene reci-
bidos 1y645. ps. 6. rs. sobre el cargo total de sus traspassos, que
se consideran totalmente satisfechos; consistiendo toda su
accion en los 12y720. ps. debidos por razon de arrédamiètos.

PUNTO III.

PAGAS DE DON JUAN AL MARQUES por quenta de este credito.

LAS PAGAS ECHAS POR D. JUAN SON LAS
que se contienen en las partidas siguientes.

1. Por lo que sobra en las dependencias, y
ropa de la tierra ————— 1y645. ps. 6. rs.
2. Por la Carta de pago de fox. 324. ——— 2y400. ps. o.
3. Por la Cesion de D. Manuel Ra-
mires de su Escritura, lasto, y
fatoraje à fox. 3. y fox. 331. ——— 6y779. ps. o. 2
4. Por la Carta de pago de fox. 69. ——— 2y100. ps.
5. Por el aumento de Marcos que inde-
bidamente se apropria en la referida
Carta de pago. ————— 0y388. ps.
6. Por el importe delas mejoras. ——— 6y144. ps.
- Importa la Data. ——— 19y356. ps. 6. 2
- Importa el Cargo. ——— 12y720. ps.
- Resta el Marquès. ——— 6y636. ps. 6. 2.

Por

22 Por este Calculo resulta el Marquès deudor de 6y636. ps. 6. reales. y medioidespues de Chanzelado su verdadero credito. Falta, ahora exponer la justicia de cada una de estas partidas haziendose cargo de las razones conque el Marquès se excussa.

PRIMERA PARTIDA.

23 **E**Sta es de los 1y645. ps. 6. rs. que sobran à D. Juan en la ropa de la tierra, y dependencias, para el abono del arrendamiento. La partida es liquida en la Cantidad, y en el debito para el abono. En la Cantidad, porque D. Juan entregò en Indios, y dependencias 13y961. ps. 1. real y medio. En ropa de la tierra 2y100. ps. que hazen 15y961. ps. 1. real y medio: de que revajados los 14y315. ps. 3. rs. rinden de excesso los 1y645. ps. 6. rs. puestos en la primera Partida. Son liquidamente debidos, porque las dependencias son liquidamente entregadas à fox. 320. con toda solemnidad, y contestacion de deudores en la diligencia de embargo: y como nadie pueda llevarse lo ageno, es visto que quien lo recibe, lo debe: à cuya defenza pertenesce todo lo alegado en el segundo punto de este Imforme.

24 La oposicion del Marquès en esta partida, se reduce, lo primero à que por la Clausula de la Escripura no podia empeñar à los Indios para tener estos traspalos. Lo segundo, que no fueron entregados los Indios à persona legitima. Vno, y otro queda desvanecido en lo antecedente, y no ay necesidad de repetirlo.

SEGUNDA PARTIDA.

25 **E**Sta es de 2y400. pesos, que constan exhividos por la Carta de pago de fox. 324. en cuyo abono conviene el Marquès, y no es pago litigioso.

TERCERA PARTIDA.

26 **E**sta es de 6y779. pesos y medio real que D Manuel Ramirez cedió à Don Juan de Robles por otros tantos que le debia el Marquès por vna Escriptura, por vn lasto, por vn fatoraxe y por los interesses pactados con los instrumentos insertos en la celsion de fox. 3.

27 Esta celsion es relativa à los instrumentos de donde desciende la deuda, y son vna Escriptura de 3y240. pesos otorgada en 30 de Julio de 742. la que se halla à fox. 335. Vn lasto que hizo Don Manuel Ramirez por el Marquès de 1050. pesos por vale otorgado à favor del Marquès de Negreiros, pues aunque en el instrumento se mancomunaron ambos por su declaracion de fox. 6. consta que la intervencion de Ramirez fue fidejutoria. Estas dos partidas son executivas, y por ellas se despachò el mandamiento de fox. sobre que siguiò executivamente Don Juan hasta que la causa se traxo por acumulacion en virtud del allanamiento que hizo el Marquès de compensar lo que debia con su credito de los arrendamientos. La compensacion de las dichas dos partidas con la causa de los arrendamientos, es llana; porque siendo ambas dependencias cedidas tan executivas como la Escriptura de locacion se verifican los requisitos de ser de liquido à liquido, de persona à persona, y de cantidad à cantidad, cuyas excepciones han lugar en la via executiva, como que es vna de las especies de paga que se hacen por ministerio de derecho segun las doctrinas de *Carleval tom. 3. disput. 27.*

28 Las otras dos partidas (à saber) la fatura de generos que le entregò Don Manuel Ramirez ahora dies años, y los interesses de la Escriptura y del lasto no son executivos por su naturaleza; pero lo son por la aceptacion con que el Marques se constituyò pagador, à disquento de los arrendamientos, de todo el importe de la Celsion, y vna vez que

que se constituyò à pagarlos à favor de otro tercero, importa poco que el principio de la deuda fuesse vna fatura; y vnos interèsses por su naturaleza no executivos.

29 Lo que conviene à Don Juan es probar la acceptacion del Marquès conque se constituyò pagador de la Cession à disquento de los arrendamientos, y no puede ser mas rrelevante prueba, que la que resulta de su confession propria en la Carta presentada à fox. 501. que tiene reconocida, y es la misma que escrivio à Doña Rosa de Legarda Viuda Alvazca de Don Manuel Ramirez, cuyas palabras son: *Y por lo que mira à la reconvençion que Umd me haze sobre la dependencia contrahida con su difunto marido, debo decirle, que aviendo este hecho Cession de la cantidad debida à Don Juan de Robles, se presentò el susodicho contra mi para que yo se la pagara; però al mismo tiempo siendome deudor dicho Don Juan de summa mayor de pesos, porque se librò mandamiento contra su persona y bienes; y en su virtud tenerle actualmente embargados sus Ingenios, y Minas y puesto todo en deposito aguardando la Sentencia, que espero à mi favor de los Señores de esta Real Audiencia para proceder al remate de todo lo embargado caso de no aprromptarme el dinero, no tiene Umd. accion ni derecho para repetir nada contra mi, porque en virtud de la Cession que tengo aceptada, y senti mucho por haver dado lugar à mucha mas demora en el pleito, reconosco por dueño de la cantidad à Don Juan de Robles à quien se la tengo abonada y passada en cuenta del alcanze que tengo contra el.*

30 En el thenor de esta letra se han de notar varias clausulas: la primera en aquellas palabras *hecho Cession de la cantidad debida* donde confiesa que la Cession es de partidas de verdadero debito, sin el qual mejor dixera que havia hecho Cession de la cantidad indebida. Esto se esfuerza con lo que sigue diciendo *que Don Juan se presen-*

tò con la Cession para que le pagase donde en el mismo litigio estaba enterado de su còtenido. Pero lo que quita toda duda, es la final en que concluye: *No tiene Umd. accion para repetir contra mi porque en virtud de la Cession que tengo acceptada reconosco por dueño de la cantidad à Don Juan de Robles, à quien se la tengo abonada; y passada en quenta del crecido alcanze.*

31 No puede ser mas claro el contexto: porque literalmente dice, que tiene acceptada la Cession, y como esto de acceptarla produce dos efectos (à saber) el reconocimiento del Cessionario en calidad de acreedor, y la compensacion del debito pàsivo con los activos, concluye legitimamente en este sentido: *reconosco por dueño de la cantidad à Don Juan de Robles y se la tengo abonada y passada en quenta.*

32 Este abono que ya le tenia hecho passandole la cantidad en quenta viene de otro principio significado en otra clausula anterior: *porque en virtud de la Cession que tengo acceptada* don se veè que la acceptacion fue sobre toda la cantidad, porque sobre toda ella fue la Cession hecha. Si dixese que havia acceptado la Escripura à favor de Don Juan, el ò lasto, no se hizieran executivas para la compensacion las otras dos partidas del fatoraxe y de los intereses, pero acceptando la Cession que se compone del lasto, intereses y fatoraxe del mismo modo que de la Escripura, se entiende acceptado todo su contenido: y de lo contrario no dixera que tenia acceptada toda la Cession; sinò que tenia acceptada parte de ella.

