

✠

EN EL APELLIDO DE EXECUCION,

HAzese fe de la Comanda que está exhibida in processu Iurisfirmæ Petri de Infauste grauaminum fiendorum, de la obligacion de fiador de saneamiento, y la sentencia de remate, y la obligacion de capleta, y en fuerça de todo junto se suplica. Replicase, que la Comanda está scisa, y en poder del deudor, y que así se presume pagada.

Respuesta. Quando la Obseruancia Item, y la Obseruancia *De consuetudine Regni de fide instrum.* se contentaran con sola la presuncion de hallarse sciso el instrumento debitorio pœnes debitoræm, para que aquel no se pudiesse pedir, fuera excepcion contra la Comanda, el mostrarse scisa, y hallarse en poder del deudor: Pero como consideraron nuestros mayores con acuerdo, que esta presuncion de hallarse sciso el instrumento debitorio pœnes debitoræm, *est leuissima presumpcio solutionis, à iure ut sic et no ore fatentur omnes scribes, in l. labeo, ut a Bartulo incipiamus, in d. l. 2. §. 1. num. 4. in fin. ff. de pactis,* y que así dixo, que por fer presuncion tan leue, no es suficiente, *ut ex ea deferatur iuramentum debitori.* en lo qual ha sido Bartulo comunmente seguido, *Alexand. consil. 89. in fin. lib. 2. Crauet. cons. 500. num. 14. lib. 3. Surd. cons. 16. num. 21. l. 1. ff. in d. l. 2. ff. de pactis,* como tambien de derecho está dispuesto, *ex d. l. 2. ubi DD.* que se presume pagado el instrumento debitorio sciso, hallado pœnes debitoræm, mientras no se probare lo contrario, y por esto dixo el señor Regente, que las firmas que se proueen fundadas en esta presuncion, no durã mas, ni tienẽ mas fuerça de quanto no se elide essa presuncion, *c. 5. §. 8. v. 8. de inhibi.* Por essa razón admitiò la obseruãcia prouãca en contrario, admitiendo al acrehedor a poder elidir essa presuncion, y mostrar, q̄ le tiene vsurpada la comanda, para q̄ con esso quede sin excepcion la comanda, y se pudo pedir, conformandose en esto con lo dispuesto, *in d. l. 2. ff. de pact.* quia id frequentissimam est apud nos, conformarse nuestros fueros y obseruan

uancias, con lo dispuesto por derecho, como prueua el R. Sesse decis. 236. num. 45. tom. 3. De aqui es, que quando nuestros fueros ó obseruancias, disponen conformandose con lo dispuesto por derecho, reciben las mismas passiuas interpretaciones, como lo dixo el señor R. Sesse decis. 339. num. 36. allegando a Bart. Dec. y a Becc. y de admitir la obseruancia al acrehedor, a que pueda pro- uar contra essa presuncion de paga, que resulta del hallarse scisa la comanda, resulta, que no obstante que se vea cortada, se pue- da apellidar, porq̄ la scision non detrahit de fide instrumēt. con esto q̄ se prueue cōtra la presumpciō de paga, o cancelacion, q̄ resulta de estar en su poder cortado, elidiendo aquella, y mostrādo q̄ no es por estar pagada, sino por otra causa, o cō otros medios apro- uados por los DD. esto dixo elegantemente en terminos pro- prios Surd. cons. 16. num. 11. ex DD. in l. si vnus, C. de testam. & Fe- lin. in c. ex literis, num. 14. de fide instrum. ubi dicunt, quod instrumentum cancelatum non redditur omnino nullum, sed eius fides supleri potest, vel ex alio instrumenta, vel alia scriptura, y esto es lo que dixo nuestra ob- seruancia, nisi contrarium probetur, porque como dixo bien Surd. ha se de atender a la causa de la cancelacion si consta de ella (y lo mismo es en la causa presumpta, como prouarè) como en el caso en q̄ aconsejò en mas fuertes terminos, fue assi: que vn Pedro Margaria tutor de vnos pupilos, hizo mediante instrumento in- uentario de los bienes muebles, & promissit illa restituere dictis pu- pilis. Despues de algunos años, el tutor dio cuenta de los bienes inuentariados, a la madre destos pupilos, y ella mediante instru- mento hecho año 1547. confessò estar entregada dellos, y se obli- go a facar indemne al tutor de la obligacion del instrumento del inuentario, y quisieron las partes se cancelara en la nota, y lo can- celò el Notario. Fenecida la tutela, y muerto el rogado, los hi- jos hizieron nombrar Notario comissario, para sacar en forma el instrumento del inuentario, sacose como estaua en la nota, y de- zia: Cassatum per me notarium virtute alterius instrumenti confecti, inter Petrum, & matrem suorum pupillarum, de anno 1547. die 22. Februarij, y assi constaua de la correspondiuidad, y que el instrumento del año 1547. se hizo en seguridad del primero.

