

IESVS, MARIA, IOSEF.
 POR
 LA CIUDAD
 DE SEGORVE,
 CON
 EL MUY ILUSTRE
 DUQUE.



1 A S dudas que ha mandado comunicar el Noble don Antonio Ferrer y Diez, D. D. R. C. a la Ciudad en el pleito de execucion por causa de la possession q̄ pretende se dè al Ilustre don Ambrosio de Aragon Duque de Lerma, del Ducado de Segorve, que ha fuscitado el muy Ilustre Duque con peticion de 24. de Julio 1657. son las siguientes.

2 Que parece que la instancia fuscitada por la Ciudad en el año 1626. sobre la recission de la concordia, de liberaciones consiliares, y decretos del Consejo Supremo de Aragon, no embaraça la execucion instada por el muy Ilustre Duque, assi porque la Ciudad no puede tratar de apartarse de la concordia, segun la deliberacion conciliar de 14. de Setiembre del año 1619. como porque la recission della, de las deliberaciones, y decretos, devio intentarla la Ciudad por el Consejo Supremo de Aragon, por averse decretado en el, y no la pudo intentar por la Real Audiencia: y assi se ha de-

clarado en el artículo de nulidades de dicha deliberacion conciliar, dichas in hac lite con dos Reales sentencias, que se han hecho exequibles.

3 Secundò, que parece que la Ciudad no pudo oponer al muy Ilustre Duque la excepcion non adimplementi, por aver renunciado a ella, reservandose solo accion para obligar al muy Ilustre Duque al cumplimiento de lo que ofrecio en la deliberacion conciliar de 14. de Setiembre del año 1619. lo que pudo hazer la Ciudad.

4 Tertiò, que al muy Ilustre Duque no le obsta la excepcion ad implementi non secuti, porque pudo cumplir lo que ofrecio per æquipolens, y lo ha cumplido, pagando las pensiones de los censos que le assignò la Ciudad, mayormente no aviendose seguido daño alguno a la Ciudad de no averse quitado los censos, ni pudiéndosele seguir, assi porque los acreedores no pueden executar por luir, y quitar los censos, como porque quanto a las pensiones està de por medio la librança que se dio a los Tesoreros para que se pagassen, y tãbien los daños, y costas, que la Ciudad aceptò, y en su virtud los Tesoreros del muy Ilustre Duque han pagado siempre, aun despues de suscitados los pleitos, y hasta oy dichas pensiones.

5 Antes de alegar las razones que mi corta capacidad y poco estudio han alcançado para proeurar dar, fino entera satisfacion, en parte, a tan grandes dudas, propondrè brevemente el hecho de nuestro pleito.

6 La Ciudad muchos años ha, movio el litigio de la incorporacion a la Corona Real, fundandole en diferentes privilegios que le tienen cõcedidos los Serenísimos señores Reyes de Aragon: y por muerte del muy Ilustre don Francisco de Aragõ Duque de Segorve, estuvo secrestada la possession desde el año 1575. hasta el de 1619. y se nombrò por esta S. R. A. administrador de la jurisdiccion, y rentas, como consta de la copia del proces-

3

proçesso antiguo de la incorporacion que ha exhibido la Ciudad , signada , y fè faciente de la sequela , y de la concordia , que està a fol. 212. pag. 2.

7 En el año 1619. trataron el muy Ilustre don Enrique de Aragon Duque de Segorve , y Cardona , y la Ciudad , de concordarse , y ajustarse en el pleito referido del sequestro de la possession , y que la Ciudad se la diese al muy Ilustre Duque , en virtud de vna Real carta de su Magestad , que escrivio a la Ciudad , y vna comission que se despachò al Magnifico Luis Ariño D.D.R.C. reconocidas las conveniencias que le hazia el muy Ilustre Duque. Y aviendose juntado el consejo general de orden , y en asistencia del dicho Magnifico Oidor , deliberò , que se diese la possession al muy Ilustre Duque , con auto que passò ante Vicente Lepanto Notario , escrivano de la causa principal de la incorporacion , y de la del sequestro , en 17. de Março 1619. con pacto entre otros , que el muy Ilustre Duque , dentro de quatro años , quitasse 14000. libr. de censales de los cargados por obs. y en contemplacion de sus antecessores , y en el interim , pagar las pensiones , y hazer carta de guardadaño a la Ciudad , con consignacion de las rentas para la paga de las pensiones , y en su caso de la propiedad , como consta por la sequela del processo principal , de que ha hecho exhibicion , y los autos està a fol. 64. Y despues en dos de Junio deste año , con auto que passò ante Bartolome Simancas Notario , se transigió , y concordò en la forma siguiente ; solamente se referiràn los capitulos que son concernientes a las dudas , que està a fol. 223.

8 En el primero capitulo haze donaciõ el muy Ilustre Duque a la Ciudad de 20000. libr. para redimir censos de los que la Ciudad respondia , los quales ella avia de señalar , y nombrar : *La qual cantidad huviesse*

viessse de pagar, y dar el muy Ilustre Duque para este efeto dentro de seis años, que comēçassen a conrer desde el dia de Navidad siguiente, y que en el interin q̄ no los diessse, se encargò de pagar las pensiones de los censales que se le señalarian, y assignarian, hasta las dichas 20000. libr. Y prometio otorgar carta de indemnidad a la Ciudad para los daños, y costas que se le podian hazer a la Ciudad por los acreedores destos censales. Y promete el muy Ilustre Duque no revocar esta donacion: *Sino solo en el caso que por parte de la Ciudad se falte a lo que en esta cõcordia, y execucion se prometiere.*

9

En el capitulo quinto, la Ciudad en recompensa, y agradecimiento deste beneficio, y otros, promete apartarse del pleito de la dicha incorporacion, y reducion a la Corona Real, y renunciar todo, y qualquier derecho, assi por razon de incorporaciones, como de qualquier otra manera tenga, ò pueda tener para pedir, y pretender la dicha reducion; el qual pleito por ningun caso pueda intentar, ni mover en ningun tiempo, ni profeguir contra el muy Ilustre Duque don Enrique, ni contra sus hijos, ni descendientes legitimos, y naturales, assi varones, como hembras, a quien tocare la suceesion de dicha Ciudad, y Ducado de Segorve, a los quales ayan de dar la posesion siempre que se siga el caso de su vocaciõ, ò que lo quiera el poseedor.

10

En el capitulo septimo se obliga el muy Ilustre Duque a luir, y quitar las 14000. libr. que se cargò la Ciudad por los muy Ilustres Duques sus progenitores, ibi: *Segũ para el dicho caso en el presente capitulo le remite por vna parte el derecho de recobrar della las 14000. libr. que cargò a censo por los Duques sus progenitores, que su Excel. se ha obligado a pagarlas, y quitarlas: que son las que se ofrecieron quãdo se dio*

la possession al muy illustre dō Enrique. Y vna de las conveniencias que se representaron por su parte a su Magestad , para que cessasse el sequestro.

11 En el capitulo octavo se capitula : que siempre , y quando la Ciudad faltare, ò dexare de cumplir *por su parte* , todo lo que le toca conforme lo capitulado, en tal caso el muy Ilustre Duque , y sus sucesores, no estèn tenidos a cumplir lo que han ofrecido , antes bien para *dicho caso* , dan por nulo lo ofrecido, y que la Ciudad tenga obligacion de restituir todo lo que recibio , y que se huviere pagado por su cuenta , con los daños, costas , y menoscabos que se causarē , *por no aver cumplido la Ciudad por su parte, ò por apartar se en qualquier tiempo del trato , y assiento.*

12 De lo q̄ se recibio auto , y en el el muy Ilustre Duque , y la Ciudad , para devida execucion de lo capitulado por ambas partes , se sujetan a la jurisdiccion del presente Tribunal del Governador , y otro qualquier Iuez del Reino , y que la accion sea tan sumaria y pronta , como la de las deudas Reales , y fiscales; consta fol. 227.

13 Despues en el consejo general de 14. de Setiembre del mismo año 1619. en el qual solos se hallaron 112. votos , de los quales siete fueron de contrario sentir: fueron propuestas por los Jurados dos cosas.

14 La primera es : el referir la renunciacion del pleito de la incorporacion , y concordia , que tengo referida. Añadese , que el intento que siempre ha tenido , y tiene la Ciudad , ha sido, y es el tener por señores a su Excelēcia , y a sus descendientes : *Y cerrar la puerta a todo lo que puede ser contra lo dicho , y puede ser causa para continuar , ò proseguir , ò de nuevo mover , y intentar pleito , ò litigio alguno en razon de dicha reduccion , ni pretender aora , ni por ningun tiempo , su Excelencia , ni sus descendientes no son verda-*

6
deros, y naturales señores de la dicha Ciudad, que en
sustancia seria.

15 Que no se pretendiera, como realmēte no se pue-
de pretender por parte de la Ciudad, apartarse de la
concordia, ni pedir recission della, ni que ha sido,
ni es nula, ni lo puede ser, por faltar la Ciudad a lo
que ha prometido en todo, ni en parte, restituyendo cã-
tidades algunas, ni por otra causa alguna cõgitada, ò
incõgitada: como solamente la intencion, y volun-
tad de las partes fue, ha sido, y es, que aquella que-
de, y sea siempre, y en todo tiempo firme, y inviola-
ble. Y que la Ciudad solo pueda pedir el cumplimien-
to de aquella en lo que su Excelencia por si, ò sus suces-
sores ha prometido; quedandole siempre a dicha Ciu-
dad derecho con toda plenitud para pedir el cumplimiẽ
to, y observancia de dicha concordia en todo lo que
su Excelencia, y sus descendientes se han obligado,
y deven hazer, conforme lo que en ella se contiene.

16 Y atendiendo a la vtilidad que experimēta la Ciu-
dad de la concordia, y por estar agradecida a su Exc.
por los beneficios, y mercedes que le ha hecho, que
de nuevo se ratifique, loe, y aprueve, como ratificã,
loan, y apruevan la concordia, y decreto de su Ma-
gestad, y de nuevo, y en quanto menester sea. Y para
mayor abundamiento renuncian a la pretension de
la reducion, sin perjuizio de la concordia, y de lo tra-
tado, y capitulado en aquella, antes bien a mayor fir-
meza, y corroboracion della, y declaracion de lo q̃
se declaró eo tunc, y se entendio tratar, y de la vo-
luntad, y intencion de las partes, que la Ciudad pro-
meta, como de nuevo promete en quanto sea neces-
fario, que no contravendrã a la dicha concordia, ni a
lo que por su parte ha prometido, y que la cumplirà,
y efeturã con todo efeto, y que no se apartarã della,
ni pretenderã recission, ni que ha sido, ni es nula, por

no observar la Ciudad por su parte, ni por otra qualquier causa, ò rason, cogitada, ò incogitada, aunque restituya realmente, y con todo efeto lo que su Exc. y sus sucessores en su caso, y lugar avran pagado, padecido, y gastado, y otra qualquier cosa conforme a la dicha concordia, y por execucion de aquella: quedandole a la dicha Ciudad tan solamente todo su derecho salvo, *con toda integridad, y plenitud*, para pedir a su Excelencia, y a sus sucessores, cumplan, y efetuen todo quanto por su parte tiene obligacion de hazer.

- 17 La segunda cosa de la propuesta es la del modo de litigar, que no es del caso, &c.
- 18 Ambas aprobò, y ratificò el consejo general, y el muy Ilustre Duque las acetò, como consta a fol. 246. Todo lo qual decretò su Magestad, y el S.S.C. de Aragon, como consta de todo con los autos que estã presentados en el pleito por el muy Ilustre Duque a fol. 167. vsque ad fol. 258.
- 19 En execucion de los quales, la Ciudad, y consejo particular de aquella, assignaron los censos que avia de quitar el muy Ilustre Duque dentro de seis años, y en el interim pagar las pñiones, y el muy Ilustre Duque las acetò, y dio ordẽ a sus Tesoreros para que les pagassen, como consta de los autos q̄ estàn a fol. 479. vsq; ad 489. y las ha pagado hasta el dia de oy en quãto a las 20000. libr. no empero en quãto a las 14000. libr.
- 20 El muy Ilustre Duque don Luis pretende, que en virtud del cap. 5. de la concordia, se deve dar la posesion del Ducado de Segorve al Ilustre don Ambrosio de Aragon Duque de Lerma, como a hijo primogenito, y a quien tocaria la vocacion para despues de sus largos dias, para lo qual hizo la instancia de 24. de Julio 1657. y se despachò execuciõ. Y por parte

te de la Ciudad se han alegado diferentes razones para impedir la instancia, de las quales, y alegadas por el muy Ilustre Duque se han originado las dudas referidas.

P R I M E R A D U D A.

21 **E**N dos razones se funda la duda: La primera es, que la Ciudad no puede apartarse de la concordia, segun la referida deliberacion conciliar de 14. de Setiembre 1619. sup. à num. 13.

22 La segunda, que la rescision de la concordia, deliberaciones, y decretos, la devia intentar la Ciudad por el Consejo Supremo de Aragõ, por averse decretado en el, y no por esta S. R. A. lo que se ha declarado con dos Reales sentencias en el articulo de nulidades alegadas por la Ciudad, que se han hecho executables por el muy Ilustre Duque.

23 Antes de tratar de los fundamentos de las razones propuestas, y las que asisten a la Ciudad para su satisfacion, parece inexcusable el fundar la excepcion que opone la Ciudad, de la instancia suscitada en el año 1626. contra la execucion del muy Ilustre Duque.

24 Aviendo se obligado el muy Ilustre Duque dõ Enrique en la concordia a luir, y quitar la propiedad de 20000. libr. de los censos que respondia la Ciudad, dentro de seis años, y las 14000. libr. segun queda advertido en los nu. 8. y 10. por no averlo cumplido, la Ciudad en 12. de Junio 1626. hizo instancia en la R. A. refiriendo todo lo referido, y la Real carta de su Magestad de 5. de Março de 1619. en que dà facultad a la Ciudad para dar la possession al muy Ilustre Duque don Enrique, y dize, que no ha cumplido lo que prometio, ibi: *E com se haja seguit, que per part del dit molt Illustre Duch no se hajen observat,*

9
vat, y cumplit les coses promeses per lo dit molt Illustre Duch, y que li incumbien complir, *ut pradicti contractus non claudicarent, &c.* Y en la conclusion se opone la excepcion non adimplementi ad purgandā moram, y pide recission de los autos hechos, ibi: *Y opposant al molt Illustre Duch la excepció adimplementi non secuti ex parte illius, en orde a totes les coses que li incumbien complir per sa part, la qual excepció se opposa ad impediendam omnem purgationem morae: supplica sia provehit esser nulles tots los de sus dits actes, &c.*

25 Lo que buelve a repetir la Ciudad en el mismo proceso del año de 1626. en la peticion de 15. de Julio, fol. 20. ibi: *Y que los dits contractes sien resolutius es cert, y indubitāt, perçò, que aquells son innominats, ex quo tots los actes que feu la Ciutat foren reciprocos en orde a lo que lo Duch se obligà a pagar en summa de 34000, lliur. y aixi fonch lo contracte innominat, facio, ut des. Y com per sa part lo dit Duch no haja cōplit la obligaciò que li incumbia en pagar dites cantitats dins lo temps presingit en los dits cōtractes, es verdir que ipso iure, & facto queden resoluti, &c.* Y en esta peticion se pide todo cumplimiento de justicia, y se implora el oficio del Iuez: y assimismo se halla repetida esta excepcion con las mismas clausulas en la peticion de 24. de Julio 1640. fol. 65. ibi: *Y la altra, per que dits actes foren reciprocos, &c.*

26 Con lo que aviendose prevenido por la Ciudad el juizio ordinario por no aver cūplido el muy Illustre Duque por su parte lo que ofrecio, y estando como està pendiente, no ha podido intentar el executivo, para que se le diesse possession en virtud de la misma concordia al Illustre don Ambrosio de Aragõ Duque de Lerma.

27 Pruevase, con que aunque es disputable en terminos

nos de derecho, si el juicio ordinario prevenido, impide el de execucion superveniente, ex late adductis à Cancer. *variar. part. 2. cap. 3. de instrument. garantig. à num. 23. v(que ad 33. y resuelve, que no se funda en que la prevencion se presume dolosa, ibi, n. 33. circa fin. Quod in dubio sequendum censeo, cum illa preventio iudicy censeatur facta dolosè, & calumniosè, experientia magistra ad impediendum executionem dicti instrumenti garantigy: & litem institutam calumniosè, & dolosè sit certum, non causare attentata, nec producere efectum litispendentia.* La qual razon no puede tener lugar en nuestra especie, por averse prevenido tantos años antes que naciesse el Ilustre Duque de Lerma, y que se intentasse el juicio de execucion. Carleval. *in loc. proxim. citand. n. 17. & 18.* la misma question disputa Fontanell. *de pact. nuptial. 1. tom. Claus. 4. gloss. 15. ex num. 82. & 2. tom. claus. 7. gloss. 2. part. 5. ex num. 27. & decis. 252. à num. 22. tom. 1.* en donde resuelve, que si no consiente la parte, que no es de impedimento. Y esto se declarò en este Tribunal, con Real sentencia publicada por Eusebio de Benavides Escrivano de mãdamiento en 6. de Julio 1652. a instancia de Miguel Toft.

