

IESVS, MARIA, IOSEPH.



P O R
EL MINISTRO, Y CON
uento de la Orden de la Santissima
Trinidad, Redempcion de Cau-
tivos de Calçados de la villa
de Madrid.

C O N
EL SEÑOR MARQUES DE
Villesca, y su Curador ad.
litem.

A ESTE



ESTE Papel contendrà dos partes: en la primera, se fundara el derecho del Convento por quatro puntos; el primero, y segundo, tocante a la retencion de lo fabricado, sitio, y recibido, *intuitu iuris Patronatus*. Los dos siguientes, contendran los derechos de peticion, en quanto a las decursas de la pension estipulada, durante el tiempo del Patronato, y de los estipendios de Missas, y Sufragios. En la segunda, se satisfara a tres oposiciones que haze el Abogado del señor Marqués, en que funda sus reconvençiones. No he visto los autos, y solo discurro por el Memorial ajustado, que se me ha embiado: con que si en algo faltare al hecho, hallarè disculpa en los señores Iuezes, y en la sentencia de Ulpiano: *Facta prudentissimos quosque fallunt*; y fuera de mucho sentimiento para mi, si el Memorial faltasse a algo sustancial; que no podria ser los principios de derecho ciertos, si estriuasen en presuèptos de hecho no ciertos: porque *ex facto ius oritur*. Con esta prefacion començarà mi discurso.

PRIMERA PARTE.

Diligite iustitiam, qui iudicatis terram. Divina Sap.
cap. 1.

PUNTO PRIMERO.

De la condicion, y parte sustancial de la escritura de ajustamiento de Patronato.

LA Clausula es la siguiente: *Que si el dicho Marqués de Villesca no cumpliere con la paga de la renta del dicho Patronazgo, y dotacion de Missas, y de*

de sus principales, a los plazos, y en la forma, y como queda obligado: HA DE PERDER EL DICHO PATRONAZGO, Y TODO LO QUE HVVIERE DADO, Y DIERE PARA LA LABOR DE LA DICHA CAPILLA MAYOR, Y LO QUE HVVIERE LABRADO, Y FABRICADO EN LAS DICHAS CASAS. I todo ello ha de quedar para el dicho Conuento libremente, para disponer de ello a su voluntad. Prosi- gue la escritura, dando la causal: Porque con esta cali- dad, y no sin ella, se otorga esta escritura, y contrato. Aqui la llama calidad; en las palabras siguientes se ex- plica mas distintamente, y con mas individual termi- no; porque el de calidad, es comun, pro sigue, pues, as- si: Pero aniendo una vez cumplido con dar para el di- cho Patronazgo las cantidades que en esta escritura van declaradas, no podra tener lugar por qualquier ac- cidente otro esta **CONDICION.**

En todo el contexto del memorial, assi en su rela- cion, como en los pedimentos de las partes, y aun en la nota marginal fol. 2. se dice, y confiesa, que esta clausula es penal. Cosa que no me parece se ajusta a buena jurisprudencia. Diferencia se solamente la condi- cion de la pena, en la mente, animo, y voluntad de los contrayentes, u del testador, l. 2. ff. de his qua pena no- mine relinquuntur. Este legado si penum non dederis ce- tum dato, si se dexaua con animo de castigar al here- dero, mas que de usar liberalidad con el legatario, se reputaua penal, y por el derecho antiguo no valia, l. 1. ff. de his qua pena nomine relinquuntur, §. pena quoq; nomine, inst. de leg. El mismo legado, dexado co la mis- ma formalidad de palabras, si se dexaua con intencion de utilizar al legatario en lo primero, que es penus, o en la cantida de ciento, dexada en segundo lugar, y en defecto de dar lo primero valia, y se debia los ciento. etiam iure antiquo, como dexados in vim conditionis

pe-

penoris non dati, l. 1. §. item si ita 8. ff. ad legem falcid.
leg. si penum 24 ff. quando dies legati cedat, cum alijs.
En esta duda, para que el acto valga mas que perezca,
que es razon que milita tanto en vltimas voluntades,
como en contratos, l. quoties 12. de rebus dubijs, l. quo-
ties 80. de verbor. obligat. Los Interpretes de mas jui-
zio ense ña, que se ha de interpretar la clausula por cõ
dicional, no por penal, Paulus Castrensis in l. Vnic. C.
de his, que pœna nomine relinq. num. 8. Et ibi alij Clasi-
ci, Costa in §. si arbitratu, ampliatur. ult. num. 37. lauda-
tis alijs antiquiorib. D. Molin. de Hispanor. primog. li-
br. 2. cap. 12. num. 32. & 33. Pater Molin. de iust. & iur.
tract. 2. disput. 611. num. 3. vers. Idem tamen, & versio.
Hanc tamen. Donellus lib. 8. comment. cap. 16. D. Va-
lentialib. 3. illustr. tract. 5. qui est primus de legatis, ca-
pit. 2. num. 9. Esto es en duda; pero quãdo las palabras
de la clausula no la dexã, son claras, no son ambiguas;
ninguno avra que se atreba a impropiarlas, para po-
ner dificultoso el acto, ò destruirle. Sabemos que se
impropian, para que el acto, ò la disposicion obre, l. si
quando 109. de legat. 1. l. ubi est verborum 21. ff. de reb.
dubijs. ibi: Semper in dubijs id agendum est, ut quam
tutissimo loco res sit bona fide contracta; nisi cum aperte
contra leges scriptum est, l. cogi 16. in princip ff. ad S. C.
Trebell. Nec ignoro, inquit Vlpianus, in quibusdam
ex his Matianum dubitare; & voluntatis esse dicere
questionem; utrum de pecunia tantum, an & de succes-
sione testator senseris? In ambiguo tamen magis de suc-
cessione dico: **NE INTERCIDAT FIDEICOM-
MISSVM.** Impropiar, pues, las palabras, para difi-
cultar el acto, seria contra toda razon, y jurispruden-
cia.

Para quitar la duda, y no dexar al Iuez que tenga
necesidad deste discurso, ò principios, aconsejan los
Interpretes mas cautelosos, que los contra yentes, ò
testa-

3
 testadores declaren su intencion: poniendo, que con-
 trahen assi, *debaño de tal pena conuencional*, quando
 quieren que tenga lo dispuesto concepto de pena: ò
 que lo contrahen, ò disponen, *con tal condicion*, quan-
 do quieren que todo el acto, y clausula sea *condicio-*
nal. Desta cautela vsaron los contrayentes, apud Con-
 sultum *in l. lecta 40. de reb. credit. ibi: Pœna nomine*. Y
 la indicaron Accursius *in l. in illa 8. verb. Et Marcell-*
lus, de verb. oblig. Alexander *in l. impossibilis 7. num.*
vlt. vbi Iasso num. 7. Alciat. num. 15. Gifanius nume. 5.
¶ 6. eod. tit. Y desta misma me parece que se vsò en
 nuestro caso; pues para no dexar en duda la calidad de
 lo estipulado entre las partes, hallamos aquellas pala-
 bras expresas: *no podrá tener lugar, por qu alquier otro*
accidente esta CONDICION. Quien, pues, avra que
 no diga, que el acto es condicional, y no penal, quan-
 do expressamente le llaman assi los contrayentes, auie-
 do vsado de palabras, que no menos inducen condi-
 cion, que pena?

Discurriendo, pues, en la firmeza de la escritura, co-
 mo en escritura condicional, que es el supuesto que
 a mi parecer se debe hazer: veamos que potestad ten-
 ga esta condicion, no cumplida por defecto de aquel
 en cuya potestad se puso. Es principio asentado en de-
 recho, que la condicion en los contratos, y disposicio-
 nes, es su causa final; porque todo el consentimiento
 del disponente, ò de los contrayentes, se pone, y confiere
 en el caso de la condicion: quieren, si se cumple; no
 cumplida, dexan de querer, *l. hac venditio 7. l. si fundū*
37. de contrahend. empt. l. necessario 8. de periculo, ¶
commodo rei vend. l. quibus dieb. 40. §. Terminus, de
cond. ¶ dem. §. sub conditione inst. de verb. oblig. D.
Couarrubias de sponsalib. ¶ matrim. 2. par. cap. 4. §. 1.
num. 6. Pater Sanchez de matrimon. lib. 5. disp. 1. ¶ 2.
Ripol. de condition. ¶ demonstr. in rubr. cap. 1. ¶ nu.

9. Donell. in l. *impossibilis* 7. num. 2. de verbor. obligat.
Por esso, mientras pende, no tiene existencia la dispo-
sicion, l. *his damnnum dat* 169. §. *quod pendet*, de regul.
iuris; y cumplida, vale, como si desde el principio se
huviera contraido puramente, l. *qui balneum* 9. in prin-
cip. §. 1. l. *potior* 11. §. 1. *qui potiores in pignore habeā*
tur, l. 27. §. 33. tit. 13. partita 5. Todo lo qual procede
en la condicion tacita, aut extrinsecus adherente, co-
mo en la expresa, l. 1. ff. *ead. tit. qui potior* d. l. 27 par-
tit. Esta doctrina es comunissima, quanto cierta, entre
todos los Autores de ambas facultades, por muchos
que se omiten de proposito, Consuli possunt noster
primarius Victoria in relectione de matrimonio, 1. pa.
Primarius etiam noster Magister Basilius Poncius li-
br. 3. de matrim. cap. 14. Pater Sanchez eodem tract. li-
br. 5. disp. 8. Molina de iust. & iure, tract. 2. disput. 28 §
Parlador. lib. 2. rer. quot. cap. ult. 1. part. §. 12. limit. §.
Petrus Barbosa in l. 1. par. 3. ex num. 32. soluto matrim.
Carleual de iudic. 2. tom. tit. 2. disp. 23. ex num. 11. mul-
ti apud D. Salgadū latissime agentem in labyr. credi-
tor. 2. p. cap. 21. à princip.

Por esta razon, para dar a entender el Jurisconsul-
to Gaio in l. *demonstratio* 17. §. *at si conditionaliter* 3.
de condition. & dem. de quien tomò las palabras, ò sen-
tencia Iustiniano in §. *longè magis* 31. *instit. de legat.*
quando la causa de disponer es final; de suerte, que su
defecto vicia la disposicion, dixo: que entonces es fi-
nal, y entonces la vicia, *quando enunciata est conditio*
naliter (esto es) *in vim conditionis*: porque ninguna
cosa suspende mas, dirige mas, ò determina mas la vo-
luntad, que la condicion. No me dilato en la ilustra-
cion de este punto, por ser en la misma razon natural
evidente. Videri possunt Donellas, & Ossuald. lib. 14.
cap. 10. D. Couarrub. & nouissimus Additionator Fa-
ria lib. 1. var. c. ult. D. Amay. lib. 2. obs. c. 12. n. 22. §. 23.

4
 Ni ay tampoco diferencia especifica en este articulo entre las condiciones, que dependen de caso extraño, *veluti si nauis ex Asia venerit*, las que dependen de la potestad del que las ha de cumplir, *veluti si feceris, vel dederis*; ò las mixtas, *qua ab utroque participant; veluti si Titio cum Consul fiat decē dederis*. Por que en todas es cierto, que igualmente suspenden la disposicion, mientras estan pendientes; igualmente ponen, y confieren la voluntad en el caso de su cumplimiento; y en fin igualmente son causa final, que determina la voluntad de los que disponen, ò contrahē. Es buen texto la *l. is qui heres* 13. *in princip. de acquir. heredit.* con el sentido que le di (dexo a la censura de los mas doctos su probabilidad) *lib. 2. opusculor. sect. 3. cap. 2.* Y comun la *l. Vnic. §. sin autem, C. de caducis toll. vbi omnes classici vsque ad Cuiac. & Gifanium, Antonius Gomez 1. tom. var. cap. 12. ex numer. 60. vbi accuratē nouissimus Additionator Lavnez, Parlador. different. 147. Spino in specul. testam. Gloss. 14. ex num. 12. Menochius lib. 4. *presumpt.* 181. *per totam*, Sarmiento *lib. 2. selectar. cap. 2. ex num. 10. vsque ad finem. Donnell. & Vssuald. lib. 8. cap. 34.**

Esto parece que se discurre sin necesidad; pues quanto auemos que rido deducir de derecho, lo hallamos expreso en la escritura; dizen assi las partes: *Porque con esta calidad, y no sin ella, se otorga esta escritura, y contrato.* Es cierto que los contratos reciben naturaleza de la condicion, y voluntad de las partes, *l. 1. §. conuenit, ff. de positi, l. 5. Aristoni 39. ff. mandati, l. contractus 23. de reg. iur. cap. contractus, de reg. iur. in 6.* Luego querer se apartar desta ley, y desta condiciō desta causa final, q̄ los mismos contrayentes pusieron en la escritura, será contra la ley del cōtrato, y aun cōtra la natural, que dicta la obseruancia de las convenciones, *l. 1. de pactis, l. 1. de constituta pecunia, l. Stichum*