Pues quien no dixera, que ya el instrumento primero cance- lado, porque se hizo el segundo, año 1547. no se auia de executar

contra

contra el Tutor, pues se hallaua cancelada en la nota.
Pues despues de auer puesto los fundamentos de la parte ne-
gatiua, refuelue, que no obstante que se halle cancelado
deuia executarse aquel instrumento de inuentario contra el tu-
tor, y los fundamentos de que Surd. se valio, son admirables a
mi intento, y el precipuo fue, porque constó, que la causa de auer
cancelado el instrumento del inuentario, fue porque la madre de
los pupillos le entrò fiador al tutor de sacarlo indène de la obli-
gacion del primero, y ella en el instrumento de fiaduria del año
1547. salio a hazer buena la obligacion del tutor, hecha en el in-
strumento del inuentario, releuandole indemne della, ita num.
11. valio se Surd. num. 15. del exemplo de la doctrina de Bartolo,
in l. pluribus, ff. de ijs, quæ in test. de lentu. que si el Notario escriuio pri-
mero en el bastardelo, y despues *illud reportauit in libro, & can-
celauit in bastardelo, talis cancelatio, non nocet libro*, porque se presu-
me, que la cancelaciõ del bastardelo, no fue para deshazer la obli-
gacion del instrumento, sino porque ya estaua trasladada en el
protocolo.

Quod facit ad presentem quæstionem, que quando ~~no~~ cõsta-
ra (quod absit) que el Regere Altarriba, mi Padre, y señor, huie-
ra entregado la comanda scisa, aun no tuuiera intento la parte
contraria, quedando sin auer cancelado la fiaduria de saneamien-
to, donde se obligò de nueuo a pagar con las mismas clausulas
de la comanda, y quedando sin cancelar la sentencia, y la caple-
ta, porque antes se auia de presumir, que el auer entregado la co-
manda, auia sido porque le tenia ya obligado. assi por la fiaduria,
como por la sentencia y capleta a la misma cantidad, que por es-
tar pagado della, pues no cancelaua las obligaciones del pro-
cesso, que si fuera estar pagado, deuiera cancelar, porque no es
verosimil, que si la entrega de la comanda fuera por paga, non
fuisset sollicitus Pedro de Infauste, de que le cancelara en proceso
mi Padre la fiaduria, y la sentencia en que estaua condenado a
pagar, y la capleta en que le tenia preso, pues como dixo bien
Crauetta, *cons. 500. num. 13. vol. 3. consilium esse ne debitor confidat tali
presumptioni, sino que si ha pagado, faciat fieri instrumentum de solutio-
ne, & liberatione*, y mucho mas siendo deuda de tanta cantidad
es mucho mas inuerosimil, *argum. rex. in l. cum de indebito, ff. de pro-
bat. vers. qui enim soluit, nunquam itare supinus est, ut facile suas pecunias
iacte,*

4
ia det, &c. addend. est Ruin. in celebri cons. 74. vol. 4. Luego verifica-
se el requisito de la obser. nisi contrarium probetur.

Segunda Razon.

Porque no basta que se halle el instrumento sciso poenes debi-
torem, nisi quod simul concurrat præsumptio quod sit, scisum
ab habente potestatem cancelandi, & sic a creditore, vt præter Bal.
in terminis *cons. 83. lib. 3. vbi quod ex eo solo, quod reperiatur sci-*
sum non sufficit, nisi accedat præsumptio altera, quod præsuma-
tur redditum, per creditorem debitori, Crauet. d. cons. 500. num. 12.
porque la cancelacion, o scision hecha a non habente potesta-
tem, no vulnera la execucion del instrumento, *Mastril. decis. 47. n.*
8. vbi ex Cumia. super ritus magnæ Curia, que el instrumêto can-
celado por persona illegitima, tiene la misma execuciõ privilegia-
da, q̄ si estuiera sin aquella excepciõ, mejor lo dixo Caro. de Graf.
de excep. 13. num. 36. y mejor Gratian. discep. foren. 699. y el señor
Regente Leon, decis. 71. sub nu. 7.

Luego si yo probare, que esta comanda no ha sido scisa, por
el acreedor, aurè cumplido con el requisito dela obseruancia, *ni-*
si contrarium probetur, y aurè prouado imo præsumendum esse sub
reptum, & laceratum instrumentum, ab eo qui illud exhibuit, ex
punctuali doctrina *Gratia. decis. 84. in add. num. 3. vbi exempla adu-*
cit in terminis lacerationis instrumenti, y que assi se ha de man-
dar executar, como si no estuiera sciso, ex Mastril. Carol. de Graf.
Surd. & D. R. Leon, Marsil. in l. qui falsa, num. 12. ff. ad l. Cornel. de
fals. Grama. cons. 14. num. 1.

Primero modo de probar, que no entrego esta Comanda el acreedor.

Porque hago fee en este apellido de vn instrumento publico
de requesta, que el heredero de Infauste me hizo, en que dize, que
la persona de quien huuo su padre esta comanda, fue Iuan Diaz
Altarriba, que reconociendo que no se le deuia, la entregò scisa,
y cortada a su padre, y que el la tuuo en su poder entregada y
scisa, por Iuan de Altarriba, mientras viuio, y despues la hallò
entre sus papeles, como heredero suyo.