28 Afsimismo la trata Sanct. à Melo, *in tract. de induc. debitor. quest. 26. à nu. 6.* y se funda en la misma razon de Cancer.

29 Y mas latamente que todos Carleval. *de iudic. tom. 2. lib. 1. titul. 3. disput. 14. à num. 7. fol. 189.* que resuelve lo mismo q̄ Cancerio, citandole, pero despues de aver propuesto la question, y resuelto la en la conformidad referida, entra en las limitaciones, y en la primera *num. 10.* dize.

30 *Limita tamen primò huius casus resolutionē, si exceptio, quam opponit debitor coram Iudice antequam*

contra eum petatur executio, contineatur in ipso instrumento exequendo, vel constet ex illo: nam eo casu non poterit creditor petere postea executionem eiusdem instrumenti, sed super sedendum erit in exequendo. Ita sentit Canar. de execution. instrument. quest. 51. num. 90. in fin. Cartar. decis. 20. ex num. 14. Ratio est, quia cum exceptio continetur in instrumento, vel ex eo constat, non minus est garantigiata exceptio, quam actio, nec minus meretur executionem (para prueva de lo qual cita a Bald. Canar. Seraphin. Cartar. y Parlador. in locis ab eo relatis, y prosigue) Ergo quemadmodum instrumentum executioni mandatur pro auctore contra reum, ita debet mandari pro reo contra auctorem, ac proinde, quando post iudicium debitoris vult instrumentum executioni mandari contra ipsum, non erit locus executioni. Galeot. controv. 40. num. 2. § 3. § controv. 42, num. 5. et 6. tom. 1.

31

Esta limitacion que trae Carleval sin contraditor alguno, es propria de nuestra especie; pues al muy Ilustre Duque en la instancia del año 1626, se le opuso la excepcion adimplemēti non secuti ad purgandam moram, y en las demas peticiones referidas en los num. 23. & 24. y juntamente se intentò la rescision de la concordia ob defectum implemēti, y otros fundamentos, con lo que se previno el juizio ordinario, fundandole en los mismos instrumentos, en virtud de los quales se ha instado nuevamente la execucion. Y aviendo la Ciudad opuesto la excepcion litispendentiæ anterior, se deve anular la nueva executiva por no tener lugar en este caso; y qualquier pretension que tenga el muy Ilustre Duque en virtud de la concordia, la deve deduzir, y alegar en aquel juizio prevenido.

32

Otra excepcion tiene la Ciudad alegada, que se toca en la segunda razon de la duda, y es: que la delibera-

bera-

beracion de 14. de Setiembre 1619. seria nula por no averse hallado en ella mas de 109. votos , conrando los oficiales de la Ciudad , como consta por su lectura fol. 244. y el Notario no certifica que sea la mayor, y mas sana parte de los que pueden concurrir , y votar en consejo ; ni lo pudo certificar, pues por la deliberaciõ anterior de dos de Junio del mismo año, cõsta que se hallaron 255. votos; que quando no huviera mas en la Ciudad que estos , no eran bastantes los 109. para deliberar lo que deliberaron ; pues no seriã la mitad , quando son necessarias de las tres partes las dos , *l. nulli 3. ff. quod cuiusque univers. nomin. ibi: Cum dua partes ad essent , aut amplius quam dua. & ibi Gotofred. lit. B. dicens: Partes dua Civitatis, aut amplius , quam dua , quod faciunt , omnes facere videntur. & Gloss. ordin. verb. dua partes , l. 19. ff. ad municip. l. 17. §. item si plures , ff. de recept. arbitr. l. nominationem , C. de Decurionib. lib. 10. l. 2. ff. de credit. ab ord. faciend. plures refert Alphons. de Azeved. in additionib. ad Curiam Pizan. lib. 1. cap. 2. n. 5. dicens: Communem esse opinionem , tam Canonistarum , quam Legistarum secundum Abbat. in cap. cū omnes , de constitut. Losæum de iur. univers. part. 1. cap. 3. à num. 75. § 77. Francisc. Marc. decis. 225. volum. 1. Cacheran. decis. 39. num. 2. Bellamer. decis. 275. num. 1. Boer. decis. 111. num. 3. § 4. Gracian. disceptat. 933. à num. 1. vsque ad 4. tom. 5.*

33 Y no obstaria si se replicasse , el que seria suficiente , segun la opinion de los que refiere Losæo vbi proximè num. 77. y Avendañ. num. 6. la convocacion per tubam , que seria la forma acostumbrada para q̄ prejudicasse a los que no intervinieron. Por satisfacerse que lo contrario es lo mas cierto , y segun Losæo dict. num. 77. in fin. & Azeved. in dicto loco , y quando no acuden se les apremia con penas : y en esta confor-

conformidad lo vemos praticado en nuestro Reino, y en las deliberaciones conciliares de la Ciudad, y en particular en la referida de 14. de Setiembre, en donde se les puso la pena de diez sueldos, consta fol. 245. y esta es la que se pudo executar a los inobedientes; no empero en su ausencia, y renitencia deliberar. De otra manera se seguiria, que diez, ò doze votos deliberarian, y prejudicarian la comunidad, contra las disposiciones juridicas supra alegadas; y mas quando la convocacion no fue especial, que se requiere tal en materias tan arduas, y graves, vt omnes notant in cap. 1. § 2. de novi oper. nuntiat. nisi aliud sit cōsuetum. Azeved. ubi sup. num. 6. Et quamvis ad ordinarias res sufficiat citatio consueta, tamē ad causas, quę magni ponderis sunt, necessaria est solemnitas convocatio, aliàs actus erit nullus. Bovadill. lib. 3. politic. c. 7. num. 14. & ex eo Amaya in commentar. in dict. l. nominationum, num. 7. Y en la convocacion que se hizo para dar la posesion al muy Ilustre Duque, se puso cominacion, que se determinaria, y resolveria lo que su Magestad mandava con los que se hallaren en consejo, no obstante la contumacia de los ausentes, y en ella concurrieron 412. votos, como cōsta del auto de 17. de Março 1619. que està en el processo del año 1626. fol. 9. y en la sequela de la reduccion, fol. 93. pag. 2. in fin. que es el original.

34 Asimismo se halla aver contradicho a la referida deliberacion siete votos, fol. 247. pag. 2. Y siendo cosa que pertenecia el beneficio a todos, avia de ser, nemine discrepante: *cum factum à maiori parte in his, quę sunt communia pluribus, vt singulis, etiamsi essent mille, non valet, nisi omnes consentiant.* Gomez. tom. 2. variar. cap. 3. num. 14. Azeved. ad Cur. Pis. lib. 2. cap. 40. num. 10. Dian, resolut. moral. part. 1. tract. 3. resolut. 29. *Idem dicendum quando commu-*

nitas vellet aliquid statueret contra privilegium, vel exemptionem, tunc enim unus solus potest contradicere. vt ex Abbat. & Felin. docet Barbof. in cap. cū omnes 6. num. 5. de constit. Y mirando todos estos autos a la derogacion, ò privacion de tantos privilegios que tiene la Ciudad para la incorporacion a la Corona Real como se han alegado en el pleito, y cōsta por la copia del antiguo, la contradiccion de qualquier vezino conserva el derecho a los demas que no consintieron, y aun a estos; lo que procede mucho mas quando las deliberaciones son voluntarias. Gracian. dict. discept. 933. num. 5.

35

Y resultando esta excepcion de los mismos instrumentos en que se funda el muy Ilustre Duque, se deve conocer della, y aun es bastate para suspender el juicio ejecutivo. Cancer. dict. cap. 3. num. 33. donde va tratando, si la alegacion de la nulidad del instrumento guarentigiado suspende la execucion; y dize: *Quod si ex inspectione instrumenti appareat de aliqua eius nullitate, quod sic: non tamen si nullitas allegata veniat probanda, en donde cita a muchos, y profi- gue: Quia omnes resolvunt, quod licet ex statuto prohibeatur oppositio exceptionis contra instrumentum, non prohibetur exceptio, quod non sit instrumentum. Et num. 34. ex Bardellon, consil. 37. num. 12. dicit: Instrumentum de defectuo sum notoriè, vel carens aliquo requisito necessario, non dici id instrumentum, nec fidem facere. Ex Ayendañ. Nullam legis virtutē, aut prohibitionem posse excludere exceptionem, que colligitur ex inspectione ipsius instrumenti, etiamsi exceptiones, que ex ipsis actis, aut instrumentis resultant, requirerent altiorem indaginem, & magnam cause cognitionem. Ex Garc. & Valençuel. in locis ibidem relatis, idē Cácer. p. 1. cap. 18. de except. nu. 25. & 26. Ciriac. controvers. 513. num. 22. & 23. tom. 3.*

Guzm.

cio nulitati
instrumenti exco-
municacione

Y mirando
los autos

Guzman: *de eviction. quest. 24 num. 44.* Pareja, *de instrumentor. edit. titul. 4. resolut. unic. §. 2. num. 50. tom. 1.* Salgad. *in labyrinth. credit. part. 1. cap. 4. §. 3. à numer. 12. usque ad 19. § part. 3. cap. 1. à num. 17. usque ad 24. § num. 68. 69. § 70.* Y esta opinion tiene seguida, y aprovada esta S. R. A con diferentes Reales sentencias que ha pronunciado contra los cargamientos de censales, que no obstante q̄ son tan privilegiados por el fuer: 58. *de iur. emphiteu.* les ha declarado en el mismo juizio de executiõ por nullos, por faltarles la licencia del señor de la jurisdiccion suprema, teniendola del de la Alfonsina. Dom. Leo. *in terminis non adimpleti, decis. 48. num. 7. § 8. vbi iudicatum refert in hac S. R. A. non obstante dispositione dicti for. 58.*

36 Alegados los fundamentos de las excepciones referidas, entro a procurar satisfazer las razones de las dudas; y las que se me ofrecen en quanto a las dos, son las siguientes.

37 Que para que tenga lugar la excepcion que tengo fundada de la prevencion del juizio ordinario para impedir el executivo, basta la litispendencia que suscitò la Ciudad en el año 1626. mayormente aviendose evocado, y disceptado por las partes latamente de los meritos de la evocacion que esta pendiente por el remedio de revision, de que se valio el muy Ilustre Duque; quando basta la prevencion sola de la instancia ordinaria. Y esto es lo que disputan los Autores referidos à *num. 25.* y en particular Carleval *loc. citat. num. 7.* dicens: *Secundus casus est, cum reus timens ne cõveniatur à suo creditore via executiva, praevnit creditorem agens via ordinaria, § contendens sibi competere exceptionem aliquam adversus instrumentum executivum, vel sententiam obtinentem vim rei iudicatae, petit, sic declarari à Iudice quod facere potest.* Et ibi: *In hoc casu dicendum est non impediri viam*

viam executivam postea intentatam à creditore, sed esse prosequendam contra debitorem, exceptione litispendentia non obstante. Y despues pone la limitacion que tengo alegada en el num. 10. Con lo que a la Ciudad le basta el aver intentado el juizio ordinario para que no tenga lugar el executivo, ponderando las palabras: *prævenit creditorem agens*, y las *exceptione litispendentia non obstante*, de la doctrina de Carleval. y Cancer. lo dize famosamente *dict. numer. 23.*

38 Y para que se diga litem pendere, basta el aver hecho la instancia in vim actionis, vltra prædicta. Do. Leo. *decif. 20. num. 33. Litis autem appellatione* (dize) *veniunt ea, qua per actionem aliquam intentantur, super quibus lis est contestanda.* Ex Gloss. & alijs ab eo relatis; ò quando mucho, que se aya notificando la instancia. Cancer. *tom. 3. variar. cap. 16. de litis contest. à num. 105.* y lo resuelve *num. 112.* Carleval. *tom. 1. lib. 1. titul. 1. disput. 2. quæst. 7. sect. 3. num. 917. pag. 284.* ibi: *Lis enim tunc dicitur incipere, & pendere, cum citatio legitima à Iudice fieri iussa peruenit ad notitiam citati.* Et cum alijs pluribus Ripoll. in *addit. ad prax. Pueguer. rubr. 9. de except. impedient. litis ingressum, num. 33. & 34.* ibi: *Receptior tamen sententia est dicentium, quod tunc dicitur lis pendere, quando citatio est iam presentata reo, licet non reproducta fuerit.*

39 Y quando fuera necessaria la contestaciõ, la tenemos, por la contradiciõ que se haze por el muy Ilustre Duque a la evocacion; lo que es bastante, vt quasi contestetur. Carleval. *de iudic. tom. 2. lib. 1. titul. 2. disputat. 1. num. 12. pag. 4.* dicens: *Neque verò solum per litis contestationem celebratur in iudicio quasi contractus sed etiam per alia, qua emergunt ante litis contestationem, quamvis enim in eis lis non contestetur;*

tetur, tamen quasi contestatur, ut probat text. expref-
sus in l. de etate 12. §. qui interrogatus, ff. de inter-
rogat. action. y cita a otros.

40 Con lo que parece, que no obftan las razones de
la duda, pues la Ciudad tiene fundado fu intento cõ
la prevencion del juizio ordinario; y si se puede apar-
tar, ò no de la concordia, y en caso que pueda, si lo
deve intentar en el S. S. C. de Aragon por averse de-
cretado en el, parece (salva censura tanti Senatus) q̃
no es deste juizio de execucion, sino que se deve de-
clarar en el ordinario que intetõ la Ciudad en el año
1626. en donde el muy Ilustre Duque alega estas mis-
mas razones para obtener revocacion de la evocaciõ
de la causa. Y si se declarasse en este juizio de execu-
cion, se declararia el juizio ordinario prevenido, y
se extinguiria este por aquel; quando no se deven cõ-
fundir, ni inculcar, *cum lites litibus confundi, aut* +
inculcari non debeant. Carleval. tom. 2. lib. 1. disput.
8. num. 19. pag. 71. quando este deve anteponerse, y
mientras pende su declaracion, se deve suspender el
executivo posterior, vt adfert Carleval. ex Canar. &
Cartar. dict. num. 10. ibi: *Nã eo casu non poterit cre-
ditor petere postea executionem eiusdem instrumenti,
sed super sedendum erit in exequendo.* Y en el num. 21.
dict. disput. 9. lo dize mas claramente, dicens: *Sub-
limita sexto, vt exceptio prævencionis suspēdat liqui-
dationem instrumenti, donec dura verit prima instan-
ti prævencionis.* Y asì mientras no se declare si pro-
cede, ò no la instancia ordinaria, no puede tener lu-
gar la executiva; y siempre obsta la prevencion del
juizio ordinario.

41 Otra razon favorece à la Ciudad para satisfacion
de las dos de la duda, y es, que el libelo del pleito del
año 1626. està concebido con la clausula, *omni me-
liori modo, &c.* Y en las peticiones referidas nu. 24.

se hallan la de cumplimiento de justicia, y la de implorando, &c. las quales obran muchos efectos favorables a la Ciudad, que son.

42 Que la clausula, *omni meliori modo*, &c. equivale a la clausula, *pleno iure*, & *sine diminutione*, y obra lo mismo que la clausula, *super quibus*, & *iustitiam ministrari petitur*, y se equipara a la de *si non valet quod ago, ut ago valeat eo modo, quo valere potest*. Barbof. *clausf. 95. num. 2. § 3.*

43 Que por esta clausula, *melior via censetur electa*, y la disposicion, o acto no se restringe ad expressa, sed extenditur ad omnes casus, in quibus actus melius sustinetur, Barbof. *ubi sup. num. 6. 7. 9. § 10.*

44 *Qua utilius remedium dicatur deductum*, & *si quod fuit expressum, non valet eo modo quo fuit expressum, valeat eo modo, quo valere potest*, & *censetur intentatum omne remedium magis favorabile*, & *deducta omnis actio necessaria*, & *proficua actori*. Barbof. *nu. 11. § 12.* Y que en ella se entienda aver hecho suficiente expresion de todo aquello que virtualiter in est, y se infiere de lo narrado en favor del libelante; a demas de otros efectos que le atribuyen Martin. Nigrin. *de protestat. versic. Testatio, numer. 26.* Monach. *in pract. part. 4. cap. 8. nu. 9. practic.* Papiens. *in form. libell. act. in gloss. deducendo, in princip.* Scacc. *de iudic. lib. 1. cap. 50. num. 30.* es vno el que *videantur cumulata*, & *cumulata omnes illae actiones*, & *remedia, quorum de iure admittitur cumulatio*. *practic.* Papiens. *ubi proxime*, Ancarran. *consil. 73. num. 4. § 5.* Cravet. *in respons. pro genero, num. 215. § 217.* Socin. *iun. consil. 128.* y muchos añaden, que obra los mismos efectos que la dicha clausula, *super quibus petitur*, &c. para que por ella, *intelligatur omnis actio intentata*, & *cumulata*, & *omne ius deductum*. Aretin. *institut. titul. de actionib. §. omnium*, & ibi

Iaf. num. 149. Boer. decis. 74. num. 3. Barbof. alios referens, num. 23.