95. §. *naturalis, de solutionib. cum similib.* De que concluimos por llano, y vulgar principio de derecho, que auiendo el señor Marques de Villesca dexado de cumplir la condicion, que puso al commisso, y perdimiento de lo fabricado, y entregado perdio lo estipulado; y el Convento con justa razon lo retiene, q̄ de otra suerte no contratara, l. *Emilius 38. de minor. l. 1. Et ult. ff. de lege commissoria, cum alijs.*

Tenemos ya, pues en la dicha escritura causa, que es declarada, y determinada voluntad del señor Marques de transferir el dominio de lo entregado en el Conuento, y perder lo fabricado, en el caso que se estipuló; §. *per traditionem 40. instit. de rer. diuision. ibi: Nihil tam naturale est, quam voluntatem hominis uolentis rem suam in alium transferre atam habere.* Tenemos tambien entrega, hecha antes, ò hecha despues; que esto no causa diferente derecho, l. *quaratione 9. §. interdum, de acquirend. rer. dominio, §. interdum instit. de rer. diuisione, l. certi conditio 9. §. deposui. de reb. credit. l. 3. §. pen. de donat. inter.* Luego ninguna cosa falta para que el Conuento retenga con dominio propio las alhajas que le dio el señor Marques, y qualquier sitio de que se aya aprouechado para su edificio. Ni para que la remission de la costa aya surtido desde luego que se purificò el commisso por el defecto de la condicion. Porque lo mismo procede en la retencion del dominio adquirido, que en la de los derechos remitidos, como con Arnaldo Vinio dize don Manuel Valeron en su *tratado de transactionib. tit. 5. quest. 4. numer. 15.*

Que el dominio de las alhajas se traspassasse en el Conuento, luego que vino el caso de el commisso, se funda con dos instancias; vna en comun, otra en el caso particular. En comun se prueba, porque auiendo causa, esto es contrato, habil de si, para transferir el do-

dominio de las cosas; y siguiendose, ò antecediendo a la causa entrega dellas, hecha en su virtud, se transfiere el dominio en quien las recibio por aquella causa: *l. si ager 50. ff. l. quoties 15. C. de rei vindic. l. quæ ratione 9. §. he que queres, l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. ff. de acquirend. rer. domin. d. §. per traditionem, cum seqq. inst. de rer. diuis.* Conclusion tan vulgar, como assentada, que enseñan Baldo, Saliceto, y los Clasicos, *in l. traditionib. 20. C. de pactis, §. in d. §. per traditionem.* El señor D. Iuan de Solorçano *de lad. iur. §. gubernat. 1. tom. lib. 3. cap. 1. ex num. 21. passim.* En caso, que especialmente disputa el señor Doctor Don Alonso de Olea, de cuyo elogio me rempla el escriuir este papel, para que se ponga en su mano, *de cessione iurium, §. act. tit. 1. quest. 6. ex num. 43.* Su antenado, y dignissimo hijo de su doctrina, y exēplo, D. Manuel Romã Valeron, hablando tambien en caso de especial titulo perpetuo, a que se sigue entrega: en su tratado de *transactioib. tit. 5. quest. 5. à princ. Petrus Gregor. lib. 20. syn tagmat. cap. 10. Donell. lib. 4. commentar. capit. 15. cum seqq. vbi multus est Ossuald. Antonius Contius libr. 1. disputat. cap. 8. §. 12. Celsus Vargalius de dolo, lib. 5. cap. 4. ex num. 27 Hugo Grotius de iure belli, §. pacis, lib. 2. cap. 6. §. cap. 8. §. 25. y otros, que no se citan, por evitar proligidad. No es dudable, que el contrato que se estipulò entre el señor Marques, y el Convento fue causa perpetua, no ad vsum temporarium, que son las causas habiles ad transferendum dominium. *Dixi libr. 1. opusculor. cap. ultim. num. 6. §. 7. §. lib. 7. cap. ult. à princip.* Luego tampoco lo es, que luego el Convento adquirio el dominio de lo entregado, ò que despues se entregasse por aquella causa.*

En particular se pruebata misma translacion de dominio; porque el señor Marques ofreciendo, y el Convento aceptando lo promisso; y ambos contra-

yendo debaxo desta voluntad reciproca, y no de otra fuerte se determinaron a hazer el contrato. Este contrato, assi perfecto es firme, y aprobado en toda razon de derecho natural, y positifuo. Luego ninguna ay para que no se cumpla; para que no tenga el cumplimiento que deuen tener todos los demas contratos licitos. Aunque quando se escriue para personas tan doctas, se han de apuntar las doctrinas, y los textos, y no ponderarse, ni dilatar los discursos, me han de permitir que los pondere, por parecerme que son concluyentes al intento, y no aplicados a el vulgarmente.

Papiniano *lib. 40. questionum.* que tambien se repara en la inscripcion, por el tiempo de los escritos, *in l. servus 7. de servis exportandis.* trata de vna venta de esclauo, en que el vendedor sacò por condicion de el contrato, que no quedasse en toda Italia, que le sacasse desterrado de toda aquella Prouincia el comprador; y sin estipulacion, no mas que por pacto, y parte de el mismo contrato, se puso pena, en caso que no se cumpliesse. No cumplio el comprador; y se dudò, si podia el vendedor tirar la pena? Responde: *Vix est, ut eo nomine vindicta ratione venditor agere possit: acturus videlicet utiliter, id est efficaciter, si non servata lege, in pœnam quam alij promississet indicerit.* Esta es la primera limitacion, si del pacto resulta interes pecuniario a la parte, por auer perdido algo. Porque si no le resulta interès alguno, *quidquid excedit, pœna, non rei persequutio est,* prosigue. Pone luego la segunda limitacion, quando no tiene interès pecuniario la parte, si no afeccion sola: v. gr. si el vendedor, por ser bien afecto a su esclauo, puso pacto contrario al antecedente; que el comprador no sacasse de Italia su esclauo, sino que se sirviessè dèl en aquella Prouincia, y no en otra, que se tenia por la mayor delicia de la vida; y el compra-

prador le desterrò, ò le lleuò a otra Prouincia: en este
 caso responde, que puede el vendedor tirar la pena: re-
 cobrafe, y dize assi: *Nec videntur hac inter se contra-*
ria esse; cum beneficio affici hominem inter sit hominis.
 Por tal tiene el cuydar, que no sea desterrado de vna
 Prouincia. *Enim verò pœne non irrogata indignatio*
solam duritiem continet. Esta parte ilustran Pedro Fa-
 bro lib. 2. *semenstr. cap.* Emùdus Merilus lib. 1. *prior. ob-*
seruat. cap. 12. Digne que *ex tollit Antonius Faber de*
erroribus, de cad. 9. errore 1. Si fuesse, pues, este contra-
 to solamente comminatorio, y de vengança entre las
 partes; pudiera obstarle la razon de Papiniano: *Pœna,*
idest de portationis, non irrogata, seruo ab emptore,
indignatio solam duritiem continet. Pero si fuere he-
 cho por interès, ò por afeccion de las partes de la de el
 señor Marques al Patronato del Conuento. Del Con-
 uento, a lograr por Patrono vn tan lustroso Caualle-
 ro como el señor Marques: no por odio, sino por afec-
 to: no avrà duda en que lo ofrecido se podrá lleuar cõ
 justa causa, y conciencia; conuence, que no fue pe-
 na, ni dureza, ò accedia este pacto, todo lo que dixi-
 mos al principio deste discurso.

Profigamos el de Papiniano, poniendo despues
 de la ley 7. la l. *si venditor 6.* por ser sacada del libr. 27.
questionum, que es preciso escriuiesse muchos dias, y
 aun años despues, segun la observacion al proposito
 de su grande Interprete Cuiacio. Pregunta en el §. 1.
 si el comprador, que comprò con algun pacto, y deter-
 minada conuencion, alguna cosa contrauiniessse al
 pacto, haziendo contra el, ò no haziendo lo que por
 el estaua obligado a hazer; *siquid emptor contra quam*
lege venditionis cautum est, fecisset, aut non fecisset. Si
 podrá el vendedor pedir lo conuencionado? Respon-
 de assi. *Nobis aliquando placebat, nõ alias ex vendita*
propter pœnam homini irrogatam agi posse, quam si pe-

con iuratione venditoris inderesset, veluti qui a poenam promississet. Esta es la respuesta que auia dado en el libro. 10. *question.* Pongamos su razon, que tambien es la misma: *Cæterum viro bono, id est iudici, non convenire credere venditoris interesse, quod scientis animo satisfactum non sit.* Veamos como se enmienda, y retracta: *Sed in contrarium me vocat Sabini sententiam: qui utiliter, id est, efficaciter agi id eo arbitratus est quonia minoris homo venisse videatur.* Notemos sin mas ponderacion que dan las palabras: si lo prometido es parte del contrato, se ha de hazer por la misma obligacion, que tiene en si el contrato consigo, porque es parte de el; y si es de compra, y venta, se tiene por parte de precio, que es sustancial. Juzga prudentemente el Derecho, que se vendio la cosa en menos, porque fuesse obedecido el vendedor. No a y que discurrir, que intento fuesse el suyo, que interes se le atrauiesse; si contiene lo estipulado, ò pactionado dureza, ò utilidad, porque nada ay mas contra la justicia commutativa de los contratos, que *fidem fallere promissa non implere.*

Lleuo la sentencia de Sabino en sus vltimos escritos, porque a contemplacion de aquel pacto que se puso, juzga el derecho por presumpcion suya calificada, que el pacto fue parte de precio, y que por el se vendio en menos la cosa. Con que viene a ser el pacto tan substancial en el contrato, como el mismo precio, y merced, *Bald. in 2. lectur. ad l. pacta 72. in princip. de contrahenda empt.* Distinguo con gran magisterio en los contratos la sustancia, naturaleza, y accidente; poniendo el exemplo en la compra, y venta, dize asy: *Accidente es aquel, que se puede poner, ò no poner por la voluntad de las partes; v. gr. vendote la casa en ciento, con calidad, que cuydes de mis negocios, y no de otra forma. Naturaleza es lo que a este contrato es debido*
na-

naturalmente. Como la obligacion de euicion, y saneamiento, saliendo la casa incierta; porque aunque le es deuida, se puede remitir, como a vn hombre faltarle vn braço, siendole deuidos dos por su naturaleza, y no por esso dexara de ser hombre. Sustancia es lo que no se puede quitar, salvo el contrato, como la merce, y precio, sobre que se dà el consentimiento. Es con mucha razon comunmēte seguida doctrina tan docta: videndi sunt *Rodrig. de annuis redditib. lib. 1. quest. 15. num. 3.* Fachinæus *lib. 2. controuers. cap. 34.* Osiuald. ad Donell. *lib. 13. c. 1. lit. F.* & apud hos multi præsertim ex antiquioribus. De aqui se infiere, que el accidente del contrato passa a ser su forma sustancial, vna vez puesta la lèy, placito, ò conuencion, por los contrayentes, porque se haze parte de precio, y con el mismo precio compone vn todo, *l. fundi partem 79. ff. de contrah. empt.* Es el caso, que se vendia vna heredad, con condicion, y calidad, que el vendedor retuuiera la mitad en arrendamiento, pagando su pensión al comprador, nuevo dueño. Es pacto accidental, *quia potuit adesse, & abesse.* Comēzosse a cōtrouertir, si era vn solo cōtrato de compra, y venta, ò si eran dos, añadiendose el de locacion, y conduccion? Antistio Labeon los distinguia, y consideraua cada contrato de por si. Prisco Iaboleno haze al segundo parte del primero. *Si modo vilis fundum vendidisti, ut hac tibi cōductio prestaretur: nā hoc ipsū pretiū fundi videtur, quod eo pacto veditus fuerit.* Califica esta resolucion con el estilo, y practica comun. *Eoque iure utimur.* Aqui se vè ya, que el pacto que en su principio es cosa accidental al contrato, puesto en èl, es parte de precio, y por el consiguiente sustancial. Quedaua en la letra del Iurisconsulto, aun que dudar. *Si modo vilis fundum vendidisti, ut hac, &c.* Quien ha de prouar este animo, este intento de los contrayentes? Lo que falta al texto, pone la glosa, *verb. vilis*

y dize, que no es menester probarlo, no es menester ha-
zer auerigacion de ello, *quod semper praesumitur*. Por
que sino fuera para acabar de llenar, y cūplir el deseo
del vendedor, no se pusiera en el contrato esta calidad.
Con que la respuesta no es limitatiua, sino comprehē-
siua de la razon. Siguen en esta resolucion comunmē-
te a la Glossa Baldus *in dict. l. 79*. Fortunius Garcia *in*
l. iuris gent. 7. §. qui nimo, de pactis. num. 37. Mille rela-
tis Tiraquel *de retractu lignagier. §. 1. Gloss. 14. num.*
41. & 43. Arias Pinellus *in rub. de rescind. vendit. 2. pa.*
cap. 2. num. 6. 11. y 29. & seqq. usque ad finem, Caldas Pe-
reira *de emptio. & vendit. cap. 18. num. 8*. Gutierrez
de gabell. quast. 30. num. 23. versic. Quando. Otra ques-
tion se ventila en este texto, y es, si el precio es menor
parte que lo accessorio; si seria venta, ò contrato inno-
minato? A nuestro intēto importa poco; resuelvēla ex
voluntate expressa contrahentium, y debaxo de algu-
nas limitaciones. Bartul & Castrenf. *in l. Aristo 18. de*
donation. Los citados, y Barbosa *in cap. Ad quastiones*
de rer. permutat. Antonius Gomez, & ibi Laynez *2.*
tom. variar. cap. 2. num. 10. Es para la *l. 2. tit. 17. lib. 9. Cō*
pil. Addendi sunt La sarte *de decima vendit. cap. 17. nu.*
21. Pat. Molin. de iustit. & iure, tract. 2. disp. 336. Anto-
nius Faber *decad. 9. error. 10*.

