



P O R
E L C O N C E I O D E
P I E D R A T A I A D A .

A d D u b i a r e s p o n s u m .

E O Quod Don Michael de Gurrea, non dedit intra sex menses Iuratis de Piedratajada, instrumentum publicum Comandæ, in eorum favore concessum, per uniuersitates locorū de Alcala, y Agüero, non videtur agere potuisse ad rescissionem concordie, siquidem partium expressa conuentione in hūc casum, alia pœna fuerat aposita nempe, quod pensiones censualium interim non soluerentur, hac adito, hasta que entregue dicha Comãda, quia casus non tradendi Comandam, habet iam pœnam certam, ex pacto partium, nec potest illa variari accedit hijs, quod verba conuentionis, hoc etiam innuere videntur, quod si potest lapsum dictorum sex mensium Comandam tradiderit, ex die traditionis censualium pensionis debeant igitur non licet hominibus de Piedratajada, contractum rescindere prætextu instrumenti non traditi

E Ste dubio respecta a la reuocacion, el assumpto del es dezir, q̄ por q̄ ay pena señalada, ex conuentione partium, no se pudo rescindir. Pero respondo, que conforme a drecho, es sabida la diferencia que ay de los contractos nominados a los innominados, que los primeros no pueden rescindir se por defecto adimplemento, ex vulg. leg. in ciuile, C. de rei vindicatione, sed potest agi ad adimplementum: Pero en los contractos innominados, datur locus rescissioni, ex c. causa data, causa non secuta, leg. si n. ff. de conditione causa data, causa non secuta, leg. si cum fundum, C. de pactis inter emptorem, & venditorem, Crauet. conf.

Respuesta a las Dudas

Supuesto este principio, que en derecho no tiene disputa, para satisfacer al dubio que V.S. a comunicado a esta parte, es necesario premitir la clausula de la concordia, que stipularon el Marques de Na-uarrens, y el Concejo de Piedratajada, que es del tenor siguiente.

¶ *Item es pactado entre las dichas partes, que atendido que los bienes del dicho señor Don Miguel de Gurrea, son bienes vinculados, y que lo está tambien el dicho termino de Tabernas, en fauor del successor en su casa, y que podrian los successores dexar de cumplir con la presente concordia, que aya de hazer, que con efecto se obliguen los Jurados, y Concejos de los lugares de Calcala, y Agüero del dicho señor Don Miguel, en fauor de los Jurados, Concejo, y Vniuersidad de Piedratajada, en vna comanda de 3000. lib. laqueras, y que les ayan de otorgar dichos Jurados, y Vniuersidad de Piedratajada, reconocimiento, que no se valdran de dicha comanda, ni parte alguna dello, sino en caso que se faltare a la presente concordia, por hecho del dicho señor D. Miguel, o de los suyos successores, en la dicha su Casa, y Estado, y no en otro caso alguno, para lo qual se da tiempo al dicho señor Don Miguel de seys meses, dentro de los quales aya de dar dicha Comanda, sacada en publica forma a sus costas, y no dandola, que no se le pague, en el entretanto ninguna de las pensiones de los dichos censales, que los dichos de Piedratajada de dichos 4000. suel. que se cargaron en su fauor, buieren corrido, y corrieren, hasta que entreguen dicha Comanda.*

¶ *I T E M es pactado, que en caso de rescission de la, presente concordia, por hecho de dicho señor Don Miguel, y los suyos, vltra y a mas de la pena que por ello tiene dicho señor D. Miguel, y los suyos, su merced, ni los suyos, no puedan cobrar las pensiones de los censales que en su fauor se cargan, antes bien aquellos desde agora para entonces queden cancelados, y extinctos, como si otorgados no buieran sido.*

El assumpto desta obligacion, bien se hecha de ver, que fue a solo beneficio de Piedratajada, porque considerando, que la Casa del Marques era vinculada, y que podia ser, que el successor en ella no quisiese continuarles aquel assiento que hazian con el Marques, y que assi mesmo podia ser, que el mismo Marques faltasse al cumplimiento del, y que ellos quedauan obligados en los censos, ocurrieron a entrambas cosas con que el Marques hiziera, que sus concejos se obligaran en la comanda mencionada en la concordia.

Pero porque esta comanda no auia de seruir, sino tan solamente en
segu-

Por el Concejo de Piedratajada. 3

seguridad y resguardo desta concordia, se pactò, que Piedratajada hizielle reconocimiento a la Comanda mencionado en la concordia, prefigiendole, y prescriuiendole tiempo, dentro del qual huuiesse de hazer otorgar la comanda a sus concejos, y el la huuiesse de dar sacada en publica forma a costas suyas a Piedratajada, con esto, que no dandola, que no se le paguen en el entretanto, ninguna de las pensiones de los dichos censales, que los dichos de Piedratajada de dichos 4000. suel. de pension, que se cargaron en su fauor, huuieren corrido, y corrieren, hasta que entregue dicha comanda. Estas palabras son las que se ponderan en el dubio grauemente, diziendo, que pues Piedratajada se cautelò, para en caso que el Marques faltasse al cumplimienio de lo que el tenia, y deuia hazer y cumplir, y prometio que harian y cumplirian sus concejos, con aquella pena que le pusieron, de que entretanto no le corriesen las pensiones anuas, son vistos auerse apartado de la facultad in viam iuris communis, de poder descindir.

