

puede ser mas del caso: pues el official solo tiene derecho de percibir los frutos por el valor del officio; es vn mero usufructuario, durante su vida; á quien le dio el valor del officio, porque no le avia de ceder el usufructo, y conceder los emolumentos, que producian el mismo valor: luego pudo, y debio el Mariscal traspasar el usufructo; ó á lo menos la comodidad del, por averlele dado todo el valor, media anata, y gastos, como de la tercera escritura consta: y pudo, y debio transferirse en la compradora todo el derecho, que tenia el Mariscal á los frutos. Y assi prosigue el señor Castillo: *id autem non impedit, quin ius usus fructus, aut usum fructum ipsum alienari dicamus, cum eadem facultas, idemque ius in emptorem transeat, quod potius fructuarium erat.* El mismo derecho, y facultad de percibir los frutos se transfundió á mi parte, por averle dado todo el valor al dicho Mariscal.

Digo como usufructuario: porque ninguno de estos officiales tiene dominio en el officio. Y aunque le parecia á el Mariscal en la tercera escritura, que trataba de alguna emphiteusis, y concedió el dominio vtil por el valor, y por los frutos, que esto solo le bastaba á mis partes, se reservó dicho Mariscal el directo dominio. Cautela tan sin fundamento, como que ninguno tiene dominio, ni propiedad en los officios, sino su Magestad, como lo prueba el señor Solorzano in politica lib. 3. cap. 13. el señor Don Juan de la Roca en sus alegaciones fiscales 98. y 119: pues la concession de officios es de su Regalia, y concediendolos, no abdica de si la propiedad, ni el dominio, como dize Francisco Prato en sus disertaciones forenses tom. 2. cap. 18. num. 12. *ex ipsis regalibus aliqua conceduntur pleno iure, aliqua strictius; alia vero strictissime sicuti officia, quorum proprietas remanet apud Principem, sola remanente administratione apud cessionarios: unde potius, officia dici commendata, quam concessa.* La propiedad es del Principe; el uso y administracion del official: aquel siempre queda reservado al Principe, que solo concede en encomienda, administracion el officio, durante la vida de el official. Es tan cierto este derecho, que le comprueban las causulas de los mismos titulos, en que por aver dado la cantidad, que deve aver, solo los admite su Magestad al uso y exercicio del officio por si, ó su Teniente (en los que concede esta facultad, como este la tiene) tambien les concede que puedan percibir los emolumentos de el officio, durante su vida. Esto no es otra cosa que constituir los usufructuarios: luego lo son, sin que tengan dominio, ni propiedad, como está probado: como tambien que, durante su vida los frutos, y emolument-

7
lumentos los puede ceder, donar, vender, y enagenar, transfiriendo la facultad de percibirlos: luego pertenecen á mi parte los frutos por el valor como cessionaria de ellos, durante la vida del Mariscal, cuyo derecho por si solo era bastante para justificar la percepcion de frutos, y emolumentos del officio.

Quarto, ó como dacion in solutum por la deuda, que valia mas, que la prenda, y que no obstan las hypotecas, que se supusieron.