33 Contra esta partida opone el Marquès que en substancia no debe cosa alguna, porque antes alcanza al cedente Ramirez en muchos pesos. El asumpto es de bella idea; porque despues de concluso este litigio quando la Viuda de Ramires le cobra; dice que tiene acceptada la Cession, y pasada en quenta de estos arréndamientos: quando D. Juan le

le obliga aqui à que lo paffe en quenta, dize, q̃ antes alcanza.

34. Ello es misterio deber, y no deber; ser alcanzado y alcanzar; pero no es misterio de feè, porque la explicacion que se trahe no lo haze creible, antes si afianza su incredibilidad.

35 En quanto à la Escripura ya se veè que siendo directa à favor de Ramirez, no puede decir que se contraxo con dineros del deudor, y assi la confiesa como deuda; pero en quanto al lasto que hizo Ramirez à favor del Marquès de Negreyros en cantidad de 1150. pesos, dize q̃ esta cantidad se pago con dinero que remitió para el efecto por mano de D. Pedro Encalada. A este fin presenta la Carta de fox. 484. junta con el recibo de los 1000. ps. de fox. 486. dado por D. Pedro de Encalada de los expressados mil pesos con expresion de que los recibe para Ramirez. A la primera vista aparece que siendo 1150 ps. los debidos, si esta remision fuese en destino de su pago para que Ramirez no lastase la mancomunidad hubiera remitido con los 1000. pesos los 50. que cubrian el debito.

36 Pero la verdad descubierta es, que Don Manuel tubo con el Marquès dos especies de contratos: vna de mandatario en sus cobranzas, y en sus encomiendas; y otra de acreedor en los mutuos que le hizo, y en las mancomunidades que por èl lastò. Los vn mil pesos que recibió D. Mannel Ramirez, no fueron para el pago de la fianza hecha à favor del Marquès de Negreiros, como se pretende de contrario, sino para comprarle 50 perùleras de aguardiente que le tenia pedidas con anticipacion de la Provincia, y con ofrecimiento de embiarle para ello 1000y pesos previniendo juntamente que lo que sobrase de la cantidad despues de pagados los aguardientes se lo remitiese en Sedas. Si los 1000. pesos fuesen para pagar la fianza era natural que contestandole el recibo en la Carta respuesta le insinuase el pago que con ellò avia de hazer; pero nado le dize
K de

de la mancomunidad, finò de los aguardientes, expreßando que antes que llegalen los 1000. pesos ya tenia compradas las peruleras del encargo. Venga la Carta cuyo thenor es el mejor testimonio de esta verdad. *Recibi el segun- do dia de Carnestolendas los 1000. pesos que Umd. remitiò à manos de Don Pedro Encalada à quien di recibo de ellos, pues haze mas de tres meses que tenia compradas las 50. peruleras de aguardiente; y concluye: si sobrare algo lo despachare en sedas, y en ilos como Umd. me lo previene: buen instrumento por cierto para probar que los 1450. pesos del Marquès de Negreiros, se pagaron con el recibo de Don Pedro Encalada, quando por la misma Carta consta à fox. 484. que fue otro su destino, y otra su conversion (à saber) los aguardientes en que se habia de convertir lo mas, y el resto en las Sedas è ilos.*

37 Si el Marquès se vale de vn instrumento, en cuya, letra se contiene literalmente otro mandato, para traherlo à vn pago de debito personal, queda fundado el mal proposito para lo venidero. A fin de excepcionarse de la Escritura, dize que la tiene satisfecha con treinta y tres piezas de Ropa vendidas en 14644. pesos 4. reales, y con 14403 ps. 3. rs. que cobrò del depositario general en virtud de su poder que ambas partidas componen 3447. pesos 7. reales. Para la Ropa de la tierra presenta la Carta de fox. 488. Para la cobranza del Depositario general las dos Cartas de pago de fox. y fox.

38 Por lo que haze à la Carta comprobante de la Ropa de la tierra no puede ser mas expresa para probar vn mandato imposible de convertirse en pago, porque no fue mandato de vender, y percibir, finò de recibir la Ropa teniendola à disposicion del Conde de Velayos su padre, para que este la vendiese, como en efecto la vendiò. Digalo la misma Carta: *Por lo que mira à la razon de la Ropa de la tierra que Umd. embiò; digo, que aviendo abierto una*
pie-

pieza Lorenzo Garzia, se hallaron dies, ò doze baras menos, y no la quiso menos que no fuesse con cargo del Tundidor, y con efecto hubo una porcion de baras menos de que dio feè el dicho Tundidor la qual remitià Umd. entro de mi Carta entregandosela al Padre Maestro Fray Mathias de Arteaga que fue quando le entregue los aguardientes, y los demas efectos &c. Y la razon que puedo dar, es, que el Señor Conde Padre de Umd. vendio dos partidas de ropa con 1832. baras à 3. reales y quartillo, y de las jergas 275. baras à tres reales y un quartillo las bayetas, y pañetes fueron vendidos à tres reales y medio, y hacen las dos partidas en ropa, y jerga 31107. baras y dos tercias, y faltaron en dichas piezas 268. baras y media.

39 Si se quiziese decir que como los 1000. pelos fueron para los aguardientes, tambien esta ropa fue para otros efectos, bastante fundamento ministra la Clausula en que dice que le embio la razon de la ropa con el Padre Arteaga quando llevò los aguardientes y los demas efectos, pero por otra parte ministra la Clausula con mas fundamento que esta ropa se remitiò à Ramirez para que la tubiese adispoficion del Conde de Velayos quien la vendiò, y percibiò su importe. El fundamento es gravissimo, porque en aquellas cosas que se ponen à nuestra administracion para expenderlas siempre debemos tener la quenta formal, pero en aquellas que passan por nuestra mano para que otro disponga, se toma vna razon de presente en la entrega y con remitirla al dueño, se entiende el negocio concluydo, y sin reato, siendo accidental quedarnos con vna razon perpetua; y esto es lo que insinua Ramirez en su Carta diciendo que con el Padre Arteaga remitiò la razon, y que la que oy puede dar, solo es que su padre la vendiò en dos partidas con tantas baras, con tanta falta, y por tanto precio.

40 Sea del vno, ò del otro modo, lo cierto es, que fue mandato, el qual no debiò constar por esta Carta relativa à ne-

à negocio passado donde solo se toma al pelo, sino por la Carta que le remitió con los aguardientes y con los demas efectos à que es referente la de Ramirez: y bien se dexa entender, que quando no se presenta la Carta primitiva del negocio, sino otra referente algo quiere decir su ocultacion. Para la defenfa de Don Juan basta decir que la Escripura cedida es debito Real y puro; que entre el Marquès, y Ramirez hubo otras negociaciones de encomienda porque en esta Ciudad era su Apoderado, su Encomendero, y su aviador: y la quenta de las encomiendas debe ajustarla en juicio separado, si acaſso juzga que tiene algun resto à su favor.