Podriamos ponderar para el mismo assumpto, *te-*
netur 6. §. 1. l. si sterilis 21. §. si tibi, & §. sed si ita 4. de
de actionib. empti. En que los pactos son parte de pre-
cio, y obligan, como el mismo contrato, y con la mis-
ma accion; la *l. si ea pactione 14. C. de usuris*. En la
qual, si el pacto de la venta fue, que el vendedor mien-
tras no recibiesse el precio, viuiesse la casa como alqui-
lada, no se repara, si el precio del alquiler es mayor, que
el de las legitimas vsuras; y corre el contrato, porque
parece alquilada en menos de lo que vale; y esto mis-
mo de alquilarla en menos el vendedor, es parte de pre-

precio. Pero de estos, y otros textos me abstengo, por no ser prolixo, con quien tanto puede suplir, y aumentar con su doctrina. Pero no escuso de dar vn realce a la propuesta, con vna sutilissima de Raphael Fulgoso *in l. 1. ad finem. C. de condit. ob causam dator.* Y de Arias Pinelo *in d. rub. de rescind. vendit. 2. par. cap. 2. n. ult.* Preguntan, q̄ diferencia ay entre ser causa final del cōtrato, ò sustãcia del cōtrato? Dizen, q̄ en la especie de la *l. fundi partem 79. de contrah. empt.* el pacto, la calidad, la condicion, fue accessoria de el precio, quiere dezir, *accessit pretio tanquam pars accidentalis.* Por lo qual hizose vna misma cosa, con el precio, y passo, *in substantiam contractus.* Por lo qual, si al vendedor no le dexaran gozar por arrendamiento la mitad del fundo que auia vendido, no por esso dexaria de valer todo el cōtrato; quedãdole recurso para pedir se le diese el recurso, y se cūplieffe el cōtrato, por la acciõ *ex vendito.* Pero sino fuesse masq̄ causa final, por motiuo determinado, no expreso, *certa contēplatione;* no llegò a ser la contēplacion parte de precio, sino vna cõdiciõ, *sine qua non;* que faltado, haze q̄ cesse, y falte la voluntad de los contrayentes *ex nunc, pro tunc,* y se rescinde el negocio, contrato, ò tratado. Desuerte, que el pacto, ò calidad expressa iguala el precio, como si fuera dinero de contado, y assi efectua luego el contrato. La causa final, rigē la voluntad, determinada a aquel caso; y faltando, haze q̄ lo convenionado, ò hecho, se deshaga.

Esta es la doctrina, explicada con la mayor claridad, que he podido, que en los Autores no esta muy perceptible. Prueban la *l. cum te 6. C. de pactis inter emptor. & venditor.* que por auerla explicado ex professo en mi tratado *de donation. cap. 14. num. 20.* la resumirè aqui con breuedad, siguiendo antes la opinion, y modo de dezir de los citados, y de Antonio Fabro *decad. 45. error. 8.* que el mio: Ven diose vna heredad en poco
pre-

precio, *exiguo pretio*, dize el texto: *certa rei contemplane*. Esta fue causa final, porque por ella se dio tan barata. El comprador no cumplio lo ofrecido, ò prometido. Antonio Fabro quiere, que sea sin pacto expreso en el contrato, y parece que quiso lo mismo Paulo Castrense *in dict. l. Aristo, num. 3. de donation*. Consultò el vendedor a los Emperadores sobre su indemnidad; respondienle: *Poterit tibi, idest venditori, ea res nõ esse fraudi; quando non implet a promissi fide dominij tui ius in suam causam reuerti conueniat*. Manda, pues que se le restituya el fundo, con sus frutos: *Præcipuè cum, Et aduersa pars, receptis nummis suis, nullam passa videri possit iniuriam*. Es la razon, porque todo el cõtrato se hizo en contemplacion de lo que auia corrido entre los contrayentes; lo qual faltando, falta todo el consentimiento, y se rescinde, y assi las cosas se bueluen a su antiguo ser. Videndi sunt Bald. Salicet. & Castrenf. *num. 1. Et 2. ibi Bald. Nouell. de dot. par. 6. prinil. §o. vers. Nam debes scire*. Andreas khol *de seruitijs feud. ult. par. num. 30. Et 35*. Pero supongamos que se huiesse puesto pacto expreso, de que no cumpliendo el comprador, perdiesse aquel pequeño precio que dio. En este contingente bolvierasele el precio dexando de cumplir? No se le bolviera; porque toda aquella cõuencion, era parte accidental del mismo contrato, *quonia me a ratione minoris fundus venisse videatur*, que es la razon que dio Papiniano *in dict. l. si venditor, §. in fin. de seruis exportand*. Como infiere Antonio Fabro *de errore. pragmaticor. decad. 23. errore 7. ad finem*.

Poca ponderacion han menester las palabras de nuestro contrato, para que su fuerça quede comprehendida en lo sustancial de la escritura misma: *Todo ello (dize) ha de quedar para el dicho Convento libremente; y para que disponga de ello a su voluntad*. Este

es el pacto accidental, *quod potuit adesse, vel abesse*; diremos con Papiniano: *Ea ratione ius Patronatus concessum fuit*. Luego fue parte del contrato, parte de la paga, y satisfacion. Entro en la sustancia de todo el negocio: *Porque con esta calidad, y no sin ella, se otorga esta escritura, y contrato*. Luego el dicho pacto, tan firme, tan eficaz, y tan productiuo, de efecto fue, como el contrato todo.

Todo lo que hasta aqui se ha disputado, procede con tanta eficacia, que pudiera el Convento pedir lo que se huviere prometido, en caso de contrauencion, llegando el caso; que para esso fundamos, que el pacto, y calidad accidental, se haze parte del contrato, y q̄ produce su acciõ. Pero en retener lo recibido, en no pagar lo fabricado, en que no necesita de acciõ, sino de retencion procede con mayor facilidad. *Cui damus enim actionem competere facilius retentionem, quis dixerit lege, nec non 28. §. pœn. ex q̄q. causis maior, l. 1. §. is autem de superficie. l. meritis 156. §. cui damus, de regulis iuris*. Porque auiendo pactado el señor Marques, que en caso de no cumplimiento, se quedasse el Convento con lo entregado, y fabricado; y auendosi contrauenido por su parte. Con que accion puede pedir aquello, cuyo dominio transfirió por su propia voluntad en el Convento? Y el Convento, que mas remedio, o caucion ha menester, que retener lo que por su propia voluntad le dio el verdadero señor. In simili faciunt verba consulti in l. Imperatores 34. de iure fisci, §. l. 15. tit. 13. par. 2. ubi nota extat Gregorij Gloss. 6.

Fundare esta mayor facilidad, con algunas instancias. Es doctrina de Baldo en el cap. *Iudai, num. 2. de Iudais*, que el estatuto, que prohibe la adquisicion de alguna cosa, no prohibe la retencion de lo adquirido: si expressamente no lo determina, como haze el mismo cap. *Iudai*, y el cap. *Multorum 2. eod. tit.* que prohibe a

E los

los Indios, y otros Infieles retener en su casa, y para ser uicios domesticos esclauos Christianos, por el peligro de la perversion, que ay en la cohabitacion, y familiaridad continua. Siluest. *verb. Iudaei* 2. qq. 2. *Azor inst. mor.* 1. par. lib. 8. cap. 22. qq. 8. Illustrif. D. Tapia 2. tom. *Catena Moralis*, lib. 1. qq. 5. art. 2. § 5. Cum alijs relatis a Barbof. *in dict. cap. 2.* § *in dict. cap. Iudaei* 5. Excepta, pues, particular, y expresa determinacion, no se estiende la ley prohibitiua de adquisicion a la retencion. Porque no milita la misma razon en vna, que en otra; y es mas fuerte el derecho, que a la retencion asiste. Siguen la doctrina de Baldo el señor Valençuela *consf.* 4. num. 38. tom. 1. Y el señor Solorçano 1. tom. de *India. iure*, § *gubern.* lib. 3. cap. 1. num. 10. Semejante es la doctrina del mismo Baldo *in l. licet* 45. num. 2. ff. de *adquir. posses.* y lo fue primero de la Glossa, *in l. pen. ff. de mortuo inferedo*, que nos enseña, que los derechos son mas prompts, más inclinados a asistir, y fauorecer à aquel, que trata de retener lo adquirido, que al que trata de adquirir de nuevo. Fundase en la *l. per retentionem* 4. C. de *usur.* Y en la *l. Paulos* 14. de *doli mali except.* que no es menester ponderar por literales, y las siguen por commun, y sin controuersia, cõ mucho numero de Antiguos, y consulentes Menochius de *retinenda rem.* 3. num. 979. D. Solorzanus *ubi prox. nu.* 7. Acacius de *privileg.* lib. 2. cap. 5. num. 79. § 80. *Peregrinus de fideicommissis*, art. 16. nu. ult. Arias de *Messa* lib. 2. *variar.* cap. 4. num. 12. De que se infiere muchos axiomas, y reglas vulgares, que basta apuntar a tan doctos Iuezes: *In re dubia potior est conditio possidentis. In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, &c. que va prosiguiendo Acacio en Enkelio, en el lugar citado, y otros, que caydan de juntar, è ilustrar axiomas.

Demos, pues, que el señor Marques, por condiciõ, y no por pena, se huiera obligado a dar, ò pagar alguna

10

na cantidad, ò cosa al Convento, en defecto de no cūplir lo estipulado acerca del Patronato. Aquí se pudie-
ra, quizás, dudar, no con mucho fundamento, segun lo
discutido, si este pacto de dureza producía acción efi-
caz, para pedir lo prometido? Si se auita de mitigar al in-
terès, y a la proporcion del daño, que se hauiesse segui-
do al Convento, del no cumplir, y se podia controuer-
tir sobre otras questiones de equidad, de que dixo Cel-
so, el hijo, ò el mas mozo: *In quibus sub obtentu iuris
scientia perniciosè erratur.* Como se refiere en l. si ser-
uū 91. §. sequitur, de verbor. obligat. Pero quando el Con-
to, no pide, sino retiene; no intenta acción, sino vsa de
la possession; no me parece q̄ ay fundamento en dere-
cho; para que el que no cumplio, quiera restituírte a
aquello, que voluntariamēte dio, preuisto el caso, que
podia suceder. *Tu ipse te pœna subdidisti, dict. l. Impe-
ratores, ff. de iure fisci.*

PUNTO SEGUNDO.
DE LO EXCEPTVADO EN LA VENTA
de la casa, para la fabrica de la Capilla Ma-
yor, y Sacristia.

LA Condicion dize assi, en la escritura de venta de
estas casas: *Es condiciō, que para labrar, y fabri-
car el dicho Convento la Capilla Mayor, y su Sacris-
tia, y para el passo que ha de tener por la Calle de los Re-
latores, se ha de tomar de las dichas casas, que assi ven-
de al dicho señor Marques de Villesca el pedazo de
ellas, que està dispuesto, y ajustado en la traza, que pa-
ra la dicha obra està hecha por Iuan Gomez de Mora,
Maestro mayor de las obras de su Magestad, luego que
sea necessario. Que con esta condicion las compra su Ex-
celencia; sin que por razon de ello se pueda baxar; ni*
des-

descontar de los dichos veinte mil ducados cosa alguna. Profigue, señalando el sitio de la Sacristia: *Que la Sacristia que se ha de hazer en el dicho Convento, ha de ser de sesenta pies de largo, y veinte de ancho, conforme a la traza que està hecha.*

Dos partes tiene esta inspeccion; vna es de lo ocupado, y fabricado por el señor Marques, *intuitu Patronatus*; que esta perdido por la condicion de la escritura, de que se discurrio en el punto antecedente. Otra del sitio, que el Conuento ocupò de las casas que vendio a su Excelencia, para la fabrica de la Capilla Mayor, y para la Sacristia, cõforme a la traza de Iuan Gomez de Mora; no excediendo lo ocupado, para la Sacristia, de sesenta pies de largo, y veinte de ancho. Repite el señor Marques este sitio: el Conuento se pretende mantener en èl, sin pagar su estimacion. Fundase la justicia del Conuento, literalmente, y sin necesidad de discurso en la clausula trasladada.

