

C-159
2

1
4
4
0
4
2
2
1
33

1200

C-159
2

M. 13086

[Faint, illegible text, possibly bleed-through from the reverse side of the page]

[Extremely faint, illegible text, possibly bleed-through from the reverse side of the page]

POR
 Don Juan Garzia San Roman Secretario de
 su Magestad,
 CON
 Don Francisco Ramallo.

EL Convento de Religiosas Dominicás, y Doña Antonia Thubio novicia en dicho Convento, en 24. de Julio del año 713. otorga carta de pago à favor de D. Antonio Flores de la dote, y propinas para la profesión, y con lizécia del Ordinario Eclesiástico haze renúcia de todos sus bienes muebles, y raizes, sus frutos, y rentas de las legitimas, que le tocan, y puedan tocar por sus Padres; y de vno, y otro haze gracia, y donacion entre vivos, à favor de D. Joseph, y D. Manuel Thubio sus hermanos ausentes, y para sus hijos, y herederos, para todo tiempo de siempre jamás, sobre que tan solamente la Otorgante reserva por los dias de su vida 330. reales de vellon cada año, à que en la aceptación, que hizieren, mediante su ausencia, por nuevo Instrumento se han de obligar en forma entrambos y dos, porque con esta reserva, calidad, y condicion haze esta renuncia de todos sus bienes, y legitimas, y nõ sin ella: Y en caso no lo cumplan ansí, le quede libre el uso de lo de que haze esta dicha renuncia, y facultad para poder disponer nuevamente de ello à su arbitrio, y voluntad, como si nunca la huviera hecho, y otorgado; està jurada de no rebocar.

Muertos yà Don Joseph, y Don Manuel Thubio, sin que conste se huvieslen obligado por Instrumento à la paga de dichos 330. reales; en 11. de Junio de 720. dicho Convento, y la Doña Antonia, yà profesã, hace cesion à favor de Don Francisco Ramallo, como marido de su muger, de todos, y qualesquiera bienes, muebles y raizes, que bayan fincado, de Don Benito Thubio, y Doña Jacinta Varela, Padres de dicha Doña Antonia, y de los fincables de Don Joseph, y Don Manuel Thubio sus hijos, y hermanos de la sobredicha, con licécia del Vicario Provincial, por no haver executado dichos sus hermanos el allanamiento por Escritura, ni pagadola los 330. reales, habiendo primero la Doña Antonia aceptado, con beneficio de inventario, la herencia de dichos sus Padres, y la de los dos hermanos.

En este Instrumento se obliga Don Francisco Ramallo à la paga de dichos 330. reales, y que darà al Convento 30. reales de vellon, sin embargo de que por algun accidente no llegue à gozar, ni percibir cosa alguna de dicha herencia.

21. 101

rencia, porque con todo este riesgo, y quedando de su cuenta, y à su cargo el responder, y dar satisfacion à qualesquiera acreedores, que contra ella hubiere, y de vno, y otro sacar à paz, y à salvo al Convento, se constituye à la paga de ello, llanamente, pena de execucion, y costas, à cuya paga, y satisfacion hypoteca, y sujeta todos los bienes, con que se alla, y à lo adelante adquiriere, so el pacto expresse de non alienando.

Con el motivo de haverse despachado sentencia de remate à pedimiento de Don Juan Garzia San Roman, vecino de la Villa de Madrid, contra los bienes de Don Manuel, y Don Joseph Thubio, por el alcance que contra ellos, como herederos de Don Benito Thubio su Padre, resultò à su favor: Introduxo la pretension dicho D. Francisco Ramallo en la execucion de dicha sentencia, de deverse separar primero las legitimas de dicha Doña Antonia, y la de otra Religiosa, que en 22. de Junio de 705. consta haver renunciado à favor de dicho Don Benito su Padre, y à su muerte, al de dicha Doña Antonia, y consiguientemente que en lo que à estas dos tocasse, y mejora de tercio, y quinto, hecha à la misma Doña Antonia por dicho su Padre, no se devia executar el pago.

Determinose con el Lizenciado Don Joseph de Roys, Abogado de la Real Audiencia de la Coruña, à quien nombrò la Sala, y declarò no haver lugar à la partija, y pretension intentada por dicho Don Francisco Ramallo: de cuya declaracion, mal satisfecho este, querellò de excessos, y à fin de que se vea la justificacion de dicha declaracion, se apuntaràn algunos de los fundamentos que tuvo presentes el Acestor, quien sin duda los darà mas solidos.

1.ª La duda originada de lo literal de la Escritura, deve ser, si aquellas palabras, à que en la aceptacion, que hizieren, con las siguientes que van puestas en el hecho, hizieron condicional la donacion hecha por Doña Antonia à favor de sus hermanos: Y sinò fuè condicion, sinò modo, si por no haverse cumplido se hizo lugar al pacto resolutivo, de quedarle facultad, para poder disponer nuevamente, porque no haviendose hecho lugar à dicho pacto, y comprehendiendo aliàs dicha donacion, y renuncia todos sus bienes muebles, y raizes, sus frutos, y rentas de las legitimas, q̄ le tocan, y puedan tocar, estàn sugetos à este pago, como fincables de Don Joseph, y Don Manuel Thubio.