Esta

Esta confesion es concluyente prouançã, contra los herederos y habientes causa del, porque no ay mejor prouançã, que la que resulta de la confesion instrumental de la parte, y en corroboracion desta confesion se dize, que valiendose de la firma que obtuvo su procurador, hizo la misma cõfesiõ Infauste, quando me la presentò, valiendose cõ la requesta de la firma q̄ obtuvo su procurador, en fuerça de esta confesion, y assi fue averla aprouado, como si el mismo la huiera hecho, vnde nec pretertu erroris, la puede reuocar, ex punctuali doctrina *Vestri, in praxi. lib. 6. c. 1. n. 4. Et 5.* dize, que valiendose de la escriptura vbi continetur error facti, es visto confesar lo mismo, y que esta confesion no se puede reuocar prætertu erroris, *sed imputatur producenti, qui potuit prauidere, &c.* mucho mas despues de aceptada por mi, y assi no ha podido, sino quanto a su perjuyzio, ex *Ruginel. pract. qq. c. 16. a num. 15. Et seq. Et num. 17. vers. Et in omnem casum*, y assi se ha pronanciado, que se dà por apartado dessa confesion, quanto a su perjuyzio. Y si bien han disputado los DD. si se puede reuocar la confesion, siue in iudicialibus, vel extraiudicialibus prætertu erroris, aun despues de aceptada, ex late traditis a *Guiurba conf. criminal 16.* qui more solito DD. omnes aducit. Pero esta disputa fædere distinctionis conciliatur, y es, que si con esta cõfesion se ha obtenido sentencia, y se ha valido della, y viendose despues vencido en esta confesion, le llama error, y la reuoca, no puede, *Guiurba pluribus relatis, d. conf. 16. num. 5. inter quos refert Antoni. Monachum decis. Bonon. 60. num. 22. Et 64. n. 23. Mancin. de confes. tit. de reuocatione, c. 4. n. 32. Et 34. licet in criminalib' sepe error facti reuocari possit, vt per Guiurb. ibi sed viden. n. 11.*

Lo mismo es siue error sit in confessione facti alieni, si potuit verosimiliter ante confessionem præuidere, & se informare, porque entonces dolosse fecisse videtur, y assi no se admite a reuocar la confesion, *sub prætertu, de que fue error circa confessionem facti alieni, Scac. de iudicijs, lib. 2. c. 9. n. 630. Et 64 n. c. 7.* porque es ignorancia crassa y supina, y assi maliciosa, pues haziendome requesta, para que no profiga el pleyto contra Arista, ni contra el Secretario Murillo y presentandome la firma para esso. Presupone, que tiene noticia de estos pl̄ y tos Infauste, y en ellos era notorio por el processo de la Inquisicion, de que he hecho fue, que mi padre como heredero

ed

de su padre, lo lleuò con Pedro de Infauste, y que assi no era posible, que mi abuelo huiera entregado scissa esta comanda (como el dezia) que es con lo que V.S. me ha dado firma derogatoria de la suya, y con todo esso no reuocò essa falsa assercion, ni desistio de auer dado por antor de la entrega de la comanda a mi abuelo, hasta que con la prouança que yo hecho, y la firma que he obtenido, se ha visto conuencido, (curialmente hablando) de su mendacio, y falsa assercion del antor, quedaua dela entrega de la comanda, y por esto no le a prouecha, *ex singulari doctrina Celsi Bargalij in tractat. de dolo: lib. 5. mihi fol. 689. nu. 25. ibi: quero an mendacium commissum in iudicio possit purgari, resuelue que si: Buelue a preguntar, Nunc iterum reuoco in dubium quomodo purgabitur. Et profecto liquido constat, nempe reuocationem mendacij factam ante litem contestatam, donec res, est integra, Et aduersarius adhuc non capit docere mendacium esse commissum, argum. l. electio, §. neq; 19. heredi. Et ibi Bald. ff. de noxalib. actione Alex. in l. licet hocira, §. hac autem, ff. de re iudic. Dec. in l. 2. num. 7. C. de edend. Iass. in §. omnium instit. de action. Bart. l. 1. §. omnes, in l. cum, qui ff. de iure iurand.*

El *tex. in d. l. electio in §. neq. heredi. ff. de nos alib. action.* que allega Bargali, dixo assi: *Neq. heredi. neq. in heredem de eo, quod defectus mentitus est, actio danda est, &c.* passa despues el I. C. y dize a mi proposito, *Et ideo sine gaueris seruum tua potestate esse: postea fieri poteris, ni iam lis aduersus te contestata est, nam tunc audiri non debebis, ut labea ait, y Bald. en el sumario dixe, mendacium defuncti non nocet heredi, nec sibi, si reuocat mendacium ante litis contestationem: Diziendo Infauste, que su padre tuuo en su poder esta comanda scissa, porque mi abuelo se la entregò cortada, reconociendo que no se le devia, y que el despues la hallò como heredero entre los papeles de su padre, aut est proprium illius mendacium (curialmente hablando) o refiere lo que el oyo a su padre (circumq. su) no se escusa de mendacio, o suyo, o de su padre, porque per rei euentiam, consta lo contrario por el processo de la Inquisicion: Pues para que ahora pudiesse variar en dezir, q. mi padre fue el que se la entregò al fuyo o auia de auer reuocado esta dolosa y mēdaz assercion, q. hizo en la requesta, y en la firma q. obtuuo antes q. yo la prouança del processo de la Inquisición q. he hecho en la firma, se huiera conuencido en la q.*

