

y la otra la ley 4. del tit. 6. lib. 8. recop. Y reconocido el contexto de la ley de Partida trata, de quando la prenda se simula venta, porque pueda ganar los frutos, quien presta sobre la prenda, y que no le sean demandados por usura, y assi dize que no debe valer, siendo probado, que fuesse prestamo. Esta ley se copio de la ley Emptione *C. plus valere, quod agitur, quam quod simulatè concipitur*: y es inaplicable à nuestro caso, donde sucedio tan al contrario, que antes la venta se simuló prestamo; y no el prestamo venta, como en el caso de dicha ley: El cõtexto de ella dize: *E face n uestra de fuera, que aquel que ge la dá à pe os, que ge lo vende, haciendo ende carta de vendida, porque pueda ganar los frutos, è que no le sean demandados por usura, è por ende decimos, que tal engaño como este no debe valer, seyendo probado tal pleyto, que verdaderamente fuesse prestamo.* Desuerte, q̄ ni vna, ni otra circunstancia de las en que se funda la ley concurren en nuestro caso: la primera no, porque no se simuló venta, lo que era prestamo; sino al contrario prestamo, lo que era dacion in solutum ò mas propriamente compra hecha en cabeza agena, mediante la confiança, que aun no puede llamarse venta enteramente: pues el Mariscal no era dueño del tercio, sino su Magestad, ni tampoco lo era de la media anata, y gastos de entrada en el officio y despachos de Titulo, para lo qual pidio, y le dio mi parte diez mil petos con pacto de compañia, que tal influye el prorrateo, y division de fruto al respecto de las cantidades, que cada vno tenia, y ponía en el valor del officio para dividirlos, y prorratearlos, sacados costos del salario del Teniente: y para que fuesse compañia à este pacto debe atenderse, y no al nombre de prestamo, como quedaprobado en el primer discurso. Vea la contraria quan lexos está de aplicar la dicha ley de partida. Lo primero, porque no se simuló venta lo que era prestamo; sino vna compra comun en compañia para prorratear los emolumentos conforme à los capitales: pues sin el dinero de Doña Ysabel no entrara el Mariscal en el officio, ni à ganar los emolumentos: luego fue compra comun: luego fue compañia *non verbis, sed re ipsa* con pacto expresse de ganar los emolumentos prorrateados segun los capitales en el valor. Y esto es en terminos de la primera escritura. Y por la segunda, y tercera consta, q̄ el Mariscal cedio, y traspasó la parte de frutos, que le quedaba, luego que recibio todo el valor, que fue al año, declarando que dicho officio no valia mas que los diez y ocho mil pesos en que estaba abaluado, y que la dicha Doña Ysabel le tenia entregados diez y nueve mil, y assi la confessaba dueño del valor, y emolumentos.

16
cediendole, y traspasandole el dominio en el valor, que esto no es otra cosa, que el dominio vtil, y dacion in solutum. Sin que obste tampoco lo que o pone la contraria que en la tercera escritura se previno diziendo, que no se entendiessse venta, sino que se reservó el Mariscal el dominio directo de dicho officio, que fuera de no tenerle por ser regalia de su Magestad. En la segunda escritura dize, que la constiruye, y da el dominio hasta la concurrente cantidad, y confessando a mi parte por dueño del valor en la tercera escritura, mezcló el Mariscal dicha clausula, y por esto se traslucia ya la confiança, y que no era segunda, ni nueva venta, sino vna en cabeza del Mariscal dueño del nombre, y no del directo dominio, y Doña Ysabel dueño de lo q̄ podia serlo, que era del valor, y emolumentos como producidos por el. Vea la contraria, si ay mas fuertes presunciones, para entender, que se suponía prestamo, lo que era compra en cabeza agena, recibiendo todo lo que podia aver quedado en el officio; que son las dos tercias partes, y si son evidentes señas de la palabra que avia precedido de confiança, y que no se hazia caso de las escrituras, pues para prestamo no se avia de dar todo el valor, y gastos, y mas de officio, en que desde luego entra perdido el tercio, media anata, y gastos: y la ley se debe entender quando ay engaño en la venta, y en el precio, y no como quiera, sino en mucho menos de la mitad de lo que vale, como despues se comprobara contextos doctrinas, y comun sentencia tenida por mas verdadera, y probable, no solo en terminos del derecho civil, sino del derecho Cononico, y Real que no ay ningun rezelo de usuras.