Dize. *Es condicion*, lo propio suele significar esta palabra, y significa en el caso presente, *que es calidad, cõnecion, pacto, ley, ò modo desta escritura.* Así tambien significa *in cap. verum 4. de condit. apposit. l. ea conditione 14 C. de rescind. vendit. l. primo gradu 23. que in fraud. cred. l. Mania 44. de manumiss. testam.* Como despues de la Glossa, Augustin Barbosa, Pedro Fabro, y el señor Valencia, notè en mi *libr. de donat. cap. 14. nu. 21.* La calidad, pues, del contrato fue, que el Conuento auia de tomar el dicho sitio, y para el dicho efecto: sin que por esso pudiesse rebaxar el señor Marques cosa alguna del precio. Luego el Conuento reservò para el dicho menester, para si, y no vendio el dicho sitio. Digo que referuo del todo lo que huuiesse menester, y esso se entiende no vendido, menos vendido, ò exceptuado de la venta. De estos pactos reservatiuos, ay mencion en la *l. si venditor 10. cum duab. seqq. de Re li-*

II

99

ligios. Et sumptib. funer. l. si Mercedem §. 1. usque ad finem legis. l. si servus §. 4. de action. empt. l. 19. tit. 8 par. §. versic. El primero es. Vnas vezes dizen los Consultos, excipere; otras recipere. Y explicando este ultimo termino in d. l. §. si habitatorib. 2. Accursio, Bart. y Bald. dizen, recipi dicuntur, quæ excipiuntur, de venditione, nec illa vendita cõsentur, ò nec illa in venditione comprehenduntur. Hazese tambien mencion en la l. si fundum mihi vendideris ve 7. de actionib. empt. Et in l. Minor 39. §. ultim. de evictionib. Y asientan la doctrina, de que lo exceptuado, no se entiende cõprehendido en la venta, aunque sea en fauor de tercero, quanto mas en fauor del mismo vendedor, ultra Claficos in practatis locis, Greg. in d. l. 19. Gl. 7. Ant. Gom. 2. tom. variar. cap. 3. n. 9. vers. 3. Couarr. lib. 2. variar. cap. 15. in princip. Pat. Molina de iust. Et iure tract. 2. disp. 490. versic. Insequentib. Morla. in emporio iuris, tit. 10. question. 2. nu. 3. Caldas Pereir. de empt. Et vendit. cap. 26. ex num. 26. Aug. Barbof. in l. emptorem 9. C. de locato. num. 2. apud quem Farlam, Et Latnez, ad locos, Couarrub. & Gomecij videri possunt alij sedulo congesti.

Contra este principio, tan cierto, como literal en la escritura de venta, se arguye assi en los alegatos contrarios, que he visto todo el sitio, assi el que auia de quedar por casa, y viuienda del señor Marqués, como el en que se auia de fabricar la Capilla Mayor, y Sacrificia, se designò por medida en la dicha escritura: luego todo se vendio, y se saca otra consecuencia; luego despues de vendido el dicho sitio, se entiende, que dexa rle, y concederle el Marques para dicho efecto, fue intuitu iuris Patronatus. Este argumento no conuèce, porque la designacion del modo, cantidad, ò espacio de la cosa vendida, no influye en el contrato de compra, y veta, porque solo se pone por causa de demon-

tracion: sino es, que el modo, ò cantidad se venda como principal: que en tal caso, es de substancia. El primer caso es, quando se vende assi, *una heredad à tal sitio; con tales linderos, que haze diez yugadas de sembradura.* El segundo es que se vende assi, *vendo diez yugadas de sembradura, del predio, que tengo en tal parte,* ò se vende cada yugada, destinado el precio, a cada vna. En nuestro caso, se vendio la casa, con la calidad dicha, no por pies, varas, ni por medida, sino por cuerpo: luego no se puede hazer arguimento de la medida, a la venta. Ni sale la consequēcia, midio se tóda, luego se vendio toda, porque a diuersis non fit illatio, *l. Papi nian. exulij, de minoribus cum similibus.* Ponderanse, para la doctrina, y distincion precedēte, para la primera parte la *l. Si fundum sub condit. 81. §. si libertus 4. versic. Adiectio autem, ff. de legat. 1. la l. si venditor. 38. in princ. de act. empti.* Y para la segūda, la *l. cōprehensum 60. de contrab. empti. l. si seruus 54. §. si dolo de actionib. empt.* Por las quales, y otras, que alegan, la tienen por comun, y cierta la Glossa *in d. l. 38.* A quien cita, y sigue con mucho magesterio, y claridad, el antiguo consultente Oldral. *conf. 197.* Que es en los mismos terminos Bald. *in rubrica de contrab. empt. quest. vlt.* Otros muchos antiguos apud Mattheum de *Affictis quest. 68. nu. 3.* qui iuxta prædictam distinctionem refert fuisse iudicatum Boerius *quest. 50. per totam.* Arias Pinellus *in l. 2. C. de rescind. vendit. 3. part. capitul. 2. per totum maxime ex num. 3.* Couarruu. *in practic. cap. 3. etiam per totum.* Antonius Gomez *2. tom. variar. cap. 2. nu. 16.* Gregor. *in l. 56. tit. 18. par. 3. Gloss. 3.* Caldas Pereira *de empt. & vendit. cap. 22. num. 3. & 4.* Pichardus *in §. cum autem, num. 13. inst. de empt. & vendit. late & cum multis* Hermosilla *2. tom. in l. 24. tit. 5. part. 5. Gloss. 2. per totam.* Laynez *ad Gomecium dicto num. 16. sibi 17.*

Ade-

Adelantase mas la respuesta cō otro principio de de
 recho, no menos cierto, y es, que el modo, y medida
 no cede, *neque precise accedit rei vendita*: antes mu-
 chas vezes se compone la medida, de aquello mismo,
 que no entra en la venta: *l. id quod 7. §. 1. de peric. &*
commodo rei vendit. ibi: Quod non venit, in modum
addendum, si id actum est, ut cedere veluti via publica,
limites, luci, qui fundum tangunt. El caso es, v̄de Titio
 vn fundo por de cincuenta guebras, ò yugadas, y no
 por de menos, pero añade: que en el modo, ò medida
 han de entrar, y computarse las lindes, las vias publi-
 cas, que atraueñan el fundo, los lucos, ò lugares fron-
 dosos, opacos, que antiguamente consagraua a sus
 Dioses falsos la ciega Gentilidad, sepulchros, y tales fi-
 tios como estos. Pregútafe, si todo esto se vende? Res-
 pondefe, que no es vendible, ni cae debaxo de contra-
 to. Pero aunque sale, y se exceptua de la venta, con
 todo entra en la quenta de la heredad vendida: y no
 falta el modo, y espacio señalado en el contrato, si se
 llena con el espacio de lo publico, y sagrado, que no se
 vendic. Por esso dize el Consulto, que para quitar du-
 das, es conueniente añadir en el instrumento esta clau-
 sula: *ut luci, via publica, que in fundo sint in modum ce-*
dant. Mudemos en lugar de *fana*. *& luci*, estas pala-
 bras mas Religiosas. *Sacristia*, y *Capilla Mayor*: y a-
 justemos el texto. Designose el lugar por entero, y di-
 xose en la escritura, que quedasse para el menester del
 Conuento, lo que fuesse necessario para las dichas dos
 piezas, luego aunque todo entrò en el modo, ò me di-
 da, no por esso entrò todo el sitio en el contrato: la
 misma ponderacion tiene la *l. littora §. l. de contrab.*
empt. diziendo, que los lugares, que estan fuera de co-
 mercio no se computan, pero que se deben computar,
 si se expressa en el contrato. *Addendi sunt Caldas Pe-*
reira, & abeo laudati, dicto cap. 22. num. 5.

PVN-



PUNTO TERCERO.
DE LAS DECURSAS QUE DEVIÓ
percebir el Convento, antes que fuesse dado por
libre del derecho de Patronato.

EN Los dos puntos precedentes se ha discurrido a cerca de las retenciones, que al Conuento competen. En los siguientes, se discurrirá de las acciones, que le competen contra la hazienda de el señor Marques, en virtud de la escritura de concession, y iguala del Patronato. Damos primer lugar a las retenciones de lo ya adquirido; porque aun el mismo derecho nos lo prefiere en el juizio, y estimacion, que se ha de hazer en la defensa, *l. ultim. C. de codicil. l. Proculus 27 de damno infecto.* La clausula de la escritura es. *Que el dicho señor Marques D. Francisco de Melo se obliga, que darà al dicho Convento, por razon del dicho Patronato mil ducados de renta, que su principal monta veinte mil ducados, desde primero de Enero de mil y seiscientos y quarenta y ocho, sin pleyto, escusa, ni dilacion, pena de excucion, con costas, &c.* El hecho es, que otro dia despues del Domingo de Quasimodo, de mil y seiscientos y sesenta, en que se cumplio el vltimo termino, concedido por el Consejo, el Conuento, como libre del Patronato, quitò la tumba, do sel, y armas de su Excelencia, y usò de su Conuento, Iglesia, y Patronato; como de cosa libre. Pide el Conuento las decursas de los mil ducados, por todo el tiempo, que durò en la casa el Patronato del señor Marques, cò nombre, voz, y insignias de su Excelencia.

La razon de dudar à esta pretension (aunque no la he visto indicada en los alegatos contrarios) sale de la que llamamos perpetua regla de Sabino, propuesta *in l. perpetuo 6. de condit. ob turpem, vel in iustã*

causam. Las palabras son. *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.* A esta es semejante la comun, aut iuris antiqui, referida in *l. nam hoc natum 14. de condit. in debiti 2. iure natura 206. de regul. iuris.* Dize assi: *Iure natura equum est, neminem cum alterius iactura fieri locupletiozem.* Reconocieronla Ciceron *lib. 3. de officijs,* que enseñò, *contranaturam esse, alieno, in commo suo, commodum augere.* Casiod. *lib. 10. Epist. 16.* *Hoc inquit, nostris temporibus, confitemur inimicum, ut alter alterius latetur in commo.* Y otros muchos Filosofos, y Oradores, cuyas sentencias, aunque elegantes, no son para este genero de papeles. En virtud de esta regla, y equidad natural, el que se aprovechè de los frutos, que auia de restituir el predon, ò poseedor de mala fee, se los restituye al predon, para que el los restituya, y satisfaga aquiè tocan, *l. si pignore 22. § si Prado 2. de pignorat. action.* Porque la injusticia del predò, no puede hazer justa la retècion destos frutos, en aquel a quien tãpoco tocan. Por ella misma cõtra el mismo seõor, q̃ vindica su casa, ò heredad, ò esclauo, ò pone el predò la excepciõ, retencion, ò deducciõ de las expensas necesarias, y vtiles, y sino posee, repite por cõdicion, y remedio natural todo lo que gastò, *l. si rem 22. l. plane 38. de petit. heredit.* Porque si el seõor tratara de enriquezerse con esta hazienda, y gastos agenos, con que su casa se aumentò, fuera mas predon, que aquel contra quien vindicaua, y persiguiendo vna injusticia, cometiera otra: vidēdi sunt lasso, & Donel. in *l. si me, § Titium 32. de reb. credit.* Petrus Faber in *d. l. iure natura 206. antiquus,* Gofredus in *l. rer. 25. ff. rer. a motar.* Hugo Grotius *de iure belli, & pacis, lib. 2. c. 10.* Pater Læss. *cum alijs ab eo relatis lib. 2. de instit. § iure, cap. 14.* At sic est, que ya el seõor

Marques no goza en la Capilla Mayor, Iglesia, y Conuento, del derecho, prerogatiua, y honores de Patrono: luego sin causa, y por el configuiente, con injusticia, pretende el Conuento pedir lo que deuia pagar siendo Patrono.