TO CARON la question individual Leotardo de vsuris en la question 12. y Don Geronymo Molina, y Gusman veritates iuris cap. 19. y otros muchos que citan, y todos ponen esta por excepcion del cap. 1. de vsuris, y de la ley 1. y 2. de pignoratitia act. y del cap. illo vos de pign. y demas textos, que se citan para probar, que los frutos que se perciben de la prenda minoran la deuda: lo qual sefa, quando el valor de esta iguala, ó excede al de la prenda, que se presume dexada pro de relicto, y dada in solutum. Y assi dize Leotardo: *quoties scilicet pignus pro ea quantitate datum est, quae aequat, vel excedit valorem rei; hoc enim casu non animo relucendi pignus constitutum esse; sed potius alienatum praesumitur, & proinde eodem iure censetur, quo res alia quae sunt in dominio, & patrimonio creditoris, ut indicat l. legata in fin. ff. de suppellectili legata, & l. qui habebat 101. ff. de legatis 3.* Prosigue Leotardo citando á Bartulo, Baldo, Tiraquelo, y otros muchos, y dizen: que en esta especie los frutos no disminuyen la suerte principal, como lo prueba Negufancio de pignoribus, p. 3. membro 1. num. 30. Graciano en la disceptacion forense 422. n. 14. y 15. Gaito de credito cap. 4. n. 1097: y como la question (dize Leotardo) es de conjeturas, y presumpciones no admitiera la resolucion dicha, si por las palabras, y otros probables argumentos no se coligiessse ser venta, ó dacion in solutum, como prueba Mantica de tacitis, & ambiguis conventionibus lib. 11. tit. 8. n. 88. y que lo determinó la Rota en la decission 47. post consilia Farinacij tom. 1. porque atendidas las clausulas y pactos de el contrato excedian y destruian la naturaleza de prenda, y assi los frutos no podian imputarse en la suerte principal. Siendo la razon: por que estos ya no se perciben de prenda, sino de cosa propria, y assi dize Gusman en el n. 13: *Totus huius difficultatis cardo vertitur in penetranda contrahentium voluntate, ut probatur ex verbis legum, & fi-*

ne Doctorum in l. qui habebat ff. de legatis 3. ibi: Si modo in proprium patrimonium non sit redacta, & glossa. ibi: quasi scilicet consensu debitoris presumpto, & in d. l. legata in fine ff. de suppellectili legata: utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit. Desuerte, que si en nuestro caso hallamos clara voluntad de los contrayentes de dacion in solutum, ni la contraria podrá aplicar las doctrinas, ni negar los hechos antecedentes de su misma parte: El primero de compañía en parte del officio: El segundo, y tercero de confessar dueño de todo el valor a mi parte por averlo recebido de ella la contraria, y fer su justo valor dando la causal: por estar avaluado en los diez y ocho mil pesos, y no valer mas. Que quando esto cessara, basta que confessasse le pertenecian los frutos por el valor: circunstancia es esta, que movió principalmente a la determinacion de la Rota, ibi: & concessit dictam domum utendam, & fruendam, unde significatur translatio dominij & inducitur datio in solutum, y en el n. 7: patet enim factum fuisse in executionem precedentis contractus ad quem relatio habeatur cum consignatione eiusdem partis, domusque consignatio apta est ad dominij translationem, ut per Socinum consilio 9. n. 30. lib. 5. Armino consilio 59. Ostenditque actum esse de dominio transferendo; non de pignore concedendo. Lo mismo reconoce Leotardo n. 7. Unde rectissime Rota in d. decis. 47. dationem in solutum arguit ex eo, quod res creditori liceret: hoc enim excedit notissimos fines pignoris, cuius natura est, ut neque eius usum, neque fructus creditor habeat. Desuerte, que por el mismo caso de igualarse el precio, y concederse los frutos, es dacion in solutum, sin que pueda ser menos, pues excede todos los terminos de prenda: luego quando no huviera, como ay claro consentimiento, que bastaba ab initio, ay evidentes circunstancias juridicas para que fuesse dacion in solutum. y consiguientemente perteneciesen a mi parte los frutos. Y fessan quantas doctrinas se pueden traer: porque no hablan en estos terminos; antes si vemos, que el contrato que antes fue de compañía ex voluntate contrahentium, pudo mudarse in aliam speciem, como dize Mantica de tacitis in ambig. lib. 8. tit. 20. n. 39. con la ley certi conditio §. ultimo cum l. sequenti ff. de rebus creditis, & si certum petatur: y despues de recebido todo el precio en virtud del precedente pacto fue dacion in solutum, y fessó el peligro que ponen todos los Autores: de que no fuesse el precio corto, ni menos de lo que valia, quando consta por las mismas escrituras, que era la cantidad de su avaluacion, y que no valia mas: y assi confiesa el Mariscal por dueño de todo el valor del officio a la dicha Doña Ysabel, y le hizo cession de sus frutos,