45 Que: censeatur quod libellans deduxit omnia narrata, & non se restrinxit ad conclusionem, si non cōpetit. Barbof. cum alijs, num. 29.

46 Que la clausula, *ius*, & *iustitiam ministrari*, &c. que, como queda provado, està embevida en la, *omni meliori modo*, &c. y es la del cumplimiento, &c. obra los efetos de entenderse aver intentado el actor el remedio mas vtil: *Quod omnis actio dicatur intentata, quæ colligi potest ex narratis; etiamsi concluderetur in actione inepta, quia adhuc si ex narratis apta colligi potest admittitur. Et quod remediū dicatur intentatum, quod sufficit ad victoriam, & quod Iudex possit iudicare secundum iuris dispositionem, & quod erat petendum, & super non petitis officium suum impertiri.* adfert Barbof. claus. 176. num. 2. 3. 5. 6. 7. 9. 11. & 13.

47 Y quando la Ciudad no pudierã obtener en la rescission de los contratos, aviendole opuesto al muy Ilustre Duque la excepcion non adimplemēti, y alegado que estava obligado a cumplir lo que prometio en el libelo, como se ha referido num. 23. & 24. por las clausulas referidas ex supra adductis, devia ser condenado a cumplir lo que prometio. Y por este medio siempre tiene lugar la instãcia, y la puede mejorar la Ciudad quando no le favorecieran las clausulas alegadas, *cum totus processus sit libellus in Regno*, el señor don Lorenzo Mateu *in suo docto*, & *utili tract. de regimin. Regn. tom. 2. cap. 8. §. 6. à num. 9.* por lo que no le puede obstar a la Ciudad la primera razon de la duda. Y menos le obstarã la segunda, pues para el cumplimiento de lo capitulado en la cōcordia, se sometieron las partes al fuero del Iuez elegidor por qualquier dellas, como queda advertido num.

num. 12. Y en virtud deste pacto, la Ciudad pudo cō-
venir al muy Ilustre Duque por el presente Tribunal,
de la misma manera que el muy Ilustre Duque ha cō-
venido a la Ciudad para el mismo efeto.

- 48 Vna razon favorece al muy Ilustre Duque contra
lo que tenemos fundado (que al parecer lo destruye
todo, que no se ha opuesto por sus Abogados) y es: q̄
la excepcion de la litispendencia del año 1626. por
ser dilatoria la avria de aver opuesto la Ciudad ante
todas las demas excepciones, y no aviendolo hecho,
consintiendo en el juizio de execucion, sino despues
de contestada la lite, parece que no le deve obstar la
litispendencia. Ripoll. cum pluribus, quos refert in
loco supra allegat. num. 35. vbi sic ait: *Exceptio li-
tispendentia est opponenda per reum in prima sui com-
paritione, alias enim, si litem contestasset, non posset
opponere exceptionem, cum iam approbasset iudicium,
ideoque impedire litis ingressum dicitur.* Carleval. cū
alijs, etiam de iudic. lib. 1. titul. 2. disput. 1. num. 9.
pag. 18. tom. 2. ibi: *Sed exceptio litispendentia, seu
præventionis debet opponi ante litem contestatam, &
post litem contestatam non potest.* Ripoll. dict. loc. nu.
4. 6. & 37. Y se pone por regla, & num. 12. diz e, q̄
no solamēte se deve oponer por las personas particu-
lares, sino por la Ciudad, y Colegio.

*Exceptio litij per
vntre est dilato
ria et ita debet
poni ante litij
contestatorem*

- 49 Lo qual se limita, quando la excepcion dilatoria
redderet processum retro nullum, porque entonces
se puede oponer despues de contestada la lite. Ripoll.
loco cit. num. 6. limit. 2. Y siendo nulo el juizio de
execucion por el Ordinario prevenido en el caso de
que tratamos, ex adductis à Carleval, supr. procede-
rà la limitacion.

*Exceptio dilatoria
potest opponi post
litem contestatam
si redderet processum
retro nullum*

- 50 Afsimismo se deve limitar quando la excepciō di-
latoria respicit merita causæ, porque entonces se de-
ve reservar para la definitiva, *ne pandantur merita
causæ*

causę principalis. Ripoll. vbi proximè num. 14. Ant. Fab. *in rational. in l. ait prator 7. ff. de iur. iurand.* qui loquitur in terminis transactionum. Y aunque la Ciudad la huviera alegado in prima comparitione, se reservara para la difinitiva, por la razon referida, ne merita causę panderentur. Y siendo excepcion que mira a los meritos de la causa principal, y que destruye el juicio de execucion, se puede alegar in quacũ que parte litis, & post litem contestatam. Ripoll. ibi *dict. num. 40. cum alijs pluribus, quos refert.*

51 Quando la dilatoria tiene fuerça de peremptoria, no solamente se puede oponer para anular el proceso, sino quoad merita causę; y lo que mas es, aunque se aya repelido in vim dilatorię; Cancer. *titul. 18. de exception. num. 47. part. 1. Parej. de instrum. edit. titul. 4. resolut. unic. §. 2. nu. 54. tom. 1. Novar. ad pragmatic. rubr. de except. collect. 1. num. 19.* Y siendo ası, que por lo alegado se devia reservar para la difinitiva, por tener fuerça de peremptoria, y pudiendose oponer, aunque se huviera repelido, cõ mas razon se podrà hazer no teniendo esta calidad.

*exceptio dilatorię
quę habet vim
peremptorię potest
oponi quoad
vta causę*

52 Quando la excepcion dilatoria la ignorava el que la omitio al tiempo de la contestacion de la lite, ò despues tuvo noticia della, la puede alegar, y le aprovecha; la qual noticia, ò ignorancia, se prueva con el juramento del que la alegò, cum sit quid in animo consistens. Ripoll. *vbi sup. dum. 38. referens plures Galeot. controvers. 39. lib. 1. num. 25. & 26.* y al tiempo que se alegaron las razones al executorio por el Sindico de la Ciudad, no tuvo noticia de la litispendencia del año 1626. y lo tiene verificado con juramento, como consta del auto comparendo, y del juramento que prestò en poder del Escrivano de la causa en 23. de Julio, y comparendo de 3. de Agosto del año corriente; y ası esta limitaciõ le deve favorecer, y favorece a la Ciudad.

*exceptio dilatorię
potest oponi
concordante
si novis per
at ad noticia
opponentij*

53

Ni obstaría si se replicasse, que el Síndico podía tener noticia de la litispendencia del año 1626. informandose de los ministros de la Ciudad; lo que parece devia hazer, los quales se presume la tendrían, y se la podrian aver praticado para alegarla. Por satisfacerse, con que la misma ignorancia milita en ellos, por quanto este pleito se suscitò en el año 1626. que han discurrido 31. años hasta el executorio, y ha estado suplantado desde el año 1645. hasta aora, que han discurrido 13. años, quando para presumirse olvido, ò ignorancia bastan diez, segun la opinion mas rigurosa, *Surd. decis. 222. num. 16. 17. § 20.* y se dexa al arbitrio del Iuez, atendidas las circunstancias, que ponderadas favorecen a la Ciudad, quando estuvieramos dentro el dezenio, pues en vn termino tã breve como el de diez dias que tenia la Ciudad para alegar las razones contra el executorio, no podia buscar los processos antiguos, mirarles sus Abogados para enterarse dellos, y hazer las demas diligencias que le convenian para valerse de sus legitimas excepciones.

54

Que aviendo la Ciudad alegado la referida excepcion litispendentiæ, no se ha contradicho por parte del muy Ilustre Duque, que se ha alegado despues de cõtestada la lite, y assi se deve conocer della, no obstante que la Ciudad no la alegò in prima comparitione. *Ripoll. ubi sup. num. 56. dicens: Prædictis tamẽ oppositionibus oppositis per reum, debet per actorem cõtradici, aliàs enim censetur eis adharere. Cancer. d. cap. 18. de exceptio. nu. 14. versic. Et sic, § c. § nu. 23. Novar. dict. collect. 1. de except. num. 17.*

55

Que en las causas sumarias no es necessaria la litis contestacion. *Marant. in prax. titul. de lit. contestat. num. 1. in fin.* ni se guarda el orden iudicial. *Marant. in prax. 4. part. distinct. 9. ex num. 41. A sin. in prax.*

*Finis per los
nos presumir.*

*causis sumariis
a neque ordo
iudicij obser-*

§. 3. c. 31. Y en las causas executivas, q̄ son las mas fumarias, las dilatorias se deciden con las perentorias quando concernūt merita causæ, que es la revocacion, ò confirmacion del executorio, & hac praxivtimur in Regno, y se observa lo mismo en Castilla. Carleval. *de iudic. tom. 2. disput. 5. num. 23. ibi: Hodie verò similes exceptiones dilatoriæ, quæ litis ingressum impediunt de stylo cum causa principali terminantur, &c.* Y en las causas executivas en virtud de instrumento guarentigiado, por el executorio se cõtesta la lite. Tondut. *question. civil. cap. 14. num. 11. ibi: Quæ fit dum tractatur de instrumentis paratam executionem habentibus, quando illorum petitur executio, aut saltem per primum actum, in quo incipitur tractari de meritis causæ.* Pareja, *de instrum. edit. titul. 7. resolut. 7. num. 7. tom. 2.*

*in causis executi-
vis exceptiones
peremptorias qua
dilatoriæ hinc
oponunt.*

56 Que la excepcion litispendentia del año 1626. es anomola, *ex eo quod perempta fuit per eam via executiva.* Carleval. *tom. 2. lib. 1. titul. 2. disput. 5. pagin. 48. num. 27.* en donde trata, que excepciones sean las anomolas, y despues de especificar algunas, pone vna regla general, y dize, que lo son todas las demas: *Quæ significant actionem actori non competere, vel sine actione agere, vel quod idem est perempta actione agere.* Y siendo anomola esta excepcion, in quacumque parte litis opponi potest. Carleval. *ubi supr. num. 13. § 26.* pues destruye, y anula la excepcion instada por el muy Ilustre Duque.

*exceptio litis pen-
dente ut dicitur
et ita in quacum-
que parte litis
est opari*

57 Y quando a la Ciudad no le favorecieran como le favorecen todas las limitaciones referidas, le compete el beneficio de restitucion in integrum, para poder alegar esta excepcion litispendentia, despues de contestada la lite; no obstante, que regularmente al menor no se le concede ad eas opponendas, fundandose en que, *similes exceptiones sunt modici praiudicij,*

cij,

cij, & sic non sunt in consideratione. Ripoll. ubi sup. num. 49. & variar. cap. 4. num. 42.

58

Pruevase, con que a la Ciudad, y demas comunidades en que se hallan menores, les compete el referido beneficio. Odd. de restitut. in integr. part. 1. q. 3. artic. 12. cum alijs, quos adducit. Con que la Ciudad le tiene implorado, no solamente con la clausula, *meliori modo, &c.* de que se valio en la peticion de 6. de Junio deste año 1658. lo que es bastante. Do. Leo. decis. 196. & ita iudicatum dicit in hac S. R. A. & iudicatum vidi in hac Regia Aula, sub auditione Domin. Victoriani de Calahorra, sino expressamente con la peticion de 23. de Julio deste año.

59

Con que la referida regla se limita quando la omision es de notable daño. Ripoll. loc. citat. dict. prax. num. 50. en donde inmediatamente pone esta limitacion, ibi: *Si autem minor laederetur in omissione exceptionum, utpote, quod omissio earum notabilem damnum afferret, ut quia respiceret merita cause, tunc enim restitueretur,* citans plures inter quos Fontanel. 1. de pact. nuptial. claus. 3. gloss. 3. num. 59. dicens ex Cancr. *Aut lesio est considerabilis, qua inde evenit minori, vel non, ut primo casu concedatur restitutio, secundo verò minimè.* Y quando se diga considerable, lo dexa al arbitrio del Juez, y añade citando a Franch. decis. 439. 282. & 290. que dize: *Non esse differentiam inter dilatorias, & non dilatorias, sed imò inter lesionem, & non lesionem.* Y asimismo cita a Fabr. in suo codic. lib. 2. titul. 9. de in integ. restitut. definit. 7. vbi asserit: *Definitum dari restitutionem minori adversus non oppositam dilatoriam, que potest esse peremptoria, veluti discussionis, &c.* Y en el versic. *Ego hucusque,* dize, que en el Senado de Cataluña ay diversidad de decisiones, pero las cõtrarias se fundan en la razon de la regla, de fer modici

præiu-

restitutio in
integrũ compe
ta minoribus

minor restituit
opposita ex
ceptione q. earum
minor venit in
causa damni

præiudicij. Odd. *de restitut. in integr. part. 2. quæst. 64. artic. 5.* sigue lo mismo, y en el *num. 39.* despues de dexarlo al arbitrio del Iuez, ex *Afflict. decis. 390.* & alijs, dize, que *Afflict. num. 6. exemplificat in declinatorijs, quæ concernerent meritâ causæ principalis, vel omissio, quæ ob esset causæ principali, & ita teneas, & est æquius, & securius.* & ex *Ancarr. limitat regulam prædictam: in declinatorijs, quæ haberent vim peremptoriam.* idem *Odd. dict. quæst. artic. 6. n. 44.* dà por regla: *quod quando dilatoria, seu declinatoria haberent vim peremptoriarum, semper minor restituitur.*

60 Y Ripoll in *relat. loc. prax. num. 15. lit. M.* en nuestros terminos dize, que compete el beneficio ad allegadas excepciones dilatorias, quæ redunt processum nullum. Y siendo assi, que la excepcion de la litispendencia del año 1626. tiene fuerça de excepciõ peremptoria porque anula el juizio executivo, como queda provado, para alegarla, le compete a la Ciudad el beneficio de restitucion in quacumque parte litis, pues non est modici, sed magni præiudicij, y no puede ser mayor pues anula la instancia contraria que es el executorio. Con lo que no obstan las razones contrarias, pues se fundan en el modico prejuizio, optime *Odd. dict. quæst. 64. artic. 7. num. 47. versic. In hoc igitur, ibi: Et quod hæc opinio non solum vera sit, & æquior, ut de se manifestum est, sed etiam communiter DD. teneant, constat in primis ex hoc, quia omnes, qui contrarium tenent, de quibus supra in secunda opinione fundant se in hoc, quia modici præiudicij est omissio dilatoria unde, & c. l. scio, ff. de in integr. restitut. & ibi Bald. formaliter utitur in declinatorijs, unde cessante hac ratione, id est, quod adsit grave damnum minoris in ommissione eius restitutio denegari non poterit.*

61

Ni obstaría si se alegasse por el muy Ilustre Duque que interviniendo en nombre de padre, y legitimo administrador del Ilustre don Ambrosio de Aragon Duque de Lerma, que es menor, no le competeria a la Ciudad el beneficio de restitución por la regla, *quod privilegiatus*, &c. por responderse, que el derecho le compete al poseedor en el caso que se litiga, segun la concordia, y no al hijo. Y quando le competiera al Ilustre don Ambrosio, tratando como trata la Ciudad de damno vitado, y el muy Ilustre Duque de lucro captando, vt patet ex natura actus, le compete a la Ciudad el beneficio. *Cancer. cum pluribus quos citat dict. cap. de minorib. à num. 259. usque ad 262.* que es lo que tiene seguido el presente Tribunal.

62

Y aunq̃ con lo referido, y alegado parece quedarían satisfechas las razones de la duda, entrare a tratar de lo individuo dellas, alegando las que favorecen a la Ciudad para su satisfacion, con el advertimiento de que no serian deste juicio, salva semper cē-
fura R. C. +7

63

La primera, de no poderse apartar la Ciudad de la concordia segun la deliberacion de 14. de Setiembre, 1619. se funda en las clausulas que tengo referidas, n. 15. & 16. con las quales la Ciudad deliberò no poderse apartar de la concordia, ni pedir rescission, ni nulidad, *por faltar la Ciudad a lo prometido en todo, ni en parte, aunque sea restituyendo cantidades algunas, ni por otra causa alguna cogitada, ò incogitada;* quedandole a la Ciudad tan solamente el poder pedir el cumplimiento; lo que està expressado, y repetido en dos partes.

64

No obstante lo qual, parece que por aver faltado el muy Ilustre Duque a lo capitulado, por no aver quitado las 34000. libr. a que se obligò, puede la ciudad apartarse de la concordia, segun lo suplicò
fuesse

fuesse afsi declarado en el año de 1626.