La de dezidir, que pondrà bien clara la justicia del Conuento, salua siempre la censura de tan doctos Iuezes, se deduce de otros principios de equidad, no menos naturales, que daràn a entender, que los contrarios, no se adoptan à esta controuersia. Lo primero, para que tenga lugar la regla de Sabino, es necessario, que contra quien compite, retenga, o pida la cosa *sine causa*: sin titulo, sin razon alguna para de tenerla, que esto significa *causa*, como hemos dicho, y que preguntádole, porque pides, porque retienes, porque posees? Responda, porque si, *nec ullam causam afferat, l. pro herede 20. §. ultimo, cum duab. legib. seqq. d. petit. heredit.* ò que la causa, que al principio tuuo, se reduzga a no causa, como en la *l. 2. Et toto tit. de condit. sine causa*. Y assi auiendo causa de retencion, ò peticion, cessa la dicha regla, y su justicia natural, como enseñan los Autores citados, por lo qual debemos aueriguar, si el Conuento tiene alguna causa justa, no im probada *ex moribus, siue ex iure gentium, aut legibus, idest iure positiuo.*

La causa potissima de esta obligacion eficaz *omni iure*, es la fee, la palabra dada en el contrato, y en su escritura, cuya obligacion probiene de equidad natural, de primer orden, y concepto que la antecedente, pues auiendo esta, no se puede dar lugar à aquella, *l. 1. de pactis: ibi. Huius edicti equitas naturalis est, l. 1. de constit. peccun. cap. 1. de pactis, l. 2. tit. 16. lib. 5. compilat. ibi: Como quiera que uno se quiera, que uno se quiera obligar à otro, quede obligado. Dixo Quintiliano lib. 2. inst. Orator. cap. 29. Fides supremum humanarum*

14

rerum vinculum est. Que xauase Seneca de los Romanos, y de sus leyes de que hablaua, por no auer asistido con accion, ni dado eficacia a los pactos nudos, confindiendo, que los hombres fuesen fideifragos, y en el *lib. 5. de beneficijs, cap. 21.* dize assi. *Qua lex ad id praestandum quod promissimus obligat? Nulla, quarar tamen cum eo, & fidem datam, nec seruatam indignabor.* Horatio, con estilo burlesco, y satirico, pondera bien lo sancto, y inuiolable de los contratos en el *lib. 2. Sermon. Satyra 3.* dize assi. *Scribe decem a Nerio: non est satis: adde cicuta, rodo sitabulas centum. Mille adde Catenas effugiet tamen hac sceleratus vincula Protheus. Cum raptus in iura malis rident em alienis, fiet aper, modo auis, modo saxum, & cum volet arbor.* Cicuta fue vn celebre vsurero, en tiempo de Horacio, y el vltimo, verso contiene las transformaciones de Protheo, en jauali, aue, peñasco, y arbol: con que es facil de entender el acumen del Poeta. Mucho se pudiera juntar para ilustraciõ de este assumpto, y no es mucho, pues en el, y en su obseruancia consiste la fidelidad humana la razon de los comercios, y el fundamento de toda la justicia commutatiua. Contentome con apuntar con el Angelico Doctor Sancto Thomas 2. 2. *quest. 88. ex art. 1.* que esta obligacion *fidei data*, quando en ella se atrauiesse interes pecuniario de parte, es de justicia, y su cumplimiento de ella, obliga en conciencia, *& ultra legalem modum adigit hominem vi interna* que es cõclusion de todas facultades; ex Theologis videnti sunt P. Salas *de legib. disput. 16. sect. 12.* Illustrif. Tapia 2. to. *Catena moralis, lib. 5. q. 20. per omnes articulos.* Pat. Læss. *libr. 2. disput. 19. dub. 3. per totam.* Diana cum alijs 1. *part. tract. 8. resolut. 75.* Ex iuris peritis post antiquiores Fortunius Garcia *in leg. 1. de pact. in princ. ex pag. 66.* Dominus Ferdinandus de Mendoza *lib 1. de pact. cap. 4. & 9. per tota.* Vinnius *in eod. tract. cap 1.*

§ 2. Hugo Grotius *de iure belli, & pacis, lib. 3. cap. 19.*
Michael Roufel. *de histor. Pontific. iuris, dict. lib. 1.*
ca. 5. ex n. 6. Stephanus Mathen. *de iust. vulnerata, lib.*
1. tit. 6 cap. 4. Morla *in emporio. tit. 3. in pralud. nu. ult.*
Vazq. Mench. *de succes. creat. l. 1. §. 1. n. 24.* Padilla Me
neses *in l. cū quis, C. de transact. ex n. 7.* Comarruias *in*
cap. cum esses ex num. 5. de testam. Cuiac. *libr. 28. qq.*
Papini *in l. stichum 95. §. naturalis, de solut.* Donell.
lib. 12. cap. 2. ubi. Ossual. *litt. G. D. Lareatigui lib. 1.*
selectar. cap. 5. num. 4. Resta de ver, si el señor Marques
pactò con el Convento ofreciendo dinero, por cosa,
que fuesse digna de interes, si gozò de lo que se le con
cedio: lo primero, pactò por vna cosa tan lustrosa, y
tan autorizada para tales casas, y calidades, como es
el Patronato de tan graue, y tan frequentado Con
ueto, por su Religión, por estar en la Corte, y por su sirio.
Lo qual es *peccunia stimable*, sea por recompensa, ò
por ditacion, ò dötacion, que son modos de adquirir
justa, y canonicamente vn Patronato Ecclesiastico.
Porque no ay duda, que *ditans Ecclesiam iam constru-*
ctam, adquirit in ea ius Patronatus tanquam dotans
illam, vel construens, vel erigens à fundamentis. Y assi
quando la del señor Marques no fuesse dotacion de
renta primitiua, que no quiero assegurar lo que no sè
de cierto, basta que fuesse ditacion, como es, y entien
den la decission del *cap. filijs, vel nepot. 16. quest. 7. cap.*
nobis, de iure Patronatus. El antiguo Paulo de Cita
dinis *de iure Patronat. quest. 2. 3. part. ubi allegat*
Glossam in cap. unic. de iure Patronat. in 6. Archidia-
conum in cap. nullum, dict. caus. 16. quest. 7. Y disintie
do solamente en el termino de ditacion, llamandola
dotacion. Tienen enefeto la misma doctrina, Rochus
de Curte *verb. dotau. quest. 6.* Cesar Lambert. *lib. 1. de*
iure Patronat. 1. part. 6. quest. princip. art. 2. & alijs lo-
cis, quos refert. Esta opinion està oy determinada lla
na-

15
 namente en el Santo Concilio Tridentino *sess. 14. de reformat. cap. 12. ibi: Nemo quacumque ratione, nisi Ecclesiam, beneficium, aut Capellam de nouo fundauerit, & construxerit seu iam erectam, quae tamen sine sufficenti dote fuerit, de suis proprijs, & patrimonialib⁹ bonis competenter dotauerit, patronatum impetrare aut obtinere possit, & debeat.* Cita muchos Aug. Barbof. 2. to. lib. 3. de iure Ecclesiast. uniuerso, cap. 12. ex num 50. usque ad 62. Y en este principio juzgo por inutil gastar mas tiempo, ò cuydado, por que los exemplares, y vso frequentissimo de toda la Christiandad, le tiene aprouado, y calificado bastantemente.

Tratòse, como Patron, de la Iglesia, el señor Marques doze años: en que à demas de auer obtenido sepultura, tuuo sus armas fixas, su dosel, y su tumba, insignias del Patronato. Esto es lo honorifico, que se estima à dinero en el concepto, que he dicho, o esto es el mismo derecho de Patronato. Es cierto q^o cessando la causa de la dotacion, o ditacion, por que se dio à su Excelencia el dicho Patronato; cessò su derecho, *ut ex l. quamuis 6. § Adigere de iure Patronat. nottant Citadinis de iure Patronat. part. 14. versic. 7. perditur.* Lambert. *in eodem tractat. libr. 3. quest. 7. principali, artic. 1.* Barbof. *dict. capit. 12. numer. 256.* Quanto mas en nuestro caso, que tuuo clausula expresa de commisso en la escritura. Pero por ventura, el auer gozado de este derecho todo aquel tiempo no es precio estimable? No me parece que avra quien lo niegue. Luego aunque se faltasse por parte del señor Marques al contrato, no por esso debe escusarse de acudir, por el tiempo en que fue Patron, con los mil ducados de dotacion, que consignò cada año. Para tales familias, es de mucho logro, y aun para qualesquiera solo el poner las armas, y insignias, inscribir su nombre, y ser tenido por constructor, ò dotador de las o-

obras, l. 2. ff. de operib. public. ibi: *Munificentia sua FRUCTVM, de inscript. mominis sui operibus, quæ fecerit, capere per inuidiam non prohibeatur.* Y en la l. pecun. 7. §. 1. ff. eod. tit. Se refiere vn Senado Consulto especial, para que se pudiesse el nombre, y insignias de el que ayudò despues a la obra, juntas con las de aquel que en su principio la hizo. Es tambien buen texto in l. legatam 4. in fin. de administrat. rer. ad ciuit. pertin. ibi: *Permititur, ut in eo munificentia eius, qui legauit inscriptione notetur.* Y todos estos parece que se explican por la l. ultim. C. de statuis, & imagin. ibi: *Nequaquam ex descriptione sumptus colligi patimur. Sed eius cuius ad honorem petitur, expensis proprijs. Statuam collocari precipimus.* Para que la impenfa corra por cuenta de aquel a quien viene el honor de la insignia, inscripcion, ò estatua. Esta conclusion es comunissima entre todos los escritores, videndi sunt post Bart. in d. l. 2. Alberic. in rub. & in d. l. 2. de operibus publicis, & in d. l. legatam 4. Cepolla de seruit. urb. pradior. cap. 71. Guido Papæ quæst. 49. M. Anton. Thesaur. decis. ult. quasi per totam, P. Rebutus in l. 2. de frum. Alexandrino lib. 11. Latissimè Casaneus in Catal. Glor. mundi. 1. part. considerat. 38. conclus. 10. 13. 21. in vers. *Hinc videmus, & conclus. 30. y SS. Petrus Gregor. Syntacmat lib. 3. cap. 21. num. 7. Cardin. Gabriel Paleotus de sacris, & prophanis imaginibus, libr. 1. cap. 48. Menoch. de recuper. remed. 15. num. 47. Omnium optimè, & accuratissimè, quam plurimis relatis, Martinus Magerus de advocat. armata, cap. 18. ex num. 104. vsque ad num. 186. Nuñez de Auendaño de exequendis mandatis. 2. part. cap. 13. num. 4. versic. sed an illi. Politicus noster Bouadilla lib. 3. cap. 5. n. 58.* Todos los quales asientan por conclusion, y fundan, que dar ornamentos, alhajas, construir Iglesias, Capillas, y dotarlas, es justa recompensa de poner sus insignias, nombre, y ar-

armas en lo dado, fabricado, ò Iglesia que se dota.
 Y es muy del caso la nota de Guillelmo Benedicto
in cap. Rainut. de testam. verb. Rainut. de clera. num.
44. § num. 50. y de Casaneo d. confid. 38. concl. 46. Pre-
 guntan, si se hiziere donacion a alguna Iglesia, cõ gra-
 uamen de poner armas, ò alguna persona, con graua-
 men de traer las del testador, ò llevar su nombre. Si
 es donacion, o negocio? Responden, que es negocio
 honeroso, no mera donacion; porque a qualquiera es
 de carga dexar su nombre, y armas, y tomar las age-
 nas: y a la Iglesia lo es recibir armas, q̄ en lo comun sig-
 nifican dominio, proteccion, superioridad, y en fin
 son insignia contraria a la libertad, como todos coligen,
 del lugar original de Bart. *in suo posth. tract. 7. de*
insign. § armis, statim à princip. Ponderan para el as-
 sumpto Guillelmo, y Casaneo dos textos: el primero
 sagrado *del cap. ultim. de Ruth.* En el qual Booz antes
 de retraer, ò tantear la parte de campo de Elimelech,
 que vendia Noem; llegò a otro, que era mas proxi-
 mo consanguineo, hermano mayor que èl, y delante
 de los luezes, *in porta, in loco Tribunalis,* con testigos
 le requiriò, que le comprasse, ò tanteasse: y como di-
 xesse el mayor: *Ego emam agrum.* Saliendo al tanteo
 le replicò Booz; pues debes casarte con la viuda de
 nuestro hermano, *ut suscites nomen propinqui tui in*
hereditate sua. Renüciò luego el derecho de mayor,
 y le cedio en Booz. Las palabras del sagrado Texto
 son: *Cedo iuri propinquitatis: neque enim posteritatem*
familia mea delere debeo tu meo utere privilegio, quo
me libenter carere profiteor. Notan, en quanto estimò
 el hermano, que no nombra el Texto sagrado, no
 perder su nombre para si, y para su posteridad.
 Ponderan tambien la *l. hoc iure 19. §. ultim. de do-*
nat. del mismo modo que yo la expliquè en este tra-
 tado propio *cap. 14. num. 7.* Con la autoridad de los

Docto

Doctores citados, diremos, que la que hizo el señor Marques, no fue donación, sino promesa, *ex causa dotationis Ecclesie onerosa*, por sugetar, *scilicet ita de rebus sacris loqui*, el Convento, y Iglesia a su Patronazgo, por tal toda dote se reputa en derecho *l. pro oneribus. C. de iure dotium, cum simil.* Y en esta dotacion, ò ditacion de Iglesia lo assientan los Autores citados.