he obtenido de rogatoria, o enclabatoria della, ibi: *Nisi si iam lis adversus te contestata est, nam tunc audiri non debes, ubi glos. verb. poteris* ex quibus concluditur, que no puede ya dezirse, ni llamarse a error, en aver dicho, que su padre huuo de mi aguelo scisa esta comanda; ni variar aora diziendo, que la huuo de mi padre scisa por todo lo que queda dicho, y que assi he verificado el requisito de la obseruancia, *Nisi contrarium probetur.*

Que caso negado que oy pudiera variar de la confession hecha en el instrumento de la requesta q me presentò, y en la firma, y dixesse q se la entregò scissa mi padre al suyo, no le assiste la presumpcion de la obseruancia sino lo prueua.

Porque auiendo sido conuencido en la primera assercion de mendacio (semper tanti Senatus venia dixerim) que quãto dixere despues, cerca del antor que dieron, præsumitur mendax: y assi no le basta alegarlo, sino que mientras no lo prouate, no se deue aver razon desta excepcion, *Barg. l. loco proxime relato num. 23.* puso esta quæstion, y trae el tex. *l. cum de indebito, ff. de probation.* y con este mismo pretendo prouar con certeza, que aunque en terminos de la presumpcion de la obseruancia, mostrando la comanda scissa huuiera cumplido (quod inficior, que esta solo bastara, no concurriendo tambien la otra presumpcion de averla auido del acreedor, *Bald. cons. 83. ibi: ex eo solo lib. 3. Crauet. d. cons. 500. num. 12. lib. 3. Portol. verb. instrumentum num. p. 2.*)

Pero quando bastara solo alegar lo, & in me trãferret onus prouandi contrarium, *ex obserb. ibi: Nisi contrarium probetur,* auiedo sido conuencido de mendacio en el primero antor que ha dado de la entrega de la comanda, quando ahora pudiera variar diziendo que mi padre la entregò scissa, no me obstarã sino lo prouasse, lo que no fuera si en el primero antor que dio no huuiera sido vencido de mendacio, el tex. *in d. l. cum de indebito,* se trae por singular, para que por el mendacio y variacion transeat in mendacem

8
darem onus probandi, quod aliàs a Ætori incùbebat, y me relleua
ab onere probandi. Y que me basta el negarlo, ibi: *Cum te in
debito queritur quis probare debeat non fuisse debitum, res ita temperanda
est, ut siquidem is qui accepisse dicitur, rem, vel pecuniam indebitam hæc
negauerit, & ipse qui dedit legitimis probationibus solutionem aprobauerit:
sine vlla distinctione, ipsum qui negauit se pecuniam accepisse, si vult au-
diri compellendum esse ad probationes prestandas, quod pecuniam debitam
acceperit.* Ecce, que el I.C. forma la question a quien le incumbe
el prouar, y dize que generalmente al actor, y assi a mi, por la
razon que da in vers. *Qui enim soluit,* porque nadie se presume tã
supino que pague sin deuer, y assi a el le incumbe el prouar;
Pero que seria si el conuenido negasse auer recibido cantidad al-
guna, y el actor prouasse auerle pagado, y viendose vencido
de esse mendacio en esso, el conuenido rebocasse la negacion,
y confessasse la paga, pero que le deuia la cantidad que le pagô:
pues solo porque fue de mendacio conuictus, en lo primero le
obliga la ley a que el conuenido prueue, *nec contematur sola
allegatione illius: Dixitlo assi, Etenim absurdum est cum qui ab ini-
tione negauit pecuniam accepisse, postquam fuerit conuictus pecuniam ac-
cepisse probationem non debiti ab aduersario exigere:* lo que no fuera, si
de mendatio iudiciali non fuisset conuictus, *ut in vers. Si vero,*
y por este tex. dixo, *Paris. cons. 90. num. 29. vol. 1.* que esto se dis-
puso porque el que ha sido mendaz en vna cosa, se presume in
secundo mendax, sicut in primo dicto, y que por esso la ley le
obliga a que el prueue y relleua al actor dessa obligacion: es pũ-
tual la doctrina de *Bargal. in tract. de dolo, d. fol. mibi 689. num. 23.*
donde dize que no se ha de presumir delicto *ex reg. l. merito, ff.
pro socio,* y assi que no se auia de presumir que Infauste me tenia
indebidamente vsurpada esta comanda, sino que auia venido le-
gitimamente a su poder, *nisi contrarium probetur,* Pero auiendole
vencido tan euidentemente en el actor que ha dado de la en-
trega se presume de delicto contra el, y que la tuuo vsurpa-
da, *ut ex. Bargal. ibi vidend. ex d. l. electio, §. neque hered. ff. de no-
xalib.* Y es el que astringitur ad probandum, quien la entregô,
ex d. l. cum de indebito. porque no lo mostrando se presume ab eo
laceratum, *ex Gratian. d. decis. 84. in add. num. 3.*