41 De la misma calidad son las dos Cartas de pago que diò Ramirez al depositario el año de 745. cuya conversion no puede demandarsela à Don Juan à cuyo favor tiene aceptada la Cession, porque esto tienen evacuado entre si Ramirez, y el Marquès. Esto se prueba con la citada Carta de fox. 501. en que reconviniendole sobre estos debitos en fecha de este presente año la Vida de Ramirez se confiesa deudor de toda la cantidad cedida, negandose al pago, respecto de la Viuda, porque la tenia aceptada para passarla en quenta de los arrendamientos; y si el Marquès dice por vna parte que la dependencia del Marquès de Negreiros se pagò con su dinero, que el fatoraxé no se ha cobrado porque existe, y que la Escripura que es el vnico debito lo tiene enteramente satisfecho, con 4447. pesos en que alcanza à la Escripura en 807. pesos pregunto: Qual es la Cession que tiene aceptada y passada en quenta? Que es lo que tenia abonado à Don Juan, y de que dependencia le reconoce dueño?

42 Cosa admirable es oyrle al Marquès en su alegato, que estas cobranzas del Depositario, general, acaban ahora de llegar à su noticia. Executaronse desde el año de 745. La Casa concursada se remató desde el año de 44. en precio contado: el Marquès ha estado en la Ciudad: el debito
era

era 2y403. pesos 3. reales, y debito exequible: en la Ciudad no tiene el Marquès muchos dos mil pesos que cobrar: el Apoderado Ramirez desde el año de 46. se ausentò à Caxatambo de Corregidor. Quien pues sobre estas circunstancias, serà tan inocente que crea que el Marquès ha paseado por termino de seis años todos los dias el Portal sin haver entrado al Oficio à fin de averiguar en que estado se hallan estos 2y403. pesos 3. reales despues de la ausencia de su Apoderado? Discurrelo V. S. y hallarà, que este recurso no es otra cosa que vna necesidad en que se constituyò el Marquès para cubrir la dependencia cedida trayendo à este pago lo que estaba evacuado en las encomiendas: muchas fueron las que corrieron entre ambos de que pudiera mostrar el Marquès muchas Cartas de correspondencia: pero ya se veè qual circunstanciadas estaran las Cartas, que acusan los recibos, si entre ellas se ha visto precisado à excoger vnas que en las cantidades de que hablan expressamente se refieren à otros negocios de mandato, y de mandato ya cumplido.

43 La fatura, y los intereses, de la Escripura y lasto, no son executivos en D. Manuel Ramirez Cedente; pero lo son à favor de D. Juan Cesionario despues de la acceptacion del Marquès que la pasa en quenta. Muchas cosas pueden ser executivas en vna persona contra vn tercero, aunque no lo sean à favor de otra. Los intereses no son executivos contra el principal deudor; pero si su fiador los paga en virtud del mandato, podrá executarlos el fiador por los intereses lastados, lo que no podrá hazer el Acreedor. Si à mi deudor le ofrece vno à mutuarle la cantidad para pagarme, no podrá executar à su benefactor para que le cumpla el emprestito que no desciende de causa onerosa; pero si este me acepta la libranza y se me constituye pagador podrá ser executado por su firma: y la razon es, porque en la exaccion que yo hago entonces no se tiene respecto à la causa por la qual

à quel tercero accepto la Libranza porque esse es negocio entre ellos; sinò à la misma acceptacion hecha à mi favor haziendo con migo vn contrato de la causa onerosa que me accepta aunque entre ellos, el motivo sea de pura liberalidad.

44 A este modo, aunque los interesses y el fatorage no sean cantidades liquidamente debidas como pide la execucion, si la materia se concidera entre el Cedente y el Cessionario, vna vez que el Marquès acceptò la Cession passandola en quenta de los arrendamientos, los hade passar executivamente: no por la naturaleza del debito que es negocio entre el Marquès, y Ramirez; sinò por la acceptacion en que contraxo puramente con Don Juan por aquella causa que para con otros pudo no ser pura, ni liquida.

45 Si atendemos à la Claufula de la Carta en que dice *No tiene Umd. accion ni derecho para repetir nada contra mi porque en virtud de la Cession que tengo acceptada reconosco à Don Juan de Robles por dueño: à quien se la tengo abonada y passada en quenta*, es indubitado que esta Cession de las dependencias fue no solo vn mandato para que se exercitasen las acciones del Cedente, sinò vna translacion rigorosa de ellas que constituye rigorosa novacion. Los tres casos de la Ley 3. *Cod. de Novationib.* conque las Cessiones pasan à delegaciones (à saber) la *litis* contestacion, el recibo de parte del debito, ò la denunciacion al deudor, que son aquellos modos por los quales el contrato de mi deudor à su deudor pasa al acreedor Cessionario por nuevo contrato con el, se verifican en el Marquès, no solo porque fue requerido judicialmente como lo dice en la Carta por estas palabras: *se presentò el suso dicho contra mi* sinò porque con la nunciacion le reconocio por dueño, y lo que es mas porque no solo le pagò parte, sinò que se la pagò toda abonandose la por entero por estas palabras: *à quien se la tengo abonada y passada en quenta*: siendo indubitable que el passar en quenta es el vnico modo conque debe

debe pagar el que es acreedor à su deudor; porque pagar en dinero, es el modo de satisfacer el deudor à su acreedor, y en este sentido se dice en la *Ley si ex pluribus* 16. ff. de *acceptilat.* que por la acceptilacion conque vno da por recibido lo que debia entregarse se exercita vna paga Civil: luego si el Marquès diò por recibida la Cesion que accepto en pago de los arrendamientos, es visto que pagò la Cesion, y que por el mismo hecho D. Juan pagò el arrendamiento.

46 Esta Cesion acceptada y passada por voluntad de la parte en pago de la dependencia mediante lo qual excluye à la Viuda diciendole *que no tiene derecho*, haze que no pueda vsar de derecho de compensacion, porque como esta haya de hacerse de persona à persona, si la Viuda como Alvazea de Ramirez no tiene derecho, resulta, que la Cesion no fue vn mandato de acciones proprias, sinò vna translacion de las activas, las quales por la acceptacion del Marquès passaron à ser delegacion abonandolas en su pago, y si estubiesen sugetas à otras compensaciones, ò acciones contra Ramirez era menester dexar los derechos en el Alvazeasgo de Ramirez de modo que solo se considerase en Don Juan de Robles el actual exercicio, y la exaccion.

47 Todo esto se concluye con la misma Carta de fox-
501. en que abiendo significado el Marquès tener acceptada la Cesion à favor de Don Juan de Robles, reconociendole por dueño, y passandosela en cuenta concluye diciendo *y se lo participo à Umd. para que dirija su accion contra Don Juan de Robles.* Es cierto que la Viuda le requiriria sobre toda la dependencia cedida: Es cierto que dice el Marquès haverla passado à Don Juan de Robles: en la misma Carta provoca à que dirija contra Don Juan la misma cobranza que le hacia sin limitacion alguna: Don Juan no puede deber en alguna providencia essa Cesion mientras el Marquès no la paga por entero (aun quando Ramirez no la huviera dado *in solutum*) luego el Marquès la tiene re-
cibi-

recibida en pago por su propria confesion, y todos los cargos son vnos mandatos realmente evacuados, y aun quando no lo fueran la acceptacion, y el pago ya hecho passandolo en quenta, no tiene que veer con essas otras negociaciones.

QUARTA PARTIDA.

48 **E**S de 2y100. pesos que recibì el Marquès por mano de su Apoderado Don Thomas Bustillos en la Carta de pago de fox. 69.

