

Al. 14

La dedina de
Ma. de. 17



17

5

P O R
M A T I A S

CARO GARCES, Y MIGUEL
de Toledo Jurado de esta Ciudad, y
vezinos de ella.

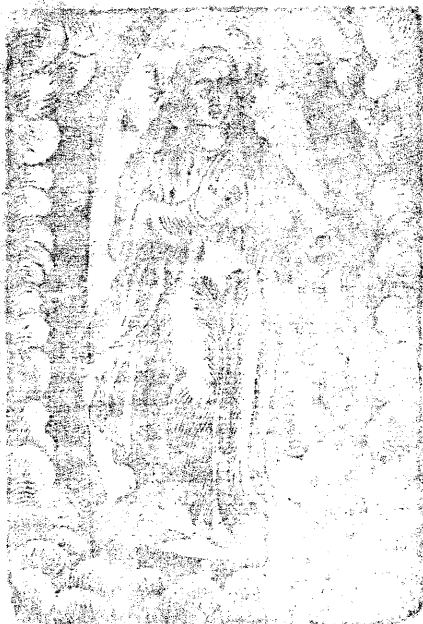
2826

E N E L P L E T T O

2826

Con el Alguazil mayor desta Corte.

En Granada, en la Imprenta Real, por Francisco Sanchez, en-
frente del Hospital del Corpus. Año de 1655.



M A T T A I O R

OPERA DI GIUSEPPE MIGNOLI

OPERA DI GIUSEPPE MIGNOLI

OPERA DI GIUSEPPE MIGNOLI

OPERA DI GIUSEPPE MIGNOLI



DRES V BONESE lo primero, que don Sebastian Lopez de Hierro y Cañero, y Alberto de Encalada tuuieron correspondencia de letras, y partidas, para cuyo ajulto Alberto de Encalada pidio ante el señor don Juan de Villalva; siendo Alcalde en esta Corte, que don Sebastian se ajultasse de cuentas con el, y auendolo mandado assi, y que exhibiesse los libros, y papeles, y notificado a Antonio de Oueda, persona que tiene poder del dicho don Sebastian. El susodicho acudio al oficio de Luys Vara ofertuario de Prouincia; y pidio q reconociesse Alberto de Encalada ciertas cartas, y letras; y las reconocio con calidad de que no deua cosa alguna, que tenia pedida cuenta, y que las letras fueron sacadas al dicho don Sebastian, por auer tenido diferentes cuentas, assi de dichas letras, como de otras que le ha remitido el dicho don Sebastian.

¶ Con esta declaracion se despacho mandamiento de execucion contra Alberto de Encalada por 26885 13 reales y 8 marauedis de principal, y mas las costas (que dice el mandamiento) q deue a don Sebastian Lopez Hierro, su fecha de 28 de Mayo de 1653 años. Este dia Bartolome de la Cruz Naruarez, sin que el mandamiento conste que se le entregasse la parte, ni de su requerimiento, haze la execucion en la capa, fue a la carcel, y embargo en ella a Alberto de Encalada, y lo hizo notorio a Pedro de Moya portero de la carcel.

¶ El mismo dia presento peticion de apelacion en esta Corte Alberto de Encalada del dicho mandamiento, y presento vna carta cuenta que le remitió don Sebastian, y otras cartas y letras, y allega que tenian correspondencia antigua, y que deua preceder cuenta, y que de las letras mismas reconoció con esta dicha correspondencia, y que en ellas

ellas no se constitua deudor, ni se podia despachar el mandamiento de execucion, y otras razones, de q se dio traslado a la otra parte, y respondió a dicha apelacion, y Alberto de Encalada concluyó sin embargo en 7. de Junio del mismo año, y se huvo por concluso, en el obediencia.