2.ª Parece facil el deslatar esta duda, supuesta la difinicion del modo comunmente recibida: *modus est moderatio quedam dispositioni adiecta eum, qui honoratur aggravans in tempus dispositionis perfecta*, Gom. 1. var. cap. 12. de legatis, num. 70. Parlad. dif. 147. num. 6. Herm. in leg. 6. tit. 4. p. 5. glos. 1. num. 8. Y es esta regla tan cierta, que aunque en la disposicion se vís de la palabra Condicion, toda via se regula como modo: Ayl. ad Gom. sup. num. 68. Canc. var. 3. p. cap. 22. num. 104. Reynol. observ. 69. num. 14. lbe-

quandis verba aliter sonent: Vrceol. de transact. q. 100. num. 39. Y en propios terminos de donacion, hecha con la calidad de dar alimentos al Donante, se deduce bien claramente de la ley 1. Cod. de donat. qua sub modo. Ibi: id est, actionem qua dominium pristinum tibi restituatur. Cuya decision muestra claramente, que la cõdicion de dar alimentos, aun puesta con esta expresion, es propriamente modo, y por esso reusandose su cumplimiento por el Donatario. Ibi: Eo quod legi illa obtemperare noluerit: decide el Consulto, se le dè accion para recuperar el dominio antiguo. Y el titulo en que està puesta esta ley haze mas claro ser modal el gravamen de dar alimentos, puesto al donatario.

3 Siendo el gravamen, modo, y nõ condicion, es sabida la diferencia que trahe, D. Molin. de Hisp. Primog. lib. 2. cap. 15. num. 28. aprobada comunmente, quod modus implendus est, per viam compulsionis, conditio per modum expulsionis; Y assi, regularmente, solo ay accion paraque se cumpla el modo, Far. ad Covar. lib. 1. var. cap. 14. num. 17. y por esso es necesario interpelar al que deve cumplirle, paraque por su defecto, causado de la negacion, se dè lugar à la resolucion del acto: Herm. sup. n. 6. con Parlad. y Flores de Mena, Antunez lib. 1. pralud. 2. §. 1. num. 39. add. ad D. Molin. lib. 2. cap. 13. num. 30. in fin. optimè Luca ad Grac. cap. 44. num. 6. Menoch. tom. 2. consil. 134. num. 37. Ibi: quem quidem modum si interpellatus, vel monitus non implet, ex post civilitatem amittit D. Cast. tom. 4. cap. 55. num. 46. Y assi se hà de entender lo que se dice; que el defecto del modo desvanece el acto, como la no existencia de la condicion: esto es, que si reusa cumplir el modo, el acto se resuelve, aunque nõ del mismo modo, como se impide, por defecto de la condicion suspensiva, y por esso no dice la ley 1. non obtemperaverit, sinò, obtemperare noluerit, paraque pide con la sentencia de Casanate, forma judicial, y sentencia, D. Cast. sup. num. 48.

4 Todo esto tiene dos solemnes limitaciones: La primera, quando el modo es causa final. Herm. in dict. leg. 6. tit. 4. glos. 1. num. 19. La segunda, quando ay pacto resolutivo: Antun. dicto pralud. 2. num. 101. y ambas se dirà concurren en este caso, porque la reserva, y el modo de obligarse, son en favor del Donante, y este es motivo de creerse es causa final. Id. Herm. sup. num. 20. y el pacto està expreso en aquellas palabras: Y en caso no lo cumplan assi, le queda libre el uso de lo de que haze esta dicha renuncia. Y si fuese necessaria interpelacion se dirà, que Don Joseph, y Don Manuel estuvieron interpelados desde la fecha de la donacion, en que se dice: que en la aceptacion que de ella hizieren, mediante su ausencia, por nuevo Instrumento se hàn de obligar en forma. Antunez sup. num. 105. Herm. sup. num. 22.

5 Estos, parece, son los reparos mas fuertes, y inmediatos, que pueden ofrecerse para la decision de este punto; pero de su respuesta se conoce-

nocerà mas clara la justificacion del Auto. La causa final, para definirlo en este acto, podrá padecer el dictamen equivocacion, ocasionada del modo de esplicarse los Autores: es así, que quando el modo, ò gravamen es en favor del Donante, se puede tener muchas vezes por causa final, pero no es regla cierta; y así esplicandolo Antunez, *dict. lib. 1. prelad. 2. §. 1. num. 99.* dice, *regulariter*, y dicho así es cierto, y por tal causa final se tendrá el modo, ò gravamen de dar alimentos à vna persona anciana, q̄ dona todos sus bienes, porque en este acto no puede considerarse otro fin, que el de vivir sin el afan, y cuidado del cultivo, ò recaudo de los bienes; y así se tendrá esta donacion por causa final de los alimentos, sinò huviere otras conjeturas en contrario.