La otra ley, de que se vale la contraria es la ley 4. del tit. 6. lib. 8. de la recopilacion de Castilla, y esta habla en el mismo caso que la de partida de simularse venta el prestamo con engaño, con pacto de retro vendendo, y plazo, para paliar las usuras, y tambien requiere prueba de que sea prestamo, y no venta: Y demás de esto, que se pruebe, que el mutuante esté acostumbrado à dar à otros à usuras, y que esto basta que se pruebe con testigos singulares, que digan averle dado à ellos dinero à usuras, y se podrán admitir estos testigos singulares, como no tengan, ni pretendan proprio interes. Y no solo los textos, sino los Autores requieren la circunstancia, de que esté acostumbrado à dar à usuras: y tan lexos está de ella la dicha Doña Ysabel, y el dicho su marido, que aviendo tenido tan grande caudal, y aviendo prestado diferentes cantidades, jamas han llevado intereses de ellas, ni dado dinero à daño, ni tal se probará;

bará; antes si es publico y notorio sus buenos procedimientos en este particular. Como podrá la contraria aplicar esta ley á donde no se simuló venta? antes prestamo, donde no hubo engaño? porque si lo hubiera no lo aprobara despues de tantos años el Mariscal, ni hubiera hecho la declaracion de confiãça, ni avia de querer perder los emolumentos, sino supiera, que era faltar á su palabra dada á Doña Ysabel desde el principio, de que declararia á favor, de quien ella quisiese: pues todo el valor del officio, gastos, y los emolumientos, que avia de producir, y produjo eran de Doña Ysabel, como quien avia dado el dinero para todo. Tampoco podia ser engañado el Mariscal en esto siendo tan capaz, y entendido como es notorio; y mas expuesta estaba a engañarse vna muger, contra quien no se puede presumir en esta materia con facilidad, como lo notó Azebedo á dicha ley 4. n. 30. Ni como podrá la contraria probar, que fue prestamo? pues las escrituras se simulaban de prestamo, lo que era compra en cabeza agena, y lo que era dacion in solutum de sus dos tercias partes: con que falta el requisito principal de dichas leyes, y mi parte tiene probado con consecuencia ser dueño del valor no solo expresado por la segunda y tercera escritura, y desde ahora doze años, sino por la declaracion de la confiãça, y propria confession del Mariscal, contra que no se puede admitir prueba, como dize la dicha ley generaliter C. de nonnumerata pecunia. Y fuera de constar por las escrituras, no se niega aver recebido todo el valor, y quantos gastos ha querido dezir, que importaron los dichos veinte y dos mil y cien pesos. Y si fuera prestamo con intereses hubiera buscado el dinero por otras partes, y no hubiera concedido todos los emolumentos: luego, porque tocaban, y debian tocar al verdadero dueño de el valor en fuerça del primer pacto de confiãça.

Dize la contraria, que hubo pacto de la ley commissoria, y de retrovendendo, y este de ningun modo se prueba por las escrituras; pero aunque hubiera vno y otro, se probara, que no son pactos por si ilicitos, sino concurren injusticia en el precio, y otras circunstancias, que los textos y Autores ponen, para que sean ilicitos. Y la primera, ni tercera escritura no tienen plazo, y aunque se puso el de seis meses en la segunda, y que passados fuera dueño del valor, y todos los emolumentos, de que se puede deducir pacto de la ley commissoria, y de la buelta del dinero inferir pacto de retrovendendo, será presumptiuo; pero no le ay, ni se expresa en las escrituras. Y assi poniendome en el mayor aprieto de que, caso negado, que huviere-