4.º *El mismo día 28. de Mayo despues de presentada la dicha apelacion, dio petition el dicho Alberto de Encalada en la Prouincia desta Corte, y ofiço de Luys Vara, donde se despachò el mandamiento de execucion, diziendo: *Que contra el se despachò mandamiento de execucion por cierta cantidad de maravedis, que por redimir su vexacion, y molesta de la prision, y sin permissio de las apelaciones, que tenia interpuestas, y debaxo destas protestas ofrece fiança de saneamiento, sin que por este pedimiento se a visio a usar costas de decima, ni redecima, ni otras algunas. Vel auto fue: Dando fiança de saneamiento se despache mandamiento de soltura.**

5.º *La fiança la hizieron Matias Caro y Miguel de Toledo, haziendo relacion del pleyto executiuo, y mandamiento de execucion despachado en la Prouincia desta Corte, cuyas palabras que mitan a el; son: Otorgarò, que fian de saneamiento en la dicha execucion: al dicho Alberto de Encalada, y se obligan, que la capa en que se ha tratado, y los demas bienes del suyo dicho, al tiempo del remate valdran la cantidad, porque ha sido executado, donde no, sin proceder execusion para ello, los otorgantes como tales sus fiadores, y principales pagadores, haziendo como hazen de d'uda, y caso ageno suyo proprio lo pagaràn en esta Ciudad, &c.*

6.º *La execucion se quedó en este estado, y las partes nombraron luezes arbitros, los Licenciados D. Ioan de Herrera Pareja, D. Pedro Guerrero, que vicien dichas cuentas de vna y otra parte, los papeles, cartas, y letras presentadas. Y en 11. de Julio de mismo año pronunciaron sentencia en que renouaron la execucion. Y ajustadas las cuentas de ambas partes, dieron por deudor liquido a Alberto de*

de Encalada de 90433. reales, y mandaron que esta partida la pagasse sin dilacion alguna.

7. ¶ Y en quanto a la partida de 820871. reales de la diferencia del pleyto de la baxa de la moneda de la paga que hizo Francisco Fernandez Solis, declararon de uer correr por cuenta de Alberto de Encalada, y le condenaron a que la pagasse para fin de Agosto del dicho año, con declaracion, que si en este intermedio se feneciese el pleyto, que se seguia contra el dicho Francisco de Solis en la villa de Madrid, y saliese sentencia de remate en el, y cobrasse el dicho don Sebastian toda la dicha cantidad, parte de ella la que se cobrasse se le bassasse al dicho Alberto de Encalada. Y en quanto a la pretension de intereses lo reduxeron a 500. reales.

8. ¶ Con esta sentencia consentida por las partes, el dia 17. de Julio dio peticion la parte de don Sebastian, pidiendo mandamiento de execuciõ por 140433. reales, q̄ por dicha sentencia se le mandauan pagar, y se despachò en el mismo dia, y sin hazerla notoria a Alberto de Encalada, recibio por fiador de sancamiento a Miguel de Toledo.

9. ¶ En 23. de Julio, por parte del Alguazil mayor se dixo como se auian ajustado las partes, y se dio mandamiento de execuciõ por 260851. reales de la decima; diose traslado a Alberto de Encalada, el qual respondió, que no deuia cosa alguna, porque se auia reuocado la execucion por los luezes arbitros, y caso que algo deuiesse, auia de ser refectiuamente de la cantidad de los 1400. reales, porque le auia executado en virtud de la sentècia de los luezes arbitros.

10. ¶ Y el Auto fue, que en conformidad de la sentencia de los luezes arbitros se pagasse la decima de 1230875. reales, que importa 120387. reales y medio.

11. ¶ El Alguazil con el mandamiento fue a casa de Alberto de Encalada, donde dize hallò vna sala colgada de brocateles, vna cama de seda, dos contadores de euano, y marfil, vnas fillas, y

respeto de no ser bienes valiosos en la cantidad contenida en dicho auto, no se sacaron, y porque dixo su muger que eran de su dote.

12 ¶ Y sin mas diligencia alguna inmediatamente el mismo dia, que fue cinco de Diziembre de 53. se mandò, atento auerse hecho diligencias para buscar bienes de Alberto de Encalada, que el mandamiento se entendiesse con los fiadores deste auto, apelaron estas partes, y visto y remitido en discordia, el auto fue reuocar el auto de que se apelò, y declarar no auer lugar lo pedido contra los fiadores, por parte del Alguazil mayor, el qual suplicò, y està concluso y visto, sobre cõfirmar, o reuocar el dicho auto.

13 ¶ Presupuesto el hecho del pley, to que se ha referido asisten a fauor destas partes, para que se confirme el auto de vista.

I. Fundamento.

14 **L**A forma con que se hizo la execucion, y estado q̄ tiene en los autos, excluye el derecho de la decima conforme a derecho Real.

15 ¶ Prueuase lo referido de la ley 17. titul. 21. libr. 4. Recopilacion. Cuyas palabras a la letra son.