6 Por esto el mejor modo de esplicar qual sea causa final, es el que trahe D. Olea *tit. 2. quest. 7. num. 2. que ab agente principaliter consideratur, & realiter movet, vt ea cessante, non faceret, vel non ita faceret*, ò como explica D. Molina de *Hisp. primog. lib. 1. cap. 5. n. 13. causa namque finalis, & si plerumque post dispositionem assignari soleat, semper est prima, quo ad ordinem intellectus*, ò como esplicò la Rota, *apud Torre de pact. decis. 13. num. 8. que movet ex toto.* Esta regla comprende todos los casos, sin que pueda haver alguno que se desvie de ella, por no tener limitacion: y supuesta así, y que en este acto ay tres cosas que considerar: el fin de la donacion, y renuncia; las personas à favor de quien la hizo, y la reserva, ò gravamen con que la hizo; pues el pacto resolutivo no constituye la donacion en distinta especie, ni la especifica, debiendose regular la causa final, por el fin del acto: D. Molina *ubi supra, consequens est, vt verba, seu media ipsius dispositionis consideranda non sint, sed finis, ad quem dispositio ipsa dirigitur.* No se puede regular en este caso por las personas à quien donò, ni por el gravamen que puso; pues todo esto es disposicion, y medio para reducir à acto su voluntad, la qual fuè primero intentada, y vltimamente executada, y así el motivo de que se movió à hazer dicha donacion, y renuncia, es la causa final, nõ la prelación de sus hermanos al Convento, ni tampoco la reserva de los treinta ducados, que mira solo à disminuir la donacion, de la qual necesariamente se hà de tener por causa final la entrada en la Religion, desposseyendose de todo lo temporal, que fuè la que movió, *ex toto*, la primera en la intècion, y la que sinò existiera, nunca donàra: Barb. *in leg. cum te fundum, 6. C. de pactis inter emp. num. 5. Ibi: volebam ego vendere fundum meum iusto pretio, sed minori pretio vendo ob aliquam causam, que respicit meum commodum, & illa dicitur causa finalis vendendi minori pretio, sed non est causa finalis vendendi*, que es la esplicacion mas clara que puede señalarse para nuestro caso, y la que haze ver, que la reserva no es la causa final de la donacion, y renuncia.

7 El mismo Herm. despues de haver dicho, que el modo puesto à

favor del Donante, es causa final, haze distinta inspeccion en las donaciones hechas *ob ingressum Monasterij*, para lo qual encomienda à Grat. *disceptacion, tom. 1. cap. 96.* cuyo lugar, encomienda tambien Antunez, *dict. §. 1. num. 97.* fuè disputada alli la naturaleza de vna donacion, hecha al Padre por vna hija, con la ocasion de la entrada en Religion, y se concluyò *num. 40. Ibi: quia dilectio, & amor paternus fuit causa, ut potius ei, quam alij fuerit facta donatio; tamen causa finalis, & vera fuit ingressus Religionis; vnde illa tamquam principalis debet regulare dispositionem,* y prosigue con la misma teorica, para conocer la causa final, que se dixo arriba: y que en estas renunciaciones, y donaciones sea la causa final la entrada en Religion, y aquel motivo, que sinò existiera, no se donàra, la misma razon lo persuade, y trahe Palao, *tom. 3. tract. 16. disp. 1. punt. 15. num. 3. Ibi: siquidem animo amplectendi Religiosam, & perpetuam paupertatem fiunt.* Michalorio *de Frat. 3. part. cap. 12.* En donde tratò la calidad de estas donaciones, y renunciaciones, *num. 58.* Y no puede menos de confessarse por segura esta doctrina, à vista de la proposicion comunmente admitida, de que estas renunciaciones, y donaciones, aun hechas con pactos, y clausulas de no revocar; toda via se desvanecen, bolviendose al siglo el que las hizo: *Ex ea ratione, quia praedicta donatio censetur facta intuitu ingressus, qui fuit causa finalis donationis,* Antun. *dict. §. 1. num. 97.* y en duda, aun en concurso de otros motivos deve estimarse por causa final, sola la entrada en Religion, à exemplo del modo puesto en lo que se deja à la Iglesia, el qual, en duda, no se presume causa final, aunque le parezca, *quia creditur Dei in honorem, & non propter modum fuisse factam,* asì Gart. *discept. 803. tom. 5. num. 21.* Pues como no es creible hiziesse la donacion, sinò entràra en la Religion, asì parece imperceptible la haga por otro fin, con que parece queda respondido à la limitacion de la causa final, y provado, q̄ esta fuè la entrada en la Religion, y no otra cosa: asì de ser esta la causa final, resuelve Torre de *pact. futur. suceff. lib. 2. cap. 25. num. 15.* se rescinde la donacion, *non sequuta professione,* Ibi: *oportet animadvertere, quod ingressus in Religionem, est causa finalis renunciacionis,* Bottigli *de renunc. theoric. 63. num. 12.* Altogr. *consil. 36. num. 14. tom. 2.* y cita à Grat. *dict. cap. 96. num. 40.*

*Barbar. collat
Concil. sex.
25. Cap. 16. n.
15. et regular*

El pacto resolutivo, que resulta de aquella clausula: y en caso no lo cumplan asì, le queda libre el uso de lo de que haze esta dicha renuncia, y facultad para poder disponer nuevamente de ello, à su arbitrio. Pudiera dudarse si lo es: pero suponiendo lo sea, y no condicion resolutiva, la qual en esto se diferencia de la suspensiva; en que esta impide nacer la obligacion, y se induce regularmente con las voces, dando, entregando, restituyendo, pagando lo que primero se deve ejecutar, antes que nazca la obligacion del contrato; pero la suspensiva, aunque es verdadera condicion, dejando el acto