49 Este abono en parte es llano, y en parte litigioso, porque aviendose dado la Carta de pago en satisfaccion de otra Escripura de 2y423. pesos porque se obligò Don Juan à favor del Marquès en 13. de Octubre de 745, confiesa el Marquès que en esta cantidad se incluye parte de los arrendamientos debidos, y que estos se reduxeron à la Escripura posterior porque no teniendo à la fecha Don Juan dinero prompto para satisfazerle, quedaron convenidos en hazer nuevo plazo à pagar en marcos de plata à razon de seis pesos dos reales, dandole al mismo tiempo ciertos generos, de los quales y de los arrendamientos debidos, se hizo vn cuerpo que montò à la cantidad de 2y400. pesos satisfechos en la Carta de pago de fox. 69. Lo cierto por confesion del Marquès, viene à ser que en esta cantidad, ay abono de los arrendamientos. Lo litigioso es quanto sea el abono porque no consta de la cantidad, ni menos ha presentado el importe de los generos, para que de este modo con su deducccion se conociese el resto perteneciente à los arrendamientos.

50 Don Juan en esta parte, procede con seguridad à firmando de positivo que enaquella Escripura los 2y100. pesos

los pertenecen al arrendamiento, y los 323. à la memoria de generos, que fue vna dependencia tan pequeña, que solo se contraxo por agregacion à la primera. El Marques procede con variedad, porque requerido en la declaracion de fox. 363. dice que en esta Escritura solo se incluyeron 17200. pesos por el debito atrasado de los arrendamientos; pero posteriormente en su Escrip^{to} conque responde à la Oposicion de Don Juan retracta la certidumbre de su afirmacion jurada, y dice, que no sabe si los arrendamientos inclussos fueron 17200. ò 17500. pesos. El Marquès no solo no sabe la cantidad cierta, pero tampoco tiene regla para afirmarle en que los arrendamientos inclussos no pasan de 17500. ps. Al contrario Don Juan, no solo sabe de Ciencia positiva que son 27100. pesos, sino que tiene vna regla conque por sus cabales lo convenze, como se verá en lo siguiente.

51 Confiesa el Marquès, que el motivo de otorgarse esta segunda Escritura, fue no tener Don Juan dinero conque satisfacerle los arrendamientos debidos, y que por la espera se convinieron en Escripturar el mismo debito para nuevo plazo con la calidad de satisfacerlo en marcos, y con la ventaja de darle los marcos à seis pesos dos reales, en que interessaba el Marquès vn peso en cada marco; motivo porque en la misma Carta de pago de fox. 69. despues de hazerle pagar en moneda los 27423. pesos le exigieron tambien 388. pesos en reales, en defecto de 388. marcos. De aqui resulta que esta nueva Escritura fue beneficio de ambos; de D. Juan por el plazo que no podia satisfacer, y del Marques por el interes que reportaba: y como ambas causas se verificaban en todo aquello que debia à la fecha de la Escritura, siendole conveniente à Don Juan prorrogar el plazo por todo su debito y al Marquès ganar vn peso en cada marco en todo aquello que esperaba, y esperò, es visto que todo lo que D. Juan debia de arrendamientos por plazo cumplido à la fecha de la Escritura, se cõprehendiò en ella.

52. La Escritura se otorgò en 13. de Octubre de 745. Veamos pues lo que à esta fecha se debia de los arrendamientos. Corre el arrendamiento del Obrage segun su Escritura desde 24. de Septiembre de 42. à pagar 1y500. pesos en reales, porque los 300. quedaron reservados à disquento de mejoras. Desde 24. de Septiembre de 42. à otro tal de 45. van corridos tres años, y por ellos 4y500. pesos: y habiendo pagado D. Juan en 16. de Marzo de 45, 2y400. pesos por la Carta de pago de fox. 324, es visto que rebajada esta cantidad de los 4y500. pesos quedò debiendo 2y100. pesos resto de los tres años cumplidos en 24. de Septiembre de 745. Y aviendose otorgado la Escritura de los marcos de plata en 13. de Octubre del mismo año de 45. es preciso vno de dos estremos: ò que se reduxesen à esta segunda Escritura los 2y100. ps. integros; ò que en aquella fecha se considerase otra paga fuera de los 2y400. pesos con que el debito se huviera reducido à 1y200. pesos ò à 1y500. segun las indiferencias del Marquès, ò que se assignase algun motivo porque quedò segregada la cantidad de 600. pesos sin conferirla à la Escritura quando el Marquès aguardò por ella sin exigirla, y el motivo de esta tregua fue el interes del peso en cada marco.

53. Quando el Marquès afirmò en su declaracion de fox. 363. que solo eran 1y200. pesos los inclusos en aquella Escritura pagada, protesta en la misma declaracion presentàr la Escritura confessando tenerla en su poder. Don Juan por su Escripito de fox. pidiò la presentase, y aviendosele notificado, no solo no lo cumple, sinò que en su Escripito conque responde à la oposicion alega que no puede presentarla porque Don Juan la substraxo de aquellos Autos executivos que siguiò sobre la cobranza de essa Escritura, insertos oy en este processo: y lo persuade en esta forma. A fox. 420. diò D. Juan recibo de los Autos: luego los tuvo en su poder, y hallandose en ellos menos la Escritura, es vis-

visto averla quitado, como, que le ofende, à cuyo fin inducirà la doctrina de *Pareja Tit. 5. resol. 3. à n. 65. Et alibi.*

54 Pero esta presumpcion necesita fundar ante todas cosas la existencia del instrumento en poder de D. Juan, y esta no se prueba con el citado recibo por dos razones: la primera, porque en el se expresa que recibe los Autos con la foliacion de 55. foxas en que se hallan dos menos; y hallandose oy en los Autos las 53. como le reconoce por su foliacion textada es visto q̄ existen las mismas que recibió D. Juan de Robles. Lo segundo, porque en el otro si de fox. 28. pide el Apoderado del Marqués q̄ se saque vn Testimonio de la Escritura que estaba inclusa en otras diligencias para que se ponga en estos Autos, y no aviendose executado esta diligencia es visto que en ningun tiempo se insertò en estos Autos la Escritura sinò que se la tuvo el Marqués en otros muy diversos como oy se la tiene original porque no se otorgò en registro; y esta es la razon, porque en el juicio actual à fox. 363. ofrece presentarla; y agora se niega à la presentacion como que le es nociva.

55 Supuesta la còfesion del Marqués sobre q̄ en la Escritura chancelada se incluye cierta cantidad perteneciènte à los arrendamientos, lo que oy se duda no es la inclusion de esta partida, y su pago; sinò el numero ò cantidad de pesos, queriendo el Marqués q̄ sean 11200. ps. ò 11500, y D. Juan que sean 21100. ps. Antes de entrar en la question, es de suponer q̄ aunque en la cobranza que hizo el Marqués à D. Juan fue este Reo, y el otro actor, pero en esta oposicion donde al Marqués se le demanda aquella paga para traerle à esta otra Escritura, Don Juan es el actor de su oposicion, conque persigue aquella cantidad como suya para exhibirla como Reo en pago de los arrendamientos: *Parladorio en el Lib. 2. Cap. 18.* propone vna de las questiones frequentes donde pregunta como se hade juzgar en el caso que se pruebe plenamente el mutuo, pero no conste de la prueba
la

la cantidad? Y resuelve, que se hade dirimir por el juramento del que pide: à cuyo asumpto induce como texto Capital expresso el *Cap. exliteris de Iure juran.* Cuya especie es de cierto debito donde se dudaba quanta era la fuerte principal de vna cantidad maior en que se recargaron las vsuras, y siendo la descision que por el juramento del que pide se dirima: de este debito odioso de las vsuras, resulta la conclusion general para todos los debitos favorables como lo es el mutuo.