8
tos, y emolumentos como dueño de su valor, otorgando poder irrevocable para su cobrança, y renunciaciones, sin que en ningun tiempo pudiesse alegar restitucion por via de reditos; porque a la verdad no lo eran, como es cierto, pues los frutos siguen el dominio conforme a dicha ley, qui scit ff. de usuris, y no se percibieron de prenda; sino como de cosa propria, que es en lo que se fundan la Rota, y demas Autores, y que el mismo darle el usu fructo, manifestaba la dacion in solutum, y mas quando la deuda era mayor, que la prenda, y se juntaron todos los terminos habiles, que justificaron la dacion in solutum: fuera del pacto de confiança, y declaracion posterior; mayormente quando los officios fructifican por el valor, y era de quien le puso desde el principio, como está constante por las mismas escrituras.

Se pulsó de contrario, que para que se entienda dacion in solutum es necesario que intervengan quatro circunstancias, que traen Gusman, y otros que cita, que son: pobreza del deudor, ninguna esperanza de sacar la prenda, empeño por tanto como vale; e interpelacion, que haga el acreedor al deudor, para que la saque, conforme a la ley creditor hypotecas Cod. de dilact. pignorum, y esta habla en otro caso, el rubro lo dize: pues trata de la venta de las prendas, que es el remedio ordinario que dà el derecho, quando el deudor no las quiere sacar, y en esse caso es necesaria la interpelacion, que haga el acreedor al deudor, para que la saque, y no venderlas sin su consentimiento, y citacion, que sea esta la mente de la ley consta por la nota de Gotofredo a ella: y por la ley 6. y 8. Cod. de remiss. pign. y otros muchos textos: y no habla en terminos de la dacion in solutum, quando importa mas la deuda, que la prenda, y mucho menos en nuestro caso; pues aun precindiendo de el primer trato, de que corriesse solo en su cabeza, y se le avia de dar todo el valor, y que quando se le dio reconoció por dueñodel; y de sus emolumentos a la dicha Doña Ysabel, y le concedio y confessó ser usufructuaria del officio; estas circunstancias juridicas patentemente muestran la dacion in solutum, y que le pertenecian los frutos, como dueño del valor: y siendo constante, que certus certiorari non debet, si lo sabia, y consentia, para que se avia de interpelar? si como quien tenia el officio en confiança, y en su nombre daba poder irrevocable para la cobrança de los frutos, y para las renunciaciones, para que se avia de interpelar? quando estas circunstancias eran manifestas confessions de ser dueño del valor mi parte: y que como a, quien tocaban los riesgos de no hazerse las

8
Las renunciaciones, cuidasse de ellas con poder irrevocable, que es
simil à la circunstancia, que refiere la Rota en dicha decission al n.
8. de la promessa, que hizo la acreedora de no echar al inquilino de
la casa, q̄ con prueba: non fuisse actum de pignore: cum enim creditor
stare teneatur inquilino ad tradita in l. emptorem Cod. locati. Y assi di-
ze que fuera inutil circunstancia, sino denotata el dominio lo mis-
mo, y con mayor razon corre en nuestro caso, que si mi parte no fue-
ra dueño del valor, no cuidara de que se le diese poder irrevocable
para las renunciaciones; pero como era quien lo avia de perder por
falta de ellas, pidió para su resguardo, y le dio dicho Mariscal po-
der irrevocable.