Sed venia dixerim, senatus cercius multo est, per appositionem pœnæ, & prouissionem hominis particularem partes, non recessisse a prouisione iuris communis ordinaria, vt bene *Franciscus Bec.* conf. 82. num. 20. in p.

Crauer. vidend. conf. 442, nu. 2. 4. 5. & 6. vbi concludentes rationes reddit.

La primera, que la regla quod per prouissionem hominis censetur recessum a prouisione legis, procede quando prouisio legis competit iure espetiali non iure ordinario, vt ex pluribus probat, ibi num. 2.

La segunda razon es, quia per prouissionem hominis non censetur recessum a prouisione legis, nisi apareat factum fuisse animo nouandi, & recedendi a prouisione legis, aliàs secus, ex l. 4. § si ex conuentione, ff. de re indicata, allega. *Craue. a Bald. conf. 329. vol. 1. qui est videndus.*

La tercera razon es, quia prouisio hominis non tollit prouissionem legis, quando retorqueretur prouisio, hominis in odium ipsius pro quo posita fuit in maiorem prouidentiam.

La quarta razon es, porque tunc dicimus recessum a prouisione legis, ita pulchre, *Herculan. in l. 4. § si ex conuentione penult. col. 2. et in 2. p. ff. de re indicat. alias enim non nouatur per prouissionem hominis prouisio legis, vt optime Vincen. de Franc. decis. 155. n. 9.*

Surd. qui grauter (vt assolet) punctum tetigit, conf. 339. n. 25. 26. vsq; ad 29. Hypo-

Respuesta a las Dudas

Hypolito Riminaldo, *conf. 398. lib. 4.* suplico a V. Señoria se vea, porque ami ver, creo se hallaràn pocos mas puntuales para este punto, y en la sujeta materia de esta concordia; fue el caso, que vn artifice se obligò a vn Comissario, quod per totum diem sextũ, mensis Octobris futurum propriis expensis conduceret aquam canalini centi ad flumen Regni, ita quod possit pro vno calmerio, & libello videri eã haberi discursu, &c. Y para la satisfaccion de esta obra, que se nombrasse vn perito, el qual huuiesse de dezir, quedava en toda perfeccion; y pùsose por pena: que en caso que este artifice no diera por bien hecha aquel conducto de Agua, o Noria, *Promissit dictus Angelus restituere dicto Comissario, Scutos 50. ea de causa receptos, à Capse rio dicti Reuerendi Domini Cardinalis.*

Conuinieronle sobre la restitucion desta cantidad a este artifice, y el se escusaua diziendo, que la pena o pacto fue para en aquel caso particular. A saber es, si despues de hecho el conducto, o noria, el perito que se nombrasse, no le diesse por bien hecho, segun las reglas del arte, y q̃ no estauan en este caso, por quanto cum non perfecit Albeũ prout promissit, y que estuuo impedido facto iudicis de hazerlo, y q̃ se le prorogò el tiempo para darlo hecho, y quasi no estaua en el caso del pacto de la restitucion de aquella cantidad.

Riminaldo à num. 13. in vers. *sola superest difficultas in tolendis moti-uis supra relatis*, dixo assi, quod igitur attinet ad primum, dico, quod licet casus repetitionis expressus in instrumẽto fuerit, quod casu, quo perperitum eligendum non approbaretur, nec laudaretur discursus, & caducitas aquo dicte canalini in flumen Reni factus per Angelum teneretur restituere dictos scutos quinquaginta Comissario, nihilominus etiam repetitioni locus esse debet in casu conductus, & discursus aquæ non plene, neque perfecte absoluti, sed talis casus remãsit in dispositione iuris communis, videlicet vt datum ob causam repeti possit per conditionem, ob causam non scutam casus est valide notabilis, in l. si extraneus, ff. de cond. ob causam, vbi dicit Vlpian. quod si extraneus pro muliere dotem dedisset, & pactus esset, vt quoquo modo finitum esset matrimonium, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiæ secutæ, quia de his casibus solum modo fuerit conuentum, qui matrimonium sequuntur, nuptiæ autem secutæ non sint, querendum erit, vtrũ mulieri condictio, an ei qui dotem dedit competat, & verisimile est