65 Fundase en que la Ciudad deliberò lo referido en caso de faltarse por parte della , y no òbstãte que por ella se faltasse a lo capitulado, no pudiesse alegar nulidad , ni rēcission, aunque fuesse restituyendo cantidades algunas , ni por otra causa cogitada , ò incogitada , quedandole tan solamente el poder pedir el cumplimiento , ibi: *Por faltar la Ciudad a lo prometido , &c.* Et ibi : *Por no observar la Ciudad por su parte.* Y no està expressado, ni renunciado el caso de faltarse por parte del muy Ilustre Duque (que es el de que se trata) pues la Ciudad por su partè cumplio lo capitulado , y no pretende apartarse por aver faltado ella , y el muy Ilustre Duque no ; que es el fundamēto de la referida instancia , que no està renunciado, ni del se trata en la referida deliberacion.

66 Y si se replicasse , que estaria comprehendido el caso de faltarse por el muy Ilustre Duque , en aquellas palabras : *Ni por otra causa alguna , cogitada , ò incogitada.* Et ibi : *Ni por otra qualquier causa , ò razon cogitada , ò incogitada , lo q̄ se corroboraria con las otras , ibi : Quedandole a la Ciudad tan solamente todo su derecho salvo con toda integridad , y plenitud , para pedir a su Exel. y a sus successores cumplan , y efiētuē todo quanto por su parte tienen obligacion de hazer , ponderando la palabra , tan solamente , que est taxativa , & limitativa , & tantum excipit , que sub ea sunt comprehensa , nam in omnibus alijs firmat regulam , & dictum.* Barbos. de dictionib. diction. solū 378. num. 1. plures citans , & est negativa , & privativa , sicut dictio , tantum. ibid. num. 5.

67 Se responde , y satisfaze , con que todas estas clausulas se refieren siempre al caso de faltarse por parte de la Ciudad , q̄ es el expressado , optimè Galeot. controver. 40. lib. 1. num. 3. in fin. & 4. ibi : *Quem non est*

est verosimile voluisse iactare suū in tā maxima quā-
 titate, sed clarissimis, & expressis verbis conventio-
 nis ipsius, siquidem in amissione proprii iuris strictius
 limitatur volūtas amittēdi, quā ecōtra volūtas acqui-
 rēdi in acquisitione. Et in vers. Quod autē, & c. eiusdē
 n. 4. q̄ es en terminos de nuestra especie, dize: Et sic pa-
 tet hac verba fuisse incidēter adiecta ad illū dumtaxat
 finē, nec vlla de causa posset Dux impugnare partitas,
 quarū se debitorē declaraverat, & sic quo ad hoc, pro-
 misit nihil opponere ex causa administrationis, vel
 alterius ex eadem administratione dependenti, & c.

Aviendo ofrecio la Ciudad por qualquier causa co-
 gitada, ò incogitada, no apartarse de la concordia,
 es enel caso que expressa de faltarse por parte della; no
 empero en el de faltarse por parte del muy Ilustre Du-
 que. A demas, que la renunciacion por ampla que
 sea, se restringe a la causa, y fin que se hizo, y se ha es-
 pecificado. Galeot. dict. loco numer. 5. vsque ad
 10. aunque se halle la clausula, quocumque alio mo-
 do, vbi dicit: Quod liberatio facta ex causa societatis
 & quacumque ratione, causa, vel titulo cum verbis
 amplissimis, non extenditur ad ea, quae sunt extra so-
 cietatem. Et num. 13. dize: Restringeri enim debet li-
 beratio generalis ad casum, rem personam specificatā
 cum id nedum fieri possit, sed hoc suadeat in presenti
 ratio recti sermonis. Et consult. 42. à num. 9. vsque
 ad 26. vbi plura refert. Y en el num. 25. dà por razón:
 Quod ha renuntiationes sunt restringedae, & quia
 semper illa est facienda interpretatio, vt evitetur re-
 missionis praesumptio. Galerat. de renuntiat. tom. 1.
 lib. 4. cap. 2. num. 8. & 55. plures referens.

Y quien lo resuelve famosamente es Gonçal. ad re-
 gul. 8. Chancellar. gloss. 27. à nu. 12. en donde dize
 ex l. quero, §. inter locatorem, ff. locat. que si el lo-
 cador no observa los pactos del contrato, no tendrá obli-

obligacion de observar el conductor lo que le ofrecio ; y que la disposicion deste texto se estiende a todos los contratos vltro citroque obligatorios , y dize , que si vno prometio filium nō exheredare , intelligitur , nisi causam exheredationis dederit : & si promissi te non offendere , intelligitur , nisi causam offensionis commiseris. En el nu. 16. pone el caso , en el que deposito en virtud de vn contrato , en el qual se obligò al deposito con la clausula , *omni conditione remota* ; y no obstante ella , si el otro no guarda el contrato , puede el depositario defenderse con la contravencion para no entregar la cantidad depositada , lo que funda en el num. 17. en la regla , de que : *Omnes promissiones , & renuntiationes habent in se tacitam , & subintellectam conditionem , si pacta seruentur*. Y assi aunque la Ciudad aya hecho qualquier renunciacion con las clausulas referidas , y aunq̄ fuesen mas fuertes , siempre tiene lugar la excepcion de no aver cumplido por su parte lo que ofrecio el muy Ilustre Duque.

69 Y nunca està , ni puede estar comprehendido el de faltarse por parte del muy Ilustre Duque , por dos razones , a mi entender claras. La vna , porque si tal fuera el animo de la Ciudad , lo huviera expresado con tanta facilidad , como dezir : *aunque se faltasse a lo capitulado por parte de su Exc.* Y era mas facil que ir buscado palabras genericas , por las quales la Ciudad quedasse tã obligada , que no se pudiese apartar : pero como su animo no fue este , sino en caso de faltarse por ella , no expreso el de faltarse por el muy Ilustre Duque , & si voluisset expressisset iurib. vulgarib. Bardell. consil. 99. à numer. 7. Castell. controvers. lib. 5. cap. 64. num. 5. versic. *Quod in casu , &c. tom. 5.*

70 La otra razon es , que siendo solamente esta deli-

beracion hecho de la Ciudad, y por su motivo, no podia comprehender menos que con obligacion, y consentimiẽto del muy Ilustre Duque el caso de faltarse por su parte; pues la Ciudad pudo renunciar a su derecho en caso de faltarse por ella, no empero al de faltarse por el muy Ilustre Duque que no era hecho suyo; siendo necesaria en semejantes contratos, la corresponsividad ex infra dicendis. Y el muy Ilustre Duque, aunque aceptò esta deliberacion, no se obligò a observar la concordia, aunque se faltasse por su parte, que es lo que hizo la Ciudad.

71 Y aun en caso expressado de averse renunciado dize Menoch. omnino vidend. *consil.* 55. *tom.* 1. que tiene lugar la excepcion non adimplementi, quando do se faltò por hecho, ò culpa del actor, ibi: *Nunquã suscipere, & renuntiare dicitur casibus, provenientes factis, & culpa locatoris, num.* 13. que es lo que dize Gonçal.

72 Y quando estas razones no fuessen suficientes, lo seràn las siguientes: *Que la transacion es uno de los contratos, in quibus ultro citroque nascitur obligatio, & in quibus contrahentes mutuo alter alteri aliquid dare, vel facere obligantur.* Lo que tenemos en la nuestra. Mascard. *de probationib. conclus.* 1393. *num.* 1. Hermosill. *in addit. ad l.* 27. *gloss.* 2. *num.* 5. *fol.* 119. *pag.* 2. optimè Gonçal. vidend. *ad regul.* 8. *Cãcellar. gloss.* 27. *à num.* 1. & *num.* 4. dize: *Corruente uno ex corresponsivis, corruunt omnia.* Et *num.* 5. *Ideò in corresponsivis nemo potest iuvare ex concordia, nisi docto pro sua parte adimplevisse.*

73 De lo que infiere Mascard. *Perspicuum esse, non ante agi posse ab aliquo contrahentium, quam ipse ex parte sua ad unguem adimpleverit, & se adimplevisse liquidissimè probaverit.* Mascard. *num.* 2. & 11. & *conclus.* 891. *num.* 1. *Cyriac. controvers.* 55. *nu.* 29.

tom. 1. § controvers. 424. à num. 28. tom. 3. Guzman. de evictionib. quæst. 24. num. 80. Grass. excep. 13. num. 45. Marefcot. lib. 1. resolut. 88. à num. 1. § resolut. 89. à num. 5.

74 Lo que procede in eo, qui succēssit in locum alterius Marefcot. dict. resolut. 88. num. 9.

75 Et quod quando transactio est corresponsiva, § unus vult se ex illa iuvare, debet docere se adimplevisse pro parte sua. Mascard. num. 3. Et incorresponsiva est regula generalis, ut unum sine altero deficiat § in tantum unum censeatur permissum, in quantum alterum corresponsivum adimpleatur. Ramon. consil. 8. num. 12. Gayto. de credit. cap. 2. titul. 8. à num. 3155. § cap. 3. titul. 1. à numer. 1068. Gonçal. ubi supr.

76 Y el q̄ non adimplet cadit ab actione trãactionis, & potest pars ad primævam obligationē redire. Mascard. num. 4. Marefcot. dict. resolut. 89. num. 10.

77 Lo que procede en todos los contratos, asì nominados, como innominados: quod nisi quis probet se pro parte sua adimplevisse, agere effectualiter non potest. Mascard. num. 7. ex l. Iulianus, § offerre, ff. de action. empt. plures citans Capic. Latio. consultat. 54. num. 33. tom. 1. Guzman. de eviction. quæst. 24. num. 52.

78 Y el que pide el adimplemento ex parte adversarij, nõ aviendolo hecho por la suya, præsumitur in dolo, & mala fide. Mascard. num. 8. Hermosill. gloss. i. l. 32. titul. 5. part. 5. num. 341. fol. 158. Guzm. d. quæst. 24. num. 53.

79 Y es visto, que el que non adimplet ex parte sua, renunciò al contrato, y no puede valerse del, y la otra parte potest ad primævam obligationem redire, Mascard. num. 9. Guzman. d. q. 24. n. 60. § 64. Gale rat. de renunt. tom. 1. lib. 5. c. 15. à princ. ybi alia adducit ad materiam. Lo

80 - Lo que se funda en que in huiusmodi contractibus intelligitur in esse tacita conditio, si sibi fides adimpleatur, ac seruetur: quare si quis fidem non seruat, eidem æquum est fidem non seruare, & qui non facit, quod debet, non recipit quod oportet. Et qui differt facere, quod debet, non potest petere quod ei debetur. Et qui fidem non præstat, eam sperare non debet. Et qui tenetur aliquid facere, aut dare, ut aliquid cõsequatur, non potest illud petere, nisi totum prius dederit, aut fecerit. Mascard. à num. 12. vsque ad 17. & conclus. 891. à num. 2. Capit. Latro. consult. 54. à num. 30. tom. 1. plura adfert Gonçal. ad regul. 8. Cancellar. gloss. 27. à num. 25. Galerat. de renunt. tom. 2. centur. 2. cap. 127. à princip.

81 Otra razon dà Mascard. num. 18. en nuestra especie de transacion, y es: *Quia transactio contractus innominatus est: habet enim nomen generale, quod ad omnes contractus referri potest. At in contractibus innominatis, ante implementum, & factum secutum nulla nascitur obligatio. Non mirum igitur, si is, qui agit ex transacione debet probare secutã esse causam ex parte sua, cum aliàs nulla subesset obligatio, & per consequens nullam actionem ad agendum haberet.*

82 De lo que se infiere, que quando la Ciudad huviera renunciado al poderse apartar de la concordia indistinctamente, no aviendose obligado en la misma cõformidad el muy Ilustre Duque, le falta la correspondividad que en semejantes contratos se requiere. Que todo lo que prometio, y hizo la Ciudad, fue sub illa conditione, quæ ex natura contractus inest, si el muy Ilustre Duque cumplia por su parte lo prometido. Que no aviendolo hecho queda libre la Ciudad, & potest redire ad primavam obligationem. Y que por no averlo cumplido el muy Ilustre Duque, es visto averse apartado del contrato.

83 Por lo que la Ciudad no necesitava de hazer la instancia que hizo en el año 1626. sino seguir el pleito principal; lo que devio hazer para mas justificaciõ fuya, para recuperar el estado en que se hallava antes de la concordia. Gonçal. *ad regul. 8. Cancellar. glos. 27. num. 9.* en donde hablando en propios terminos dize: *Hinc competit remedium recuperandi illi, qui ex voluntate sua cecidit à possessione, quando contractus non est adimpletus, iuxta conventionem factam, cuius vigore dimissit possessionem.*

84 Y afsi la deliberacion de 14. de Setiembre 1619. no puede obstar para que no tenga su debida validad la litispēdencia prevenida para impedir el juicio ejecutivo superveniente: mayormente siendo como es notoriamente nula, como queda fundado.

85 La segunda razon de la duda: de que la rescision de la concordia, deliberaciones, y decretos, la devia intentar la Ciudad por el Cõsejo supremo de Aragon, por averse decretado en el, y no por esta Real Audiencia, lo que se ha declarado en este pleito con dos Reales sentencias en el artículo de nulidades que se han hecho exigibles por el muy Ilustre Duque, a demas de las razones alegadas, y en particular la de que no pareciera de los meritos deste juicio, parece puede satisfazerse.

86 Con que el fundamento de la razon es, q̄ si la Real Audiencia pudiesse conocer de la nulidad de la concordia, aviendola decretado el S. C. de Aragon, se seguiria, que el inferior, ò igual en jurisdiccion, conoceria de la sentencia del superior, ò del igual, cõtra regul. text. *in l. nam Magistratus 4. ff. de arbitr. & in l. ille à quo 13. §. tempestivam, ff. ad Trebell.* Carleval. *de Iudic. tom. 2. titul. 3. lib. 1. disput. 17. num. 15. pag. 210. cum pluribus quos citat.*

87 Lo que se satisfaze, con que estas dotrinas proceden

den en el Iuez executor requerido por el superior, ò igual, no empero quando juzga por su propria autoridad: porq̃ en este caso puede conocer de qualquier nulidad, *l. de quare 74. in princip. ff. de Iudic.* y en esta conformidad la explica Carleval. *dict. loc. num. 16. § 17.* no obstante que Bartol. Socin. la entendio generalmente en todos los casos, contra la opinion de los que sintieron lo contrario, de la qual no se aparta Carleval, por ser la comun, y recibida in praxi: no obstante que in puncto iuris dize, se puede defender la de Socin. Y siendo asì, que la Real Audiencia conoce desta causa ex propria auctoritate, y aviendola elegido las partes en la misma concordia, parece (salva semper illius censura) que podria conocer de la nulidad, y quando no pudiesse, parece se devia remitir el processo para la declaracion al C. S. de Aragon, quando la nulidad es aparente de los mismos instrumentos. Carleval. *dict. loc. § num. 15. § 12.*

88 Con que aunque con las sentencias que se refieren en la duda, se ha declarado q̃ la nulidad la devia alegar la Ciudad en el S. C. de Aragon; empero aviendo sido la declaracion in vim exceptionis dilatoriae, teniendo como tiene fuerça de perentoria, y lo es, no obstante las referidas sentencias, tiene lugar la excepcion, ex supra adductis, *num. 51.*

89 Con que en la instancia del año 1626. se alegan diferentes razones de las alegadas en la instancia, sobre que han recaido las referidas sentencias, y en esta solamente se trata de la nulidad de la deliberaciõ de 14. de Setiembre 1619. por no aver intervenido en ella los votos necessarios: y en aquella, a demas desta excepcion, se alega el defeto de adimplemento por parte del muy Ilustre Duque, por no aver quitado, y redimido las 34000. libr. de los censos a que se obligò. Y asì no pueden obstar las referidas sentencias, por

no averse tratado , ni tratarse en ellas de lo mismo q̄ en la referida instancia del año 1626. ni ad eundem finem. Galeot. *controvers. lib. 2. controvers. 34. n. 7. 10. 11. 24. 27. § 33. § controvers. 35. n. 23. § 24.*

S E G V N D A D U D A

90 **E**N otras dos razones se funda la segunda duda. La primera es, que la Ciudad avria renunciado a la excepcion non adimplenti, reservandose solo accion para obligar al muy Ilustre Duque al cumplimiento de lo que ofrecio en la deliberacion cõciliar de 14. de Setiembre 1619.

91 La segunda es, que avria podido hazer la Ciudad dicha renunciacion.

92 La primera razon de la duda se funda en las palabras que tengo referidas num. 15. y 16. de la deliberacion de 14. de Setiembre 1619. ibi: *Y que la Ciudad solo pueda pedir el cumplimiento de aquella, en lo que su Exc. por si, ò sus sucessores ha prometido, quedandole siempre a dicha Ciudad derecho cõ toda plenitud, para pedir el cumplimiento. Et ibi: Quedandole a dicha Ciudad tan solamente todo su derecho salvo, cõ toda integridad, y plenitud para pedir a su Exc. y a sus sucessores, cumplan, y efetuen todo quãto por su parte tienen obligacion de hazer.*

93 La qual se satisfaze con lo que tengo alegado a num. 64. de que esta deliberacion quando fuera valida, solamente es para en caso que se falte por parte de la Ciudad a lo capitulado, no empero quando se faltasse por parte del muy Ilustre Duque.

