

consta por repetidas escrituras, en que tiene confessado el Mariscal aver sido con dinero de mi parte, y entregadosele todo el valor, y gastos, y por vltimo declarado la confianza, que si no fuera verdad no lo hiziera. Y conforme à dicha ley 13. no solo deberse estar à su confession; sino no deberse admitir prueba en contrario.

Menos obsta dezir, que le compete el derecho de retracto, como si en los officios le tuviera otro, sino su Magestad por el dicho dominio, que conserva, y que solo concede el vfo, y administracion, como arriba queda probado, y assi no son capaces de retracto de sangre, quando se propusiera en tiempo y forma, que ya no está; como ni tampoco son capaces de fundarse en ellos vinculo, ni Mayorazgo, respecto de los enteros de mitades y tercios, y de estar sujetos à caducarse, y perderse en el todo: ni el officio es cosa material, en que puede haber la affeccion, como las casas, que fueron de los mayores, las halajas, y joyas, y otros bienes semejantes; pero tambien Don Theovaldo dize, que dicho officio fue de el Abuelo de su muger, y si fuera por esto tuvieran mas derecho los Nietos de el Regidor Don Fernando de la Barrera del orden de Santiago, de quien fue primero el mismo officio, y se le quitaron por ocho mil y quinientos pesos, que debia à Don Diego de Barrientos Abuelo de la muger de el dicho Mariscal; y menos por dotales, porque, ni lo fue el officio, ni quando lo huviera sido, las dos tercias partes de su valor las tiene satisfechas dicho Mariscal, y estas serán las que deberá restituir, soluto matrimonio. Desuerte, que por ningun lado se quita la verdad de la confianza, y à todo lo que de contrario se ha propuesto obsta la declaracion de ella; antes si se manifiesta la justificacion grande con que se determinó por el superior Gobierno de se estar à ella.

Noveno: que por aver sacado el dinero del deposito, se desistio del pleyto, y no tiene accion alguna: y se debe imponer perpetuo silencio en todas las pretensiones deducidas.

LA que se intentó fue vna accion pignoratitia directa, que conforme à derecho, y estilo, hechó de ver la parte no podia intentarfe, nisi debito soluto, l. si rem 9. ff. de pignoratitia actione, §. 3. ibi: *Omnis pecunia ex soluta esse debet, aut eo nomine satisfacta, ut nascatur pignoratitia actio satis factum autem accipimus, quemadmodum voluit credi-*

21
creditor. De tal suerte, que el §. 4. puebanias, que aunque sea agena la cosa empeñada, ha de ser soluta pecunia, para que pignoratitia actio experiri possit. Lo mismo asienta Paz en la forma de libelar: y reconociendo estar determinado por su Exceleecia deverse estar al contrato aviendo apelado, y pedido, se passassen los autos à esta Real Audiencia, pidio la cantidad depositada, dando por motivo, que conforme à la naturaleza, y estado de la causa, no necesitaba la contraria, se conservasse dicho deposito, pidiendo se le entregasse la cantidad, y diesse por libre al depositario: Y su Excelencia por su decreto se sirvio de mandarlo assi. De este hecho de la parte contraria nace, no solo su desistimiento tacito, sino expreso: Lo primero fundandolo en el estado de la causa, que era estar determinado, deverse estar al contrato: y assi dize, no necesitaba se conservasse el deposito. Lo segundo, por que pidio se le bolviessse, que fue lo mismo, que quitar la paga, ó satisfaccion, que se fundaba en el deposito. *Nihil interest quod voluntas declaretur verbis, an rebus ipsis, & factis, l. de quibus ff. de legibus.*

Lo tercero, porque conforme à la ley 4. C. de pactis: *postquam liti de praedio mota renunciaasti, causam finitam instaurari posse nulla ratio permittit.* Y en ella Donelo: *quibus verbis hoc fiat querendum non est: quocumque modo ostenderit, se alite desistere, fecit, quod querimus: liti nempe renunciauit, sed non solum verbis liti renuntiat; verumetiam rebus ipsis, & factis. Hoc tunc accidit, cum qui iudicio suscepto de re aliqua novam litem ad versus eundem instituit, qua instituta priori, illi locus esse non possit.*

Es tambien cierto estar prohibido en derecho no poderse mudar la accion, l. cum queritur 12. ff. de except. rei iud. mejor texto la ley de eadem re 5. ff. eodem titulo: *de eadem re agere videtur, & qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, y mas clara la ley 6. ff. eodem: singulis controversijs singulas actiones, vnumque iudicati finem sufficere, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, mejor texto la ley plura 53. ff. de obligationibus, & act: aunque competan muchas acciones, vna tantummodo; non omnibus vtendum est. Solo las excepciones por ser favorables, y mirar à la defensa, pueden multiplicarse, l. 5. ff. de except. l. nemo 8. ff. eodem: *quamvis diverse sint.* Desuerte, que no puede la contraria, ni debe mudar accion, ni dezir aora, que intenta compensacion. Lo primero: por que no es accion; lo segundo: por que no se le pide, ni ha pedido, antes él ha*

L

mo-