16 ¶ *Mandamos, que los mandamientos para haçer execuciones se den a la parte que pidie rebela execucion, para que use de ello quando le pareciere, y no se puedan dar, ni den a los Alguaziles, sino fiere dandose, como dicho es, primero a la parte, para que ella de su mano las de al Alguazil que quisiere: y la execucion que de otra manera se hiziere, SEA EN SI NINGVNA, T NO PVEDAN LAS IVSTICIAS LLEVAR PORELLA DECIMA ALGVNA.*

17 ¶ Esta santa ley es del señor Rey D. Felipe II: en Cortes de Madrid año 1563. cap. 67.

recopilada (y aora inserta en la Recopilacion nouissima del año de 1640.) a instãcia del Rey no junto en Cortes, que hizo suplica, representãdo las justas causas, que auia a fauor de los deudores, para que tuuiese efecto su promulgacion, y porque Azeuedo en la glosa a la misma ley expressa, los motiuos que tuuo el Rey no para esta suplica, pondré a la letra sus palabras. *Eluius dispositionis ratio manifeste colligitur ex parte ex supplicatione. Regi pro. recta. prohibitus legis constructione, scilicet, quod quoniam multoties creditores petebat executiones contra debitores. suos intentione potius terredi debitoras. ut metu executionis perita territi debitum soluèrent, quam quod executio ulterius procederet, et realiter fieret, executores, que ipsi, ut decimam perciperent statim petita executione, statim cum effectu faciebant, ex quo frustrabatur partis executionem petentis intentio, et debitores molestabantur carceratione, et expensis, ideò vel cessaret hoc inconueniens iuste prouiscit nostra lex, ut non aliter fieret executio nisi prius mandatum executorium, vulgò mandamiento de execucio, parti tradideretur, ut si ipsa pars uolet executionem fieri, illud executori, tradideret debet que in processu constare de hac traditione, saltim per Tabellionis fidem, et testimonium in processu appositum. vel potest esse alia, melior ratio, scilicet. ut pars executionem petens possit aliquid cui uoluerit mandatum executorium tradere, neque sit in iudicis potestate aliud facere, prout fieri solebat,*

18

Iuan Gutierrez pondera la misma ley, y justificacion della en el *libr. i. practic. ciuiliu. quæst. 130.* donde disputa, si en los lugares donde no se deue decima, se aurà de obseruar la forma de esta ley, y resuelue que no, porque el fin principal de su promulgacion fue en consideracion de que faltando la forma de la dicha ley, no se causasse, ni pagasse decima. Ita uers. *Nihilominus. Idque uincaratione, et ea finali forsan huius legis, nempe quod lex nostra fundatur, et introducta fuit ad cohibendam, et restringendam effrenatam, immoderatam* que

que auaritiã, et cupiditatem horum executorum, qui ut prædictam decimam lucrentur, statim quod Iudices subscriberent præcepta executiua, faciebant executiones irrequisiti, et absque eo, quod creditores eas petentes id postulassent, imo sapè contra eorum uoluntatem, idque constare uidetur ex sine huius legis ibi: Y no pueden las justicias lleuar por ellas decima alguna, adhuc igitur effectum annullatur executio aliter facta, ne decima exigatur.

19 ¶ Curia Philippica 1. tom. 2. parte de iuricio civil, §. 14. num. 10. ibi: El mandamiento de execucion se ha de dar en scriptis a el acreedor, no a el Alguazil, para que el de su mano lo dè para executarle, y la execucion que de otra manera se hiziere, es ninguna, y no se puede lleuar por ella decima. Y dize mas, que el acreedor ha de escriuir a el pie del mandamiento como lo entregò a el Alguazil, y consiente que lo execute. Paz in prax. quart. a part. tom. 1. cap. 2. de ordine procedendi in via execut. num. 24. ibi: Quod præceptum manu iudicis, et tabellionis subscribitur, et absque citatione debitoris datur ipsi creditori, ut eo utatur quoties uoluerit, et de manus creditoris executor recipere debet.

20 ¶ Esta diligencia, como es notorio, faltò en la execucion, y mandamiento de este pleito executado contra Alberto de Encalada, porque no consta que se entregasse a la parte, ni que de su mano lo entregasse a el Alguazil, de lo qual como dize Azeuedo vbi supra, deue còstar en el processo, y como dize la Curia vbi supra, el mismo acreedor deue escriuir, que de su mano lo entregò al Alguazil.