94 Con que quando no fuera suficiente lo referido; y la Ciudad huuiera renunciado la referida excepcion non adimplenti, en esta renunciacion, y todos los demas capitulos hechos en favor del muy Ilustre Duque,

Duque , inest illa conditio, si por parte del muy Ilustre Duque se observa, y guarda lo que tiene prometido a favor de la Ciudad , y no haziendolo, la Ciudad està libre de hazer lo que prometio , ex supr. adduct. à num, 72. pues (como tenemos fundado) el contrato fue correspectivo , & non servanti fidem , fides nõ est servanda.

65

Con que aviendose reservado la Ciudad accion para el cumplimiento, con mas razon le compete la excepcion non adimplementi , pues esta nunca està excluida, no cūpliendo por su parte el actor ex supra adductis. Y por ser mas favorable la excepcion que la accion , y a quien compete esta , mucho mejor le cõpeterà aquella. Carleval. tom. 2. lib. 1. titub. 3. disp. 16. num. 16 pag. 198. dicens : *Tertiò dicitur , exceptionem aliquando idemptificari cum actione ; & non differri ab illa , nam cuidamus actionem , maiori ratione exceptionem concedamus necesse est. l. 1. S. quod autem ait Prator , ff. de superficieb. l. invitus 199. S. cui damus , ff. de regul. iur. Cyriac. controvers. 452. num. 21. & 22. tom. 3. Arnold. in suo thesaur. iur. liter. E. verb. exceptio , num. 36. & 40. Gratian. decis. 194. num. 19. & 20. Alexand. Ludovic. decis. 425. num. 2.*

96

Con que la Ciudad se reservò el cumplimiento cõ toda plenitud , ibi : *Con toda plenitud. Et ibi : Con toda integridad , y plenitud.* Y estas palabras , quando no le favorecieran a la Ciudad tantas razones, son bastantes para poderse valer , no solo de la accion , sino de la excepcion , y qualquier otro medio , por el qual pueda obligar al muy Ilustre Duque al entero cūplimiento de lo que ofrecio. Barbof. *claus. 101. pleno iure , num. 1. 5. & 6.*

97

Con que en los contratos nominados no tiene lugar la accion non adimplementi para poderse apartar dellos,

dellos, fino que las partes solamente la tienen para compelerse adinvicem ad complementum. Xamar. cum pluribus, quos refert *rer. iudicat. definit. 26.* vbi attestatur de communi opinione DD. Burat. *decis. 110.* & melius *decis. 640. in addit. lit. B. à nu. 26.* & *decis. 100. num. 1.*

98 + Y no obstante lo referido, per viam exceptionis datur recissio, nam quando pactum, seu conventio nõ servatur, contractus nominatus resolvitur, etiam ex defectu unius denarij. Hermosill. cum pluribus, *gloss. 1. l. 28. titul. 5. part. 5. num. 49.* & *59. fol. 123.* & *gloss. 1. l. 32. num. 350. fol. 158.* optimè Xamar. vbi proximè *num. 19.* & ita iudicatum refert in Cathalonia adhuc per viam actionis agendo ad interesse. Hermosill. cum alijs, *dict. gloss. 1. l. 32. nu. 351.* Burat. *dict. decis. 640. num. 31.* & *decis. 106. num. 10.*

99 + Con que es tan privilegiada esta excepcion nõ adimplenti, que se puede oponer in causis executivis, & contra executionem sententiæ. Y el Iuez quando constat ex actis, aunque la parte no la oponga, la deve suplir de officio, condenando a la parte ad adimplementum. Hermosill. cum alijs, quos refert *dict. gloss. 1. l. 32. numer. 342.* & *343.* Mascard. *conclus. 1393. num. 23.* & *24.* Guzman, *de eviction. quest. 24. num. 36. 37.* & *42.* Salgad. *in labyrinth. credit. part. 1. cap. 4. à num. 12. vsque ad 19.* & *cap. 35. n. 63.* & *64.* & *part. 3. cap. 1. à num. 17. vsque ad 24.* vbi dicit: *Quod auctori, qui in actione deducit exceptionem incumbit onus probandi exclusionem exceptionis, quia suo se ligone percutit.* Et *num. 68. 69.* & *70.* & in terminis Gonçal. *ad regul. 8. Cancellar. gl. 27. num. 11.* ibi: *Tamen nunquam censetur sublata ista exceptio violata concordia.*

100 Lo que se amplia etsi defensio prohibita sit. Tusch. *lit. S. concl. 525. num. 37.* Dom. Leo. *decis. 48. n. 9.*

allegat. ab Hermosill. vbi proximè *num.* 344. Mascard. *conclus.* 1393. *num.* 21. § 22.

101 Y faltandose en qualquier parte, etiam in vno numero tiene lugar. Mascard. *dict. conclus.* n. 25. § 26. Guzman. *de evict.* q. 24, nu. 31. § 32. Alexand. Ludovic. *decis.* 261. *num.* 6. & fere omnes.

102 *Imò etiam si pars adimplementi recepta sit, poterit recipiens agere, vt commodo trāsactionis aduersarius priuetur.* Mascard. *dict. concl.* *num.* 28.

103 Lo que procede, no obstante pacto de non opponendo, & iuramento. Hermosill. *ibidem* cum alijs, *num.* 345. porque tienen en si la condicion tacita si fides fervetur. Mascard. *lib.* 2. *resolut.* 59. *cas.* 20. *versic.* *Secundò.* Guzman. *de eviction. quæst.* 24. nu. 28. 29. § 30. optimè Galeot. *controvers.* 43. *num.* 5. § 6. *tom.* 1. *ibi:* *Censetur enim hæc exceptio non minus privilegiata, quam actio, quæ simul oritur, etiam si quis promisserit solvere omni exceptione remota; non enim dicitur excipiens venire contra instrumentum, sed illius virtute dicitur facere contradictionem.* Milanens. *decis.* 8. *num.* 27. 28. 29. 44. § 45. y el que contravinieren no se puede valer del juramento, y de la clausula, *rato manente pacto*, que resulta del Scraphin. *de iurament. privileg.* 75. *num.* 7. 8. § 9. Góçal. *dict. gloss.* 27. *num.* 16. Gallerat. *proxim. citand.* *num.* 3. *versic.* *Et ne obijci possit, circa fin.* Y la clausula, *omni exceptione remota*, non excludit exceptionem iustam. Burat. *decis.* 597. *num.* 14. Gallerat. *de renuntiat. tom.* 2. *centur.* 2. *cap.* 127. *num.* 3. Y no la ay mas justa que la de non adimplemento, que en todos juizios es tan privilegiada como se ha provado.

104 Contra lo qual parece que obsta la doctrina de Fontanell. *de pact. nuptial. claus.* 4. *gloss.* 28. *num.* 3. § 4. en donde habla del pacto de non contraveniendo, & pacto de non revocando, y dize: *Quod ista prom-*
mis-

missio est tanta efficacitæ, ac tanta virtutis, ut quamvis apponatur in contractu corresponsivo, in quo ea seclusa frangenti fidem liceret frangere eidem, hoc est si mihi non adimpleretur, quod alter promissit; possem, & ego non adimplere meam promissionem, nihilominus ea clausula existente, nõ possum modo aliquo evitare adimplementum meæ promissionis, sub prætextu non adimplementi partis alterius, quia id operantur verba prædicta, ut probat Sesse, decis. 24. nu. 2. tom. 1. & ita decisum refert. Y siendo así que la Ciudad en la deliberacion de 14. de Setiembre prometio no contravenir, ni apartarse de la concordia, parece q̄ el muy Ilustre Duque la podia obligar al cumplimiēto; no obstante que por su parte nõ se ayà cumplido: mayormente aviendo podido hazer la renunciacion referida: *potest enim quis renuntiari iuri agendi, & conditioni ob causam sibi competituræ. l. si quis in cõscribendo, C. de pact.* Sesse, dict. decis. num. 2. in fin. que es la segunda razon de la duda.

105 La qual se satisfaze, a demas de lo alegado de la nulidad de la deliberacion de 14. de Setiembre, con que esta doctrina, la de Sesse, y otras que hablã desta materia en favor de los pactos, son en terminos de contratos nominados, de los quales solamente nace accion ad complementum, y aun en ellos, non obstante pacto, potest recedi à contractu, quãdo vritur natura contractus, veluti in donatione causa mortis, & in locatione, que nõ obstante los pactos de non revocando, & de non expellendo conductorem, potest revocari donatio, & conductor expelli ob non solutionem mercedis. Ipse Fontanell. *clausul. 4. gloss. 21. part. 2. à num. 62. & præcipuè num. 66. & 67.* pero en los innominados, y en particular el de transaciõ, non obstat pactum si fides non fervetur; porque es condicion, que inest, & venit ex natura actus ex supra

pra adduct. à num. 72. & vide infra à num. 117.

106

Con que la renunciacion con los pactos referidos fue en caso de faltarse por parte de la Ciudad, y se deve restringir a èl, y en el de faltarse por el muy Ilustre Duque, que es el que se trata, no puede tener lugar, ni proceden las dotrinas referidas, ex adduct. à num. 64.

107

Con que estas dotrinas no dizen que puede la parte que non adimplet compeler a la otra, a que adimpleat ea non adimplente, que es lo que podria favorecer al muy Ilustre Duque; lo que dizen es, que por no aver hecho el adimplemento la parte que le pide, no se puede apartar la otra del contrato; no empero que esta no le pueda oponer la excepcion non adimplenti, y compelerle a èl. Sesse, dict. decis. 24. n. 2. ibi: *Hoc tamen sublimitatur, ut non procedat, nec possit revocari donatio, vel contractus ratione non obseruantia pacti, seu promissi, quando fuisset promissum non contravenire, nec revocare, &c.*

108

Y quien lo dize mas claramente citando los lugares de Fontanell. Sesse, y otros, es Hermosill. gloss. 1. l. 28. titul. 5. part. 5. num. 58. fol. 124. dicens: *Intellige tertio, quando esset pactum de non contraveniendo quo casu in hoc contractu corresponsivo* (habla del de compra, y venda, que es nominado) *et si altera pars ex sua parte non adimpleat, non licet ab eo discedere, nec frangenti fidei potest fides frangi, & prædicta clausula existente, non potest modo aliquo evitare adimplementum, sub prætextu non adimplenti.* Et gloss. 1. l. 32. num. 352. fol. 158. pone la primera limitacion de la ragla: *si lite pendente venditor ex parte sua impleat, nam tunc sustinebitur contractus.*

109

Lo que es tan cierto, que aunque el que pide el adimplemēto se le opōga se non adimpleviffe, y le favorezca algun impedimento juridico, esto se entiende,

para

para que no tenga lugar la rescision ; no empero el q̄
 por su parte non adimpleat , y que dexa de tener lu-
 gar la excepcion non adimpleti. Mascard. *dict.*
conclus. 1393. *num.* 43. 44. & 45. ibi: *Quod fran-*
genti fidem etiam ex necessitate propter aliquod im-
pedimentū, non est fides observanda, quia militat ea-
dem ratio, quia necessitas, vel impedimentum excu-
sat à pœna, vel à mora, sed non facit, quod impedito
actio competat, ex quo parte sua non implevit Guzm.
de eviction. quest. 24. *num.* 34. & 35. Grass. *except.*
13. num. 44. Gayt. *de credit. cap.* 3. *titul.* 1. *n.* 1076.
 & 77.

110 Et in eod. loc. *num.* 51. dize Mascard. *Et si in con-*
tractu apposita sit clausula, quod pœna soluta, vel cõ-
missa contractus firmus maneat, talis clausula non ob-
servanti non prodest.

111 Lo mismo dize Seraphin. *decis.* 324. à *num.* 1. p.
 1. en donde habla del contrato nominado , del qual
 no se pueden apartar las partes, de su naturaleza, que
 es lo mismo que pudo obrar la renunciacion que se
 pretende hizo la Ciudad , y dice *num.* 1. *Contraven-*
tio non impedit ortum actionis, sed parit parti adversa
exceptionem. Por lo que quando la Ciudad huviera
 renunciado indistintamente al no poderse apartar de
 la concordia , y comprehendiera todos los casos, siẽ-
 pre le obstaría al muy Ilustre Duque , que es el que
 agit , la excepcion non adimpleti ex parte sua.

112 Corroborase el intento con la dotrina de Graf. *dict.*
except. 13. *num.* 14. 15. & 16. en donde va tratando
 de la excepcion rei non traditæ : y disputa, si se puede
 oponer , no obstante que se aya renunciado a ella, cõ
 la clausula *omni legum auxilio* , y dize *num.* 16. *Ego*
verò putarem, quod posset opponi ista exceptio rei non
traditæ, non obstante prædicta renuntiatione generali,
 & *moveor illa potissimaratione, quia ista renuntia-*

tio, cum sit generalis, non comprehendit exceptiones futuras. Menoch. & alij plures ab eo relati: Et quod ista exceptio sit de futuris, & nō possit imaginari tempore contractus, patet, quia traditio, & assignatio rei fit post contractum, & instrumentū celebratum, & non est verosimile, quod emens, vel condu-cens cogitaverit, quod res sibi non traderetur, quia si hoc cogitasset, non est dubium quod non contraxisset.

113

Ni obstaria si se alegasse por el muy Ilustre Duque, la dotrina de Gallerat. de renuntiat. tom. 2. centur. 2. cap. 127. num. 4. & 6. donde trata de la renuncia-cion adimplementi non secuti, y dà por regla, que se puede renunciar, ibi: *Et quod renuntiarī possit huic exceptioni, non est cur dubitetur, cum & remittens possit donare pretium, vel rem.* (Bien se podia pō-derar, que esto no procede en quāto a la Ciudad, pues avia de contratar con las conveniencias que le hazia el muy Ilustre Duque, segun la carta de su Magestad, y por tratarse de perjuizio del Real patrimonio; pero por no necessitar desto no me detēgo.) Profigue Gal-lerat. poniendo por duda, que si se renuncia a esta ex-cepccion non adimplementi, ò se pactasse el no o-po-nerse esta excepcion. como se ha de entender esta re-nunciacion, ò pacto, y dize: *Et sane videtur, ut ita accipi possit, ne renuntians possit obijcere actori hanc exceptionem, dum agit, quo minus ipse actor prius cō-sequi possit id, ad quod agit non obstante exceptione, non tamen excluditur conventus, quin possit, post quā actor consecutus fuerit, quod petijt, agere ipse adim-plementum* (fundase en lo que dize Ioann. Andr. in cap. 3. de iur. iurand. num. 5.) *quod ea regula fran-genti fidem, fides frangatur eidem, non procedit, quā-do pactum fuit, quod non obstante contraventione ni-hilominus implere teneatur pro parte sua.*

114

Y assi aviendo renunciado la Ciudad a la excepciō
non

non adimplementi, parece que no le obstaría al muy Ilustre Duque para conseguir la posesion que pretēde, pues a la Ciudad le queda la accion para obligarle a que cumpla lo que prometio.

115 Por satisfazerse, con que esta dotrina no tiene seguridad alguna, por las razones que tenemos alegadas, y el mismo Galerato no se asegura en ella, pues habla por la palabra, *videtur*. Y es singular en lo que dize, pues con aver rebuelto algunos libros, no he hallado quien tal diga; y no es mucho, pues seria faltar a todas las reglas del adimplemento, que tengo fundadas.

116 Con que la dotrina que alega de Ioann. Andr. no habla en los terminos que refiere; antes bien, fundándose en el *cap. 3. de iur. iurand.* resuelve lo contrario de lo que refiere, pues este text. dize, que *non servāti fidem, fides non est servanda, non obstante iuramento*. Y el caso en que se puede fundar Gallerat. de dicho lugar, no es en terminos del nuestro, como lo dize la adición ad Ioann. Andr. *lit. B. dicens: Ponit gloss. sed devoto communiter emisso: sed si benè consideretur, ille casus non tangit hanc materiam: quia ibi vterque promittit continentiam non invicem, sed Deo; ut & ideo violatio unius non excusat alium, cum sibi nihil promissum sit*. Y no provando fu dicho, la autoridad en que se funda es de ninguna consideracion, & tanquam libere dictum no se deve atender. Ferrer. in *constit. hac nostra temp. & declarat. 5. num. 22.* Calvin. *de equitat. lib. 2. cap. 105. num. 13. ibi: Cost & verò auctoritas in allegato remedio subsid. 116. sicuti fundata videtur super mera doctrina Galie, consil. 100. num. 25. qui de Ecclesia, nec verbum facit, ita ea elisa dicitur; cum tritum sit DD. traditiones intelligi debere secundum leges, & rationes, quas allegant.* Cyriac. *controvers. 58. num. 17. & controvers.*

118. num. 30. Carleval. lib. 1. titul. 3. disput. 8. section. 6. num. 99. Vela. discern. 13. num. 4. § 24. n. 66. y aunque fuera text. Cyriac. controvers. 399. nu. 3. Anton. Corset. de auctorit. gloss. in tract. tom. 18. fol. 186. part. 2. versic. In contrarium.