No pagò todo el tiempo, que se tratò como Patrono, y gozò deste honor, que es emolumento del Patronato, el señor Marques la pensión; por cessacion fuya, y por la ley del contrato fue priuado del derecho honorifico, y Patronato. No se duda en que en adelante cessa la pensión, porque *reducitur causa ad non causam*. Pero tampoco se debe, ni puede dudar, que es debida, *omni iure*, por todo el tiempo que durò el còtrato, y vso del Patronazgo. Esta es nota comun a la *l. 2. C. de iure emphit.* Y al *cap. de Apostolic. de re iudicata, lib. 6.* El primer texto habla de la emphiteusis priuada de quien cae el emphiteuticario, por no pagar el Canon, ò pensión en tres años continuos. El segundo, del feudo del Reyno de Sicilia, que tratò de quitar el Pontifize Inocencio IV. a Federico II. entre otras causas, por auer nueue años, que no pagaua a la Iglesia Romana los mil fartos, moneda Siciliana de oro del feudo del Reyno. Cuya historia refiere Spondano *post Baron. anno 1245. ex nu. 13.* Y Habraam Bzobio *al mismo año.* Y en vno, y otro caso se assienta comunmente por todos los Interpretes, que despues del commisso, queda la misma obligacion por los años, que durò el gozo, que si el feudo, ò emphitheusis no se huiera perdido. *Alioquin dominus, & re sua, & seruitio care, re cogere tur contra l. emptorem, §. ibidem ait, ver sic. ne que enim, ff. de actionib. empt. & vasallus ex parte sua satisfacere, siue contractum implere nolens ex malitia sua*

sua commodum reportaret contra l. non fraudantur, §. nemo ex suo, de regul. iuris, &c. Son palabras de Andres kolh. *in tract. de seruitijs personal. part. vlt. num. 10.* Cuyo lugar es copioso desde el principio. Adelantan mas la question algunos Interpretes, si despues de el commisso, y perdimiento, se puede intentar el remedio de la *l. 2. C. de rescin. vendit.* Respecto de aquellos años, en que durò la obligacion, y no se hizo la paga? Diciendo, que fue menor, de lo que deuia ser, quando se pactionò la pension? Alexandro *libr. 3. consil. 107. num. 18.* dixo, que aun tenia lugar el dicho remedio. Decio *consil. 583. ad finem, versic. vlt.* sintio lo contrario. A Alexandro siguieron, Vazquez, Menchaca *usu frequent. cap. 61. num. 12. & 13.* En las nouissimas impresiones, que en las antiguas es *lib. 3. cap. 16.* y Pinnello *in d. l. 2. 1. part. cap. 3. num. 19.* A Decio sigue Valasco *de iure emphit. quest. 28.* No es del punto fundar ni censurar vna, y otra opinion. Pero de ella se conueniente, que *resoluto ob cessationem contractu, in tantum prateritit temporis pensiones debentur, & manet ad eas obligatio, ut de earum qualitate, & iustitia possit disputari.* En que ambas a dos opiniones consienten.

Aqui se instarà, diziendo, que el Canon se paga por el interes real, y pecuniario de la cosa, que goza el emphiteuticario, que no fuera bien que se quedara con los frutos todo aquel tiempo, y que retuiera la pension, enriqueziendose de la cosa agena, contra la equidad, ò derecho natural, *d. l. nam hoc natura 14. de condict. in deb. l. iure natura 206. de reg. iur.* Pero que el señor Marques mientras fue Patrono no gozò cosa real, solo gozo el honor del Patronato, pero queda respondido. Lo primero, que en gozar el Patronato, gozò cosa, *pecunia estimable,* como queda probado: Lo segundo, que no ay equidad de mejor orden, y grado, que guardar la fee, dada en los contratos, que

es lo que produce la accion por derecho, dictada por razon, y equidad natural.

PUNTO QVARTO.

DE LAS DECVRRAS DE LA DOTACION de la Lampara, y Missas.

SVponemos, lo primero, el vfo assentado, y corriente de la Iglesia, que tiene fundamento en derecho Diuino natural, q̄ los Sacerdotes justamente tirā esti p̄dios, limosnas, y subsidios por las Missas q̄ dizē, refiriendolo al trabajo personal, a las necesidades de su estado, y sustento de la vida, *cap. Clerici 9. & 10. 1. quast. 2. cap. Cum secundum Apostolum 16. de prabendis. D: Thom. quodlib. 6. art. 10. & in 4. sent. dist. 25. q. 3. art. 2. De quo multa, & multos congerunt, quibus parcimus, P. Henriquez in sum. lib. 9. cap. 22. Læss. de iust. & iure, lib. 2. cap. 35. Ioannes Gutier. lib. 1. Canoniar. cap. 29. Barbof. de potest. Episc. allegat. 24. & ad Trident. sess. 22. de Sacrific. Missa, cap. 1. num. 2. Dexarède citar los demas, in rem multam necessaria, nec controuersa in presenti: refiriendome a dos insignes escritores de nuestros tiempos, ambos de mi veneracion. El Padre Maestro Fray Iuan Martinez de Prado in 3. par. siue de Eucharist. Sacram. quast. 83. dub. 13 per totum. P. M. Gabriel de Henao 3. tom. de Sacrif. Missa. disp. 31. per totam.*

De este antecedente se sacan por consecuencia estos principios; el primero, es, que el Sacerdote que recibe estipendio por la Missa, está obligado a la aplicacion del Sacrificio, por aquel de quien recibio el estipendio, *extoto rigore iustitia*, como el que ofrecio el estipendio a pagarfele por el mismo orden de obligacion. En quanto al oferente, no es necesario probarle

le, pues es contrato *de re licita, & sancta*, que le obliga por todo derecho. En quanto al Sacerdote, ay determinacion de la sacra Congregacion de Cardenales, Interpretes del Concilio, confirmada, y subscrip-
 ta por la Santidad de Urbano Octauo, que en el §. 2. dize assi. *Sub obtestatione diuini iudicij mandat, & precipit, ita absolute tot Missa celebrentur, quod ad rationem attributa eleemosyna praescripta fuerint. Ita ut alioquin, ad quos pertinent, si sua obligationi, non satisfaciant grauius peccent, & ad restitutionem teneantur.* Es de muchos, que refiere, y sigue Leandro *tract. 8. disp. 5. qu. 13.* Martinez *d. quast. 83. dub. 10. §. 2.* Henao *2. tom. disp. 19 sect. 3. à princ. & ex num. 65. 73. & 81.* Basseus *in floribus Theol. pract. verb. Missa 7. nu. 3.* Diana. *Mille in locis, congestis in summa nouissima, verb. Missarum stipendium.*

Sacase otro principio, que quando la Comunidad con su Superior se obliga a dezir la Missa Conventual por alguna persona, o necesidad determinada, o otras algunas Missas, en forma de dotacion perpetua, que es de la que hablamos en este caso: Con la misma obligacion, queda hecha la aplicacion por el Superior, y Comunidad, como expressamente se hizo en esta escritura, y redonda el fruto del Sacrificio en fauor del dotante. Es doctrina esta assi propuesta, llana, corriente, y comunmente recibida de todos. Aunque descendiendo a mas indiuiduales circunstancias se controuierte. Porque Vazq. Granad. Fraginello, Berarduccio Auerfa, *penesque malij*, requieren aplicacion virtual, que es tener el Sacerdote, Secular, o Religioso actual intencion de dezir por quien esta obligado, aunque no sepa por quien corre, *hic, & nunc*, la obligacion del Superior. Otros dizen, que basta la intencion habitual, que son Gaspar Hurtado *de Sacram. disp. 4. diff. 5.* Mayormente no se reuocando, o interrumpiendo

medio tempore; y en este sentido debe de ser entre los Autores Moralistas esta opinion mas comun, apud Dianam 2. par. tract. 14. resolut. 47. § 5. par. tract. 19. resolut. 65. Henao de Sacrif. Missa, 1. tom. disp. 13. sect. 1. Con que sin tener la virtual actual, solo con el habito de dezir, por las obligaciones de su Comunidad se haze la aplicacion de el Sacrificio ipso facto, en virtud de la escritura, o contrato de la dotacion, o fundacion.

Controuierten tambien, sino quiriendo el subdito aplicar la Missa, que *ratione victus, & sustentationis congrue*, debe a su Convento, y Superior antes aplicandola determinadamente por otra necesidad, ò persona, que le dio el estipendio, qual aplicacion aya de preualecer; si la de el Superior, ò si la de el subdito? prefieren la aplicacion del Superior, como de dueño de la voluntad del subdito, cap. 2. de testam. in 6. Con muchos fundamentos, y instancias Martin de Ledesma, Antonio de Cordoua, Bartholome Gauanto, Filiberto. Marchino, ex quibus, & alijs vel sequuntur, vel probabilem hanc sententiam dicunt, Barbosa in *pastorali allegat. 24. num. 28. Diana 2. part. tract. 14. resol. 72. Leander tract. 2. disp. 3. quest. 18.* La del Religioso como de cosa, por la institucion Sacerdotal, y derecho diuino, cometida priuatiua, y personalmente a su voluntad, profierē Silvestro in *summa, verb. Missa, 1. num. 12.* Nuestro Maestro Ledesma de *Eucharist. cap. 18. concl. 18.* Enrique Enriquez in *summa, libr. 9. cap. 21. §. 6.* Donde dize, que este es comun sentir de todos nuestros Doctores Salmantinos, y con el Vassæo in *florib. Theolog. pract. verbo Missa. 3. num. 15.* Andres de Tordehumos, Ribero in *Apolog. pro hac ipsa opinione eddita*, Marcos de Huertos de *Missa, qu. 6. concl. 1. pag. 114.* Hieronymus Garcia de *excellentijs Sacerdotis, tract. 3. diffic. 3. dub. 5. puncto 2. num. 10.* Henao

nao d. disput. 13. sect. 1. ex num. 5. Martinez de Prado
d. questio. 83. in 3. par. dubio 10. §. 2. ex num. 21.

No es de mi facultad censurar opiniones tan mora-
les: basta referirlas, y dellas sacarè esta consequencia,
basta la intencion habitual, no reuocada, y sin duda
basta la virtual tacita, para que el Sacrificio se entien-
da aplicado por las obligaciones, contrahidas por la
Comunidad, mayormente no queriendo el subdito
hazer vna cosa illeita, y contra la obligacion de obe-
diencia, que debe a su Superior, por razon de su ali-
mento, *sed sic est*, que el Convento desde el año de
quarenta y ocho se obligò a dezir estas Missas, por el
señor Marques de Villesca, y su intencion, reputan-
dole por Patron, y dueño de la intencion, a que se
auian de aplicar los Sacrificios: luego mientras no re-
uocò la dicha intencion habitual, q̄ fue luego q̄ quitò
las armas, y insignias del Patronato, quedaron aplica-
dos los sufragios por la intencion de su Excelencia, y
de su casa. A qui se supone, que la aplicacion de la Mis-
sa se accepta luego por Dios, que no puede ser de am-
bulatoria, que produce luego al instante su efecto:
que enseñan los Doctores citados, y en que no me de-
tengo, porque cosas tan asentadas, no necesitan de
prueba.

Contra esta doctrina, tan cierta, y tan Christiana,
solo se alega en contrario a lo que puedo colegir del
memorial, que nunca los Religiosos aplican las Mis-
sas antes que tengan recibido el estipendio. No sè si
en las Missas (como solemos dezir) sueltas corre este
estilo, y así ni puedo impugnar, ni comprobar el ale-
gato, tampoco sè el que tienen las Religiones, lo que
se es, que en este caso, no queda lugar a essas congetu-
ras, porque luego que se hizo la escritura, que el se-
ñor Mar ques puso en la Iglesia sus armas, y insignias,
se tratò, como Patron, y se ven aplicadas las Missas, y

Sufragios por expresa voluntad de los contrayentes, que fue aplicacion a ctual: vese tambien, que fue tratado como Patrono, hasta que se quitaron las insignias, y armas, que fue la habitual. Vese que por los subditos se dezian las Missas en consecucion de la obligacion del Convento. Luego no ha lugar a tal discurso, como en contrario se haze: antes se presume que durò la voluntad mientras la obligacion, y Patronato, porq̃ no se presume mudada, sino se prueba expressamente la mutacion de volùtad, *cap. maiores in fine de baptismo. l. cum hi, ff. de probat.* Barbosa *in tract. de probatione per iuramentum nu. 27. & alij communiter.* Con que dare fin a esta primera parte.

SEGUNDA PARTE.

RESPUESTA A LA PRIMERA OBJECION QUE SE HAZE DE ESTAR LA CAUSA SENTENCIADA EN FAVOR DEL SEÑOR MAR- QUES CONTRA EL CONVENTO.