Por el Concejo de Piedratajada. S

est in hunc quoque eum, quidam sibi prospicere voluisse, nam quasi causa non secuta habere conditionem, qui ob matrimonium debet matrimonio non coputato, & rationem illius decisionis explicant, *Castr. Alex. las.* & omnes nam sicuti dans dotem pacto appposito de restituendo sibi, si matrimonium contrahendum postea solueretur, voluit donare in eo casu magis favorabili, credendum est, eum quoque noluisse donare, in casu non secuti matrimonij, qui casus est minus favorabilis, sed talis casus remaneat in dispositione iuris communis, quo caveretur, ut datum ob causam de futuro, ea non secuta repetatur, per conditionem, ob causam, & ideo bene *las.* ibi numero quarto notat, ex illo textu, quod provisio hominis non facit cessare provisionem legis ordinariam, *l. fin. C. de pact. conven.* & ibi not. *Bart.* & alij in *l. in provinciali, S. i. ff. de oper. non nunc.* sic enim in casu nostro, dici debet ad vnguem, quod sicut commissarius, qui dedit pecuniam Angelo, ob conductum, & discursum aque canalini, centi in flumen Reni noluit eam donare Angelo, sed eam voluit sibi restitui, ubi conductus, & discursus aque, non approbaretur, neque laudaretur per peritum, qui erat casus magis favorabilis Angelo, ob totum conductum effosum, pariter est credendum, quod Commissarius noluerit ei donare in casu conducti, non effosi plene, ab vno extremo ad aliud inclusive, qui casus est minus favorabilis Angelo, ex quo perfecte non implevit, quod promississet, sed talis casus debet remanere, in dispositione iuris communis, ut datum per commissarium, ob causam, quod remedium ordinarium non fuit sublatum per provisionem factam instrumento, vno meo iudicio, nihil aptius, aut melius illo textus potuisset inueniri, ad resolutionem motui, licet elegantissime propositi, & hinc cessant, quæ dicebantur de repetitione, sub conditione, si peritus eligendus, non approbaret discursum, quæ non fuit purificata, nam concedo, sed non inde sequitur, quin alia via repetitioni, sit locus, veluti data pecunia ob causam non secutam, quæ repetitioni pariter locum facit. Este Consejo es tan decisivo y puntual, quanto el mismo muestra, con que parece quedara bastantemente satisfecha esta parte, del dubio en que dize, que por aver puesto pena, fueron vistos los contrayentes renunciar la facultad de recindir, que comperia de derecho común.

Pero para mayor satisfacion del dubio se dize, que con esta concordia y pacto se obligò el Marques à dos cosas: la primera, a que sus con-

cejos se obligarian en la cantidad de la comanda, dentro de seys meses, ibi: *Que aya de hazer que con efecto se obliguen los Jurados, y Concejos de los lugares de Alcala, y Agüero, del dicho señor Don Miguel, en favor de los Jurados, Concejo, y Vniuersidad de Piedratajada, en vna comanda de tres mil libras.*

A esta obligacion que auian de hazer los concejos del Marques, corresponde otro hecho del Concejo de Piedratajada, en seguridad dellos, ibi: *Y que les ayan de otorgar dichos Jurados, y Vniuersidad de Piedratajada, reconocimiento que no se valdran de la dicha comanda, ni parte alguna de ella, sino en caso que se faltare a la presente concordia, por hecho de dicho señor Don Miguel, o los suyos successores, en la dicha su casa y estado, y no en otro caso alguno.*

Hasta estas clausulas, no auia señalado tiempo para el cumplimiento de lo que al Marques le tocaua hazer, y cumplir, como era, que sus concejos se obligassen en dicha comanda, ni tampoco auia señalado termino, dentro del qual el Marques diessse sacado en publica forma, el instrumento de comanda, todo esto lo pacta, y conuienen en la clausula siguiente, ibi: *Para lo qual se da tiempo al dicho señor Don Miguel de seys meses, relatiuum enim illud: Para lo qual se da tiempo al dicho señor Don Miguel, de seys meses, mira a su antecedente, que fue el hazer, que los Concejos de Alcala, y Agüero, se obligassen en dicha comanda, neque enim aliud in pactum precessit, ad quod referri posset.*

Quisieron mas, no solo, que el Marques, hiziesse, que sus concejos se obligassen en la comanda, dentro de los seys meses, sino tambien, que dentro de los mismos seys meses, la diessse el Marques sacada en publica forma a sus costas, ibi: *dentro de los quales aya de dar dicha comanda, sacada en publica forma a sus costas.* Y aunque es verdad que podia ser faltar el Marques, a lo mas principal, que era hazer, que sus vasallos otorgassen la comanda dentro el tiempo de los seys meses, que es en lo que principalmente interessaba el Concejo de Piedratajada, por el riesgo q auia que dichos Concejos no contraiesen otras obligaciones y ypotecas, y assi viniessen a ser posteriores en tiempo, al hecho de no darseles y entregarles en publica forma a sus costas la comanda, pusieron la pena de no le pagar las pensiones en el entretanto. No a la primera parte de la obligacion, porque se constituyó el Marques