117

Con que la Ciudad no renúció (como queda fundado) a la excepcion non adimplemēti ; antes bien se la reservò expressamente , y el poder compeler al muy Ilustre Duque a la observancia de lo capitulado , y pactado . Lo que prometio fue , no apartarse de la concordia por faltarse por parte della ; y esto no es renunciar a la excepcion non adimplemēti , sino restringirse por su parte a la observancia ; lo que es muy diferente , y es lo mismo que hazer el contrato nominado , del qual no se pueden apartar las partes , sino solamente compelerse adimplementum : lo que procede tambien in vim actionis , quam exceptionis , ex supra adduct. Ni està comprehendido el caso de faltarse por el muy Ilustre Duque (que es el que se trata) por lo que no obsta esta dotrina de Gallerato a la pretension de la Ciudad , quando fuera subsistente , y segura .

118

Y todas las razones que pueden favorecer al muy Ilustre Duque , dependen de la question , si puede , ò no purgar la mora , cumpliendo por su parte lo que tiene obligacion ; y aunque no es propria deste pleito , sino del del año 1626. en donde se le opuso la excepcion non adimplemēti ad purgandam moram , es preciso el tratarla .

119

La qual refiere Guzman. de eviction. d. quest. 24. à num. 34. y resuelve , que despues de opuesta la excepcion judicialmente , no tiene lugar el adimplemēto .

120

Y en el num. 55. disputa , si faltandose por parte de vno de los contrayentes tiene lugar la rescission del
contra-

contrato, y distingue los contratos nominados, de los innominados, y dize, que en los nominados no tiene lugar la rescision, sino que solamēte potest agi ad complementum, y que en los innominados le tiene. Y en el *num. 56.* lo limita, quando no se cumplió por dolo, ò culpa del que faltò a él; de otra manera no se rescinde. Y en los nominados limita el poderse rescindir in vim exceptionis, y que la regla tiene lugar in vim actionis; que es lo mismo que tenemos referido de Herm. *n. 92.* y se resolvió en Cataluña. Xamar. *rer. iudic. definit. 26.* § *num. 7.* dize, q̄ quando el adimplemento es la causa final del contrato nominado, por defeto del tiene lugar la rescision, y que en esta conformidad se declaró. Grass. *exceptio. 13. à num. 56. cum sequentib.* que resuelve lo mismo que Guzman. En los mismos terminos hablan Seraphin. y lugares que cita, *decis. 577. à num. 2. usque ad 6.* § *decis. 591.* y Marefcot. *resolut. 90.* y en el *n. 7.* dize, que *non adimpleto modo adiecto rescinditur contractus*, quando es la causa final. Gracian. *decis. 159. à num. 1* § *præcipuè num. 3.* Ramon. *consil. 7. à num. 21.* § *præcipue num. 30. cum seqq.* § *nu. 34.* (habla en terminos de luicion) § *consil. 8. à nu. 1.* Alexand. Ludovic. *decis. 130. per tot.*

121

Y en los num. siguientes hasta el 72. Guzman amplia la regla del adimplemento, poniendo diferentes casos, y desde el *num. 73.* pone las limitaciones: y no se dificulta en ninguna sobre el adimplemento, y si se puede oponer, ò no esta excepcion; si no, si se puede rescindir, ò no el contrato. Xamar. *dict. definit. 26. num. 15. 20.* § *21.* y no he visto Autor que aya dudado del cumplimiento. Ramon. *dict. consil. 7. num. 25.* dize, no ay quien dude del. Y si esto se pudiesse dudar, seria faltar al contrato, ex sup. adduct.

122

Y assi lo mas que se podria pretender por el muy

M

Ilus-

Ilustre Duque es, que no tiene lugar la rescision; lo que no se trata en este juicio: no empero que no deve cumplir lo que ofrecio, y mientras no lo aya hecho, no puede intentar el pedir la possession en virtud de la concordia, para el Ilustre Duque de Lerma. Y lo pone por regla Guzman, despues de aver tratado de las limitaciones, *dict. quest. num. 80.* y lo avia dicho en el *num. 52. 34. § 35. & ex Xamar. vbi proximè, & Grivel. decis. 111. num. 28.* dize: *Quæ replicatio non secuti implementi est omnium favorabilissima, & efficacissima, etiam in contractibus nominatis. l. Iulianus, §. offerri, ff. de actionib. empt. vbi regulare est, quod quicumque agit ex contractu mutuo, & respectivo, nisi prius ex sua parte adimpleverit à limine recitatur.* Ramon. *dict. consil. 8. nu. 12.*

125

Y quien declara bien la materia es Seraphin. *decis. 225. part. 1.* en donde resuelve, que el que no cumplió con el adimplemento del contrato, no puede conseguir la utilidad que resulta en su favor, no obstante qualquier escusacion que tenga: y que todas las doctrinas que se alegan en contrario, hablan en terminos de escusarse de la pena, ò mora; no empero que se pueda faltar al adimplemento; son sus palabras: *Nam ad effectum, ut quis consequatur actionem, vel exceptionem ex contractu, debet ante omnia docere pro parte sua de implemento, nam aliàs Domin. Theophilus non erat contracturus, & ideò non intrant allegata, quod sit probandum Dominum Episcopum fuisse in mora dandi fideiussores, quia non sumus in casu, in quo requiratur mora, nec regularis, nec irregularis; cum non possit quis lucrifacere ex eo contractu, quem non implevit, non obstante aliqua excusatione. Allegata verò in contrarium procedunt, vbi ageretur de incurrenda pœna, non de lucro captando; tunc enim necessaria esset mora, ut per informantes deducitur.* Y lo

mismo

mismo afirma en la *decis. 673. 1. part. & decis. 1133. 2. part.* en contrato de transacion ob non adimplementum, se resolvio, que la parte podia valerse de los derechos de la primeva obligacion, optime Gracian. *disceptat. 301. tom. 2. à num. 1. usque ad 12.* Y quando intervino juramento. Gracian. *decis. 159. n. 10.* Gait. *de credit. cap. 3. titul. 1. à num. 1068. usq; ad 1081.*

124 Y q̄no se pueda purgar la mora lo dize Ramon, *d. consil. 7. num. 38. Ridiculum esset si prætenderet aduersans purgare moram, cum morâ purgationi, nisi re integra, locus non sit, & quando nihil inter fuit cōtrahentium. Et ibi circa fin. Et præsertim quia morosa fuit Civitas in non adimplendo ea, quæ necessaria erant ad actionem consequendam, quo casu, nec etiam ex hoc capite moram purgare potest. Milanens. decis. 4. lib. 2. vbi agit de materia nō adimplementi in specie transactionis, & de moræ purgat à num. 8. & ad intentum num. 15. Bardell. consil. 151. à num. 13. & præcipuè num. 17. 25. 26. 27. vidend.*

125 Y mas quãdo es geminada la mora, como en nuestro caso. Ramon. *dict. num. 38. versic. Et non solũ,* en que tantas vezes se le ha opuesto la excepcion al muy Ilustre Duque, y lo que mas es, en tres juizios diferentes. Con lo que parece quedan satisfechas las dos razones de la duda.

TERCERA DUDA.

126 **L**A tercera duda se funda en quatro razones. La primera es, que el muy Ilustre Duque pudo cumplir lo que ofrecio per æquipolens.

127 La segunda, que lo cumplio en la conformidad referida, pagando las pensiones de los censos que le assignò la Ciudad.

128

La tercera, que no se le avria seguido daño alguno a la Ciudad de no averse quitado los censos.

129

La quarta, que no se le podria seguir daño, assi porque los acreedores no pueden executar por luir, y quitar los censos, como porque quanto a las pensiones, està de por medio la librança que se dio a los Tesoreros para que se pagassen, y tambien los daños, y costas, que la Ciudad acetò, y en su virtud se han pagado siempre, aun despues de suscitados los pleitos.

130

La primera razon de averse podido cumplir per æquipolens lo q̄ ofrecio, se puede fundar ex adduct. à Everard. in loc. legalib. cap. ab æquipollentib. num. 14. Anton. Nigr. de subhastat. cap. 2. num. 27. Dom. Leo. decis. 108. nu. 13. Posth. de subhast. inspect. 45. num. 42. Fanzon. ad stat. urb. cap. 197. numer. 71. Mangil. de subhastat. quæst. 124. numer. 3. § seqq. Put. decis. 255. num. 8. § 9. lib. 2. Sesse, decis. 6. à num. 6. Garc. de nobilit. gloss. 7. nu. 35. Valençuel. Velazq. consil. 22. num. 34. que refuelven, que los contratos, y pactos possunt adimpleri per æquipolens.

131

Lo que se funda, en que, *idem sequitur effectus, ac si observata esset forma.*

132

Lo que se limita quando en el contrato intervino juramento, como en el nuestro, porque entonces no se puede cumplir per æquipolens. Marescot. variar. lib. 1. cap. 88. num. 18. ibi: *Quia licet regulariter stante iuramento, non possit obligatio facta adimpleri per æquipollens, tamen hoc intelligitur quando factum est possibile, § quãdo is, qui promissit potest facere, alias liberatur præstando interesse.* Mantic. de tacit. § ambig. titul. 2. lib. 14. titul. 32. num. 4. Y mas siendo el juramento secundum naturam cōtractus innominati, y aviendolo podido hazer intra terminum

minum conventum. Mantic. *ibid. num. 8.* por estar obligado ex conventionem, *num. 16.* Porque respicit publicam vtilitatem, pues es librar a la Ciudad de la obligacion, y el enfranquezerla, *num. 18.* Porque solvendo interesse, no es tan vtiloso a la Ciudad como lo es la luicion a que se obligò, *nu. 21.* Porque extra iudicium fieri potest, sicuti est contrahere, & distrahere, tunc enim præcisè cogi potest adimplementum, *num. 23.* Y mas in vim exceptionis, *num. 26.* hæc Mantic. in exceptionem regulæ.

133 Y quando *aliquid implendum est, vt detur actio, tunc non potest adimpleri per æquipolens.* Cyriac. *controvers. 424. numer. 20. ex Surd. in loc. ab eo relat. tom. 3.*

134 La segunda, de aver cumplido el muy Ilustre Duque peræquipolens, con aver pagado las pensiones de los censos que le assignò la Ciudad, quando tuviera lugar el poderlo hazer, se satisfaze.

135 Con que en la transacion se obligò (como queda referido) a luir, y quitar dẽtro de seis años las 20000. libr. y de quatro años las 14000. libr. y en el interim pagar las pensiones, con estas palabras : *la qual cantidad aya de pagar para dicho efeto, y dar dicho señor Duque dentro de seis años, que han de comẽçar a correr desde el dia de Navidad siguiente : y en el interim que no les diere, se encargará su Exc. segun en el presente capitulo se encarga, de pagar los reditos, y pensiones de los censales que se le señalaren por la Ciudad hasta las dichas 20000. libras.*

136 Demanara que en el muy Ilustre Duque ay dos obligaciones. La vna es la luicion, y solucion efectiva de las 34000. libras dandolas, y pagandolas dentro de quatro, y seis años. Y la otra pagar en el interim las pensiones. Y ambas son principales del contrato, y sustanciales, y la mas princidal, y sustãciales la luiciõ,

y solucion de las 34000. libr. por la qual queda essenta la Ciudad de vna obligacion tan grande, sin la qual no huviere contraido, y es la que principalmente la movio, assi por ser la expressada en primer lugar, como la de mayor conveniencia suya. Xamar. *rer. iud. diffinit. 26. à num. 86. vbi dicit: Conditionem in donatione appositam dici causam finalem ipsius donationis, & ideo illam resolvere.* Y la causa final es la que *principaliter impulit ad contrahendum, ita ut alias non esset contracturus aliquis, vel non eo modo.* Y aunq̄ en caso de duda, en los contratos nominados la causa no se presume final, sino impulsiva en los innominados siẽpre se presume final. Xamar. *dict. diffin. n. 17.*

137

Y quãdo la Ciudad quiso mostrar mas su agradecimiento al muy Ilustre Duque con la deliberacion de 14. de Setiembre 1619. referida, en ella se reserva el cumplimiento de lo ofrecido, ibi: *Y que la Ciudad solo pueda pedir el cumplimiento de aquella en lo que por su Exc. por si, ò por sus sucessores, ha prometido, quedandole siempre a dicha Ciudad derecho con toda plenitud, para pedir el cumplimiento, y observancia de dicha concordia en todo lo que su Exc. y sus descendientes se han obligado, y deven hazer, segun lo que en ella se contiene.* Et ibi: *Quedandole a dicha Ciudad tan solamente todo su derecho, salvo con toda integridad, y plenitud para pedir a su Exc. y a sus sucessores cumplan, y ejetuen todo, y quanto por su parte tiene obligacion de hazer.* Y esta repeticion obra causa final del contrato, y se deve observar todo lo contenido en aquel por el muy Ilustre Duque. Ramon. *consil. 7. num. 34.*

138

Y siẽdo assi, que el muy Ilustre Duque tiene obligacion de pagar las pensiones dentro de los seis años, y quitar passados aquellos las 20000. libras, y las 14000. libr. dentro de quatro; como con pagar solamente

mente las pensiones , se puede dezir, que cumplio cõ
ambas obligaciones? Y que *idem secutus fuit effectus*
para poderse fundar que per æquipolens cumplio? Y
mas teniendo trato sucesivo la solucion de las pro-
piedades. *Burat. decis. 48. num. 11. & 12.*

139

Lo que huviera hecho si huviera eximido a la Ciu-
dad de la obligacion q̄ tiene contraida con los acree-
dores de los censos , pues en este caso la Ciudad esta-
va essenta para poderle pedir los acreedores los cen-
sos , y esto seria cumplir per æquipolēs: pues aunque
no quitara los censos quedava essenta de pagarles ; q̄
era , y ha sido su intento , & *idem sequeretur effectus,*
ac si redempti fuissent census. Es doctrina en termi-
nos que habla en la misma conformidad la de *Cyriac.*
controvers. 160. nu. 47. tom. 1. ibi: Tum etiam, quia
idem D. emptor suscepit in se onus solvendi, & satis-
faciendi creditoribus, & sic venditor fuit liberatus,
& à capitali, & ab usuris pro dicta quantitate, qui
fuit effectus desideratus à Principe, & ob quem indu-
xit ipsam solutionem, sufficit autem formam effectua-
lem quandocumque impleri. Y assi para que se pueda
dezir que cumplio el muy Ilustre Duque per æquipo-
lens , es necessario que la Ciudad quede libre de la
obligacion ; de otra manera nunquam potest intelli-
gi eundem secutum fuisse effectum, quedando la Ciu-
dad obligada , quando su animo fue eximirse desta
obligacion.

140

Y nunca se puede cõsiderar aver cumplido el muy
Ilustre Duque con la obligacion de la luicion, pagã-
do las pensiones , que fue otra obligacion ; y mas te-
niendo tiempo limitado para hazerla. *Macarat. va-*
riar. lib. 2. resolut. 59. & ultim. casu 2. versic. Quã-
do quia dictus Antonius dum vixit, & postea eius he-
redes non adimpleverunt contenta in instrumento, cū
in tempore convento non extinxerint debita dictorum
domi-

dominorum, prout promisserunt, & uti volēs instrumento in parte sibi favorabili, debet probare se adimplevisse omnia, & singula adimplenda pro eius parte, alioquin non potest petere, sibi observari.

141

Y quando no fuera bastante lo referido para las 14000. libr. que prometio el muy Ilustre Duque quitar, no tiene, ni puede tener escusacion alguna, y mas no constando, como no consta, que aya pagado las pensiones destos censales, teniendo como tiene obligacion de provarlo. Alexand. Ludovic. *decis. 261. & num. 5.* dicens: *De defectum autem probare nõ habet Princeps, sed onus probandi implementum incumbit Duci, qui contractu nititur, & eius observantiam requirit.* Y faltando en qualquier parte por minima que sea, le obsta la excepcion, *quia fundata est in violatione fidei.* Hermosill. *vbi supr. num. 346. & 348.* Xamar. *dict. diffinit. 26. num. 30. & 31.*

142

La qual excepcion tiene lugar, no solamente circa substantialia, sino tambien circa accidētalía. Mascard. *dict. conclus. 1393. num. 10.* Guzman. *dict. q. 24. num. 59.* Merlin. *de pignorib. lib. 5. titul. 1. quas. 50. num. 4. & 5.* Grass. *de except. except. 13. numer. 43.* Novar. *in collectan. 1. de exceptionib. nu. 22.* Gallerat. *de renuntiat. tom. 2. centur. 2. cap. 127. nu. 3. versic. Et ne obijci, &c. ante med.*

143

Y quando se alegasse en favor del muy Ilustre Duque la *decis. 1243.* de Seraphin. *part. 2.* es facil la satisfacion, y ponderada haze en favor de la Ciudad: porque a mas de hablar de contrato de compra, y venta, que es nominado, que sus reglas no tienen lugar en el nuestro, que es innominado, dize primeramente: *Fuit resolutum D. Alberino agenti nõ obstare exceptionem de non adimplemento ad effectum resolutionis contractus, sed solum ad effectum, ut D. Justinus sit securus, & non possit molestari occasione censuum,*

Et obligationum, quibus dicit domum sibi venditam esse oneratam.