56 La aplicacion es notoria, porque probando que en poder del Marquès, tiene Don Juan prevenida cierta cantidad por aquella otra Escripura para esta, y no constando quanto sea el monto de essa cantidad, debe dirimirse por su juramento, y en esto concuerda la exposicion del Señor Gonzales en el citado Capitulo Canonico.

57 Hagome cargo de que el mismo Parladorio n. 6. previene, que en las causas de gran momento, será bien que con el juramento del que pide, concorra alguna otra presumpcion ò adminiculo, pero no pueden ser mas eficazes las tres que concurren à favor de Don Juan con su juramento; La primera porque siendo hecha la reduccion de la primera à la segunda Escripura de la cantidad, ya causada porque assi convenia al mutuo interes de ambos contrayentes, queda demonstrado en el num. 52 que en esta fecha los pesos debidos no eran 17200. ni 17500, sino 27100. La segunda porque la quenta que forma Don Juan se funda sobre cierto calculo, y la del Marquès no tiene regla sino variacion quando despues de haver afirmado con juramento que eran 17200. pesos en su alegato dice que pueden ser quando mas 17500. conque es visto proceder à tanto mas quanto. La tercera porque à viendo declarado en los dies dias de la Ley tener la Escripura con protesta de presentarla, niega despues tenerla, imputando à Don Juan la substraccion en fuerza de vn recibo que no contiene mas foxas, que las mismas que se

se hallan en estos Autos, donde es visto, que le daña la Escritura; por que aunque en ella, no se designe la numerica cantidad, se dirà à lo menos, que està inclusso todo lo que de arrendamientos se debia, hasta la fecha: y no pudiendose dudar, que Don Juan tiene probada la exhibicion *simpliciter*, tambien prueba la cantidad por el Juramento de los dos mil y cien pesos, y por la agregacion de estas tres fuertes presumpciones.

QUINTA PARTIDA.

58. **C**onsiste en 388. ps. entregados por la misma Carta de pago de fox. 69. y en ella se versan dos puntos de hecho ciertos confessados por el Marquès, y uno de derecho, que ès el que debe aqui ilustrarse.

59. Los puntos de hecho son, el primero, que la Escritura fuè una obligacion de D. Juan por 28423. ps. su pago en marcos de plata à razon de 6. ps. 2. rs. El segundo, que no teniendo Don Juan marcos al tiempo de la exaccion entregò la cantidad en moneda, y assi mismo en fuerza del apremio exhibiò 388. pesos sobre el importe de su obligacion, por quanto cada marco de plata vale 7. ps. 2. rs. y se obligò à pagar en dichos marcos à 6. ps. 2. rs. en que ay un peso de diferencia por marco. Constan estos dos hechos especificamente en la Carta de pago de fox. 69. y lo confiesa el Marquès en el Escrito que responde à la Oposicion. El punto de derecho ès examinar si estos 388. ps. que se pagaron sobre la suerte principal de la obligacion, se deban imputar à la suerte principal del debito de los arrendamientos: ò si sea paga legitima por no aver entregado la especie de la obligacion.

60. Supongo lo Primero, que à la via executiva solo se confieren aquellas imputaciones de facil conocimiento, y donde no es necesaria alguna lata indagacion, cuyo exa-

men penda de las pruebas abiertas de la vía ordinaria: y por esso las excepciones que embuelven algun hecho dudoso, difficilmente se introducen; pero todo lo que consiste en punto de derecho es de prompta discucion, no necesitandose de otras actuaciones, que las que pertenecen al mismo Juez en la formacion de su dictamen.

61. Suponese lo Segundo, que este augmento de pesos, no pertenece à otro debito, que al de los arrendamientos; porque aunque este pago fuè sobre la suerte principal de la segunda Escripura, quedando asentado en el Capitulo anterior, que dicha Escripura es procedida de esos arrendamientos, lo mismo viene à ser pagar aquenta del arrendamiento 2y100. ps. por una parte, y 388. por otra, que pagar 2y488. por los arrendamientos Escripturados: y de qualquier modo quanto huviese de exesso en aquella paga, no pertenece à otra dependencia que à esta del Obrage, de cuyo pago oy se trata.

62. Cierto es, que no se puede llevar mas plata por menos; y en esto consiste formalissimamente la Usura: plata por plata no es negociacion, sino mutuo: los Comercios se hacen de especie à plata, y de plata à especie, y aunque el adelantamiento se haze con la plata, no se haze de la plata, sino de la especie. Entre la especie, y la moneda, ay la gran diferencia de que esta es precio de comprar, y por esso no puede ser materia de vender. El precio es la regla por donde se miden los valores, por esso es tan inalterable como los numeros en lo Arithmetico. Al contrario la especie, solo tiene un valor apreciativo pendiente de las circunstancias, y de las convenciones sujetas à la voluntad, y al arbitrio: por fin viene à ser como lo que se pessa, y mide, en que caben los aumentos, y las diminuciones, à distincion de la medida, y el pesso, donde no cabe diminucion ni augmento.

63. La Escripura que otorgò Don Juan procedida
de

de los arrendamientos devengados hasta Octubre de 45.
no fue de tal numero de marcos de plata, sino de
24423 pesos à pagar en marcos de plata à 6 pesos 2
reales. La obligacion es de cantidad, y esta no pue-
de satisfacerse de otro modo que con la misma canti-
dad. La obligacion de dinero solo se extingue con el di-
nero, y quando se ofrece pagar en alguna otra espe-
cie, ay vna cosa Civil, y otra Vulgar. Lo Vulgar es dis-
currir que la especie sea paga de la obligacion de can-
tidad. Lo Civil es que por la entrega de la especie, la
obligacion Verdaderamente se extingue, por que quando
esta se entrega, se exhibe verdaderamente el dinero. En
estas Escripturas se Verifican dos contratos, vno por el
qual el deudor se obliga à cierto numero de pesos: otro,
por el qual el acreedor se obliga à comprarle tal especie
por tal precio al tiempo que executa la exaccion: llega la
paga: y entregando el deudor la especie, se executan los
dos contratos: el de Venta entregando la especie al acre-
edor que la recibe por el precio estipulado, y como este
se queda en el mismo acreedor de la Escriptura, con este
dinero se haze la paga de la cantidad Escripturada. Esto es
lo que el derecho llama ficcion de brebe mano, por que
pidiendo el orden de los contratos que pasase por dos
manos el dinero, poniendose en manos del deudor que
vende para consumir la compra de la especie; y passarla
despues al acreedor para chancelar la obligacion con la real
paga, introduxo el derecho la ficcion de brebe mano por
la qual vna sola entrega produce los dos efectos verdade-
ros, como se entiende en la *Ley Singularia 15 f. de rebus
Creditis.* por estas palabras *Vt mihi videatur data pecu-
nia, & à me ad te profecta.* Veasse aqui como el concepto
Civil pertenece à que por la especie entregada la obliga-
cion de cantidad verdaderamente se extingue, no por
la misma especie que no es paga; sino por el precio de la
espe-

especie que es Cantidad, y tiene naturaleza de paga, siendo Vulgarismo, y barbaridad contra los principios Civiles qualquiera contraria inteligencia.

