preſſa, que por ſer mas que las mias, explicatibas, ſus palabras, encomiendo, para que no quede duda alguna en eſte punto, la atencion à las marginales. (Y)

Y no es menos claro, en quanto à la de Retencion, pues aunque el Poſſeedor, ò Tenedor de la Coſa, ſea condenado, à reſtituìrla, puede, por otro titulo retenerla, ſin que ſe lo impida la authoridad de lo juzgado, como acontece, quando el Poſſeedor es vencido por los Acreedores, que la Vindican, que aunque ſe condene à reſtituìr, la puede, ſin embargo, retener, por las expenſas, y mejoras, que huvieſſe fecho en la Coſa, haſta ſer pagado de ellas, por los Derechos, y fundamentos, que, para apoyo, y prueba de lo referido, cita el Señor Salgado, fundando tambien con varios Doctores, que es tan favorable eſta Excepcion de Retencion, que compete deſpues de la Sentencia, aunque en el juycio principal ſe huvieſſe deducido, ſi ſobre ella no ſe huvieſſe pronunciado. (Z)

Pruebaſſe mas eſte Aſſumpto con la verdadera inteligencia de vna Ley Real de partida, en que ſe eſtablece, que ſi vno tiene alguna Coſa en empeño, y el Deudor le paga, puede, ſin embargo, retenerla, por otra cantidad, que el miſmo Deudor le deba, y aqui el Señor Gregorio Lopez: que procede lo referido, aunque el Acreedor ſea condenado à la reſtitucion de la prenda, por eſtar pagado el importe de ſu empeño; que ſin embargo puede por el otro debito atemperar, y modificar la Execucion de lo determinado, por la Retencion, que por el otro debito, le compete; porque no ſe entiende, que el Juez le quitò eſte derecho en la Sentencia. (*)

De

(Y) Ex leg. quod in diem 6. §. ſi rationem, ff. de compenſationibus. Ib: Si rationem compenſationis Iudex non habuerit, Salva manet petitio: Nec enim rei indicatę Exceptio obici poteſt: Aliud dicam, ſi reprovavit penſationem. quaſi non exiſtente Devito: Tunc enim rei iudicatę mihi nocebit Exceptio.

(Z) Domin. Salg. 4. part. de Reg. protect. cap. 7. à n. 72. Iaſon. in leg. 1. n. 16. C. de Iuris, & facti ignorantia. Bart. in leg. in fundo n. 16. ff. de rei vindicat. & in leg. Paul. ff. de doli Except. Boer. deciſſ. 43. n. 9. Pad. in dicta leg. 1. n. 36. & ſeqq. C. de iur. & fact. ignorantia. Caſtro, Conſ. 166. Viſis actis Col. 3. late Capic. dec. 119. column. 1. Card. Tuſc. pract. concluſionum tom. 3. litera E. concluſ. 381. n. 37. & Mareſcot. variarum reſol. lib. 2 cap. 112. à n. 18. cum ſequentibus.

(*) Ex leg. 22. tit. 13. part. 5. Ibi: Sobre peños debiendo vn Ome à otro maravediz, ſi deſpues con aquel miſmo face otra debda, recibiendo de el maravediz, con Carta ſinpeno, maguer paguela vna debda, ſi el otro non le quiere tornar los peños, faſta, que èl pague la otra debda, que le debia con Carta, bien lo podria retener: Dom. Greg. Lopez in eadem leg. Gloſ. 4. Ibi: Procedit etiam, & ſi Creditor ſit iam condemnatus à Iudice, vt pignus reſtituat, quia debitum fuit ſolutum, quia Iudex in condemnatione hoc beneficium non abſtulit, nec auferre potuiſſet.

De todo lo referido, y fundado, reſulta, que no obſta la Coſa juzgada, que por Parte de los Santos Lugares ſe oppone, à las citadas Excepciones de Compenſacion, y Retencion, que por la de Don Joſeph ſe alegan: Con cuyo ſeguro paſſo à la Contraccion, con la diſtincion de las Concluſiones de cada vna.

II. Concluſion.

Haviendo pedido, y conſignadoſe, para paga de ſu Credito, á los Santos Lugares la citada Eſcriptura contra el Conde de Santa Roſa, y fecho las diligencias que confieſſa, la debe ahora compenſar con lo que ſe le manda ſatisfacer.