- 144 Demanera, que el caso desta decision fue, que se vendiò vna casa como libre de toda responsion, y aviendo hallado el comprador que respondia vnos censos, queria rescindir el contrato; y se dudò si le obstava al vendedor la excepcion non adimpleti y se resolviò, que no le obstava ad effectum resolutionis contractuum, sino para el de quedar seguro el comprador, y que no pudiesse ser molestado por razon de los censos, y obligaciones a que dezia estava tenuta la casa.
- 145 De lo que infiero, que quando nuestra especie fuera la misma que la desta decision, tendria la Ciudad fundado su intento para anular la execucion: pues aunque la Ciudad no se pudiera apartar de la deliberacion, no queda segura de no ser molestada por los acreedores no quitandose los censos, ò eximiendola de la obligacion dellos, que es lo que dize esta decision, ibi *Et non possit molestari occasione censuum, &c.* y esto no puede ser de otra manera que en la forma referida; lo que se verifica mas con los fundamentos de la decision.
- 146 El primero dize, *nu. 2. Sufficit enim adhuc effectum implementum per equipolens*, esto es, para que quede seguro el comprador, que es en el referido contrato de compra, y venta, limitandole a èl, y a otros que sean nominados, ponderando las palabras: *sufficit adhuc effectum, &c.* Lo que no se puede estender a los innominados que se deven observar adunguem ex supra adduct.
- 147 Dà las razones de averse cumplido per æquipolens y dize: *De implemento verò constat ex pluribus, primò, quia pretium domus remansit pro parte panes R. D. Justinum* (que fue el comprador) *sub contrac-*

tu census. Fundandose en la decision Pedem. de Ca-
cheran. 124. num. 14. y lugar de Neguzan. *de pigno-*
rib. membr. 5. part. 1. num. 24. § 28. que hablan en
terminos, que *imminet evictio in limine contractus:*
y el comprador no quiere pagar el precio. Y resuel-
ven, que deve el vendedor prestar cauciõ, ò del pre-
cio comprar bienes *pro securitate emptoris in casu*
evictionis. Y lo mismo dize magistralmente el docto
Anton. Gom. *variar. lib. 2. titul. de emptio. § ven-*
dit. 2. num. 38. fundandose en los textos expressos in
l. si post perfectum, C. de evictionib. § l. penult. §. ff.
ff. de pericul. § comm. rei vendit. cuius hæc sunt ver-
ba: Ante pretium solutum, domini questione mota
pretium emptor solvere non cogitur, nisi fideiussores
idonei a venditore eius evictione nomine offerantur.
Y esto no puede tener lugar en nuestro caso, assi por-
que la Ciudad no responde censos algunos al muy
Ilustre Duque; y porque quando les respondier a, no
consta del mismo contrato, como porque no se tra-
ta si *imminet*, ò no la evicción, que no es de nuestro
especie, sino de cumplir lo que se prometio expresa-
mente; y deve de ser, no solamente en lo sustancial,
que es la essenciõ, sino en lo accidental, como que-
da fundado por ser contrato innominado.

F48

La segunda razón que dà *num. 3.* dize: *Secundo*
quia D. Casar est dives, unde sufficit cautio ipsius cū
hypotheca omnium bonorum. Fundase en el lugar de
Baldo, in *l. quicumque, C. de fund. rei privat. lib. 11.*
§ in l. ex his prædijs, in fin. C. de eviction. Esto se
satisfaze con las razones referidas, que todo mira a
la seguridad, quando *imminet evictio*, y en estos ter-
minos habla Bald. Y que el muy Ilustre Duque sea ri-
co, lo sabia la Ciudad al tiempo que contratò, y no
obstante esto, le puso el pacto de la luicion, y el no
quitar, sino querer dar satisfacion con esta alegaciõ,

no es cumplir lo que prometio. Y la Ciudad no busca solamente el no pagar de presente, sino el quedar esenta de poderlo pagar, y el que se cumpla lo capitulado, y ofrecido; lo que no puede tener lugar con la caucion. Y en el contrato de compra, y venta, basta la seguridad, vt non recedi possit, vel pretium non solvi ab emptore, ex supr. adduct.

149

Y se deve mandar ponderar, que esto procede quando sobreviene el daño despues de celebrado el contrato; que es el caso de la decision de Seraphin. y no quando es pacto, porque en este no bastaria la caucion fino que se avia de cumplir, aun en los contratos nominados; y queriendose otra cosa obstaria el adimplimento, no solamente para impedir la accion, sino para rescindirle, ex supr. adduct. y lo dize famosamente Gracian. *discept. 301. ibi: Ita ut ista exceptio non adimplenti, etiam habeat locum; quamvis non inter sit eorum, quibus versa vice aliquid fuit promissum, quia exceptio non adimplenti est fundata non tam in interesse, quantum in violatione fidei quamvis in minimo non fuerit adimpletum.* Y es expreso el lugar de Cyriac. *dict. controvers. 424. num. 20. tom. 3. dicens: Adeo hoc verum esse, ut actor non audiatur, si fideiubere velit de restituendo in casum excessus ea ratione, quia conditio debet in forma specifica, non autem per equipollens declarari, quod licet fideiussio sufficiat, quando res non est liquida, hoc non procedit, quando aliquid implendum est, ut detur actio.* Et Alexand. Ludovic. *decis. 261. a numer. 1.* Y procediendo esto en los contratos nominados, con mas razon en los innominados, en los quales no solamente tiene lugar la excepcion in substantialibus, sino tambien in accidentalibus, supr. num. 142.

150

La tercera razon, num. 4. dize: *Tertio, quia D. Caesar respectu istorum censuum suscepit litem in se,*

Et talis susceptio habetur pro fideiussione. Afflict. decis. 171. Y aunque Afflict. no lo dize en esta conformidad, habla en los mismos terminos que tenemos alegados, de quando imminet evictio in limine contractus. Y proceden todas las razones referidas, que no repito.

151 Y para que se vea que Seraphin. habla en los mismos terminos que voy alegando, y que es en favor de la Ciudad, referirè lo restante de la decision à num. 5. dize: *Non obstat, quod emptor potest agere ad liberationem domus, Et ad faciendum consentire omnem personam, Et quod interim possit retinere pretiũ, quia hoc procedit, dum emptoris interfit: unde cum ex supra adductis appareat, hic nullum versari damnum, neque interesse emptoris, cessat obiectum.* Et ibi circa fin. *Neque obstat statutum, cum idem contineat, quod ius commune, Et abundè sit cautum indemnitati D. emptoris, neq; ulla immineat evictio, Et ita cõclusum.*

152 De las quales palabras resulta, que teniendo intereses la parte en el adimplemento, y no estando segura, tiene lugar la retencion del precio, y que habla en terminos, que imminet evictio in limine contractus, ibi: *Neque ulla immineat evictio.* Y la Ciudad tiene conocido interes, a demas de que se cumpla lo capitulado, de estar essenta de la obligacion de los censos, pues mientras no sequiten no està segura. Y su especie no es de eviccion, ni de caso superveniente, como queda advertido. Con lo que parece, que esta decision favorece mas a la Ciudad que al muy Ilustre Duque.

153 Y en la *decis. 1275.* se explica Seraphin. mejor, diciendo: que los compradores en este caso no pueden rescindir el contrato por ser nominado, del qual no se pueden apartar por no observarle la otra parte, sino que solamente pueden pedir el cumplimiẽto: ma-

yormente por averse perficionado per traditionem rei venditæ. Y en el *num. 2.* dà por razon: *Quia ut re tradita emptor agere possit ad solutionem pretij, si vëditor factum præcisse præstare non potest, sufficit adimplere per æquipolens, ita ut reddatur emptor securus.* Y entre otras seguridades pone la de 6000. libr. que se cargò el comprador a censo en favor del vëdedor: demanera, que aun en este contrato nominado, para que tenga lugar el adimplemento per æquipolens, es necesario que el vendedor, *factum præcise præstare nõ possit*, para que pueda cumplir per æquipolens, y de tal manera, *ut reddatur securus emptor*, en caso de poderlo hazer.

154 Y ambas calidades faltã en el nuestro, pues el muy Ilustre Duque, por lo mismo que està alegãdo, y es bien notorio, puede pagar las cantidades de la concordia: y no siendo desta manera la Ciudad no puede quedar segura de que no le pidan los acreedores los censos, y de no ser molestada.

155 Y en esta conformidad explica Marefcot. *resolut. 90. lib. 1. num. 3. & 4.* la decision de Seraphin. 1243. supra alegada, poniendola en los casos de los contratos nominados.

156 Ha eal intento la *decis. 98.* de Cartar, en donde en el primer punto *à num. 1. usque ad 9.* resuelve, que por averse pactado en el contrato de venta el dar fianças, no tiene lugar el deposito, por ser condicion expressada en el contrato que se deve cumplir formalmente.

157 Et *à nu. 10.* trata la forma que se deve guardar en la sentencia, si ha de ser condenãdo al reo en efetuar el contrato con la condicion, y pacto, de que primero se cumpla por el actor lo que prometio, ò si deve ser absuelto el reo ab impetitis, repeliendo la instancia del actor, y distingue dos casos de oponer la ex-

cepcion. El vno es, si se opone por el reo, y pide q̄ sea absuelto: y en este dize, que venit absolvendus. El otro, quando opone simpliciter la excepcion: y en este procede la condenacion, con la clausula prius adimpletis, &c. en caso que en el mismo contrato no huviesse intervenido el pacto, porque en este siempre se deve declarar repeliendo la instancia, como lo dexo resuelto in primo dubio. No obstante que en los casos que refiere se declarò repeliendola, no aviendose pactado en el mismo contrato. Y si esto procede en los contratos nominados (que es en el que habla Cartar. por ser de compra, y venta) con mas razon deve proceder en los innominados, y en el nuestro, en el qual se pactò siēpre la luicion de las 34000. libr. y no aviendola hecho el muy Ilustre Duque, se deve revocar el executorio por no aver cūplido por su parte lo prometido, ex supr. adduct. & Cartar. decis. 3. à num. 1. cum seqq.

158

La tercera razon, de no averse seguido daño a la Ciudad, de no averse quitado los censos, se funda en las dotrinas de Ludovic. decis. 347. num. 11. § 20. Burat. decis. 571. num. 5. Tusch. lit. I. conclus. 50. num. 132. post Bald. consil. 315. num. 2. versic. Ex his concluditur, lib. 2. quos refert Tondut. quaest. civil. cap. 16. uum. 11. dicens: *Exceptio non implementi, nō potuit opponi per exactorem, quia ob non implementum communitatis nullum damnum passus est.*

159

Y en que el no aver quitado, se podria juzgar por no dañoso, ò por daño leve, pues la Ciudad no ha pagado cosa alguna. Xamar. dict. diffinit. 26. uum. 34. *Et quod culpa non potest imputari alicui, si quis ex ea damnum non sustinebit.* ibid. nu. 36. § 37. Hermos. dict. gloss. 1. l. 32. num. 355. *Limitat tertio, quando ex non adimplemento nullum emptori damnum infer-*
tur.

tur. En donde cita a Bald. Cravet. Surd. Farinac. Alexand. Ludovic. Beltram. Serapin. Gracian. y Parlad. in loc. ab eo relatis. Y Parlador. *lib. 2. cap. fin. 5. p. 5. 2. num. 17.* dize: *Quod exceptio, qua in ea causa nititur, & nihil damni, vel commodi parti obuenire potest iure non debet admitti.*

160 Las quales no obstan en manera alguna, pues ademas de hablar todas en terminos de contratos nominados, de los quales no se pueden apartar las partes, sino solamente agere ad complementum, lo que no milita en los innominados, qual es el de transacion, ex supra adduct. Se satisfazen.

161 La de Alexand. Ludovic. in dict. decis. 347. num. 11. § 20. con que habla en terminos en el num. 11. que los vendedores obtinuerunt liberationem, ibi: *Et venditores obtinuerunt liberationem.* Y en el num. 20. quando no se tiene interes alguno en el adimplemenro. Y en nuestro caso, la Ciudad no està libre de la obligacion de los censos, y el interes que tiene, es librarse della, segun lo capitulado, y el mayor, la reducion a la Real Corona; y habla en terminos de cõpra, y venta, que es nominado.

162 La de Burat. dict. decis. 571. num. 5. con que dize, que no obsta la excepcion, quando illi, cui impleri debet nullum damnum passus est. Esto es para poderse apartar del contrato, pero no para que no obste al aõtor la excepcion non adimplementi, como lo dize en los num. 7. & 8. ibi: *Nontamen est liberatus debito, ideoque agendo ad observantiam contractus, debet ipse prius adimplere, aliàs actio non competit.* Fündandose en la disposicion del §. offerri, dict. l. Julianus, y dotrina de Cancer. lib. 2. variar. cap. 6. num. 144. que habla en los mismos terminos. Et videndus allegata supra à num. 122.

163 Y en esta conformidad proceden las demas dotrinas

nas alegadas, exceptada la de Parlador. de la qual tratarè despues, como lo dize Hermosill. *dict. gloss. 1. l. 32.* en donde desde el *num. 352.* pone las limitaciones de la regla, y si tiene lugar el adimplemento post litē ceptam, y si de no averse hecho, nullum damnum emptori infertur; y en estos casos, dize que si: pero lo limita en el *num. 355. versic. Limita,* en la conformidad que Gracian. 2. tom. cap. 301. *num. 13. § 14. § decis. 210. num. 2.* en donde dize, que quando se cōtraviene a lo pactado, tiene lugar la excepcion, aunque de la contravenciō no se siga daño, y dà por razon: *Quia exceptio non adimplementi est fundata non tantum in interesse, quantum in violatione fidei; quamvis in minimo non fuerit adimpletū. Et disceptat. 302. in fin.* dize: *Quamvis ista non sit tuta, cum verior sit opinio, ut detur huiusmodi actio, etiam cessante interesse, ut sapè Rotaresolvit, § multa adduxi in alijs capitibus.* Y en el c. 301. en los n. 9. § 10. dize, que no se puede escusar el adimplemento, & adducta supr. à *num. 121.* por lo que aviendo se pactado la luicion de los censos in ipso contractu, para que obste la excepcion, no se deve atender al daño, sino a la convencion.

Parlador. habla en terminos de si se puede hazer la execucion contra el deudor sin citarle, y distingue, aut fit in bonis, aut in persona, si in persona, si non præstat bona, aut cautionem est valida si præstat est irritanda. Y dize, que procede de equidad, pues aunque fuera citado no la huviera dado. Y se funda en lo referido, de que si adfert, vel non adfert commodū la excepcion. Y esto no es de nuestra especie, y quando lo fuera de la excepcion que alega la Ciudad, se le sigue la comodidad de restituirse al estado del secreto, y del pleito de la incorporacion a la Corona Real, ò por lo menos, de quedar essenta de los censos, con
la

la luicion que deve hazer el muy Ilustre Duque.

165 La quarta razon: de que no se le podria seguir daño, así porque los acreedores no pueden executar por luir, y quitar los censos, porque como en quanto a las pensiones está de por medio la librança que se dio a los Tesoreros para que se pagassen, y tambien los daños, y costas que la Ciudad acetò, y en su virtud se han pagado siempre, aun despues de suscitados los pleitos.

166 Se satisfaze, con que con facilidad se le puede seguir daño a la Ciudad, pues dexando de pagar el muy Ilustre Duque, quitando el orden a sus Tesoreros, los acreedores pueden executarla; y esto depende de la voluntad del muy Ilustre Duque, y de sus sucessores, y pueden suceder muchos accidentes, por los quales pretenda escusarse de la solucion, y la Ciudad siempre estará tenuta, quando su animo fue el librarse de la obligacion de los censos, y fue la causa final que la movio para contraer, ex supr. adduct.

167 Y quando no huviera mas razon, que el q se guarde, y observe lo capitulado, y concordado en el contrato, y mas en cosa tan sustancial como la luicion, tiene fundada la Ciudad su intencion ex supra adductis; y si se pudieffe entender de otra manera, seria faltar a todas las reglas que tenemos fundadas.