Por el Concejo de Piedratajada. 7

Marques, que fue de dar obligados a sus Concejos, ibi; *Y no dandola, que no se le pague en el entretanto ninguna de las pensiones de los dichos censales, que los dichos de Piedratajada de dichos 40000. sueldos huieren corrido, y corrieren hasta que entregue dicha Comanda, Verba enim illa, y no dandola, como V.S. inter informandum dezia, comprehensiuas fueran, assi del caso de no le auer hecho otorgar a los Concejos dentro de los seys meses. Pero dizese por esta parte, q̃ estas palabras no se pueden referir sino al caso de no la dar sacada en publica forma dentro de los mismos seys meses, en que se auia de hazer, y otorgar por los lugares de Alcala, y Agüero: porque dixo la clausula, que para hazeila otorgar le dauan seys meses de tiempo. Y luego pone el segundo caso diziendo; Dentro de los quales aya de dar dicha Comanda sacada en publica forma a sus costas; y luego inmediatamente se sigue la cominaciõ de la pena, a este hecho, ibi, y no dandola, que no se le pague, ecce ergo, que la pena solo se puso al caso inmediato de no dar sacada en publica forma, no al caso primero inmediato de no se otorgar, por sus Concejos, dentro de los seys meses. Y assi como estos dos casos diferunt, & distinguntur inter se, assi tambien los contrayentes los tuieron por distintos y diuersos, hablando y stipulando de diferente manera, en el de no dar la comanda sacada a sus costas en publica forma el Marques, porque le pusieron la pena de cessacion de las pensiones, no al otro caso de no la dar, otorgada dentro de los seys meses, ya porque no le advertieron, o ya porque no quisieron, porque como dixo bien *Surd. decis. decis. 202. nu. 9. & 10.* no ay que indagar, porque mas en este caso, que en el otro, sino que lo quisieron assi.*

De aqui es, que solo el caso de no auer dado la comanda dentro de los seys meses, tuuo pena, no el otro de no auerlo hecho, otorgar a sus Concejos, dentro de seys meses, que es porque se sustenta tambien la rescision.

Ni obsta dezir, que tiene repugnancia, y incompatibilidad dezir, que cessasse la paga de las pensiones, en el entretanto que no entregasse dicha comanda, y que por no auer cumplido in tempore se pudiesse rescindir, y que los mismos DD. que se allegan por esta parte, confiesan, la regla, quod per prouisionem hominis non receditur a prouisione legis, se allanan a entender, que no procede quando es en el mismo caso, o quando ay repugnancia, vt per relatos a *Fontan. 2. p. pag. 318. num. 51. & 56.*

Ref.

Respondese, que esso procede quando prouiso hominis est prae-
tisse derogatoria prouisionis legis, non quando est cumulatiua, cum
prouisione iuris, fue distincion de *Vincen. de Franc. decis. 155. num. 9.*
per Seraph. decis. 829. num. 3. & 837. num. 2.

Nunquam tamen maior prouidencia, hominis tollit prouidentiam
legis, vt dicebat in puncto, *Bal. d. conf. 329. ad fin. vol. 1. ex ratione indi-
ca ibi.*

En este caso no ay repugnancia, porque como el Concejo de Pie-
dratajada non necessitatur a rescindir, por el defecto de los adimple-
mentos del Marques, sino que el derecho lo permite, y queda en su fa-
cultad del, rescindir, o no rescindir, ni quisiere, y no rescindiendo, fuer-
ca fuera que le corrieran las pensiones de los censos, en que ellos es-
tauan obligados al Marques, sino pusieran este pacto, pues esta pena
con que se cautelaron, de que no les cortiessen las pensiones, hasta que
entregasse dicha comanda, es para el caso que no rescindiendo los con-
cejos corrieran pensiones, y para impedir el curso de las pensio-
nes, las quales secluso pacto corrieran, y esta pena solicitasse el Mar-
ques, viendo que perdia aquellas anuas pensiones, hasta que entregue di-
cha comanda, a que se les entregasse.

Nullus tamen D.D. dixit, que este pacto tenga incompatibilidad co-
la facultad que el derecho me da, de poder rescindir, neq. enim hu-
iusmodi casus, ad idem factum tendunt, & sic cessat incompatibilitas,
per apositionem poenae, arg. tex. in l. causam, S. ancillam, ff. de manumissio.
bene Anto. Gabr. tit. de regul. iuris, concl. 8. num. 11. quem Calepinum iu-
ris merito apellasse, Joseph. Ludou. decis. Perus. 66. num. 7. referi Fontanel.
d. 2. p. pag. 418. num. 57.

Lo otro, porque en los terminos desta capitulacion, toda esta dis-
puta cessa, porque expresse quisieron las partes poder rescindir,
por hecho del Marques, no obstante la pena en que incurria, faltan-
do a ella, vt expresse probatur in clausula finali, supra inserta, ibi: Item
es pactado, q' en caso de rescision de la presente concordia, por hecho del señor D.
Miguel, &c. y luego, vltra y a mas de la pena que por ello tiene dicho señor
D. Miguel, y los suyos, su merced, no los suyos, no puedan cobrar las pensiones de
los censales que en su favor se cargan. No se contentaron con que no se
pudiessen pedir, sino que para toda seguridad suya quisieron, ibi: antes
bien aquellos desde agora para entonces, queden cancelados, y extinguidos, como si
otorgados no huieran sido.