17
huviere vno y otro pacto expreso, si pueden tenerse por ilicitos, ó usurarios en este caso, ó es excepcion, y limitacion de qualquiera prohibicion. Lo primero no obstante el pacto de la ley commissoria, no es ilicito, ni prohibido, quando no ay engaño, ni perjuizio en el precio, ni se le quita al pobre su prenda por corta cantidad mutuada, sino que se le dá todo el precio justo, en que se tassare la prenda. Pruebasse esta excepcion con la ley si fundus 16. §. potest 9. ff. de pignorb. & hypothecis: *potest ita fieri pignoris datio, hypotheca ve, vt si intra certū tēpus nō sit soluta pecunia iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandav: hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio.* Compruebanlo dos leyes de partida, que es la 41. del titulo 5. partida 5. y la ley doze, titulo 13 de la misma partida. Y aquella hablando de la prenda dize: *Que si la non quitasse á dia cierto, que fuesse suya, comprada de aquel, que la recibió á peños, dando, ó pagando sobre aquello, que avia dado, quando la tomó á peños, tanto quanto podria valer la cosa segun alvedrio de homes buenos, tal qleyto, como este debe valer:* y lo mismo repite la dicha ley 12. Son de notar las palabras *pagando sobre aquello, que avia dado.* No son clara prueba de quando el precio es exiguo, y se quita la prenda á menos precio, entonces es prohibido, es ilicito? pero quando por todo su precio no lo es, sino muy licito, y admitido, como prueba el señor Don Manuel Gonzales Telles en el cap. significante de pignor. en el n. 11. que está repetido en la respuesta al segundo argumento, y dize estas palabras: *Et predicta difficultati dicendum est, quod quoties non de signato iusto pretio postea aestimando, pactum apponitur, captiosum esse, vt usurariū intelligi, cum e venire possit, vt rem eximij pretij pro exiguo debito lucretur, vt docet Bachobius lib. 1. de pignor. cap. 15. n. 7. quod & ante Constantinum statutum fuisse constat ex d. l. si fundus 16. §. fin. & docent Accursius ibi: Donelus in l. fin. C. de pactis pignorum n. 4. Ioannes Mister de lege commissoria quest. 6. Neguzancius de pignor. 4. part. in princ. n. 2: sed cum pretio iusto postea designando pactum adijcitur iuste interponitur: nam licet lex commissoria esset improbata iure digestorum eo casu, quo pro debito pignus creditori comititur; tamen propter iusti pretij interventionem conualescit, vt docuit Accursius, ibi: cui consentiunt Cobarrub. variar. lib. 3. cap. 2. n. 7. Morla in emporio iuris p. 1. tit. 9. quest. 9. á n. 16. Gutierrez de iuramento confirmatorio 2. p. cap. 33. n. 4. Mantica lib. 11. tit. 10. an. 1. en que dize: que el pacto de la ley commissoria en las prendas está recebido en los casos, en que cessa la razon de la prohibicion, y en el n. 3; que la dacion in solutum se puede hazer debajo de condicion: quæ sententia (prosigue el señor Gon-*

zales probatur iure nostro regio, citando las dos leyes: nec eo casu dari proprium pactum legis commissoriae probarunt Bald. in l. 1. n. 2. C. de distract. pignor. Gifanius in l. unica C. eodem. Lo mismo prueba Honorato, Leotardo de usuris en la quæst. 70. n. 49: Sexta exceptio est, nisi actū sit, ut pignora empta sint iusto pretio tunc estimanda: hoc enim casu pignora non committuntur, sed venduntur, & quidem iusto pretio; & hoc conventionis genus validum esse constat ex celebri illo, & singulari Marciani responso in d. l. si fundus 16. §. ultimo, ff. de pignor: en aviendo justo precio, lo es tambien el pacto, y prosigue Leotardo: que es comun sentencia: & hæc consentiens est omnium ferè interpretum iuris civilis sententia, à quibus non dissentit Faber. ita enim docuit decade 21. cap. 2. n. 13. & de ffine 1. n. 4: C. de pactis pignorum, y prosigue citando diferentes Autores, y que en este caso cessa la razon de la prohibiciõ para que cita à Guido Papa de usuris cap. 25: y q̄ es licito en cõciencia: & hoc pactum honestum esse, etiam in foro conscientie, cita à Cujacio, Vgolino de usuris cap. 9. §. 1. n. 3. Iuan Baptista Lupo de usuris in prefatione commentarij 2. n. 21. Donelo ad d. l. ultimam, Cyriaco controversia 393. n. 7. y 8. Gaito de credito, cap. 4. n. 1123. vbi ait: concurrente aequalitate dati, & accepti, contractum hunc ex omni sui parte licitum esse. Idem scribunt ex Theologis Molina disput. 324. tract. 2. n. 3. Reginaldo de ratione iudicandi lib. 35. n. 598. Salas de usuris dubio 32. n. 1. refiere otros muchos Autores Juristas y Theologos, que todos concurren en ser licito, y no aver usura. Y lo dicta la razon natural que expresan, pues en aviendo igualdad del precio à la cosa no ay engaño, ni fraude para que se pueda tener por illicito, y usurario: luego sale de todo por legitima cõsequencia, q̄ si en nuestro caso ay tan justo precio, como el abaluado con mas los gastos de media anata, despachos de titulo, y confirmacion: y esto todo se confiesa, y no puede negarse recibido, esta evidencia dá la justificacion, y excluido lo illicito, que consistiera en el menos precio, si lo huviera.