64. Con estos evidentes principios discurro assi: En estos dos contratos que importa la Escritura (à saber) el de la cantidad que obliga à Don Juan à favor del Marquès, y el de compra y venta de los marcos que es obligatorio de ambos, la cantidad que consta pagada à fox. 69 es el pago con que extinguiò Don Juan su obligacion de cantidad; luego si sobre los 24423. pesos suerte principal de la obligacion, exhibiò 388. pesos de mas todo lo que excede este aumento à su obligacion es de Don Juan para cubrir con el qualquier otro resto de dependencia. La razon es clara : por que entre la obligacion de cantidad, y su paga numerada debe haver igualdad Arithmetica, y pagar 10. por obligacion de 8 es vna injusticia donde el derecho concibe que aquel excessò queda en especie de mutuo à favor del pagador por genero de quasi contrato: luego si la Escritura en la parte que obliga à Don Juan es obligacion de Cantidad, todo lo que excediò el pago queda como vn mutuo en poder del Marquès y à discrecion de D. Juan.

65. Siendo evidente que por la obligacion de cantidad no pudo llevar los 388. pesos sobre la suerte de la Escritura, veamos si los puede llevar por aquel segundo contrato que la Escritura enbuelve (esto es) por la venta ofrecida de los marcos à razon de 6. pesos 2. reales, que no se cumpliò. El valor de esta venta pende de lo justo del precio, y el precio justo, ò es intrinseco, y legal, ò es casual, y apreciativo. El precio legal no admite supremo medio, ni infimo, por que es vno; los casuales son varios donde se exercitan la convencion y el arbitrio. Los marcos de plata en pasta, tienen precio legal que es el que le dà el Rey en sus Reales Caxas, y en las Casas de Moneda: con que es preciso, que no teniendo otro precio el

el marco de plata, ò comprase el Marquès por èl, ò que no comprase. El marco de plata vale 7. pesos 4. reales despues de deducido el diezmo, à cuyo respecto se abona en todas las Caxas Reales; luego la venta de esta especie por 6. pesos 2. reales falta del precio intrinseco en dies reales por marco.

66. No es menester pasar adelante quando en la misma Escripura tenemos el texto. Cobrale el Marquès vn peso por cada marco no entregado en el mismo assiento de las Minas: y pregunto, dandole toda eleccion al Marquès: ò los marcos en el mismo assiento valen 6. pesos 2. reales legitimamente, ò valen legitimamente 7. pesos y 2. reales? Si valen en aquel lugar 7. pesos 2. reales legitima è intrinsecamente, y por esso los cobra del que estipulò venderse-los en la Escripura, se sigue con evidencia, que quando en la misma Escripura estipulò comprarlos por 6. pesos 2. reales faltò del precio legitimo, è intrinseco. Si el marco no vale mas de 6. pesos y 2. reales y por esso lo comprò legitimamente en este precio, se sigue con la misma evidencia que quando por los marcos no entregados cobra vn peso de augmento por cada vno, lo cobra injustamente como excesso sobre el valor de la especie que se le debia entregar por la venta Escripturada.

67. Contra esto se dicè que es practica en los assientos de Minas suplirles à estos el dinero à pagar en marcos à 6. y 2. en que logra mas de vn peso de augmento en cada marco el que le suple para sus abios por remuneracion del tiempo que esperaban, y de las contingencias à que se sugetan: pero esto nada influye, porque essa costumbre corre en aquellos abiadores que hazen cierta especie de compaña, y entran como en cierta parte de lucro; mas quien, llega à la Mina con la plata no los comprará à 6. pesos y 2. reales: tambien ay costumbre entre las mugeres de llevar vn real de interes en cada pesso, pero como la Ley de Dios no se de-

roga por transgresiones, no se legitima el acto por la repetición del exceso.

68. Pero demos caso que en la Mina se comprassen los marcos legitimamente por 6. ps. 2. reales: Què este fuesse su intrínseco precio en la provincia, y què el peso de aumento fuese vna justa negociacion del que conducia los marcos à esta Ciudad donde por razon del lugar cobraba la pasta essa mayor estimacion. Aun en este supuesto no puede llevar el peso de aumento en cada marco; porque si esse precio mayor, no lo tiene la pasta en la provincia donde cobra, sinò en esta Ciudad, se sigue con evidencia que el peso no lo puede llevar en la misma Provincia, porque dándole alli los 6. pesos y 2. reales, que supone, que alli valen los marcos, no le causa perjuicio que deba reponerle quando con el mismo precio puede alli comprarlos si mas no valen. Pongamos por exemplo si yo me obligase en esta Ciudad, apagar en Madrid 100. pesos Indianos donde valen 125. pesos cumplido el plazo se me podran aqui pedir los 125. porque aunque la obligacion fue de 100. pesos, el lugar le daba aquella mas estimacion. Pero al contrario si me obligase en Madrid à pagar en Indias 100. pesos de nuestra moneda Columnaria, no se me pudieran pedir en Madrid 125. pesos por essa obligacion.

69. Todo esto proviene de la diversidad de los Lugares de la obligacion, y de la paga, donde la Justicia, que se salva duplicado el lugar, sobre vno mismo se vulnera. Lo mismo sucede por lo respectivo à las personas. Pudiera el Marquès legitimamente comprar por 6. à Don Juan, y vender por 7. à otro; pero comprar y vender al mismo Don Juan, no puede salvarse sin mancha. Doctrina comun es de derecho que ay contratos licitos con dos è ilicitos con vno. Pueden darse à dos 500. solidos sin insinuacion; pero sin ella no se pueden dar à vno solo ambas cantidades. Semejante exemplo tenemos en la Ley *Et qui sub imagine*
Cod.

Cod. de distract. pignor. pero mejor conviene el que propone Sarmiento *Lib. 7. Select. Cap. 1. n. 11.* sobre aquel que puesto en Roma con sus dineros puede hazer trato de compañía con vn Navegante para conducir granos de Sicilia donde 14. por 14. puede ser ganancia regular. Este socio que con 1000. hará 2000, puede contratar con vn asegurador que salvandole el riesgo y la contingencia por 2000. que hade haver, le dè 14500. y no se duda de la legitimidad de este contrato: y con todo no se duda, que con el mismo socio Navegante reproduzca este segundo contrato para que se lleve el principal duplicado en las ganancias contingentes con la obligacion de pagar 14500. por modo de aseguracion. Así lo explica este Autor con el Capitulo *Naviganti. extra. de Vssuris*, y del mismo modo explico yo que aunque el Marqués pudiese comprar legitimamente los marcos de D. Juan á 6. pesos y venderlos á otro á 7. esto no lo puede hazer ni en vn mismo lugar, ni con vna misma persona.

70. Texto expreso es la *Ley 22. Tit. 11. Lib. 5. de la Recopilacion de Castilla*, donde despues de prohibir todas las ventas al hijo de familias, propone otra regla general para todos los que no son hijos de familias, y para todos los generos vendibles, con inclusion de las cosas de plata: *Y porque los Mercaderes plateros, y otras personas que intervienen en tomar en fiado plata, ò otras mercaderias para personas que no estan prohibidas de tomarlas en fiado, tornan á recobrar en baxos precios la dicha plata ò mercaderias por darles el dinero en contado por ellas: mandamos que los dichos Mercaderes y plateros por sí, ni por otras interpositas personas directe ni indirecte no tornen á recobrar sopena de perderlo &c.*

71 Con esta Ley se comprueba la Doctrina antecedente, siendo bien expreso, que la compra por mas, y la venta por menos, que se puede hacer con dos personas no se puede hacer con vna misma; y no solo es comun la decission

á to-

à todas las mercaderias, sinò significada en lo particular de la especie (à saber) los marcos de plata. Pero con la reflexion, que la Ley irrita que la venta se repita al mismo vendedor para impedir el peligro de que se venda por menos al mismo que vendiò por mas: y este rezelo que trata precaver es el mismo caso del Marquès; porque como ya se ha dicho para pagar la obligacion de cantidad se constituyò el Marquès comprador de los marcos. Para llevar los 388. pesos de aumento no podia tener respecto à la obligacion llevando mas cantidad por menos; sinò à la especie, retrovendiendola imaginariamente à Don Juan por el precio que la vendiera à otro; luego si por la Ley, Don Juan no puede ser comprador de la especie que vende, no puede salvarse esta segunda retrovendicion, y es preciso que los 388. pesos vengàn à recaer *ultra sortem* en que consiste la usura convencida *in continenti*.