2

*Que tambien se ha verificado el requisito de la
Oferbancia, Nisi contrarium probetur.*

Porque Pedro de Infante mientras viuió no se valió desta excepcion, pues hazese vn dilema, o Pedro de Infante tenia ya en su poder scissa esta comanda, antes de la sentencia de remate (y si esto es) no puedē oy ningunos auientes drecho y causa del valerse de esta excepcion; porque pues dada sentencia fue preso, y despues admitio la capleta, renunció a esta excepcion, porq̄ no la opuso in tempore dato a lege, y aunque opusiera excepciō de paga, (no aun presumpta) sino real, si le competia ya ante sententiam, tuuo obligacion de alegarla, y sino la alegó, no puede exhibir post sententiam, de aquella excepcion que ya tuuo noticia, y no la allegó, y es cierto q̄ auia de tener noticia, pues dize su hijo, q̄ se la entregaron a su padre, nuestro Mol. in reportorio verbo. exceptio. solutionis, y el Señor Regente Sesse decis. 333. num. 11. Y esto es muy conforme a razon y equidad, que pues se le señala tiempo al executado para que deduzga todas las excepciones y defensiones, y no las deduce, no sea oydo post sententiam, Gratian. discep. forens. 495. num. 25. D. Reg. Sesse, ubi proxime, porque en la via executiua antes de la trança le da ya la ley tiempo para que oponga las excepciones, vt ex Rodriguez de execution. sentent. cap. 1. art. 91. & fin. & cap. 6. num. 36. donde dize que passados los diez dias, q̄ tiene de plaço, sin aguardar otra cosa se manda pagar: antes bien se introduce renunciacion expresa de todas las excepciones que hasta entonces tenia, pues no las opuso in tēpore, y assi no se pueden alegar, ni por sus auientes derecho para impedir aquel processo executiuo, ex traditis à Monter. decis. 24. num. 6. ubi loquitur bene, Y si ante sententiam, tã poco obsta, ex doctrina August. Beroi. cons. 997. vol. 3. vers. Ad tertium.

Rursus quãdo dixeramos q̄ la excepciō de paga real, se pudiera aun alegar ex ratione, l. bona fides non patitur ff. de reg. iur. no militara esta razon en la excepcion de paga presumpta, como la que resulta de tener scisso el instrumento, porque esta admite probança en contrario, y no la Real, porque ha de ser con instrumento, y esta no admite probança contra si, vnde ex diuersis nō fit illatio, l. Papinian. exuli, ff. de minorib.

Que si dixere que la huuo su padre post sententiam, y que assi la obligacion de saneamiento, y la sentencia, y la capleta; quedaron extingtos por la correspondencia que tienen, ex *Be-roi. d. conf. 997, vers. Ad tertium.*

Respondese que antes dello mismo vendria a quedar sospechosisimo, porque si su padre la tuuo, y no la sacó a luz, ni exhibio della, no solo mientras litigó, sino mientras viuo hasta el año de 1610. quatro años despues de muerto de mi padre queda sospechosisimo de q̄ no la tuuo legitimamente, *Menoch. lib. 3*

Que si es doble caso en que pudo tener otra utilidad, ex traditione, instrumenti, que el presumir ser pagado, cessa esta presumpcion de paga.

En terminos de derecho: esta es comun resolucion per *DD. in d. l. 2. ff. de pactis signanter per Iasson ibi:* y en los de las obseruancia, con solo la autoridad de Molina por mi expressamēte haziendo equiparacion, *ex redditione pignoris, & redditione instrumenti in verb. instrumentum pag. 184. col. 2. ibi: Et idem est in redditione instrumenti.*

Que quando solo con esta doctrina, y su auctoridad de Molina se propusiera a V.S. a este apellido, me ha de dar V.S. licencia (para que fiado en tan grande Doctor y practico) diga que es justicia el prouerme este apellido executorio, no obstante que este la comanda, de que hago fee, scissa.

Porque es euidente la vtilidad que se le puede dar, que resultara a Infauste de la entrega de la comanda, quando fuera assi, que mi padre la huuiera entregado (quod inficior) dixelo ya en la allegacion para la Firma, fol. . Y ahora de nuevo lo digo, que es la mas graue que consideran los DD. y el señor Regente Monter *decis. 23. a n. 1.* que si mi padre tuuiera en su poder la Comanda, pudiera en fuerza della en vn mismo tiempo intentar ante diferentes luezes diuersos procesos, y entregádole la comanda se priuaua dello, porque por la obligació de la fiaduria no pudiera pedir hasta que se diera la sentencia en el proceso: *Salgad. p. 2. c. 16. n. 86.*

Que no obsta si se dixere, que pudo llegar a poder de Infauste post sententiam

Portoles confiesa, *d. verb. instrument. nu.*

que si el instru-
mento

mento deutorio se halla scisso pœnes deuitorem suspectum, que cessa la presumpcion de la Obseruancia.