DESPOSSEIDO El señor Marques del derecho de Patronato, entrò pidiendo el Convento entrega, y execuciõ por 21000 50. reales, de las dotaciones que dexò mencionadas. Prosiguiose la via executiua, y estando en terminos de sentencia, se dio por los señores Don Francisco Medrano, y Don Lorenço Mateu Sanz, en que reuocaron el auto, y mandamiento exequuterio, y reservaron su derecho a ambas partes, para que vna contra otra siguiessen en via ordinaria su justicia, como les conviniesse. La qual sentencia se confirmò por los señores del Consejo a 13. de Octubre de 1661. Mandando, que por aora los bienes que tenia el Convento por via de deposito, se removiesse en Don Francisco Portero de Vargas. Deste
he-

hecho se insiste por dos veces en los alegatos contrarios, diziendo, que el Convento esta ya condenado por sentencia passada en cosa juzgada.

Es facil de satisfazer a esta oposicion; pues sin valernos de la naturaleza de la via, y processo executivo, de cuya sentencia, no puede nacer cosa juzgada en la ordinaria, esta tan clara la reserva, y tan manifestado el animo de los señores Iuezes, q̄ se podia omitir la respuesta. La reserva, como la misma voz significa naturalmente, y sin necesidad de explicarse, no dà, ni quita, no añade, ni mengua derecho; dexa la justicia de las partes, como antes estaua. Por ella el Iuez les suele diestramente advertir, en que forma de juicio, y contra quien han de seguir; otras vezes mas en confuso, y solo para denotar, que no quiere acabar cō la intencion de la parte, que no obtiene, sino guardarla para mejor ocasion, ù por la persona del reo, contra quien debia seguir, y no ha seguido: *aut ratione forma iudicialis*. Esta doctrina es de la practica comun, que sale del *text. in cap. indemnitatibus 43. §. ultim. de electione, lib. 6. l. at si quis 14. §. plerique 8. de Religios. Et sumptib. funer. l. si debitor 4. §. 1. quibus mod. pign. vel hypotheca soluitur*. Melior textus in l. *Babinus Marcellus 30. de pactis dotalib. in fin. ibi: Nulla ex hac sententia facta derogatione fideicommissi petitioni, quam iure hereditario per filium heres uxoris Maryllus in parte dimidia habebat*. Docent Oldraldus *consil. 237. in fine*, Craueta *1. tom. cons. 29. num. 8. Et in alijs*, prout eum allegat Menochius *lib. 1. cons. 2. num. 57*. Philippus Mathæus *quam plurimis relatis volum. 1. inter cōsilia vultej, consil. 21. num. 21*. D. Salgad. *de Regia protect. 4. par. cap. 7. ex num. 104*. D. Gabriel de Pareja *de vniuersa instrum. aditione, 1. tom. tit. 2. resolut. 6. num. 295*. Noguerol casi en nuestros mismos terminos *allegat. 25. num. 142. Et duab. seqq.* No pongo sus palabras, por ser Au-

tor tan frequente. Concluyo con lo que despues de Craueta, y otros notò con juizio Menochio. *Vbi proxime*, que fuera derisoria, y frustanea la reservacion, si no huiera derecho que reservar, *l. si in venditione 7. alias 2. si quis duas 6. §. si in venditione, ff. communia pradior. l. si quis legauerit 72. ff. de legat. 1.* Conque me parece que no debo detenerme mas en esta respuesta.

RESPUESTA A LA SEGUNDA OPOSICION:

que la obligacion de el señor Marques es
excessiua, por no caber en el
quinto.

O Ponefe en segúdo lugar, q̄ el señor Marques de Villesca no pudo hazer el dicho contrato, en perjuicio de la legitima del señor Marques presente su hijo, ni exceder de lo que las leyes Reales le permiten, que es el quinto en las cosas que donò, y ofrecio liberalmente al Convento, *quia de legitima omne gravamen remouendum est, l. quoniam in priorib. C. de in offic. test. l. 9. tit. 5. lib. 3. Fori. l. 8. tit. 8. part. 5. l. 28. Tauri. l. 12. tit. 6. lib. 5. Compilat.* Y la celebre sentencia de San Agustin *in cap. qui cumque vlt. 43. 17. quest. 4.* Pero esta oposicion se desvanece tan ciertamente, con el tenor de la escritura, que podiamos tambien escusar su respuesta; porque es de diferente tratado que el que se ventila en este pleyto. La oposicion contraria tiene lugar en las liberalidades, legados, donaciones entre vivos, y *causa mortis*: todo lo qual se rescinde, ò modera en perjudicando a los hijos en su legitima, como inoficioso, de que tratè poco, a lo que me parece, que basta para esta suposicion, *en mi lib. de donat. cap. 8. des de el num. 12. hasta el 16.* Pero los contratos reciprocos, commutatuos, y onerosos que haze el padre, no se rescinden, ni se moderan cõ el pretexto, o *causa cau*
sa

fa de que a su hijo se le minora la legitima, que no es tan eficaz acreedor el hijo, que quite, ò limite la administracion a su padre, como dixo el insigne practico Rodrigo X Suarez, *in l. quoniam in prioribus, in declaratione legis Regia, in ult. Scholio.* Y porque todo lo que yo puedo discurrir, lo discurrio este doctissimo Varon, sobre la misma ley *quoniam in prioribus ampliat. 7. num. 11.* Pondrè sus palabras, dize assi: *Ad hanc l. (quoniam in prioribus) quæ fortius urget pro contraria parte in quantum disponit, quod filius debet hanc legitimam sine ullo onere, concedo. Sed respondeo, quod debet intelligi de onere, & gravamine legatorum, & fidei commissorum, & quolibet alio gravamine appposito per patrem in testamento, secus tamen est in onere creditorum, & aris alieni, ut in proposito: nam hoc est impossibile; cum as alienum potentius sit, quam legitima imò ipsa dicitur ere alieno deducto, d. §. 4. Et sic respondet Glossa huic argumento in d. l. cum à matre. Et patet hoc ad sensum; nam si contrarium diceretur, filius non teneretur de legitima ad debita paterna exsolvenda; cuius contrarium ll. disponunt, ut in dict. §. quarta, cum alijs. Hac est communis veritas, quam omnes sequuntur, & c.* De las quales palabras se reconoce la diferencia que ay entre el orden de contraer, y de dar graciosamente. Esta facultad se la limitò al padre la ley, en favor de las legitimas de sus hijos: aquella no, porque fuera reducirle a quitarle la libertad natural de la administracion de su patrimonio, tratandole como a prodigo.

Solamente se exceptua el caso de la fraude, en que el padre, por defraudar a sus hijos, contrae en especie contrato oneroso; pero en la verdad, mas con animo de donar, que de comprar, ò por la desigualdad del precio, ò por la principal intencion. En este caso reputan los Autores el negocio, por lo que en la verdad tiene

configo. Y le rescinden, y moderan como donacion, ò
 liberalidad inoficiosa. Ita Glossa, & omnes Clafici *in*
l. 2. C. de inoffic. donat. D. Couarruu. in cap. Raynan.
tius 16. §. 10. de testam. ex num. 18. Arias Pinel. acriter
in l. 1. 3. par. numer. 75. C. de bon. mar. Vazquez Men-
chaca illustr. cap. 37. Martha de succes. legali, 4. par. qu.
4. art. 9. num. 53. Fontanel. de pæct. nupt. claus. 5. Gloss.
1. part. 3. num. 19. Merlin de legitima, lib. 2. tit. 1. quæst.
21. per tot. Giurba ad consuetud. Messarenses, capit. 5.
Gloss. 7. num. 5. Menoch. lib. 4. conf. 344. num. 3. & libr.
8. conf. 749. numer. 18. Marius Cutel. de donat. contem-
plat. matr. fact. 1. to. tractatione 1. dissert. 2. part. 14. ex
num. 58. pag. mihi 483. & seq. Valascus partit. cap. 22.
num. 21. & seq. Nogueroi cum alijs allegat. 37. num. 2.
& seqq.

Seria, pues, necessario, que se encargasse el señor
 Marques de probar, que fue injusto el precio del Pa-
 tronato hecho el contrato fraudalmente, solo a fin
 de prejudicarle en su legitima entre el señor Marques
 D. Francisco su padre, y entre el Conuento, ò que con-
 traxo prodigamente, y sin deliberacion, para poder
 impugnar el tratado, por causa de la merma de su le-
 gitima. Lo qual ni intentara dezir, quanto mas à arti-
 cular, ni de hecho lo ha dicho, ni articulado, de vn
 contrato tan honorifico, y tan judicioso como el que
 celebrò con el Convento, el señor Marques don Frá-
 cisco de Melo su padre.

RESPUESTA A LO QUE SE ALEGA, DE
que la pena conuencional no puede exceder el
interesse de la parte.

Este es el Achilles, como solemos dezir, de la inten-
 cion del señor Marques, y el argumento, en que
 funda mas su Abogado. Iremosle desmenuzando, pa-
 ra

22

ra que se reconozca hasta donde llega su fuerça. Supongamos, sin perjuizio de la verdad, que la pena conuencional, nunca pueda exceder del interes de la parte, y que no tenga interes alguno el Conuento, en que no aya passado adelante el contrato, que celebrò con el señor Marques. Lo primero, no conuence, en quanto al sitio de las casas vendidas, que reseruò el Conuento para fabrica de su Capilla Mayor, y Sacristia: porque no le pide, ni retiene el Conuento, por recibido, ò prometido por el Marques, sino por reseruado porque no entrò en la venta, y quedò suyo propio: como se fundò en el punto segundo de esta informaciõ. Lo segundo, tampoco haze fuerça, en quanto a la pensión de mil ducados, debida, y por pagar, que fue iguala del Patronato: porque la pide el Conuento por estipendio, ò recompensa del derecho honorifico, de que el señor Marques, y su casa gozaron, hasta que se declaró el Conuento por libre, y con efecto se remouieron las insignias del Patronato, como se probò *en el tercer punto*. Lo tercero, tampoco concluye, en quanto al estipendio de Missas, y Sufragios, que por su intencion, y alma se han dicho; porque este se pide como debito *ex commutativa obligatione*: como se dixò en el punto vltimo.

Vendria, pues, à conuencer solamente, en quanto al dinero, y alhajas, que se han dado, para la fabrica, y adorno de la Capilla Mayor, y Iglesia, y en esse caso el argumento no concluirà adequadamente. Porque se ha de formar assi. Lo que se promete en nombre de pena conuencional, no produce accion eficaz, *nisi quatenus pactis interest*. No se puede pedir si se pide, se elide la accion con excepcion; luego no se puede retener. La consecuencia se saca assi: porque en quanto a esto, el Conuento no trata de pedir, sino de retener. Y para que salga bien, era menester probar, que corre la

mis-

misma razon en la peticion, y en la retencion. Y tengo por principio, asentado en derecho lo contrario.

Porque en la retencion, se trata de *damno vitando*, & *dominio quæsito non amittendo*. En la accion se trata de *lucro captando*, & *dominio adquiriendo*. La accion se modera por la equidad. La retencion se amplia por la misma. Muchos, a quienes no se les concede pedir, se les concede retener lo adquirido, *l. necnon 28. §. penult. & ult. ex quib. causis maiores, l. naturales 10. l. Arrianus 42. de obligat. & actionib. l. 1. §. is autem, de superficiebus, cum alijs innumeris*. De esto toquè algo en el punto primero; pero por ser este su lugar, insistirè aqui mas ex professo. La accion, y el derecho de pedir, no passa de vno a otro, siendo sucessor particular sin cession. La retencion, y el derecho de excepcion, passa sin ella al sucessor particular, *l. dolia 76. §. 1. de contrahend. emptio*. Porque no necessita de mas que de defenderse, y esta es prerogatiua, que nace de la possession, sin tener necesidad de hecho, ò commutacion agena, *l. in hoc iudicium. 14. §. impendia, communi diuidendo*. El extraño que presta dinero, para pagar al acreedor anterior, no haze sub ingresso en su lugar, sino es concurriendo al menos tres requisitos: El primero, conuencion de que sirua aquel dinero para la paga: El segundo, de gozar, y entrar en el lugar del acreedor dimitido, y pagado: El tercero, que efectiuamente se haga con aquel dinero la paga. Pero si por algun accidente la possession de la cosa hypothecada llegasse a poder de el mutuario, aunque todos los dichos requisitos no precediessen de forma, que no necesitassen de accion hypothecaria pedir, sino de retencion. Es cierto, que contra todos los posteriores hypothecarios se defenderà, y obtendra: por la equidad, comun, que assiste, y fauorece a la

re-

retencion. Para probar ambas instancias, basta la copia, y la authoridad, del señor Doctor Olea, que nos lo tiene asistenseñado, en su doctissimo libro *de cessione iurium, & action. tit. 4. question. 1. ex num. 13. usque ad 29. & quest. 7. ex num. 28.* Avrà, pues, de probar el Abogado contrario, que su doctrina corre igualmente en la retencion que en la peticion, cosa que jamas hallé, aunque he leído con algun cuydado en mi Cathedralra la materia *de pœnali stipulatione.*