2
puro, impide solo la execucion de la obligacion: todo lo dice D. Salg. de reg. protect. 4. p. cap. 13. à num. 44. & num. 53. y nada de esto obra el pacto resolutivo; pues, ni impide el nacimiento, ni la execucion de la obligacion, y solo grava *in futurum*; y admàs de otras muchas diferencias que no son de este asunto, es vna: el pedir, paraque tenga lugar, interpelacion, *add. ad D. Molin. lib. 2. cap. 13. num. 30.* porque es necessaria mora, paraque dicho pacto tenga su efecto. Proposicion canonizada en la Rota *coram Burat. decis. 617. num. 3.* En la qual disputandose, si havia lugar à vn pacto resolutivo, se declarò, que no, y entre los motivos se dice: *secundò quia presupposita, & citra veri præiudicium scientia, nec Hæronimus antecessor, nec ipse fuerunt in mora solvendi, sine qua non erat locus dicto pacto*, y puede verse para este punto por ser muy clara, y puntual. Todo lo qual no tiene la condicion resolutiva, sin que por ello deje de ser vtilissimo el pacto resolutivo, paraque pueda verse la decision 33. *apud Vrczol de transact. post tract.* En donde se prueba, que en los contratos nominados, haviendo pacto resolutivo, puede la parte, dejando de pedir cùplimiento del gravamen, ò modo, intentar la revocatoria, lo que no pudiera hazer sin el pacto: Nogueroi en caso semejante *allegat. 6. n. 75.* en quanto dice es contracto nominado la renuncia, y con la obligacion de alimentos, y pacto de consentirla por otro instrumento, en que no se podia intentar la revocacion, por no constar de pacto resolutivo. Y aunque este Autor llama à esta donacion *ob causam*, y la defiende num. 86. para contraponerla con la donacion simple; dice bien; pero para calificar la naturaleza de la tal donacion, si es modal, ò condicional, no le importava al intento, y assi no se detuvo.

9 Siendo esto cierto, sale la respuesta à este reparo, pues no consta fuessen interpelados, ni estuviessen en mora Don Joseph, y Don Manuel Thubio: Y sea lo que fuere, haviendose puesto este pacto à ausentes, es sin disputa, que paraque obrasse, era necessario se les huviesse intimado, para que es terminante *Ciarl. contro. forens. lib. 2. cap. 137. à num. 46.* con la ocasion del estatuto de Parma, y Milan, en que se determina, no valgan las donaciones, sino es que el Donante, y Donatario juren ser verdadera, y nõ fingida, ni simulada; Y si el Donatario no estuviere presente al tiempo de la donacion prosigue el estatuto: *Dummodo quando Donatarius voluerit talem donationem acceptare iuret ut supra, per aliud instrumentum*; se dudò el valor de vna donacion hecha à vn ausente, por no haver jurado, y se respondió: Lo primero, ser modo, y no condicion en el ausente: *Ibi: nam in hoc non sequitur, quod validitas donationis stet in suspensio, donec donatarius iuret, sed bene, quod resolvatur nisi iuret, quia illa dictio dummodo non importat conditionem suspensivam, sed potius modum*: Lo segundo, no poderse revocar si quisiesse

7
jurar el Donatario, y porque este Autor, no tengo noticia si se halla à ma-
no, paraque pueda formarse juicio de la clausula de este Instrumento, y
notarse la diferencia que ay del pacto resolutive, puesto en persona del
que le hà de cumplir, ò en ausencia, trasladarè el num. 52. *Nec vis est facien-
da in absurdo allegato; alia est enim ratio nullitatis actus, quando ambo Contrahentes
sunt presentes donationi, & Donatarius non iurat secundum formam in dicto decreto
prescriptam, quia tunc certum est nolle observare dictum decretum, & ideo illius beneficio
gaudere non debet, & propterea non est mirum, si eo casu nulla ab initio est donatio;
quando verò Donatarius est absens, non intrat huiusmodi ratio, quia potest ex post
facto obedire decreto, & servare eius solemnitate, & propterea non erat iustum, in doli-
dam pronunciare donationem, autequam constaret, an vellet iurare iuxta formam de-
creti, quia nullitas solet esse pœna contrafacientis forma, quæ non est imponenda ei,
qui non est in culpa, & de quo non constat, an velit implere.*

10 Sinò huvo inconveniente, en que la donacion que era nula à princi-
pio, sin el juramento entre los presentes, fuesse buena estando ausente el
Donatario, aun no habiendo jurado por instrumento distinto, porque no
se savia, si queria, ò no jurar; y se tuvo por modal el gravamen de el esta-
tuto; con mucha mas razon lo serà el de esta Escritura, y ineficaz el
pacto resolutive, por defecto, no solo de interpelacion, sinò de ciencia.
Esto mismo se deduce sin violencia de lo que dicen los Autores, que
quando tiene lugar el pacto resolutive cae en comisso la cosa; assi se es-
plica con los q̄ cita Antun. *dict. prælud. 2. §. 1. n. 101.* en donde escribiendo
la fuerza del pacto referido, inmediatamente dice: *tunc enim res incidit in
comissum, modo non servato.* Herm. *apud eum*, y como no es posible el comisso
sin mora, interpelacion, y ciencia plena, *Cost. de ration. rat. q. 143. à princ.*
Vese claramente, que el pacto resolutive puesto al ausente, no le obliga,
mientras de èl està ignorante, al modo del comisso, en que no incurre
el que le ignora.