72. Este es el mismo caso de la Ley; pero al rebez. La Ley prohibe que se venda la plata como especie al fiado, y que antes de pagarla se revenda por menos, en plata de contado al mismo vendedor: pero no prohibe que despues de pagada la mercaderia al plazo se le venda en menos y todo esto se dirige à prevenir que no se haga mutuo usurario respaldandolo con vna venta; porque quedandose con su misma especie el Vendedor, lo que venia à parar en el Comprador efectivamente, era la cantidad menor que importaba el precio. Esto mismo sucediera en la Escritura donde el Marques solo puso la cantidad, y puestos y quitados los marcos en essas imaginarias venta y retroventa, solo viene à quedar en Don Juan el dinero numerado: y los 388. pesos que llevò demàs, vienen à quedar en la misma causa de la mayor cantidad en que se comprò la plata ò mercaderias al fiado respecto de la retrovendicion hecha al Vendedor en la especie de la Ley Real.

SEXTA PARTIDA.

73. **E**sta ès, el importe de las mejoras à cuya contemplacion por Clausula de la Escripura se avian de retener en el Arrendatario 300. ps. anuales, con la calidad de que, en ultimo año tassadas que fuesen las mejoras, avia de pagar el Marquès lo que màs valiesen sobre la cantidad retenida: demodo, que aunque en el curso de los años podia D. Juan ser executado por 14500. ps. por que no podia retener màs de los 300. pesos, pero cumplido el arrendamiento, y llegando el caso de entregarle el Obrage, nada de quanto se hubiese rezagado ès exetutivo; por que cumplido el plazo en que se ha de desquitar todo el valor de la mejora, tàm liquida viene à ser esta accion contra el Marquès, como la del arrendamiento contra Don Juan, quien no puede deber mas à su locadòr de aquello, que revajadas las mejoras le resultase por resto.

74. En esta materia, generàlmente hablando, nos hallamos conformes; y llano el Marquès, à que se revaje el importe de la mejora del debito de los arrendamientos, solo se controvierte el quanto. Dos son las tassaciones. La primera, en cantidad de 64144. ps. à fox. 357. La segunda, en 34072. ps. 3. rs. y medio, à fox. El Marquès abona la partida en esta segunda estimacion: y Don Juan por la primera: conque tenemos una cosa cierta, que ès el abono absoluto de lo que importasen las mejoras en su verdadero aprecio, y otro litigioso (à saber) qual sea la tassazion verdadera de essas mejoras?

75. La Tassazion primera, hecha en 64144. ps. ès celebrada solemnemente por Tassadores nombrados por las partes; pues aunque el Marquès emplazado à fox. 342. no cumpliò con la nominacion de perito, aviendolo nombrado en su rebeldia el Juez à fox. 344. se entiende, haverlo elegido el mismo Marquès; por que quando el Juez suple

por su Authoridad lo que debiera hacer el litigante , es bien sabido, que *factum Judicis est factum partis*.

76. Cumplida la Tassazion , se entiende , consumada la diligencia, del mismo modo que la venta que se haze en este concepto, *quati ille stimaverit*, donde luego que se verifica el aprecio del tercero à cuyo juicio se comete, el contrato es perfecto, resultando liquidas las acciones para la entrega de la especie, y del precio: y del mismo modo se considera, que apreciadas las mejoras de Don Juan en 6y. ps. desde entonces quedaron vendidas, y su precio en poder del Marquès, para que por una ficcion de brebe mano, se haga pago del arrendamiento debido, hasta la concurrente cantidad, conforme à la Escriptura.

77. Para apartarse de esta Tassazion, necesitaba el Marquès redarguirla con algun defecto de solemnidad, ò por que fuese lesiva: y respondiendo à la oposicion lo executada de uno, y otro modo. El primero, diciendo, que no fuè citado; por que solo se le reconvinò, por el Ministro que llevò la Comission con una Carta; y lo segundo, por que las mejoras no valen mas de los 3y072. pesos, como lo manifiesta la segunda Tassazion, en que convino D. Juan con la nominacion de peritos; y lo que es màs, aver convenido en ella despues de executada.

78. Què al Marquès se le citase por Carta, es ageno de verdad, y lo contrario consta à fox. 342. donde se halla puesta la Comission por auto Judicial, y actuada à su pie la diligencia. Que Don Juan consintiese en la segunda Tassazion, y tambien en su precio despues de hecha, es igualmente ageno de verdad; por que aunque le hicieron firmar vn Escriito nombrando Tassador con la amenaza del mandamiento de la Reàl Sala del Crimen, sobre el petardo de los Soldados, de que se hizo memoria en el Num. consta à fox. 138. que contradixo la nominacion de Tassador, y la misma Tassazion del Escriito de fox. 137. fundando, que

que aquella era vna violencia à que le inducian con otras amenazas sobre que salia de proximo à esta Ciudad como en efecto vino à excepcionarse en la Reàl Sala del Crimen en virtud del Decreto de *Comparendo* cuyo hecho manifiesta que de ningun modo pudo quedar acorde Don Juan con el Marquès; porque si se hubieran convenido, huviera roto el Marquès el mandato de *Comparendo* en que subrogò los Soldados cuyo fin no era perseguir à Don Juan con la criminalidad, sinò respaldarse con ella para sacar mejor partido en el concierto de mejoras, y todas las vezes que le fue necesario actuar el mandamiento, es demonstracion de que no se convinieron.

79. Se ha presentado por parte del Marquès vn Testimonio de la Clausula Testamentaria de Joseph Gonzales Mayordomo del Obrage donde declara que Don Juan le debe 250. pesos por aquella primera tassacion motivandolo con decir que aunque se le dieron dos mozos solo el sabia el costo de las Obras que havia hecho por su mano. Esta declaracion de nada aprovecha; porque el dicho Gonzales para suponerse acreedor de la Tassacion, solo pone la diligencia de haver intervenido haziendoles demonstracion del costo que havia passado por su mano; pero no dice, que fue la Tassacion injusta, ni que se cargò allì mas de lo que verdaderamente fue impendido, y es cierto, que aquel Mayordomo concurriò à hazer toda essa demonstracion para que los Tassadores se dirigiesen, sin la qual quizà no hizieran el verdadero computo; y esta tambien es la causa por donde nunca pudiera valer la segunda Tassacion, como que D. Juan no concurriò à ella ni otra persona que le representase. Para que esto hiziese alguna fuerza, era necesario, que dicho Joseph Gonzales hubiese sido el Tassador nombrado por parte de Don Juan: entonzes debiera rezelarse que su Tassador fuese industrioso, y que el que se nombrò de oficio fuese negligente: pero si el Tassador nombra-
do

do por Don Juan fue Don Ygnacio de Rosas, y el que se nombrò por parte del Marquès fue Don Luis de Herrera, què importa que dicho Gonzales los redarguyese de inep-
tos, si à quien comprehende es al mismo que nombrò D. Juan? Ya se veè que esta es vna pressumpcion, conque Gon-
zales haze recomendable su inteligencia, pero si Don Juan
no tubiera mas confianza de D. Ygnacio que de su Mayor-
domo hubiera nombrado à este por su parte; en el infor-
me que hizo el Juez à este Superior Govierno à fox. 359. ex-
pressa que Don Luis de Herrera à quien nombrò de oficio,
era persona de la mayor inteligencia entre las de aquella Pro-
vincia, y estando conformes el dictamen del Juez por la
suficiencia de este Tassador, y el concepto de Don Juan por
el suyo, nada importa quo otro tercero los apoque à estos
quando no lo dice por concepto de verdad, ò punto de
Conciencia, sinò por interessarse en lo que pide; no por-
que presume que le hande pagar lo que no le deben; sinò
para no pagar à Don Juan muchas cantidades que le que-
dò debiendo de vnos Diezmos.