168 Y con pagarse los daños, y interesses no se satisfaze; porque esto procede quando vno se obliga ad factum alienum, en el qual tiene lugar el pagar los daños, y interesses quando no se cumple; no empero en hecho proprio. *Marescot. resolut. 88. nu. 16. § 17. lib. 1.*

169 Y aunque huviera cessado la causa del adimplemēto le devia cumplir: *Quia cessante causa ad cautellam ordinata, non cessat providentia simpliciter ordinata.* *Mascard. dict. conclus. 1393. num. 57. § 58.* Y

Q los

los pactos conventionales, y las condiciones puestas en los contratos, se deven guardar ad vnguē. Salgad. *in labyrinth.* 3. part. cap. 13. §. unic. maximè, ex num. 100. § cap. 16. num. 35. § 36. Et debent esse grata iudici, § sequi debet voluntatem partium. Salgad. *ubi supr.* part. 1. cap. 13. num. 15. § 16. Et quamvis non inter sit, potest opponi, quia non tantum est fundata in interesse, quantum in violatione fidei. Farinac. *in posthum. decis.* 372. nu. 84. tom. 2. Gracian. *dict.* cap. 301. nu. 13. § 14. & alij *supr.* adduct.

170

Nila librança de los Tesoreros, aceptación de la Ciudad, y aver pagado siempre las pensiones de las 20000. libr. puede embarçar a la Ciudad, para que se entiēda que ha podido quedar prejudicada en manera alguna en la excepcion non adimplementi: porque a demas de no averse hecho, ni acetado por el consejo general, como consta de aquella, que està a fol. 479. quando fuera hecho suyo, fue en execucion de la concordia, y aunque fue en diferente tiempo, *semper dicitur correspondiva, § sufficit, quod ad eundem finem fuisset facta*, y aunque no se huviera expresado la causa, seria lo mismo: *cum subsequens contractus censeatur factus in executionem precedentis promissionis.* Capit. Latro. *dict.* consult. 54. numer. 34. 37. § 38. tom. 1. optimè Salgad. *in labyrinth.* part. 3. cap. 3. à num. 153. Ramon. *consil.* 7. num. 35. § 36. Burat. *decis.* 54. num. 17.

171

Y en el exordio se dize, que fue para execucion de lo tratado, y capitulado en la concordia; y asì qualquier palabras que se puedan pōderar en favor del muy Ilustre Duque para que no tenga execucion la concordia en su individua, y pactada forma, son de ningun efeto, pues se devē restringir a lo expressado, optimè Galeot. *consult.* 47. num. 9. § 10. lib. 1. & Salgad. *in labyrinth.* *ubi proximè.*

172

Ni el averse pagado las pensiones por el muy Ilustre Duque despues de suscitados los pleitos puede obstar, no obstante las doctrinas de Ludov. *decis.* 75. num. 2. *Et in addit. lit. C. Et decis.* 577. num. 10. p. 1. recent. Gracian. *decis.* 159. num. 13. *Et* 14. Burat. *decis.* 674. num. 13. *Et decis.* 54. num. 14. *Et ibi addent. lit. C. ex quibus docet Tondut. dict. cap. 16. qq. civil. nu. 12. Quod ex actor solvendo plurimas summimas creditoribus communitatis, post allegatum non adimplementum: etiam convertendo pecunias destinadas pro solutione summarum principalium, in solutionem augmenti monetarum, censetur tacite ab exceptione recessisse.* Faciunt adducta per Ramon. *consil.* 7. *Et* 8. en donde dize averse juzgado partes recessisse a contractu ex tacito consensu, por no averle observado por muchos años, late Gracian. *discept.* 302. a n. 10.

173

Por satisfacerse, con que todas las doctrinas referidas, y otras que se pueden alegar en su corroboracion proceden, y hablan en terminos de aver intervenido hecho de aquel, cui erat adimplementum; que no obstante el averse hecho el adimplemento prosiguió en el contrato observandole; lo que no ay en nuestro caso, pues la Ciudad no es la que cobrava las pensiones de los censos, sino los acreedores; y ella no consta tuviesse noticia desto.

174

Y quando la tuviera, y lo huviera consentido hasta el dia de oy, asimismo se puede valer de la excepcion para que cumpla lo prometido el muy Ilustre Duque. Gracian. *dict. cap.* 302. num. 12. ibi: *Licet etiam posset dici, quod per predictas receptiones videatur quis sibi praeiudicasse pro tempore, quod recipit, quamvis in futurum, quoad receptiones secutas, post dictas receptiones non consideretur istud praeiudicium, quasi ille tacitus consensus non debet obesse, ultra quam fuerit consensus.* Lo que sigue Burat. *dict. decis.* 674. n.

17. di-

17. dicens: *Declarā, ut recipiens fructus societatis officij censeatur remittere non implementum, & sibi praiudicasse, pro eo tantum tempore, pro quo recepit, non autem pro futuro.*

175 Pero lo que quita toda duda es, el que la Ciudad hizo la instancia del año 1626. oponiéndole al muy Ilustre Duque la excepcion non adimplementi, y hizo diferentes instancias hasta el año 1645. y está pendiēte esta causa. Y en el año 1640. tambien le opuso la misma excepcion quando el muy Ilustre Duque entrò a poseer por muerte del muy Ilustre Duque don Enrique su padre. Lo que prueva, que nunca ha consentido in non adimplemento. Ramon. *dict. consil. 8. num. 14. in fin. ibi: Quod metas 20. annorum excedit & amplius unquam quarellas deposuit* Antes biē, luego que passaron los seis años, alegò la excepcion, y hizo todas las diligencias que le tocavā. Ramon. vbi proximè, *num. 17. & 18* donde hablando del tacito consentimiento dize: *Quia fallit, quando quis potest actum impedire, & agetur de iure reali, & non contradixit, neque conquestus est, tunc enim tacitus consensus inducitur.* Luego aviendo hecho la Ciudad las instancias referidas, no se puede dēzir que consintió in non adimplemento, pues no se pudo valer de otro remedio que el juridico, que si pudiera, es cierto lo huviera intentado.

176 Y quando todo lo referido le pudiesse faltar, le cōpete a la Ciudad el beneficio de restitucion in integrū que tiene implorado, y fundado, saltem ad complementum ex adduct. *num. 58.*

177 Y en quanto a las 14000. lib. de la luicion, y solucion de las pensiones, no se ha dado, ni dà satisfacion alguna por el muy Ilustre Duque.

178 Ni le puede favorecer al muy Ilustre Duque el aver ofrecido en el comparendo de primero de Julio, el que

que estaria pronto a cumplir por su parte en la luicio de las 20000. libr. porq̄ falta en las 14000. libr. mas, a que està obligado , y quando el ofrecimiento fuera para todo.

179 Le obsta el que en los contratos innominados, *post oppositam exceptionem*, no tiene lugar el cumplimiento, y mas en la transacion. Mascard. *cit. conclus. 1393. num. 60. 91. § 62.* en donde amplia la cõclusion, *ut etiam capto iudicio, § facta oppositione implementi non secuti, non liceat tunc implere.* Et ibi n. 62. *Et in transactione ratio assignari potest, quia iudicium fuit nulliter captum, cum nulla actio actori cõpeteret, § id circo non potest etiam per implementum subsequutum convalidari.* Xamar. *dict. diffinit. 26. num. 41. 42. § 43.* Tondut. *quæst. civil. cap. 14. n. 10.* Gallerat. *de renuntiat. tom. 2. centur. 2. cap. 127. num. 3. versic. Ut autem quis, circa med.* Y aunque ay algunas autoridades, que dizen, se puede purgar la mora, proceden en los contratos nominados, y en los innominados para escusarse de la pena: *Secus quando vult admitti ad moræ purgationem pro querenda actione.* Xamar. *dict. num. 43.* Ruginell. *in pract. qq. cap. 41. à num. 14.*

180 Y para aver incurrido en mora el muy Ilustre Duque, tiene la Ciudad todos los requisitos, assi de la interpelacion judicial del año 1626. como el averse determinado dia cierto para la solucion, y aver cõplido por su parte la Ciudad lo capitulado, quando qualquier de estos requisitos es suficiente. Xamar. *d. diffinit. num. 51. § 52.* Pichard. *tract. de mora, à num. 43. § num. 67.* en donde dize: *Quod fortior ea mora est, quæ ex adventu diei fit, quam quæ ex interpellatione contrahitur,* y mas fuerte que ambas la judicial, *ex adduct. à Salgad. in labyrinth. part. 3. c. 2. à num. 143. vsque ad 149.* Tondut. *quæst. civil. c.*

16. num. 5. § 6. en donde dize, que ipso iure contrahitur mora respectu vniversitatis, y que no es necessaria la interpelacion; y para incurrirse basta el juramento. Bursat. decis. 110. in addit. lit. B.

181

Y quando pudiera purgar la mora lite pendiente, no era ni es suficiente la obligacion, porque a demas de no purgar la mora, Tondut. dict. cap. 16. num. 7. es preciso el deposito, Mascard. dict. conclus. n. 52. 53. § 54. ibi: *Ut non sufficiat verbalis oblatio, licet enim is intelligatur adimplevisse, qui legitime obtulit; attamen quoniam factum requiritur, verbalis oblatio non prodest, quia verba satis non sunt, ubi factum opus est, qui dicunt, quod verbalis oblatio, non dicitur oblatio proprie. Et ubi quis debet offerre aliquid alicui ad finem, ut consequatur actionem velut non incidat in moram, vel illam purget, requiritur oblatio rei presentis, unde oblatio rei verbalis, non in presentia constituta nihil habet operari. Et ibi: alia possent semper dici: ego sum paratus facere, § implementum nunquam sequeretur. Gallerat. de renuntiat. tom. 2. centur. 2. cap. 127. n. 3. versic. Ut autem quis. Tusch. liter. O. conclus. 20. num. 1. 2. 6. 8. 16. 24. § num. 36. cum limitat.* Y que el deposito se deve hazer auctoritate Iudicis, ibidem num. 56. & optime Bardell. vidend. consil. 151. num. 3. 4. 5. § 9. cum seqq. Y la Ciudad en caso que tenga obligacion, y no de otra manera, esta pronta a que se haga el cumplimiento, como lo tiene alegado en la suplicacion de 23. de Julio 1658. y esta protestacion, tollit vires verbalis oblationis, § isto casu offerens pro verbis, verba reponat. Mascard. ubi supr. num. 54. in fin.

182

Ni puede obstar la doctrina de Menoch. consil. 1. tom. 1. num. 371. versic. Respondeo, en donde para satisfacer a la referida excepcion, dize: *Erit tamen consilium, ut antequam Serenissim. Dux noster actionem*

tionem moveat, offerat se ex latere suo paratum satisfacere, si quid agendum, & implendum superest, quod sensit, Corn. consil. 79. num. 5. lib. 1. por satisfazer se con que Menoch. habla en caso de duda, si adest, vel non adimplementum, ibi: *Respondeo tertio me non videre, quid ex latere Ducis sub audia implendū fuerit.* Y antes de suscitarse el pleito, ibi: *Vt antequam Serenissim. Dux noster actionem moveat.* Y am bas calidades faltan al muy Ilustre Duque, pues sabe lo que deve cumplir por su parte, y la oblacion la hizo despues de suscitada la lite, y de cõcluida a su instancia.

183 Ni la decision de Farinac. *in posthum. 676. tom. 1. num. 2.* en donde fue suficiente la oblacion por fundarse en que se faltò al adimplemento por parte del q̄ le alegava; quando para alegarle devia primero cūplir por su parte. Y la Ciudad, como sæpius se ha dicho, cumpliò lo que estava obligada; y en estos terminos no tiene lugar la oblacion ex parte non adimplentis. Farinac. *decis. 465. num. 4. in dict. tom. 1.* dando por razon: *Quod ad effectum agendi quidquid est in promissione respicit futurum implemētum, ita ut agens eo omisso, non potest in contractu se fundare, si ve implementum sit circa naturalia, si ve circa accidentalia, & ita iudicatum refert.*

184 Con lo que parece quedan satisfechas las razones en que se fundan las dudas referidas.

185 Otra excepcion tiene alegada la ciudad en quanto al orden judicial, y es, que en el executorio no està infertado el decreto del S. C. de Aragon, ni en virtud del qual se impetrò; lo que es necessario; *cum executio causata vigore instrumenti in ea expressi non possit revalidari ex alio, de quo non sit facta mentio.* Gl. & Bald. *in l. Bebius Marcellus, ff. de pact. dotalib. idē Bald. consil. 159. lib. 1. Tusch. lit. E. conclus. 484. num.*

num. 12. Cravet. consil. 840. num. 9. lib. 5. Giurb. decis. 10. lib. 1. vbi num. 8. aliquos casus distinguit.

186

Afirmísimamente tiene alegado, que la Ciudad se obligò a dar la posesion siempre que quisiese el poseedor al hijo, y descendiente del muy Ilustre Duque don Enrique, a quien tocasse la sucesion, consta num. 9. y en el processo no se ha verificado, ni ha constado, que la vocacion le toca al Ilustre don Ambrosio de Aragon; que por ser calidad en que se funda el muy Ilustre Duque la deve provar; y esta excepcion se puede oponer en qualquier juicio por privilegiado que sea. *Ripoll. in dict. prax. Peguer. dict. rubr. 9. de except. num. 26. 27. § 28. vbi plures refert.*

187

Y aviendose pactado en la concordia, y no verificado, le obsta al muy Ilustre Duque la excepcion nõ adimplemēti ex hoc capite. Y en terminos posesionis adipiscendæ, seu acquirendæ, lo prueva Argel. *de acquirend. possess. quest. 2. artic. 7.* en donde en el num. 21. dize, que la excepcion, *quæ consistit in facto, quæ appellatur intentionis exclusio, dicitur incontinenti, de exceptione, § bono iure excipientis constare.* Y que no provando el actor su intento, queda fundado el del reo. *Et num. 2. Et in tali casu non tam agens à reo repellitur, quam se ipsum repellit.*

188

Y desde el num. 3. trata de la excepcion non adimplemēti, y dize: *Quando sumus in exceptione facti secundum quid, quia non absolute negamus actum, seu contractum, ex quo solet competere actio, sed negamus talem esse, ex quo actio competere possit, qualis est exceptio non implementi, de hoc dicitur incontinenti apparere, neque aliquam requirere indaginē, adeo quidem, ut si simus in iudicio, in quo omnis exceptio excluditur, vel ex natura iudicij, vel ex dispositione statuti, tamen hæc semper opponi possit.* En el num. 7. que tiene lugar esta excepcion, aunque requirat altam indagin-

daginem, porque el reo tiene fundada su excepcion in non adimplemento. En el *num. 9.* pone la regla que tenemos fundada, que el que agit ad contractus observationem, debet probare, que cumplio por su parte lo que tenia obligacion. En los *num. 10. 11. 12.* § 13. dize tiene lugar en las causas executivas, etiã ad-versus obligationem Cameralem.

189

Et à *num. 17.* lo afirma mas, quando la excepcion non adimplementi nascitur ex eodẽ fonte, ex quo nascitur actio, y en este caso aunque requirat altam indaginem, impedit executionem possessionis, *num. 22. 25.* § 26. y la excepcion que nasce ex eisdem actis dicitur probata incontinenti, *num. 30.* § 31.

190

Y en la *quest. 3. artic. 3. num. 15.* § 16. con estos fundamentos (a los quales se refiere) dize: *Etiam si testamentum prout facti est, sustineatur, si tamen incontinenti appareat de nullitate, quantum ad ius at-tinet immissionem denegari: in specie enim nostra cũ ex ipso testamento appareat de defectu causa efficien-tis, non solum incontinenti, sed ab initio constat de nul-litate, & quidem ex lectura ipsiusmet testamenti; un-de intrat propositio in executivis exceptionem de prõp-tam ex corpore instrumenti, de cuius executione agi-tur eam impedire.*

191

Con lo que se prueva, que en terminos de juicio adipiscendæ possessionis, tienen lugar todas las excepciones que tenemos fundadas, y en particular las de non adimplementi tã ex defectu solutionis, quã probationis qualitatũ resultantium ex ipsa trãfac-tione, & ex conventionẽ appositarum. Y que tãbien se deve conocer de la nulidad de la deliberaciõ de 14. de Setiembre 1619. por resultar della misma, y de la qual se vale el muy Ilustre Duquẽ.

192

Y para que quede mas iustificado, tenemos lugar en terminos, de Gonçal. *ad regul. 8. Cancellar. glos.*

27. num. 7. dicens: Quo fit, ut exceptio in observantia transactionis, seu concordia impediatur immisionem in possessionem non servanti, neque ipse violator potest impedire, quod alius non immitatur, ex remedio. l. fin. C. de edict. Div. Adrian.

193

Por las quales excepciones, y de mas que tiene alegadas en proceso, confia la Ciudad se declarará en su favor en la conformidad que tiene suplicada. Y assi lo siento, salva semper.

Imprimatur.

M. Roig, Fisc. Adv.

Don Melchior Sifternes.