En

Por el Concejo de Piedratajada. 9

En esta clausula se pondera lo siguiente.

Lo primero, que expreſſamente dixerón, que en caſo de recisión de la preſente concordia, por hecho del ſeñor Don Miguel, ergo partes expreſſe declarant, que eſta concordia eſt recifible, por algun hecho del Marques, aliàs enim, no ſeria verdad dezir, *que en caſo de recifion de la preſente concordia, por hecho del ſeñor Don Miguel, nam caſus recifionis, ſupōit ad eſſe potenciam recifdendi neceſſario, ad reg. tex. in l. decem, ff. de verb. obligo. vulg. l. eius, qui in prin. ff. de reb. credit. nam actus diſponendi ſupōit potenciam diſponendi, ſine qua ad actum perueniri non poſſet.*

Lo ſegundo, porque dizen, *Ultra y a mas de la pena que por ello tiene dicho ſeñor Don Miguel, &c.* Et ſic facta expreſſa mentione poenæ augmentatiue, ibi: *Ultra y a mas,* quæ earum natura augment, & ampliant.

Y añaden nueva pena, que aun no la auian impueſto en el preceſſente capitulo, porque en el antecedente ſolo le ponian por pena, la ſuſpenſion del caſo de las penſiones, ibi: *Y no la dando, que no ſe le pague en el entretanto ninguna de las penſiones,* y luego deſpues, *hasta que entregue dicha comanda.*

Pero no ſe dieron por bien cautelados con eſſo, y aſi en eſta clauſula, o capitulo final dizen, *Ultra y a mas de la pena que por ello tiene dicho ſeñor Don Miguel.* Por eſtas palabras ſe prueua, que la pena que aqui pretenden aumentar, la ponen retentis eiſdem caſibus, in quibus conſtituta erat prima pænā, augmentum enim ſemper intelligitur in terminis, rei cui accedit, quia habet ſe, vt comparatiuum reſpectu poſitiui.]

Lo ſegundo ſe ponderan las palabras, *Ultra, y a mas de la pena,* quæ ſunt ampliatiua.

Lo otro, porque eſta ampliacion eſt con expreſſa mencion de la pena impueſta en el antecedente capitulo, de no poder pedir las penſiones de los cenſales, ibi: *No puedan cobrar las penſiones de los cenſales, que en ſu fauor ſe cargan,* añaden de nuevo lo ſiguiente, ibi: *antes bien aquellos desde aora para entonces queden cancelados, y extingctos, como ſi otorgados no huuiſſeran ſido,* donde las palabras desde aora para entonces, faciunt vnū tempus alteri inſeparabiliter ineſſe.

Mucho mas con las inmediatas a eſta, como ſi otorgados no huuiſſeran ſido.

Y por la lectura de la capitulacion le conſtò a V. S. notoriamente

C que

que las palabras, *Ultra, y a mas de la pena*, desta vltima clausula no pueden hazer relacion a otra pena, que a la del capitulo contencioso, y en los caso, o casos del; porque para ninguno otro se halla puesta pena.

Ex quibus probasse satis concludenter apparet per appositionem poene partes non recessisse a prouisione legis, & facultate recin-

dendi.

SECUNDVM DVBIUM.

PRÆTEREA declaratio presentis Iurisfirmæ petita pro parte Don Michaelis procedere videtur supposito, quod & concilium hominum de Piedratajada in possessione semper fuit rerum, de quibus in concordia, & Don Michaelis de Gurrea ab eisdem pensionem censualium recipit.

ESTE Dubio, como del resulta, concierne a los meritos con que el Marques pretende que se ha de declarar esta firma, y haze dos fundamentos, el vn es, dezir, que procede esta declaracion supposito quod concilium hominum de Piedratajada in possessione semper fuit rerum, de quibus in concordia: porque despues de auer rescindido tuuo siẽpre puesto el Açud en la parte del rio que alinda con el termino de Tabernas, q es del Marques, vso del beneficio del agua por medio de esse Açud, como antes de la rescisión tuuo la sirga puesta a la parte del termino del Marques: con lo qual fue vista no obstante la rescision instrumental factis, perseverar en la misma concordia, y capitulacion.

Señaladamente porque assi mesmo despues de rescindido, & Don Michaelis de Gurrea ab eisdem pensione censualium recipit.

Para proceder con buena distincion, y porque en la declaracion, y sus constitos V.S. no tiene que atender, a si la parte que suplica declaraciõ podra verificar sus constitos, porque esso va a su riesgo, si tan solamente atiende V.S. a si los constitos que se allegã son relevantes, o no, probare (a mi sentir) con euidencia que dexado lo que contra los cõstitos del Marques se dze en nuestra rescipcion, y lo q despues he de tratar en la subdeclaracion, no procede quando sean assi como lo articula, y los presupone.

Diosenos

Por el Concejo de Piedratajada. 11

Diosenos por duda a Graciano *diceptione Forensium* 301. nu. 36. & sequent. & nu. 52. & 58.