Y declarando los DD. qual se dirá deudor sospechoso, traen muchos exemplos: pero luego les viene a los ojos el exemplo, de el que mientras se litigò no se valiò desta excepcion. *Menech. d. lib. 3. de presumpcio. presump. 141. num. 10. vers. tertius casus*, hablò en terminos.

Y si el que callò esta excepcion mientras se litigò, se reputa por sospechoso, y la excepcion de paga por sospechosa, y como a tal no le vale la presumpcion de tener la comanda scissa en su poder: *ex relatis per Menech. supra iuncto Portol.*

Quanto mejor se dirá esto del que despues de pronunciado, y que pagò las costas (y si bien dado a vna anchurosissima capleta) Pero como esta Ciudad era su còtinua morada, y mas quando llegò a tener vn officio de Receptor de la Baylia, forçosa su asistècia aqui y q̄ le auia de desacreditar, el verle sujeto a obligaciones anteriores alas de su officio, y sujeto a rebocarle la capleta y q̄ despues de muerto mi Padre, cò verse executado por la comãda, y obligado en processo, como fiador de saneamiento, condenado con la sentècia de tràça; dado a capleta, que en mas de quatro años, o poco menos que le sobreviuio nunca huiesse allegado esta excepcion de paga, ni de que tenia en su poder scissa la comanda, es presumpcion efficacissima de que mientras viuio no la tenia, ò de que no llegò a su poder, por entrega de persona legitima, y assi no quiso empeñarse en sacarla a luz: *ex regul. tex. in l. si quis forte. S. 1. ff. de pœn. ibi; nec enim tam magnam rem tandiu reticere debuisset.*

Si esta es vrgentissima razon, dexolo a su censura de V. S. que si no fuera en causa propria, creyera que pudiera dezir, que esta es razon tan poderosa quanto ella misma persuade mi verdad, y justicia, tanto mas quanto las partes contrarias han querido obscurecerla, con mostrar scissa esta comanda.

Lo otro consta, que apellidò esta comãda en el Santo Oficio Custodio Valles, como Procurador de mi Padre y señor, y assi còsta q̄ mi padre la entregò al procurador para q̄ la apellidara. Tã bien consta, que estuuò original en processo muchos dias, y que

la co

la cobró de processo el mismo Procurador, segun cõsta por el apoca q̄ otorgò del recibo del original por las letras narratiuas: pero no consta q̄ boluio despues a poder de mi padre y señor, quando (ergo) constat creditorem procuratori tradidisse chyrographum ad appellitandum, & sic de expressa voluntate creditoris exigendi debitum: y no consta, que despues el Procurador se la restituyò a su principal.

Elidese la presumpcion, de que se presume a creditore debitori traditum: porque pues pudo ser, o auersele perdido, o tomado al procurador, para no presumir de por hallarse scisso, bastan mostrar que salio de poder de mi padre, entregada al procurador, para que la apellidara, y que el Procurador recibio este original en su poder, y no mi padre; quia sufficit allegare, & probare casum per quem verosimiliter, pudo ser auersele perdido al procurador, o no buelto a poder de mi padre, de donde salio para apellidarla: *Burri. in ca. qua in Ecclesiarũ ad fin. vi litendente, &c. ibi: hac omnia nisi aliquis casus allegaretur, & probaretur per creditorem, per quem verosimiliter poterit perdere instrumentum;* y aunque pone algunos exemplos desto, no limitò a ellos su doctrina; porque dize, *his, & similibus casibus non presumetur traditum instrumentum.* Muẽstre la parte contraria que boluio a poder de mi padre? porque si no lo muestra esta parte, ya prueua que la entregò al procurador para apellidarla, y que el sacò de processo el original, y que pudo ser auersele al procurador perdido, o tomado, o el dado, y con sola esta posibilidad se elide la presumpcion, *quod fuit a creditore traditum.*

Que aunque todo lo dicho cessara, se vence esta presumpcion, con la sentencia de remate, y la capleta que Insauste acceptò.

Porque por la sentencia se induce nouacion cumulatiua: *fortificatur vóden. l. asson. in l. 1. a n. 14. C. de iudicijs, Cancer lib. 3. variat. resolut. cap. 17. num. 457. tit. de sent.*

Y assi dixo doctissimamente *Beroio cons. 97. nu. 7. lib 3.* por estas elegantissimas palabras: *Posito nouacionem necessariam in casu nostra factam*