MANdòſe en los citados Auttos la exhibicion à D. Joſeh de lo que tenia recibido por razó de la Dote de Doña Yſabel Rodriguez Moreno ſu Muger, para que ſe hizieſſe pago à los Santos Lugares de Jeruſalen de los 33U182. ps. 6. ts. por los quales ſe hallava graduado en ſegundo lugar en la ſobrecitada Sentencia; tiene recibidos otros tantos en la Eſcriptura, que para ſu paga, pidiò, y ſe le conſignò contra el Conde de Santa Roſa; Con que lo que ſe manda pagar, ſe halla compenſado, con lo que tiene, en la citada Eſcriptura, recibido: Y eſta Excepcion, ò bien ſe eſtime por de Compenſacion, ò por Excepcion

de

de paga por medio de ella, no es, en el presente caso, despreciable, sino justamente atendible. (A)

Y aunque alega, y representa, que no cobrò la Cantidad de dicha Escriptura por los motivos que expressa, no solo no le dàn regresso; sino que fundan extinta la obligacion primera de Don Nicolas de Landa: Porque para verificar su paga, y hazerse de ella, pidiò, y se le consignò dicha Escriptura, y recibiò al Deudor en pago de su Credito, de que resultò clara, la Cesion, y Traslacion de el Derecho de ella, porque esta se causa por la Tradicion, y Recepcion de el instrumento, por que en su Apelacion, no solo se contienè las mismas Tablas, por las quales se prueba el Derecho; sino tambien el mismo Derecho, que se contiene en las Tablas, como es expresso en varias Leyes. (B)

Supuesta, y assentada dicha Cesion, y Translacion de el Derecho, que producia dicha Escriptura, à los Santos Lugares, en pago de su Credito, quedò sin duda, extinta la obligacion primera, y la Parte de los Santos Lugares sin regresso alguno contra los Bienes, y Caudal de D. Nicolas Lopez de Landa. Porque demàs, de que quando assi recibe el Acreedor el nombre de vn Deudor, para pagarse de su Credito, es todo el peligro suyo; porque acceptandolo, quiso contentarse con ello, como funda el Señor Salgado, y tienen Paricio, Zocino, Cartario, y explica el Señor Castillo. (C) Acontece lo referido siempre, que se nova el primero contrato, que havia, con el segundo, que se celebra, y admite. (D)

Y aunque no se causa novacion, por solo la Cesion, quando la considera-

semos

(A)
Ex legibus 1. 2. & 3. ff. de compensationibus.
Ex pre citata leg. puod in diem 6. §. si rationem. ff. eodem tit. de compensationibus. Parl. lib. 2. rerum quotidianarum cap. fin. 5. part. §. 11 n. 30.

(B)
Leg. perdiversas & leg. ab Anastasio, C. mandati. ex leg. 1. C. de donationibus, Ibi: Emptionum Mantipior. instrumentis donatis, & traditis, & ipsorum Mancipiorum Donationem, & traditionem factam intelligis: Et ideo potest adversus Donatorem in rem actionem exercere. Ex leg. si Sponsalibus, §. 1. ff. de iure dotium, ex leg. qui Chirographum, ff. de legatis 3. & ex leg. Servum §. eum qui Chirographum, ff. de legatis 1.

(C)
D. Salg. 1. part. Labyr. cap. 10. n. 28. Ibi: Quando in solutum recepit Creditor nomen debitoris, liberatur debitor ipso iure, nec tenetur de periculo, quia ea solutione se Creditor aceptans, contentavit. Et per Paritium. Sosin. & Cartar. sequitur, & explicat D. Ioannes del Cast. controbersiarum, tom. 4. cap. 61. à n. 88. Et meliùs in eodem tom. 4. cap. 59. à n. 30. cum Surdo in Cons. 145. lib. 1. per totum.

(D)
Ex leg. 1. ff. de nobationibus, Ibi: Nobatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel Civilem, vel naturalem transfusio, adque translatio: hoc est, cum ex precedenti Causa ita nova constituatur, vt prior perimatur: Novatio enim à novo, nomen accepit, & à nova obligatione. Leg. novatione, ff. eodem, Ibi: Novatione legitimè facta, liverantur hypothecæ, & pignus, vsuræ non currunt.

semos desnuda en nuestro Caso: Es cierto, que la produce, y funda, quando concurre, y se verifica alguno de los tres siguiẽtes Casos: El primero, quando el Cesionario comiença à cobrar de el Deudor cedido: El segundo, quando este contexta la demanda, que el Cesionario le pone: Y el tercero, quando le denuncia, ò haze saber, que èl es, à quien ha de pagar: Como se halla decidido en vna especialissima Ley de el Codigo, en que fundado, me enseña lo mismo Parladoaio. (E)