De aqui se infiere, que las penas, conuencionales, o constituidas por voluntad, y consentimiento de las partes, que consisten en pedimiento de alguna cosa, que no es menester pedir, sino retener, ò aprehender de parte del que cumple, se sostengan por ambos derechos. Pondré, con los Doctores exemplos del Canonico, como mas ajustado à la conciencia, y justicia interna, y mas libres del rigor. *En el cap. cum dilectus 32. infine. de elect.* Bernardo, que se opuso a la eleccion hecha en el Arceidiano Morinense, de Obispo de aquella Iglesia, con pena de amission de la prebenda, que gozaua: si faltasse en la probanza de las causas, que pretendia, de nulidad, es despojado de ella, llegando el caso. Las palabras, y razon son. *Prefatum B. prabenda Morinensis Ecclesie spoliante, qui se ad hanc pœnam (si forsam in probatione deficeret) obligauit.* La del cap. *vit. de crim. falsi,* es legal, puesta por el Canon, contra el que dize las letras de impetracion de algun beneficio falsas: Manda que se admita à la acusacion, *si se obstringat sub pœna amissionis beneficij.* Aqui aunque se pone la pena el acusador, por su propia voluntad, es antecedentemente causada por disposicion de derecho. Pero en el cap. *Cum dilectus,* es antecedente, y subsiguiete suya la voluntad. *Tuipse te huic pœna subdidisti, como dize la l. Diuus de iure fisci.* Por lo qual es demas propia ponderacion. Y no son de pequeña

las de el Concilio Toledano, referido *in cap. quamquam 6. 23. distinct.* hablando del juramento de fidelidad, como observa Cironio *ad tit. de iure iur.* que quiere Michael Rousel. *de historia Pontificia iuris dict. lib. 3. cap. 1. n. 7.* Que sea el primer Concilio, en que se mandò por especial, y expreso decreto, que los Prelados electos se la jurassen a la santa Sede Apostolica de Roma: quedese la doctrina en el fundamento, que la diere el Auctor, por lo menos su nota es de gran credito para nuestra España, que aun viuiendo los Prelados, y Catholicos debaxo del yugo de Reyes Arrianos, reconocio, y establecio por ley, antes, que otras Prouincias esta fidelidad: da, pues, el Concilio la razon de auer introducido el Omagio, *solet enim plus timeri, quod singulariter pollicetur, quam quod generali sponse concluditur.* La ley se llama *communis Reipublica sponso, in l. 1. de legib.* En otra parte de la razon. *Videri possunt.* Donell. *lib. 1. cap. 6. Et ibi, Ofsual. litt. D. Petrus Patoja in l. 3. de aleatorib. pag. 88.* Por ley comun canonica estaua establecida la obediencia, que deben los Prelados à el Summo Pontifice, y con todo porque la pena, que cada vno se impone por su propia vo- ca, y voluntad, parece que estrecha mas, *solet plus timeri,* dizen los padres, se manda, que por promessa especial voluntaria, *in acto secundo,* se obliguen. La formula esta en el *cap. quoties 9. 1. quest. 7. Spondeo sub ordinis casu, Et anathematis obligatione.* Suspension perpetua de orden, y amission de beneficios, mas expresa, que en el *cap. Ego Berengarius 42. de consecrat. dist. 2.* Semejante es la pena, que los fundadores de mayorazgos suelen poner, de perdimiento de ellos, en caso, que no guarden las leyes de la fundacion: llamandose del apellido, trayendo las armas de la familia, y otras semejantes. Molina, que dize, que obran *ipso facto lib. 2. de primog. cap. 12. ex num. 31.* Molina

The-

24

Theologus, que enseña, que son obligatorias, *in vitro-
que foro, tract. 2. de iust. & iure, disp. 611. num. 3. verso
illud est, obseruandū. Nunc sic.* Supongamos, que es pe-
na conuencional la que contiene la escritura. La pe-
na es de perder lo dado, estipulado por expresa, y es-
pontanea voluntad del señor Marques: su Excelencia
mismo se sujetò a la pena. Esta sujecion esta aproba-
da por derecho Canonico, obliga *in foro interno.*
Pues con que pretexto se auia de poder repetir como
mal recibido, ò retenido: lo mismo que espontanea-
mente se dio preuisto este caso.

Entremos con estos presupuestos à hazer juicio de
la doctrina comū, de la pena conuencional prometida
que se ha de pedir, y quando compite accion por ella,
aunque ya se reconoce, que no son estos los terminos
de este pleyto. Lo primero en los contratos, y estipula-
ciones de hecho, en que el reo se obliga a hazer, se pue-
de poner pena, y es tan releuante esta cautela, que la
aconsejan los Jurisconsultos, y el Emperador Iustinia-
no, *l. si penam 58. de verbor. obligat. l. ultim. de Prato-
torijs stipul. §. non solum. ult. inst. de verbor. obligat. l.
35. tit. 11. part. 5.* Porque si vn reo promete fabricar
vna casa, y no cumple, necessita el actor de probar
quanto le importe el que no se aya cumplido el con-
trato; lo qual es trabajoso, y de mucha incertidūbre,
*l. quatenus 24. de regul. iur. l. vnic. C. de sentent. qua
pro eo, quod interest profer.* De los quales textos se fa-
can los motivos de la dificultad desta probança. Por
lo qual dizen las leyes, que es conveniente añadir al
contrato pena conuencional, *sino cumplieres pagar as
mil.* Con que queda ya declarado por voluntad de las
partes, lo que importa el dexar de cumplir lo prome-
tido. En estos terminos, ninguno ha dexado de con-
fessar, que se pone eficazmente la pena, sino vendria a
ser derisorio el consejo, que dan las leyes. *Pues im-
per-*

pertinente cosa fuera poner pena para euitar la incertidumbre del interes; sino pudiera exceder de el interes la pena, y se huiera de probar el interes. El señor Marques estuuo obligado a cumplir las dotaciones que prometio, y a lo demas que reza la escritura; no cumplio, ni su sucessor. Esto es mas hecho, que dació, *dict. l. si pæn. 68.* Luego, quando se huiera prometido cantidad en nombre de pena, se pudiera pedir

Otro caso ay indubitable, en que la pena se debe *in utroque foro*. Y es quando se estipula (quisierame explicar con terminos mas corteses, que las leyes se explican) *in pænã perfidia*. En Romance significa mucho menos: esto es, de no guardar lo contratado. Como en los cõpromissos, se pone pena si se apartã las partes de lo determinado por el arbitro, *l. 2. ff. de recept. Et qui arbitr. receper.* aprobada por el Derecho Canonico, *cap. dilecti de arbitris.* Cuya decission Pontificia cauala con menos respeto Ludouicus Vitalis *libr. 1. variar. cap. 7. per totum.* En las transacciones, *l. si diuersa 14. C. de transact. l. qui fidem 16. ff. eod. tit.* Cuya cautela llamò, *remedium, quod pro maiore firmitate transactionis inventum fuit.* D. Manuel Valeron en su libro *de transactionib. tit. 6. quest. 1. num. 23.* auiedo de el tratado en toda la question, y en otros muchos casos, que se omiten por euitar proligidad. Estos son los terminos de nuestro pleyto, aunque no los de la escritura. Supongamos, que el señor Marques Don Francisco, en caso que no huiera cumplido lo contratado, huiera prometido mil en nombre de pena. No se cumpliendo el contrato, llegaua el caso de la pena; se podian pedir los mil, y aun se podia executar por ellos, como por cosa liquida, y debida. Carleual *2. tom. de iudicijs, tit. 3. disput. 3. num. 23.* Aunque no niego, que si el reo dentro de el termino de la oposicion probare suficientemente, que no le importa tan

to a la parte, ò que no le importa cosa alguna; la puede retassar el Iuez por su arbitrio, q̄ siẽpre esta estas penas sujetas a su arbitrio, vt post Menochium docet Sánchez *lib. 1. de matrimon. disput. 37. num. 4.* & post alios Bassæus *in floribus Theologiae practicae, verb. Pœna, num. 8.* Addendi sunt Covarrua *lib. 3. variar. capit. 4. num. 4.* & 5. Menchaca *vsu frequentiam, cap. 60. num. 25.* & 26. Gutierrez *1. par. de veram confirm.* Porque el actor tiene fundada su intencion con el pacto de la pena. Digo que no son los terminos de la escritura; porque en ella no se trata de accion; sino de retencion.

Si guesse el ultimo caso, quando lo que se prometio, *nomine pœna*, fue sobre no pagar cierta cantidad liquida. Como si no pagares mil a tal plazo, daras mil y quinientos. En que tacitamente se puede temer, ò embolver vicio de usura. En este caso se diuiden los Autores en opiniones, y dan varias reglas: como si el estipulador es sospechoso, es acostumbrado a exercer logros ilicitos: si es sin sospecha, si es de buena fama; si tuuo interes; si le tuuo en que el contrato se cumpliera, &c. Vnos dicen, que se deue la pena *omni iure*; pero se han de entender mientras el reo no probare, que fue puesta sin interes alguno; *aceruo animo, vel usurario*. Ita Baldus, Castrensis, & Salicetus *in l. cum allegat. 25. C. de usuris*, Nauarrus *in Manuali Latino, cap. 17. num. 215.* Silvester *in summa, verb. Usura 1. num. 28.* Bassæus *d. verb. Pœna, num. 8.* & *verb. Usura 4. num. 1.* & 2. P. Molina *de iust. & iure, tract. 2. disp. 97.* Sanchez *d. lib. 1. disp. 37.* Agustín Barbosa *in cap. suam de pœnis quod in suo casu est expressum pro hac sententia, ex num. 3.* Petrus Gregor. *lib. 3. partitionum iuris Canonici tit. 1. cap. 5. in fine.* Caldas Pereyra, *de emptio ne, & vendit. cap. 29. num. 8. 11.* & seqq. nõnissimi Pater Iosephus Gibalinus *de vniuersa negotiatione, qui*

ad rem valde proprie loquitur 1. part. lib. 2. de *usuris compensatiuis*, capit. 7. articu. 2. *Et* art. 1. ex quo de materia agere incipit. Otros dicen que porque la pena es lucro illicito, y sospechoso, no se deve *ex aequitate*, sino es, que se pruebe el verdadero interes. Y por de equidad la defienden Nuñez de Auendaño in *dictionary*, verb. *Pena conuenional*. Sarmiento lib. 3. *selectar*. cap. 6. num. 10. Gutierrez 2. part. *Canonizar*. cap. 20. num. 4. *Et* 5. Ioannes Garcia de *expensis*, cap. 9. nu. 63. Rodriguez de *annuis reditib*. lib. 3. *quest*. 5. ex num. 10. Pichard. in §. *ult. de verbor obligat*. num. 5. Antonius Faber in *Codice decision*. Sabaudia sub tit. *de verbor obligat*. diffinit. 9. *Et* 14. Carleual. d. *disput*. 3. ex numero 22. Honoratus Leotardus de *usuris*, *quest*. 38. ex num. 8. Ciñome en citar Autores, por vna, y otra sentencia, por no ser largo: en los citados se hallaran muchos. Falta, pues, para que esta vltima sentencia, quando se debiera preferir a la primera, se ajustara al intento contrario, probar, que la escritura fuera de pura dacion, y no de hecho, *nec inquireretur de fide contractus rupta*, como se inquiera, que fuera materia sospechosa, ò proxima à usura, que tal lo fuera el acreedor, y finalmente, que se tratara de pedir, y no de conseruar, ò retener, como repito muchas vezes.

Todo este discurso se ha hecho, dexandonos llevar de la suposicion que en contrario se haze, de que la dicha clausula contiene pena conuenional, y si tiene probabilidad, lo que fundamos en el punto 1. se ha de negar el supuesto. Porque no es pena, sino condicion, y parte del contrato como alli se dixo. Que el Conuento, ni contratara sobre el Patronato, ni entrara, quizás, en tanta obra de Capilla Mayor, ni Sacristia, ni tanto adorno de su Iglesia, sino fuera en confianza de vn tan grande, y tan illustre Patron, que tanto le

podia alhajar, y enriquezer, toda la qual esperança, se recompensa, y recompenso por pacto, y condicion, con la retencion de lo dado, *ad acuendam Patroni diligentiam*. Y vltimamente, no se distinguiendo la pena de la condicion en formalidad de palabras, sino en el animo de los que pactan, y estando por nosotros las de la escritura, que la llaman condicion. No queda lugar a discurrir, si es pena, ni a regular la justicia del Cõvento, por las reglas propuestas. *Saluo in omnibus tantorum iudicum doctiori censura.*

*Doct. D. Joseph Fernandez de Retes.
Catedr. de Prim. de Leyes de Salamanca.*

iii