21 ¶ Tanto, que aunque es post facto, para sanar esta nulidad, el acreedor haga qualquier consentimiento, declaracion, o ratificaciõ en razon de suplin este defeto, no puede sanar el vicio legal, y nulidad que contiene la execuciõ, para efeto de que no se cause decima, Azeued. vbi supra, vers. Que de otra manera, sed nunquid si forma legis nostra nõ fuit obseruata poterit executio contra legis nostra modum

modum, & formam facta validari per partis exe-
quentis ratificationem, & dicendum est, quod non
nam cum facta executione cōtra legis nostrae formam
ius qualitatē sit parti executata, ad declarandum
nullam executionem hanc cōtra legis nostrae tenorem
factam, in prauidicium huius iuris, ratificatio nihil
operabitur praesertim, quia id quod nullum est per ra-
tificationem validari non potest, Argumēt. text. in l.
fin. ff. de pactis, & Argument. doctrina Bart. in l. fin.
C. ad Maced.

22 ¶ Y concluye, que por esta ley se
reuoca la ley fin. ff. de eo quod metus causa, donde la
execucion por debito verdadero no se reuocò por
faltade solenidad, o inobservaçia de la forma y ordò
judicial, y dize, que esta ley Real determina, que aun
que sea el debito verdadero, faltando la referida for-
ma, sea la execucion nula, vbi supra num. 2. *Nam si
defuerit nostri text. ordo & forma inualidatur in to-
tum executio etiam si verepetitum debeat, & c.*

23 ¶ Y siendo esta ley tan moderna,
compilada nueuamente en la nouisima del año de
40, que como dizela ley 1. libr. 1. que declara la au-
toridad que han de tener las leyes deste libro, se hi-
zo reforme de las leyes de la nueua Recopilacion,
quitando, añadiendo, y reformando todo lo que
parecio conueniente, y se mandan guardar de
nueuo dichas leyes, y la ley 3. tit. 1. libr. 2. Recopilat.
Reprueua qualquier estilo, costumbre, o obseruan-
cia en contrario, preterita, y futura, contra las leyes
de la nueua Recopilac. & ibi Azcued. in glos. *Aun-
que se digan y alegue, que no son vsadas, num. 17. &
num. 21.* que fundò que no bastara, aunque fuesse co-
stumbre inmemorial, Aneidañ, in cap. Pretor 6.
n. 7. in fin. lib. 1.

24 ¶ De que resulta, que siendo esta
defensa de ley expresa de nuestro Reyno, ayudada
al hecho deste pleyto, la execucion fue nula, y no se
cubò decima, como del contrato nulo no se deve
gubela, Atendā in cap. Pretorum 17. num. 10. verif.
*Qua dicta lib. 1. Did. Perez in l. 6. tit. 1. libr. 3. Ordi-
nament.*



nament. column. 794. ad fin. Azeued. vbi supra
num. 31.

25. ¶ Y respecto de ser esta ley tan moderna, se han de leer con esta atencion, Xuarez *in l. post rem iudicatam 2. ad legem Regiam*, y despues del, el señor Presidente Couarruuias *libr. 2. variarum, cap. 11. numer. 3.* que escriuio por los años de 1552. mucho antes que se promulgasse la dicha ley, el qual dize del estilo que antes de ella auia de entregar el luez el mandamiento de execucion al Alguazil, porq̄ esto fue lo que derogò la ley, dando forma precisa cõ clausula irritate, como de la misma ley consta, repitiendolo con tan enixa atencion dos vezes, ibi: *Sino es dādose, como dicho es, primero a la parte, quæ verba genuinata inducunt enixam voluntatem, l. Balista cum similibus. ff. ad Rebel.* Y quando la ley, o estatuto, introduze alguna cosa de nueuo con ciertas calidades, y modificaciones, quidquid ibi exprimitur censetur datum pro forma, Ancharanus *cons. 241. num. 6. in fin. Decius cons. 612. num. 2. Tellus Fernandez in l. 3. Taur. 2. part. numer. 16.* quare eius ordinis omisio vitia bit actum executionis, *l. cum in §. si Prator. ff. de transactionibus, l. 1. §. si quis ita. ff. de verb. obligat. cap. cum dilecta 22. de rescript. Carleual. de iudicijs, tom. 2. libr. 1. tit. 3. disp. 1. num. 27. ad finem.*

II. Fundamento.

Que estando reuocada la execucion por sentencia de los luezes arbitros, no se deue decima alguna.