Y es digno de notar, para mayor aprecio de su bien fundada doctrina, que por el Derecho de los Digestos, por sola la Cesion, se causaba novacion, *ipso jure*, si no se expressaba lo contrario: Pero haviendose rebocado por la nueva Constitucion Justiniana, y Ley de el Codigo, (F) quedò la dificultad, sobre si yà, que no se causaba la novacion *ipso jure*, por haver quedado rebocados los antiguos Derechos que la establecian, resultaria dicha novacion *ope Exceptionis*? En cuya duda tuvieron Acurcio, Bartolo, y Angelo, que se causaba, quando por la Parte se opponia, cuya opinion escriviò Zocino, que era comun, y Matesilano por recibida en costumbre. (G)

Pero Parladorio, fundado en la clarissima expresion de dicha Constitucion, Justiniana, en la de la Ley de el Codigo, y en la de la de Partida, que con induvitales palabras, solo conceden la novacion quando se expressa; impugna dicha doctrina de Acurcio, y demàs Doctores que la siguen, teniendo por cierto, que ni *ope Exceptionis* se causa novacion, si no se expressa, (H) y con todo me la enseña, y defiende, quando concurre, y se verifica

algu-

(E)
Ex leg. 3. C. de novationibus, Ibi: Si delegatio non est interposita Devitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis Creditori tuo adversus eum solutionis Causa mandaberis actiones, tamen antequam lis contextetur, vel aliquid ex devito accipiat, vel devitori tuo denunciaverit, exigere à devitore tuo devitam quantitatem non vetaris, & eo modo tui Creditoris exactionem contra eum inhibere. Quod si delegatione facta iure novationis tu liveratus es, frustrà vereris ne eo qd quasi Cliente tuo non faciat Exactionem, ad te periculum redundet: Cum per verborũ obligationem voluntate novationis interposita, à devito liberatus sis. Parlad. quotidinarum diferent. Dif. 50. §. 2. à n. 1.

(F)
In §. preterea institut. quibus modis tolitur obligatio, Ibi: Sed quoniam hoc quidem inter Veteres constabat, tunc fieri novationem cum novandi animo in secundam obligationẽ itum fuerat ... Ideo nostra processit constitutio, quæ apertissimè definivit tum solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expresum fuerit, & in leg. 8. C. de novationibus, Ibi: Et generaliter difinimus, volumtate solum esse, non lege novandum: Et si non verbis exprimatur, vt sine novatione causa procedat.

(G)
Acurs. in predicta leg. fin. C. de novationibus. Bart. & Angelus in leg. 2. ff. de novationibus. Et in leg. Valerianus, ff. de Prætorijs Stipuiantibus. Soss. Cons. 21. & Mathes. in Opusc. tit. de electione verioris opinionis.

(H)
Ex pre citato §. institutis, & leg. fin. nec non ex leg. 15. tit. 14. part. 5. Parlad. lib. 2. rerũ quotidian. cap. fin. pars 1. §. 12. limit. 6. à n. 46. ex Vers. porrò hæc Authorum Opinio.

alguno de los tres Casos referidos, que pone la citada Ley de el Codigo. (I)

Y aunque es posterior à ella, la que concordante con la Real de Partida, solo dàn novacion, quando se expressa, haziendose cargo de esta dificultad, la responde, y satisface sobradissimamente, diziendo, que por ellas no quedò abrrogada la anterior, que establece la novacion, por la verificacion, y concurrencia de alguno de los referidos tres Casos, porque conforme à vna glossa, y à las Sentencias de Bartolo, Oroscio, y Jason, la Ley nueva, que habla generalmente, no corrige los casos especiales de la Ley antigua. (J)

A vista de lo qual no podrà, dignamente, negar la Parte de los Santos Lugares, que se causò novacion en su dependencia, pues quando no la conceda, por sola la Cesion, que à su pedimento se le hizo, deberà confessarla, quando por su propria Asserciò, verifica, à lo menos, vno de los dichos tres Casos, que la producen; pues assentando, que ocurriò à la Real Audiencia de Guadalaxara, y que se declarò, no haver lugar la paga, si no se cõtinuava al Conde el Avìo de la Mina: Tacita, y presupositivamente asienta, que puso demanda, que se la contextò el Cõde, y que se la Excepciònò con la necessidad de los Avios de la Mina, sobre que recayò la citada declaracion, que expressa de la Real Audiencia de Guadalaxara.