Menos ay pacto de retrovendendo; pero quando lo huviera, tampoco obstaba, porque el pacto de retrovendendo, como dize Azebedo à dicha ley 4. n. 11. es por si mui licito, no solo por derecho Real, sino por derecho Põtificio: Et itè in anime iudicio secundū Corradū de cõtract. quæst. 83. & probatur Levitici cap. 25. cūcta regio, inquit Dominus, possessionis vestra sub redemptionis condicione vendetur, & sic communis est opinio, tam Canonistarum, quam Legistarum, atque etiam Theologorum, tale pactum de per se non esse illicitum; cita disentes Autores, q̄ comprueban, que solo el pacto de retrovendendo quomodocumq̄ con-

ceptum

ceptum non inducere sufficientem presumptionem usurarum, sino que han de concurrir otras circunstancias, y las mas principales son la injusticia, y agravio en la minoracion del precio, y quando pone este pacto, el que está acostumbrado à dar à usuras. Lo mismo prueba el Cardenal Mantica de tacitis, & ambiguis lib. 8. cap. 20. y muchísimos Autores que cita el señor Castillo Soto mayor lib. 2. controversiarum iuris cap. 25. que todos concuerdan, en que solo es sospechoso el pacto de retrovendendo, quando interviene modicitas pretij: y quantas opiniones ha ayido varian en otras circunstancias; pero no en esta, como fundamental del capitulo ad nostram de empt. & vend: y assi dizen, que en no interviniendo muy corto precio, tal como la mitad del justo, de lo que vale la cosa empeñada con nombre de venta no ay usura, ni rezelo de ella: porque las viñas y casas vendidas en la especie de dicho cap. ad nostram, dize en el expresamente la Sanctidad de Inocencio tercero: vix dimidiam iusti pretij contingebant, que es clara prueba de que el pacto de retrovendendo no influa la injusticia del contrato; sino la lesion enorme, y no como quiera, sino la mitad del justo precio. Y assi dize el señor Castillo en el numero 42. que si era modica la lesion no era bastante, y muchos Doctores, de los que cita lo han sentido assi: cum liceat contrahentibus invicem se decipere, en poco mas, ó menos del precio justo. Y ha ayido otros, que requieren lesion enormissima, que es mucho mas, q̄ la que excede de la mitad de el justo precio. No solo es comun sentècia la referida de los Autores antiguos, sino modernos, que refiere el señor Don Manuel Gonzales Telles in d. cap. ad nostram de emptione, & vendit. Uea la contraria si podrá aplicar textos y doctinas à nuestro caso, en que no solo ha tenido lesion ultra dimidiam; sino que se le dio todo el valor y gastos desde el principio, en que no cabe alegar engaño, ni pedir que le buelva el officio, y que su valor se compense con los frutos, desatendiendo à la disposicion de la ley 2. C. de pactis inter emptorem, & venditorem compositis, en que hubo pacto de retrovendendo, que otros Autores llaman de revendendo, para que cada, y quando que se bolviesse el precio, ó dentro del plaço señalado, se avia de bolver la cosa vendida, y sin embargo no dize, que deve restituir los frutos; antes todos los Autores reconocen, que en el medio tiempo son suyos, y q̄ solo oblato pretio, & postmoram despues de cumplido el plaço, y no dar cumplimiento al pacto, se deberàn restituir los frutos con la cosa; pero no antes del plaço, ni ante oblationem pretij, como dize Donelo en dicha ley 2. y es comun sententia de los Autores ci-

tados