11 Dirase: lo primero, supieron los dos hermanos de la renuncia, pues
consta, que como tales renunciarios otorgaron Instrumentos, el vno
de poder, y el otro de venta; lo segundo, que tuvieron dia para otorgar
dicho Instrumento señalado en la misma Escritura: *Ibi: à que en la aceptacion
que hizieren, mediante su ausencia, por nuevo Instrumento se han de obligar en forma
entrambos y dos,* y como la mora se contrahe por la interpelacion, no solo
del hombre, sinò del dia, al punto Herm. *in dict. leg. 6. tit. 4. glos. 1. num.
22.* debe obrar contra ellos el pacto resolutive.

12 Es sin duda, que la ciencia del pacto resolutive, ò penal, es neces-
saria, paraque el pacto obre, y tambien lo es, deverse provar concluyen-
temente por el que se funda en ella, *mirabilis decisio 827. coram Peña;* en
donde tratandose de la resolucion por la contravencion à vn pacto reso-

8
lutivo, se declarò no haver lugar, por no haverse provado la ciencia, *Ibi: Rota utraque parte informante negativè respondit, quia cum non appareret concludenter probata scientia Caroli donantis, de illo pacto penali, ideo non erat locus devolutioni,* y mas abaxo, *Et cum ageretur de amissione iuris, fundans se in scientia, tenebatur illam concludenter, Et non ex solis coniecturis, probare;* vease por el hecho, que conclusion hay de la ciencia en nuestro caso. Quedarà solo en question de voluntad el modo de la prueba de esta ciencia. La Clementina, *causam de elect.* la señala, por las diligencias que prescribe, se hagan, paraque al Apelado conste de la apelacion, que es mostrarle todo el tenor de la Escritura, ò Instrumento. Paraque la eviccion tenga lugar, no basta denunciar el pleyto al Vendedor, se requiere copia del libelo, y por lo menos es necessaria authoridad de Juez. *Far. lib. 3. cap. 17. num. 19.* de otro modo, ni el Apelado, ni el Vendedor estan obligados à creer: *Fontan. claus. 6. glos. 3. part. 5. num. 68.* La citacion debe ser tan clara, que certifique de todo al Citado, de otro modo no sirve, *Fermos. in cap. 1. de caus. poss. Et prop. Et q. 1. num. 38.* y admitido, que no sea necessario este rigor, y que baste provarse la ciencia, ò noticia del pacto, ò gravamen por actos hechos por el gravado, paraque es espresla la *decis. 658. apud Burat.* es cierto, que para inducirse, son necessarios actos distintos, y repetidos, que infieran necessariamente dicha ciencia especifica, como se ponderaron en dicha decision.

13 Para este assumpto es lugar llano, y muy adaptable al punto, y clausula de esta Escritura, *Ciarl. controv. forens. lib. 2. c. 126.* En donde se juzgò cuotra vn hijo, haver perdido la herencia, por no haver cumplido el pacto resolutivo, q̄ trasladado del Italiano, dice assi: *Ordenando, que el dicho su heredero, sea obligado al punto que salga de la pupilar edad, à aprovar, y ratificar esta su disposicion, y cada vna de las cosas en ella ordenadas, por publico instrumento, y no queriendo ratificarlo, y aprovarlo, à la hora le priva de su herencia, y quiere lleve solo su legitima, y en esse caso instituye à la dicha su hija;* Por todo este capitulo se tratan todos los fundamentos de la interpelacion, del dia, de la ciencia, que comienza al num. 46. en donde se confieffa llanamente, *quod requiritur plena, Et totalis scientia testamenti ad finem, ut tamquam inobediens privetur commodo hereditatis,* y và provando desde alli por instrumentos, y posiciones confelladas por el mismo gravado la ciencia de todo el testamento, que pide sea total especifica, y indubitada: *Merlin de legit. lib. 3. tit. 2. q. 21. num. 10. Et 19.* y parece terminante la ley *de his. 6. ff. de transact.*

Cancer. 28. Cap. 2. n. 307. 308.
Barbo. Voto. 126. n. 331.