Pero respõdesse, y la primera respuesta sea, *ex eodem Gracian. ita se declarante num. 54. & 55.* que como esta remission per recepcionem fructuum pende ex voluntate recipientis quæ colligitur ex actu, non debet extendi ultra, quam ex ipso actu de necessitate inferatur, l. i. §. *siquis ob inter dicto vers. quo usq; ingresus est ff. de itinere actu que priuatu. Nat. cons. 77. n. 14. & 15. Surd. cõs. 52. nu. 73. & decis. 317. nu. 21. ad medium, vers. adde pro re parte, ex quibus imo infert Gracian. ex ista receptione non inferri remissionem ex necessitate.* Porque pudo haberse duplici intentione, vel animo renunciãdi caducitati, vel non renunciãdi, y que en duda potius debemus interpretari pro exclusione renunciationis, allega à Butrio, y a Imola in cap. *potuit n. 46 de locatu quibus addo decisionem Domini Regentis Leon 2. par. decis. pag. 394. n. 193. Vbi allegat in terminis Craueti cons. 618. n. 9. & cons. 622. num. 16. lib. 4. Grabelem cons. 154. lib. 1.*

Lo otro porque aun en terminos de drecho hizieron distincion los Doctores en la questio *an per receptionem canonis*, se ha visto remitir el Señor la caducidad; an receperit canonem post quam incidit in commissam, sed ante declaratam caducitatem a Domino (quia illa nõ incurritur nisi eo volente) an post declaratam caducitatem primo casu per receptionem canonis visus est remisisse causam declarandi præteritã non futurã caducitatẽ; Pero quãdo recibe el canon post declaratam caducitatis, est videndus pro distinctione, *Cyn. in l. 2. C. de iure emphyteotic. Ioan. de Imol. in c. potuit a num. 36. 37. & 38. de locat.* Aplicandolo al caso presente, el auer continuado Piedratajada en los vsos del agua del rio, agud, y en el tener sirga, ni el auer pagado las pensiones al Marques despues que el faltõ al dar la comanda dẽtro de los seys meses, ni el auerle pagado despues las pensiones de los censos, no les priuõ de la facultad de rescindir, como ni el Señor se priuõ post declaratam caducitatem, de expelirlo al emphyteota post receptionem pensionis.

Lo otro, porque auer pagado, solo se induce renunciacion para no repetir las pensiones pagadas, no obligacion de auer de pagar en adelante, *Surd. decis. 37. n. 14.*

Señaladamente despues que rescindieron, porque como por la rescission

cission quedò extinguida la concordia, y los censos, porque en caso de rescission por hecho del Marques, vltra de la pena de no correr las pensiones (como queda dicho) pusieron otra pena en la clausula final, de que quedassen extinguidos, desde agora para entontes, como si se huieran otorgado, semel extinguida concordia, per rescissionem censualia, que simul cum cõcordia, ex pacto partium, quisieron que fuesse como si nunca se huieran otorgado, aunque despues continuaran en pagar, no podia reuiuir la obligacion, semel per rescissionem extinguida, vt in vim illorum, puedan ser compellidos a pagar, y no pagando, prenderlos, ni executarlos en fuerça dellos.

Porque disputando los DD. an semel præscripta legitime libertate soluendi, si reuiue ex solutione pensionum obligatio, per prescriptionem semel extinguida, ex nouo consensu elicitio per solutionem plurium pensionum, y resueluen que no, porque pues aquella primera obligacion de pagar las annuas pensiones, se extinguió, mediante la prescripcion, es imposible que despues que semel adquirio la libertad de no pagar per prescriptionem, aquella primera reuiua, sino es que sea por otra nueva rescricion de pagar por otro tanto tiempo, como se prescriuió la libertad de no pagar esta fue doctrina de Bald. in cap. cum accisissent de constitutionibus, vbi Decij num. 19. & Felin. num. 33. quos in puncto refert Fontanel. 2. par. pag. 771. num. 47. vbi quod est nova creatio obligationis, & nouum principium, & esse illius, & quod non dependet ex eo, quod prius erat, sed ex noua voluntate, & ex nouo facto incipit esse: late Casana. in cons. 26. n. 38.

Y assi dixo Azuebed. tit. de las prescrip. lib. 4. pag. 335. pro cõplemẽto, dize, que si vn instrumento guarentigio está prescripto, y despues de prescripto, el deudor reconoce la deuda, que no pueden conuenirle, ni executarle por aquella primera obligacion, porque aquella executiua y guarentigia se acavò, y la que resulta de la confesion y reconocimiento que el deudor haze, no basta, ni es suficiente para que reuiua aquella obligacion, primera guarentigia que se extinguió, mediante la prescripcion.