80. De las dos Tassaziones la primera fue solemne, y con-
sentida porque la rebeldia es tacito consentimiento. La se-
gunda no fue consentida por Don Juan, ni tacita, ni ex-
pressamente; porque antes fue contradicha, y protestada,
causando su escusa con todo lo que consta à fox. 138: de mo-
do que si alguna tiene à su favor la pressumpcion es la prime-
ra, y si esta puede redarguirse, mayores redarguiciones sufre
la segunda. Que otra puede ser mayòr que la de haver passa-
do à tassar las mejoras pendiente la apelacion interpuesta à
esta Reàl Audiencia conque el Juez quedò inhibido en su
jurisdiccion? El aprecio de los Tassadores no tiene fuerza
de sentencia, y solo vale por el consentimiento conque las par-
tes se confieren à otro juicio. Que consentimiento puede sa-
carle de vn acto contradicho con vna apelacion interpues-
ta? Si el Marquès ha dado vna informacion sobre que D.
Juan

Juan convino en el segundo aprecio despues que se noticiò, que estas son vnas diligencias actuadas sin citacion por el Marquès con Domingo Merellano à quien se llevò de esta Ciudad para esse efecto? Si ha presentado vna Carta que no se sabe si es de Don Juan pues no la ha reconocido, en ella misma se dice que tiene noticia de vn mandamiento de prission que lleva contra su persona, y que será lo que quisiere el Marques, porque no lo destruya con sus extorciones; y quien duda que esto no prueba consentimiento, sinò la misma extorcion à que se somete mientras no puede resistirla: y sirve tambien esta Carta paraque por ella se construya el valor de la informacion.

81. En la Tassacion del Marquès no es necessario saber otra cosa sinò que la defiende para suponerle que las mejoras valen los 3072. pesos 3. reales y medio, y tambien se sabe por ello que mas valen; porque si mas no valieran no se conviniera. Si las mejoras existiesen como fueron en su origen facil cosa fuera dirimir la question tassandose de nuevo, pero es menester suponer que vna obra que se hizo desde el año de 42. y que el Marquès la ha dexado decierta desde el año de 50, no puede estar à la mitad de su fabrica nueva que es la que mide el costo: y mas teniendose presente la calidad del temperamento en sierra, y la debilidad de los materiales que no tienen larga duracion. Pero sobre esto debe atender V. S. que el valor del Obrage arruinado era de 1500. ps. en que lo tomò el Marques: en el mismo dia que lo recibì consta por la Escripura que lo traspasò à Don Juan con aumento de 300. pesos que es el interès de 6000. en que se considerò à juicio prudente la refaccion del Obrage. El Marques lo arrendò como ruynoso, y lo traspasò à Don Juan como reedificado; esta refaccion es caudal proprio, y en los 300. pesos se lleva el Marquès el interès del caudal ageno; y quando le hace cargo de los 300. pesos en cumulo del arrendamiento, no viene apagarle

à Don Juan vn real por todas las mejoras; porque cobrandole el arrendamiento de su caudal proprio, le paga quasi los 3000. pesos con esta quimera imaginaria, en que tanto se perjudica Don Juan por el contrato, que aun abonadas las mejoras por los 6000. pesos pierde la mitad de este caudal quando se lo paga el Marquès con aquellos 300. pesos que no corresponden à la finca destruida, sinò à la finca en quanto mejorada con el caudal de Don Juan anticipado al Marquès para este efecto.

82. Esta consideracion conviene para que V.S. haciendose cargo del estado de la dependencia en el origen del contrato, y del estado de las mejoras que oy no pueden computarse, dirija su arbitrio teniendo presentes las reglas que previenen los Auctores. En el monton de trigo que se vende comenzando del cumulo para la mensura, donde el peligro es del Comprador, si el monton perece antes que conste el numero de mensuras, no se liberta el Comprador de pagar porque ya no pueda medirse y à falta de pruebas concluyentes se suple, ò por arte Geometrica si consta el lugar que ocupaba, ò por arbitrio. Marco Antonio Sabell. en el §. *Peritia* propone al *num.* 3. la Doctrina conteste en los Auctores, de que las Tassaziones se deben hazer no solo por los peritos nombrados por las partes, sinò que se les debe citar à las mismas partes con el dia y hora para su intervencion sin cuyo requisito es nulo el aprecio. En el *num.* 4. dice que si se redarguye de esiva se han de tomar otros mas peritos, mas quando no puede dirimirse por este medio, ò porque los peritos faltan ò porque falta la especie, propone al *num.* 6. el modo de dirimir la diferencia regulando el arbitrio entre las Tassaziones infimas y supremas. La que se hizo à pedimento de Don Juan fue solemne sin redargucion; La que se executò por el Marquès fue redarguida, contradicha, apelada, violenta, y sin intervencion de Don Juan. Si las obras existieffen despues
de

de dies años como fueron en su principio y costo, pudiera repetirse vna nueva Tassazion conque se dirimiera la diferencia de ambas Tassaziones, y entanto quedara la execucion suspensa, porque quando consta ciertamente que de vna cantidad de cargo liquido se hade rebajar otra cantidad que no es liquida, sin que se dude de la revaja aunque no aparece quanta sea, no se puede executar el liquido de la obligacion; porque lo liquido se haze iliquido por la deducccion cierta de lo iliquido segun las Doctrinas que recoge Cyriaco. Tom, 3. Controvers. 424. à num. 36. *vsq. in finem*. De cuya naturaleza es esta dependencia; porque aunque no constase quanto valen las mejoras, por la misma Escripura consta que su valor, el que fuesse, se hade revajar del todo del arrendamiento, y que no debe de arrendamientos todo lo impendido en las mejoras: Pero como estas no existen en su especifica forma, ò se deben estimar como se apreciaron à pedimento de Don Juan, ò quando huviesse alguna duda entre vna y otra Tassazion debe cortarse por arbitrio.

83. De todo lo dicho consta, que el cargo del Marquès solo llega à la cantidad de 12y720. pesos 6. reales y medio como vò fundado en la primera y segunda parte de este informe: y teniendo exhibidos en dinero, Celsion aceptada, y mejoras 19y356. alcanza Don Juan en 6fl635. pesos vn real y medio en la misma conformidad que manifiesta la quenta que se propuso por principio de esta tercera parte: con cuyos meritos espera Don Juan se le absuelva de la execucion condenando al Marquès en las costas, y con reserva de los perjuicios. Estud. y Julio 8. de 1752.

D. D. Miguel Valdivieso
y Torrejon.