14 El dia interpela regularmente, quando es cierto, pero del mismo modo necessita saverse por el gravado decision, que se infiere de las leyes *18. & 35. tit. 11. part. 5. Ibi: prometiendo vn home à otro: leg. 8. tit. 14. ead. p. Ibi: plazos, è dias ciertos ponen los homes entre si: leg. 28. tit. 8. ead. p. in fine.* Y en este

con-

concepto escriven los Autores la propoficion absoluta , que el dia cierto interpela, aunque en materia privativa defiende lo contrario *Cost. de rati- on. rat. dict. quest. 143. à num. 6.* y se puede ver *D. Valenz. consil. 16. num. 6. & sequentibus*, que esplica esta regla, no es así en el dia incierto, *Antun. dict. §. 1. lib. 1. pralud. 2. num. 119.* y que este dia sea incierto es llano; pues no està determinado en la Escritura , sinò por orden à vn hecho libre , y totalmente voluntario, que es lo mismo que ser absolutamente inciertos; y por este motivo era necesaria interpelacion, para incurrir la pena , y privacion causada del pacto resolutivo: pero en el caso presente , tengase por dia cierto, ò incierto, haviendolo ignorado, ò à lo menos no califican- dose ciencia de dicho dia , entra sin violencia , el que no pudo obrar di- cho pacto. Esta inteligencia parece tan genuina , que *Ciarl. dict. cap. 126.* en donde se juzgò à favor del pacto resolutivo , contra el hijo , à que lla- ma caducidad , la confieffa al *num. 73. & seq. Ibi: & licet verum sit , quod qualibet causa etiam iniusta excuset à mora, & à caducitate , tamen necessarium est, quod aliquo modo sit colorata, & probabilis, quia aliàs si sit frivola, non attenditur ,* y por esta razon dice *Far. dict. lib. 1. cap. 14. num. 21.* que el heredero del Donatario, que no dà los alimentos , no incurre en el pacto, *dum obli- gationem ignorat, quia nec moram committit.* Consta , que al tiempo de la Escri- tura estavan ausentes los dos hermanos , y el vno lo estuvo hasta la mu- erte, que fue fuera del Reyno , en servicio de su Magestad ; y el otro lo estuvo algunos años, ni aun Don Antonio Flores , que corria en Santiago con el negocio, estuvo presente al otorgamiento de la Escritura , y así lo mas que pudieron saver, fue el haver renunciado su hermana por la dote, para professar, con cuya noticia les avisarian havia renunciado.

15 Bien creo tuviera mas dificultad , si como se dice en dicha Escri- tura: *que en la aceptacion que hizieren, se obliguen por nuevo Instrumento, dixera ,* que no pudiesen aceptar la donacion, sinò por Instrumento publico, porque en esse caso, en la opinion (de cuya certeza prescindo aora) que tiene, es revocable por el Donante antes de la aceptacion la donacion , si valiesse dicho pacto, de aceptarla por Instrumento publico ; ò no estaria acepta- da, ò se havria incurrido en el ; pero, ni en la Escritura se dice , que no se pueda aceptar , sinò por Instrumento publico , ni aunque se dixera em- barazaria el poderla aceptar por qualquier modo , à exemplo del pacto, de que la paga no se pueda provar , sinò por Instrumento , que dicen es nulo: *Gutier. de iur. confirm. 1. p. cap. 66. per tot. Ripol. var cap. fin. num. 161.* pero quedando libre la aceptacion de dicha donacion, como la hizieron los dos hermanos en los actos de poder , y venta, *ex leg. parentibus 8. §. fin. C. de inofficios. testam. Pegas resolut. 1. p. 14. num. 11. in filio vendente: Me- noch. lib. 4. presum. 101. num. 80. in solvente debita ,* que son actos de ace-

ptacion, aprovecha para el pacto resolutive la ignorancia, y queda al mismo tiempo aceptada, y en la mas rigida censura irrevocable la donacion quanto al Donante.

16 Y si huviesse algun escrupulo, ò reparo, se deve suponer la regla cierta, que para no incurrir en la privacion de derecho adquirido, escusa qualquier causa, *decis. 845. coram Peña, num. 2. idem erat iudicium si pactum continebat pœnam conventionalem, à qua qualibet causa excusat*, y aunque sea impuesta por derecho, como en la pena de privacion al que no se promueve, dentro de vn año al orden, teniendo Beneficio curado Rota apud Serafinum *decis. 1239. Ibi: quia non constat quod haberet illius notitiam, nisi ex presumptione quadam, quæ deducitur ex certioratione procuratoris, sed hæc non sufficit ad effectum, ut quis privetur iure suo* Garc. de Benef. p. 11. cap. 5. à n. 106. ad medium, con otra decision de Rota, en que fuè escusado vno, *quia allegabat ignorantiam adeptæ possessionis de secundo, & in contrarium nihil relevans probabatur, y dice Lotter. lib. 2. q. 13. num. 39. se firmò en la Rota esta proposicion, quod causa qualibet etiam iniusta excusat à pœna, etiam bestialis; prosequitur Noguier. allegat. 24. à num. 154. vbi num. 159. que la ciencia no se prueva por congeturas, sino en cosas de poco perjuicio, y que en lo de demàs se necessita individual, y para este efecto lo mismo es pacto penal, que pacto resolutive, pues ambos son privativos.*