En tanto es esto verdad, que dixeron Bruno in tractat. de refectione, n. 6. & 9. Casanat. d. cons. 26. num. 39. que si in actu creationis censualis aliquæ solemnitates requiruntur, eadem sine dubio necessariae sunt in ista reuiuiscencia, ex quo est noua obligatio. simile est exemplum de
ratifi-

ratificatione contractus nulli, quæ requirit easdem solemnitates, quæ in illius celebratione requiruntur; ex quo nobis contractus per ratificationem dicitur fieri. *Osasc. decis. 166. num. 13. Gama decis. 356. n. prim. Cornacano decis. prim. num. 16. Farin. decis. 204. num. 101. in 2. volum. Ioseph Ludouicus conclus. 14. ilatione 146. Manic. de tacitis, & ambiguis conventionibus, lib. 2. tit. 6. num. 51. tom. 2.*

De todo lo dicho queda formiter respondido al fundamento mas principal de la declaracion a esta firma que suplica el Marques de Nauarrens. Porque dize que no se le impida el executar al Concejo de Piedratajada, en virtud destos censos, constando que despues de auer recindido se han estado en el gozo de dicho Acud, y tenido la barca, y vna estaca para la sirga, fixada en el termino de Tabernas, y que despues le han continuado en pagar dichas pensiones, porque despues que se recindio la Concordia por defecto de adimplimento del Marques, aunque huuiessen pagado en virtud de la obligacion destos censos que otorgaron, no pueden ser conuenidos, ni obligados a pagar, porque de la manera que extincta vna obligacion guarentigia, y privilegiada præscriptione, aunque despues el deudor instrumentalmente reconociese la deuda, no se puede mandarle executar en virtud de aquella primera obligacion guarentigia que fue ya semel extincta, sino que a lo sumo podria ser conuenirle por la confession, y nuevo reconocimiêto de la deuda via ordinaria. Mucho mas quando usando la parte de la facultad que por pacto tenia de rescindir rescindio, asì extinguió aquella obligacion, no puede tener la parte del Marques, por auer pagado (como allega) el Concejo de Piedratajada, obligacion de censos; puesto que para la ratificacion, o reuiuiscencia de essas obligaciones de cêsos se pide la interuencion de las mismas personas, y con las mismas solemnidades que se requieren in creatione census, vt præter allegatos sup. *Fontanel. dicta 2. part. pag. 771. num. 48.*

Y porque esto no carezca de autoridad de cosa juzgada, allego el exemplar tan controuertido en esta Corte, y en la Audiencia en el processo Ioânis Mathæi de Biellsa vezino de Balbastro & me informante se reuoco la aprehension

Fue el caso, que en virtud de vna manda de capitulos matrimoniales que juntamente con su padre hauiá hecho y Geronimo de Biellsa

mi parte a su hermano Iuan Mateo Bielsa, dicho Ioan Matheo de Bielsa le otorgò carta en fin de pago de 17000. sueldos, y así se extinguió la obligacion de los capitulos matrimoniales *principio institutionum quibus modis tollitur obligatio.*

Y con esta apoca se pareció en proceso, segun el fuero de aprehensionibus, año 1585. y suplicó quitar las señales Reales, & responderi de fructibus, &c. Reseruóse esta pronunciacion para la definitiva, pero pidióse reuocar, porque no era reservable en la definitiva, segun dicho fuero.

Y viendose la parte del aprehendiente conuencida con esta carta de pago, que extinguia la manda de la capitulacion, exhibió vna nueva concordia, otorgada despues de dicha carta de pago, en que el dicho Geronymo de Bielsa mi parte, confessaua deuersele, por resta de la capitulacion matrimonial 17000. suel.

Pero esta parte replicó, que aquella obligacion de la capitulacion matrimonial con que aprehendió Iuan Mateo Bielsa, de tal manera estaua extinguida por el apoca que el auia otorgado en fin de pago, que aunque despues Geronymo Bielsa mi parte, en la concordia que se hizo, confessó estas palabras, *que se le restaua deniendo 17000. suel. de la capitulacion matrimonial a su hermano*, pero que no era poderosa esta confesion, para que en virtud della Iuan Mateo Bielsa aprehendiente, pudiera aprehender por las clausulas de la capitulacion primera, sino a lo sumo, para que le conuiniera via ordinaria, y lo obtuue, y gane, y se reuocó la aprehension.

Pues señor, esto en mas fuertes terminos se juzgó, porque era confesion instrumental la que mi parte hizo, despues del apoca de fin de pago, que su hermano auia otorgado, y con todo esso se entendió, que no podia aprehender en virtud de las clausulas de la capitulacion matrimonial primera, este negocio fue muy contencioso, sed tandem obtinui non obstante confessione instrumentali debiti contra precedentem apocham.

ARTICULO SEGUNDO.

Ve quando procediera la declaracion del Marques (quod absit) se deuia sub declarar, como por esta parte se articula, en la rescripcion siguiente.

Por el Concejo de Piedratajada. 15

Rescripcion a la declaracion dada por el Marques, y
subdeclaracion desta parte.