Instarà la contraria, que fue prestamo, y que tenia señas de tal
por las hypothecas del officio, y otros bienes, circunstancias que de-
notan avia sido mutuo, y prenda y no dacion in solutum, y consi-
guientemente, que los frutos deberàn imputarse en la fuerte prin-
cipal, y semejantes clausulas de hypothecas no obsta, como prueba la
Rota, y conceden los Autores citados en la dicha decission 47. n.
6: *Minus obstat, quod expressum fuit, domum obligari pro speciali hypo-*
theca, & obligatione, quia denominationis ratio habenda non est, ubi res ip-
sa, & effectus attenditur, l. ubi ita donatur, ff. de donat. causa mortis; nec
displicuit responsio quod utiliter etiam in traslatiue domini constituitur
hypotheca, quando subesse potest timor alicuius evictionis ex allegatis per
Menochium consilio 201. n. 3. lib. 3. Sepola cautela 122. Desuerte
que aun en terminos de las mismas clausulas de hypothecas, y obli-
gaciones de bienes que contenian diferentes instrumetos en el ca-
to de la dicha decission, que sonaban de mutuo, no se atendieron
por la concession de frutos, è igualdad de valor entre la deuda, y la
prenda, teniendo se la casa por vendida, y no por empeñada: antes
que utilmente se pudieron añadir las hypothecas, y que no obs-
taban, quando repugnaban à la mente principal de los contrayen-
tes, y à las circunstancias del contrato, las quales deben atenderse
quando repugnan las palabras, y el nombre como lo comprueban
las adiciones de la misma decission: *attamen si eorumdem contraben-*
tium mens, & effectus ipsius contractus repugnat verbis, & nomini ei appo-
sito, quod tunc iudicetur non secundum nomen, & verba; sed secundum ef-
fectum, & contrabentium mentem para que cita muchos Autores la de-
cission, y prosigue: *& propterea contractum emphyteuticum non ex verbis;*
sed mente, & effectum, si verbis contrarius est, iudicari, an talis sit, vel alius:
Luego se debe estar à la mente, y circunstancias, y no à las palabras
y clausulas que repngnan à la substancia del contrato.

Y quan-

9
Y quando dichas escrituras no fueran supuestas, y por desve-
lar rezelos mal fundados en la manifestacion clara de el dueño de el
valor: pues no repugna, que lo sea muger, Eclesiastico, ni pariente
como en su lugar se probarà: las dichas hypothecas nunca servian,
y estaba mi parte en el conocimiento, de que no eran resguardo, ni
podian tener efecto alguno: porque enterado el tercio por el Ma-
riscal ya no quedaba en el valor del officio, mas que de dos tercias
partes, estas aun quando no estuvieran sugetas à tantos riesgos de
vn commissio, y perderse en el todo, no eran del Mariscal, pues le
avia dado à poco mas de vn año todo el valor, media anata, y gastos
de entrada, y no avia en el officio valor que le hypothecara à Doña
Ysabel, pues todo era suyo. De menos resguardo era la hypotheca
de bienes del Mariscal, pues si los tuviera no necesitara de pedir à
la susodicha diez mil pesos para entrar, y las demás cantidades.---
Lo segundo, porque no tenia bienes libres; sino los vnos vincula-
dos, y los otros dotales, y que constaba à mi parte sus deudas, y con-
curso de acreedores, y que por escusar los embargos avia vendido
la mina de Rayas, que era de la dote de su muger, con que eran de
ningun fundamento las hypothecas, y mas quando la primera can-
tidad que se dio fueron diez mil pesos, y sobre esta no se avia de
dar todo el valor y gastos, sino fuera mediante el pacto secreto, y
la confiança, fiando mas la dicha Doña Ysabel de esta, que de las
escrituras sobre finca, que no valia mas que doze, y con lo incierto
de su vida, sugeto à perderse todo, y en quanto à lo que se propo-
ne de pacto de la ley commissoria, y de el de retrovendendo, y
de contrato de gozar, y gozar se responderà quando se de satisfaciõ
à las objeccion; pues hasta aqui solo se han propuesto, los funda-
mentos, que justifican los frutos, aun en terminos de las escrituras
anteriores à la declaracion de confiança hecha por el dicho Ma-
riscal por escritura publica ante Escrivano, y testigos.

Quinto: que aunque cessassen dichos fundamentos,
se debe estar à la escritura de declaracion de la con-
fiança, que fue licita, y no se puede à ella cõtravenir.

N I H I L tan congruum fidei humane, quam ea, que inter eos
placuerunt servare, dixo la ley 1. de pactis, y Cicero in ora-
tione pro sexto Rocio: qui fiducia accepit, debet fidem prestare.
Es de derecho natural y justo cumplir la fee dada, y es de obligaciõ
de