17 Queda firme al parecer, que el gravamen, ò reserva de los 330. reales, fuè modo; como tambien, el que el pacto resolutive no pudo obrar, paraque Doña Antonia Thubio dispusiesse de los bienes que havia renunciado, y donado, y consiguientemente el no haver en la herencia de los dos hermanos, cosa que no estè sujeta à este pago; Pero si aun en esto se pusiera duda por algun motivo, que se oculta à mi ignorancia, toda via muertos yà Don Joseph, y Don Manuel Thubio donatarios, parece no pudo declarar Doña Antonia la caducidad, ò comisso, y consiguientemente, no tuvo por este capitulo que ceder à Don Francisco Ramallo: porque, ò le pagaron estos los 30. ducados en vida, ò nõ; si se los pagaron, perdiò su fuerza el pacto resolutive, cuyo derecho quanto à la caducidad, se entiende renunciado por la recepcion de la paga, pension, ò reserva, en terminos de pacto resolutive: *Burat. decis. 640. que es toda al asũpto, vbi. n. 17. non negabatur per Rodulum mora per eum commissa in solutionibus conventis, sed dicebatur (& hoc placuit. DD.) illam fuisse remissam per solutiones sub securitas, & receptas, & num. 19. nec etiam intrat pactum resolutivum, quia illo non solum Nazarius non fuit usus, si post caducitatem recepit pagas, leg. 13. tit. 11. p. 5. Ibi: Pero si aquèl à quien fuere hecha la condicion recibiesse voluntariamente del otro lo que havia prometido de dar, &c. Ybi, Greg. lit. B. conducit Barb. de pens. 1. part. quest. 10. per totam, & num. 10. Lotter. lib. 1. quest. 40. num. 286. Si*

no le pagaron , no habiendo declarado el comisso , caducidad , ò resolucion , que en este punto son terminos sinonomos , en vida de los hermanos , muertos yà no lo pudo ejecutar : *ex leg. fin. §. fin. codic. de revocand. donat. Ibi: hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus, Burat. ubi sup. Peña dict. decis. 827. num. 8. Ibi: placuit etiam DD. illud fundamentum, quia cum vivente Carolo (este era el gravado) caducitas non fuerit declarata, non potuit deinde declarari.* Y segun esto en fuerza del pacto resolutive no hubo que ceder à Don Francisco Ramallo, aunque verdaderamente se hubiesse hecho lugar; y sinò hubo que ceder, por esta razon, aunque como heredera de los hermanos cediessse, havrà de ser *cum sua causa.*

18 Y si aun esto no hiziesse fuerza; habiendo aceptado Doña Antonia Thubio la herencia de sus Padres, y hermanos, antes de proceder à la cesion que hizo à Don Francisco Ramallo, segun consta de la Escritura, Ibi: *Se apartan, y han por apartadas de todo el derecho, y accion, que han, y tienen, y en qualquiera manera puedan haver, y tener à todos, y qualesquier bienes, muebles, y raizes, que bayan fincado de los dichos Don Benito Thubio, Doña Jazinta Varela su muger, Don Joseph, y Don Manuel Thubio sus hijos, y hermanos de la dicha Doña Antonia, sus frutos, y rentas, deudas, derechos, y acciones de ellos, en qualesquiera partes donde se allen, que desde luego, necessario siendo aceptan con beneficio de inventario, y prosigue, lo ceden, renuncian, relajan, y transfieren todo ello, sin reservacion alguna, en favor de dicho Don Francisco Ramallo, y Doña Antonia Thubio su muger.* Tampoco lo pudo declarar siendo su heredera, y admas quedò obligada, y lo està Don Francisco Ramallo por su representacion al pago, porque siendo necessaria la exhibicion de el invetario hasta aora no consta en los Autos alguno, y es clara decision de la ley *fin. §. fin. vero Cod. de iur. delib. berand. Ibi: tunc ex eo ipso, quod inventarium, secundum formam presentis constitutionis, non fecerint, & heredes esse omnino intelligantur, & debitis hereditarijs in solidum teneantur.* Faria *ad Covar. lib. 3. var. cap. 3. num. 68. D. Salg. in Labyr. 2. p. cap. 1. num. 14. esto, ultra vires hereditarias, num. 65.* y es ociosa aqui la disputa, si està *insolidum*, pues es vnica heredera, si lo es, y por su representacion Don Francisco, ò solo Don Francisco, no lo siendo Doña Antonia, *de quo Vrceol. consult. forens. cap. 49. num. 3.* en donde dixo, que de muchos herederos, sin hacer inventario, quedava cada uno, *in solidum*, obligado, cuyo dictamen mudò despues en el apendize al mismo *cap. num. 1.* y si se huviesse, en los terminos en que està los Autos, declarado no deverse entender el pago en las legitimas de dicha Antonia, y mas que pretende, fuera exceder claramente, por lo dicho hasta aqui; y por ser cosa muy distinta la separacion, y la libertad de los bienes, que es lo que pretende Don Francisco Ramallo, y no concede Salgado, cuya doctrina creo tiene mas agudeza, que solidez, *salva pace tanti viri.* Bien que aqui es

impracticable, aun en la separacion, porque no hay contra quien exercer la prelacion, y se sabe que vendidos todos los bienes, quedará descubierta la tercia parte de la deuda.