factam fuisse ratione emanati precepti, quod in rem iudicatam contra Geminianum transfuit & contra exceptiones peremptorias, quae poterant contra primam actionem opponi, non posse opponi contra actionem in factum, vel iudicati orientem ex precepto, & sententia iudicis, ut voluit glo. notabilis in l. duobis, & ibi Barto ff. de excep. reiud. & est bonus tex. in l. peremptorias, C. senten. rescin. non poss. imo fatuū esse qui prima actione ageret, quoniam illi possent opponi exceptiones solutionis liberationis, seu pact. de non petendo, vel aliq. similes, quae non possent opponi, si ageret actione in factum vel iudicati ex precepto, vel sententia iudicis oriente, ut dicit gl. & Clarius, ibi Paul. de Castr. in l. i. C. de iudi. Tamen ex quo in casu nostro exceptio solutionis, & liberationis, quae ex laceratione scripti oritur iuxta not. per Doct. in l. labeo. 2. de pact. l. si. chirographum. ff. de probatio. per Barto. in l. fullo, §. qui tabulas. ff. de furtis. l. unica, §. ille, & ibi glos. & Bald. C. de lati. liber. tollen. superuenit, & cepit competere post preceptam factum de soluendo, & sic sententiam iudicis, & post quam noua actio in factum ex sententia, & precepto orta fuit, & post nouationem necessariam ex precepto, & sententia iudicis releuantem, ut aperte colligitur ex contentis in processu & ex confessione partis aduersae in iudicio facta: sequitur quod haec exceptio solutionis, & liberationis, ut colligitur ex iuribus supra allegatis, & ibi scriben. poterit opponi non solum, si aduersarius egisset prima actione oriente ex obligatione instrumenti sed etiā si egisset actione in factum, vel iudicati ex precepto, & sententia iudicis: ita probatur in l. & post. ff. de transa. & in l. eleganter. §. si post. ff. de conditio. indeb. & in terminis proprijs hoc modo declarat Salice. post Bal. & alios in l. 1. in 10. opposit. & in sua distinctione. C. de iuris. & fac. ignoran. Prædicta corroborantur etiam ex ijs, & quae voluit Bald. in d. l. unica, §. ille, in quens, quod si scriptum seu instrumentum reperiatur p̄enes creditorem cancellarum, ex hoc deutor dicitur liberatus, & soluisse presumitur, etiam si in prothocollo notarij integrum appareret. Et ibi ibidē Bald. in si. versi subdit etiam, & quod per cancellationem instrumenti non modo tollitur obligatio, & actio principalis, sed etiam quaelibet accessoria & dependens, ergo per cancellationem seu incissionem scripti factam post preceptum, & sententiam iudicis dicitur sublata non solum prima actio, sed etiam actio in factum, vel iudicati ab ipso scripto dependens, quamuis apud acta notarij integrum, & incorruptum remanserit.

Y por esso Beroyo reconociendo esta verdad, se acoge en aquel pleyto, a que se auia prouado, que la entrega del instrumento auia sido despues de la sentencia, pero confiesa, que fino cōsta que es la entrega a fido post sententiam, no daña a la sentencia, y assi a la acción que della nace, aunque despues della muestre el deudor scisso el instrumento, si tambien no prueua, que despues de tener sententia, fue quando lo entregò scisso al deudor. Porque podia estar scisso ante sententiam, y no auiendo excibido dello, no daña a la res iudicata.

Del consejo de Beroyo saco tres proposiciones.

La primera, quod per sententiam iudicis de soluendo inducitur nouacio necessaria primæ obligationis, vt similiter ex Iason, & Cácer retulimus.

La segunda, per scissionem chirographi, siue lacerationem illius ante sententiam, solutionem non probari.

La tercera, que solo quando se prueua que la entrega, y la laceracion, fue post sententiam, extinguitur actio iudicati.

Y esto se confirma muy bien con Salgado, de Regia protectione. p. 4. pag. 349. num. 102.

Ergo cum vis sit in tempore quo aduersarij contendunt instrumentu consequutus fuit à creditore In faulte anante, vel post sentenciã si non probant, que la entrega fue post, con solo mostrar que la tienen en su poder scissa, notendran intento, no prouando que fue despues de dada la sentencia. Porque el que con essa excepcion pretende anullar la sentencia, ha de probar de tempore, vt per Gracia. discip. forens. c. 721. num. 33. in d. decis. 75. num. 10. vers. secundo, qui se fundat in tempore certo, & præciso tenetur illud probare.

Y aunque la Obseruancia dize: quod præsumitur solutum, & si instrumentum ostendatur penes debitorem scissum. Por lo mismo se saca della, que habla, quando la accion para pedir la deuda; consistia en el solo el instrumento scisso, no quando no solo en el instrumento debitorio scisso, sino tambien en la accion ex iudicato (como aqui) porque casus mixtus non continetur sub simplici vbi adest statutum de stando carthæ, como es notorio.

Y lo que mas es, que aunque pudiera estenderse al caso mixto, pero no quando lex fundatur præsumpcione, quia non extenditur ad casus, in quibus alias posset extendi, Abb. in c. vlt. de sponsalib. Ruin. conf. 112. num. 17. lib. 2. Mantie. decis. 211. nu. 13.

Et hæc quo ad obseruanciam, ibi: Nisi contrarium probetur. porque con esta excepcion tan elidida por tantos fundamentos, no se puede impedir la prouision de este appellido, Gabriel conf. 142. nu. 21. lib. 2. Sym. conf. 207. n. 7.

SECUNDVM DVBIVM.

Que auia de ser por Monitoria.

RES.

75

RESPUESTA.