QVE dichos Jurados, Concejo, y Vniuersidad, y singulares personas, vezi-
nos y bobitadores de dicho lugar de Piedratajada en 16. de Iulio del pre-
sente año 1625. instrumentalmente recindieron la concordia hecha entre el di-
cho Illustrissimo señor Marques y don Miguel de Gurrea de una parte, y los
princ. de dicho Procurador de la otra, de que se trata en el presente processo,
por no auer cumplido su Señoria, ni entregadoles la comanda dentro del tiem-
po que conforme dicha concordia tenia obligacion, segun que por dicha res-
cripcion parece.

Otrofi, por quanto dicho lugar de Piedratajada, luego como hizo, y otorgo
dicha rescision, è antes del mes de Agosto proximo passado quito, y desato la
sirga de la barca, que estaua atada en la estaca que estaua hincada en los termi-
nos de su Señoria, de la parte del rio Gallego, sin que desde entonces hasta de
presente se aya buuelto a atar, ni vsar de dicha barca.

Otrofi, por quanto al tiempo, y quando se dize por la parte aduersa en su aser-
ta declaracion, que se requirio al Jurado de Piedratajada, resciniesse la co-
manda, dicho Jurado respondio en dicho acto, que no auia ya lugar el rescui-
lla, por estar ya rescindida dicha concordia.

Otrofi, por quanto a mayor cautela, por no poder entrar a derribar la parte
del Açud que estaua en los terminos de su Señoria, sin cometer delicto, por par-
te de aquellos se le requirio a su Señoria en 25. de Octubre de este presente año
que fuesse a derribar, y derribasse dicha parte de Açud, por auer ya ellos res-
cindido.

Otrofi, de lo dicho en dicha respuesta que hizo dicho Jurado a dicha intima
y despues con la dicha requesta que le fue hecha a su Señoria, quedo interuerti-
da la possessien que auian tenido en fuerça de dicha cõcordia, y caso que huuies-
sen possedydo despues de dicha rescision (*quod ab sit*) aquello se ha, y deue enten-
der iure proprio, y no en fuerça de dicha concordia.

Con estos Constitos no tiene dificultad prouable la subdeclaracion
de Piedratajada, porque con ellos quedan euacuados todos los conf-
titos de su declaracion, y quando fuesse asì, que esta parte aya conti-
nuado en el vso del Açud como antes. Pero pues le notificò median-
te la requesta, y intima que le hizo en 25. de Octubre de 1625. para
que quitasse, y derriuassee la parte de Azud, que estaua construyendo
dentro de su territorio y termino, en el albeo del rio, y asì mismo, que
quitara la sirga que estaua de su parte, ya no puede dezir, ni pretender
que quando huuieseen continuado en el goço del Açud, y de tener la
sirga, ha sido en virtud dela concordia, pues ya porque la recindieron,

ya

ya porque por la requesta que le hizierō, para que quitara dicho Açud y sirga, declararon su animo, de que no querian posseder, ni vsar de la concordia, ni en virtud de ella, qualquier posselsion que despues ayan tenido, mutarunt sibi causam possidendi, y interuirtieron aquella, porq̃ cōcur re animo y hecho extrinseco, *l. cū fundū leg. colonus, ff. de vi, & vi armata. Cinus in l. competit, C. de prescriptione triginta annorum, Balbus in tractatus de prescriptionibus, fol. 39. q. 11. n. 4. Vol. 8. tractatum, l. male agitur, C. de prescriptione triginta annorum, Aret in. l. 3. S. si rem, ff. de adquirenda possessione in fine.*

Luego procede la subdeclaracion, segun este constituto, que es dezir, que constando, que mediante instrumento, declararon su animo, al Marques, y que si han posseydo, fue auiendole requerido con acto de que quitasse el Açud, y sirga, no se puede aplicar qualquiera posselsion que despues huuiessen tenido por el titulo de concordia, que rescindieron, y mucho mas despues de la declaracion, y protesto de la requesta.

Finalmente se dize, que no procede la declaraciō del Marques, & *casu quo*, procede tambien la subdeclaracion desta parte, porque se supone lo que arriba queda dicho, de que el Marques tuvo obligacion de cumplir dos cosas.

La primera, de hazer que sus Consejos de Santa Engracia, y Embun otorgaran la comanda dentro de seys meses.

La segunda de entregar dicha comanda dentro de los mismos seys meses, al Consejo de Piedratajada.

Y assi huuo dos rescisiones. La primera, se hizo por no auer entregado la comanda dentro de los seys meses.

Y quando para la rescisiō que Piedratajada hizo por esta causa procedieran los fundamentos q̃ el Marques representa en su declaracion.

Pero es ineuitable, que queda en pie la segunda rescision que hizieron, quando por la requesta que el Marques hizo al Jurado de Piedratajada, de q̃ recibiesse la comanda, y el no quiso; vieron entonces que el Marques no solo aya faltado en no darles la comanda sacada en publica forma. Pero aun en lo mas substancial para ellos, que era auerla hecho otorgar dentro del tiempo, y entonces rescinden segunda vez, porque hasta entonces no tuuieron sciencia dessa contrauencion, Salua, &c.

Martin Diaz Altarriba.