Pero contra todo lo referido, resultan dos replicas, que pudiera hazer la Parte de los Santos Lugares: La primera, que fuera bien todo lo supra fundado, si huviera pedido, aceptado, y recibido dicha Escriptura contra el Conde de Santa Rosa, sin protexta, de que no se causasse novacion: Pero que haviendola fecho, ni quedò extinta la primera obligacion, ni pudiera, justamente, negarsele el regresso à ella, pues lo ay quando se protexta. (K)

La segunda, que assimismo todo lo referido se tuvo presente à la Vista de los Auttos, quando se proveyeron los sobrecitados, y quando se diò, y pronunciò la Sentencia de Graduacion; por lo qual quedò todo tacitamente repelido, pues sin embargo de ello se le diò lugar en la Sentencia, y se le mandò pagar en los citados Auttos, que es lo que funda la tacita reyeccion, como se deduce por argumento de dos Capitulos de Derecho Canonico, que cita Carlebal. (L)

Pero ni vna, ni otra replica sufragan la pretension contraria, ni enerban, ni devilitan lo vigoroso de los fundamentos sobredichos; porque en quanto à la primera, no consta de la protexta; pues aunque en su Escripto de fox. 773. de el Quaderno corriente, asienta, q̃ pidiò la Escriptura, debajo de las protextas necessarias; ni cõsta quales fuessen, ni vasta, q̃ la Parte las afirme, porque nunca haze fee lo que asevèra, si cõ otra prueba no lo justifica. (M)

En quanto à la segunda, no nos deja que dudar la satisfacion, que haziendose cargo de dicha dificultad, nos dà, muy bien fundada, el doctissimo Carlebal, diziendo, que las Exceptiones Perẽptorias incompatibles con la Justicia de lo que se determina, procediendose *ad vlteriora*, es visto tacitamente repelerse en lo que se juzga: Pero que no es assi en las modificativas, compatibles con la Justicia de la Sentencia, que se pronuncia: Las quales no se entienden tacitamente reprobadas, sino para el tiempo de la Execucion

(I) Idem Parlad. quotidianarum diferent. dif. 50. §. 2. à n. 1. ex pre citata leg. 3 C. de novationibus.

(J) Idem Parlad. Vbi supra à n. 7. Ibi: Nec est dicendum illam leg. 3. quod attinet ad illos tres Casus, abrogatam esse per illam leg. fin. C. de novationibus nec per illam leg. 7. partiti iuris: Siquidem lex nova generaliter loquens non corrigit casus speciales legis antiquæ: Gloss. in leg. 3. C. de silenciarijs lib. 10. Bart. in leg. sed, & posteriores, ff. de legibus, & ibidem Orotius Magister noster non pæmitendus: Iasõ quoque in leg. Sciendum in principio n. 4. ff. qui satis dare cogantur.

(K) Bolañ. lib. 2. del Comer. Terrestre cap. 5. ñ. 19. Ibi: De vna cautela se puede vsar, para q̃ no se derogue, ni innobe el primero contrato por el segundo, que sobre el se hiziere, y es, que en el segundo se diga, que quede el primero en su validacion, fuerza, y vigor, en la prerrogativa de antiguedad de el dia, prenda, hypoteca, y fiança, sin ser visto innovarle en esto, con lo qual, aunque en lo demàs sea innovado, no es visto serlo en lo que assi se exceptùa, y Salva, antes queda Salvo, como se prueba en vn texto singular, ley 3. ff. qui potiores in pignore habeantur.

(L) Text. in cap. ex part. 67. de appellationibus, & textus in cap. Suborta 21. in fin. de Sentẽt. & re iudicata. Bald. n. 12. Zabarela n. 1. Panorm. n. 2. Ancharr. n. 6. Immola n. 4. Decius ex n. 8. ad 11. Hypol. de Marsf. in leg. si quis ne quæstio, ff. de quæst. & alij DD. quos citat Carleb. de Iudic. tit. 6. disp. 5. n. 10. & tit. 3. disput. 17. n. 8.

(M) Text. in leg. omnibus 10. C. de testibus, Ibi: Omnibus in re propria dicendi testimoni facultatem iura submoverunt, & text. in leg. rationes defunctí 6. & text in leg. Exemplo 7. C. de probationibus.