Quando ay sententia, y passada en cosa juzgada, non incipimus à monitoria, sino que directè fit executio etiam contra tertium, si los bienes se agenaron despues de contestada la lite, *ex for.* Por quanto, *Montis. 1510. de executio. rei iudicatae,* ibi: *E lo mismo aya lugar, y se deve fazer en los bienes que el condenado posehia, &c. & Molin. in verb. executio, ver. die 6. Martij, fol. 130. col. 2. ubi Portol. num. 59.* Y quando es en bienes de fiador de saneamiento, & iudicatum soluen di, es lo proprio, *ex obser. 5. de fideiussorib. Molin. d. verb. executio, fol. 130. col. 3. vers. executio sententia lata.*

Y en terminos de derecho, y de la via executiua, *Salgado, doctifsimamente, p. 4. c. 8. nu. 243. 244. & ante latius a n. 175. vers. aut enim comittitur dolus,* porque si la agenacion es despues de incohada la lite se presume in fraudem executionis, *ex celebri cons. Surd. 533. vol. 4. in prin.* y que si se agenó post sententiam se presume in fraudem executionis sententia, y assi se executa in bonis alienatis, y esto aora sea habiente derecho inmediato del condenado, o mediato, *Salgad. d. c. 8. num. 188.*

Que està prescripta esta accion.

Suponese, que Infauste salio a capleta, y que murio debaxo de ella, *en 6. de Março 1610.* como consta de la partida del Quinquilibris, que se ha compulsado: Ergo estuuo siempre preso, porque per tal se reputa el que sale a capleta, y acepta por carcel qualquier lugar, que se le señala.

Lo segundo, quando se dio la sententia de remate, luego se puso en execucion, porque se trançò y vendio la cuchara de plata, asignada en execucion, y se le intinò la moderacion, y en no la trayendo estuuo preso, y pagò las costas hechas hasta aquel dia, vnde cep ta executione sententia (licet in illa super se deatur) non currit prescriptio qua regulariter datur contra sententiam: Esto es lo que dixeron en terminos *Salgado, p. 4. c. 14. num. 250. & 251. & 252. ibi. & capta executione, non expirare spatio triginta annorum Vigorem executi toralium, tenet Achil. decis. vnic. de executi. senten. &c. Stephan. Gratian. discip. foren. c. 995. n. 13. ibi: Presertim quia executio dicti laudi, fuit aliàs petita, quo casu nunquam datur prescriptio Coputaq. decis. 362. nu. 2. & 4.*

p. 2. Achil. decis. 5. nu. 2. de prescrip. post Bal. in rub. eod. tit. col. 7. l. 2. vers. dubitatur, Rott. coram Guido. Asculan. Gabell. 22. Junij 1551. Vbi quod illud officium iudicis, vel actio in factum, quae datur pro executione sententiae erat effecta litigiosa stante executione cepta, & non finita, maxime si post declaratoriam ante brachium seculare efluxerint triginta anni, & pendente lite non currit prescriptio, cum de iure canonico instantia, nunquam perimatur, & viciium litigiosi perpetuo duret contra personas, contra quas fuit iudicatum, l. p. Vbi glos. in ver. longi temporis, Bart. in l. p. S. fin. ff. de litig.

Lo segundo, porque como es notorio, el que está dado a caple-
ta siempre se dice estar preso, y el que está preso por la deuda, no
puede prescribir contra ella, esto es tan cierto, que no tengo que
cansar a V.S. en ello.

*Que la obligacion de la fiaduria de saneamiento
es para aquel proceso, y ante aquella audiencia, y
assi se auia de pedir por alli.*

RESPUESTA.

Este punto se tratò ya en las dudas de la firma que V.S. me con-
cedio, y vierò las clausulas de la obligacion en que da facultad, de
de que por la obligacion que hazia para aquella Audiencia, y su
cumplimiento de aquella execucion, pudiesse pedirsele, y conue-
nirle ante qualquiere tribunal del Reyno, estando esta clausula en
la obligacion de fiaduria, de qua per D. R. Monter. d. decis. 23. a nu.
14. D. R. Leon decis. 134. n. 5. vers. Et hoc fieri posse, 2. p. Parlador. rerum
quotidianar. c. fr. S. 5. p. 5, n. 12. lib. 2.

Dezia V.S. que dado que por essa clausula, que da facultad de
conuenirle ante diuersos Iuezes, en vn mismo tiempo se pudiesse
pedir ante V.S. Pero que auia de ser a instancia de la Audiencia de
lo juzgado, q̄ fue la guarnida con dicha obligacion de saneamiêto.

Dixie que no, sino que antes a mi instancia, porque la fiaduria de
saneamiento se da tan in gratiam debitoris, ne in carceretur, vt ex
Rodriguez de execu. senten. c. 5. n. 36. Pero principalmente in gratiam
creditoris, vt in expresse dicit X Suarez. tit. de los emplaçamientos, pag.
mihi 788. col. 2. ante nu. 36. Imo, a instancia de la Audiencia no pu-
diera, porque ella no tiene interesse, ni principal, ni secundario, ex
tradica Farin. Salua, &c.

Martin Diaz Altarriba.