19 Haviendose despachado la sentencia contra los bienes fincables de Don Joseph, y Don Manuel Thubio: constando que por su muerte fincaron todos los que están embargados, necesariamente el que dice que entre ellos hay bienes agenos, que es toda la pretension de Don Francisco Ramallo, lo debe calificar con tanta claridad, que pueda declararse ser exceso el comprehenderlos, y no le bastará hacerlo dudar, porque el acreedor tiene à su favor la fincabilidad, como de bienes propios, poseidos, no *pro indiviso*, sino *ex vi* de la renuncia acetada, y por sus derechos de herederos, y la sentencia, à que se debe atender para no exceder: y ciertamente debió creer esto mismo Don Francisco Ramallo, quando señaló por memorial para el pago, y para escusarse de la fianza, todos los bienes fincables, así de los Padres, como de los hermanos de Doña Antonia, Don Joseph, y Don Manuel, sin protelta, ni memoria de que tocasse alguna parte de ellos à dicha Doña Antonia; pero aora despreciada yà la pretension de los 9. Cuentos, y tantos mil maravedis, es necesario para detener el pago manejar qualquier arbitrio. Bien q̄ este, de los derechos de la Doña Antonia, parece debe ser inutil, pues está obligado, en la misma Escritura estipulada entre los dos, à responder, y dar satisfacion à qualesquier acreedores: *Ibi: y quedando de su cuenta, y à su cargo el responder, y dar satisfacion à qualesquiera acreedores, que contra ella haviere, y de vno, y otro sacar à paz, y à salvo à este Convento: se constituye à la paga de ellos llanamente, pena de execucion, y costas, à cuya paga, y satisfacion sujeta, è hipoteca todos los bienes, con que al presente se halla, y en adelante adquirirere.*

20 Y supuesta esta obligacion, hecha por Don Francisco Ramallo, al Convento, que havia aceptado antes la herencia de los deudores, puede Don Juan Garzia, sin celsion, ni poder suyo, executar à Ramallo por su credito: *D. Olea tit. 4. quest. 9. à num. 36: aunque no llegue la herencia cedida, text. expressus in leg. Imperator. 77. ¶. enim vero de legat. 2. Ibi: enim vero si pecunia accepta, rogatus sit rem propriam, quamvis maioris pretij, restituere, non est audiendus legato percepto, si velit computare, Surd. de aliment. tit. 9. quest. 25. à n. 8. que prueba no puede escusarse de la paga, aun desistiendo de la donacion, y en estos terminos es admirable la decis. 81. apud Torre, tom. 2. de pact. en donde se decidió contra vn Donatario obligado, y se dice num. 17. in qua licet dicatur, quod regulariter Donatarius non teneatur ultra vires donationis, hoc tamen procedere potest, ubi quis præcisè ad onus non se obligavit: secus autem quando expecialiter, & expresse, nec dum iniunctum onus acceptavit, verum etiam ad eius plenariam observantiam se adstrinxit, tunc enim etiam si illud onus vires do-*

nationis excedat, ac etiam si excessus contingat ex post, (tanta es la fuerza de la obligacion) nihilominus Donatarius illud tenetur implere de proprio, y no tiene esto gran violencia à vista de lo que passa en el poseedor de la hypoteca del censo, que aunque dimitiendola se libra de la paga de los reditos, si se obligò perfonalmente, no puede dimitirla, y estará obligado à pagar de sus bienes, D. Olea tit. 1. q. 1. num. 69. Ψ . ex omnium.

21 Los demàs puntos de el exceso, que se reducen à haverse contentado el Señor Executor con las fianzas que diò, en conformidad de la sentencia, Don Juan Garzia San Roman: Y à no haver mandado despachar varios compulsorios que pidió Don Francisco, tienen à mi ver tan facil salida, y està tan justificada por los Autos esta declaracion, que hè creido ser ocioso malograr el tiempo à los Señores, que juzgaràn la querella de exceso, contentandome con recoger estos fundamentos, entre muchos que tiene el Auto de el Accellor, los quales sujeto de buena gana al mejor juicio: Santiago, y Agosto 1. de 1723.

Doct. D. Benito Frayz.

Sed non substantibus in hac allegatione deductis, et

racion en ella, en otras se creyese contingente, (tanto es la fuerza de la
 obligacion) no obstante Don Juan de Ovando no se dio en el punto de la hipotesis
 esto es violencia a villa de lo que pasa en el collector de la hipotesis
 del caso, que aunque dimiende la se libra de la paga de los cobros, si se
 elige por otro modo, no puede dimiende, y si se elige a pagar de
 su parte, D. Juan de Ovando, con su examen.
 En el punto de el examen,
 que el examen, de el examen,
 con Juan de Ovando con Roman: Y a no haber mandado despachar
 a un campesino que pide Don Francisco, tienen a mi ver un mal
 y de mal a mal justificado por los Autores de la declaracion, que se hizo
 por otro malogrado tiempo a las señoras, por jurar a la punta
 de un dolo, como se dice con recoger elos hechos, entre mu-
 chos que tiene el Auto de el Acetor, los que se lesa de buena fe a
 mi juicio: Santiago, y Agosto 1. de 1711.

Don D. Juan de Ovando

[Faint handwritten text, possibly a signature or note]