26. ¶ La decima de la execucion, no se deue sino en caso que aya sentencia de remate, en que se mande proceder en la execucion, y auuiar la

voz de la almoneda, y declarada por ninguna, o reuocada, cessa contra el deudor el derecho de la décima, y deducitur ex l. 35. libr. 3. Recopil. donde dada por ninguna, o reuocada la execucion, no se deuen derechos de décima, ni costas por el deudor, y si algunos derechos se han lleuado, se mandan restituir y boluer, y prosigue: *Y de aqui adelante no lleuen los tales derechos, fopena que los restituiran con el qualrot arto, y mas paguen las costas a las partes.* Auēdañ. cap. 17. Prator. num. 10. vers. *Qua dicta sunt*, Gutierrez pract. lib. 1. cap. 116. n. 2.

27. ¶ Parlador. rerum quot. lib. 2. cap. fin. 6. part. 5. unico, dubit. 4. sub num. 10. ibi: *Resus superior conclusio locum non habet, quando pronunciatum fuerit executionem nullam, aut irritam esse. Puta vel qui instrumentum non merebatur executionem, vel qui in exequendo aliquid de solemnibus defuerit.* Rodriguez de execut. cap. 7. n. 20.

28. ¶ Estamos en este caso individual, en que por la sentencia de los luzes arbitros esta reuocada la execucion que se hizo a Alberto de Encalada, y en que fueron fiadores estas partes, y que no huuo estado, ni debito liquido para despachar mandamiento de execucion, la qual sentencia se presume justa, y conforme a derecho, secundum Rebutum in titul. de arbitris, glós. 10. num. 15. Auendañ. in cap. Pratorum, lib. 1. num. 27. vers. *Tamē hodie*, ibi: *Iure Regio non solum pro sententia presumitur, sed habetur interim pro veritate, vt l. res iudicata affide reg. iuris. Et hoc adeo verum est, quod etiam in compromisso data sit potestas, vt postquam iudex idem pronuntia sententiam possit eam emendare, tamē interim, quod emendat, habet executionem paratam,* Bald. in cap. de const. 1. sub n. 19.

29. ¶ Y en especial por la ley del Rey no 4. en orden del mismo titulo de la entrega y execuciones, titul. 21. lib. 4. Recopil. que manda guardar precisamente las sentencias de los compromisarios, y que se executen sus sentencias, o sea el compromiso antes de la contienda del juicio, o despues de ella,

de ella, vbi Azevedus, verb. *Se execute, num. 166.* ex pluribus Carleual *de iudicijs tom. 2. lib. 1. titul. 2. disp. 8. num. 2.* donde con igualdad equipara lo executiuo del instrumento, de la cosa juzgada, transaccion, confesion, cedula reconocida, y sentencia de arbitros, con que reconocido por ellos las justas defensas que huuo, y tuuo Alberto de Encalada, pudie ron declarar que no auia tenido justificacion el pe- dimiento de execucion que hizo la parte de don Se- bastian Ferro.

30 ¶ Y assi cessa el derecho de la decima, que se pretende contradixo Alberto de Encala- da por la razon dicha.

31 ¶ Y no obsta a lo referido el dezir que no pudieron reuocar la execucion los Iuezes ar- bitros, y que no tuuieron jurisdiccion, porque a esto obsta la misma ley del Re y no, que manda executar sus sentencias, y que se este y pascie por ellas, Auen- daño *incap. Pratorum 1. lib. 1. num. 27. verl. Quinta causa, ibi: Quinta causa: adq. iurisdictio est compromissum, nam ex eo competit iurisdictio par- tibus, vt in toto titul. ff. de arbitrar. l. 2. Et in l. 23. C. 24. cum sequentibus, in l. 4. part. 3. & prosequi- tur. Et no. modioyis auctoritatis est apud Hispanos sententia arbitrarie, tam lata ab aliquis arbitrato- ribus, quam lata ab arbitris iuris nam utraq; ha- bet executionem paratam, vt in l. fin. in ll. de Ma- drid. Et in cap. 8. Martini, Curis ibidem celebra- tis.*

32 ¶ Y especialmente pondera Parla- doro, que aunque priuatorum consensu, no se pue- de dar jurisdiccion, l. 1. C. de arbitrar. cap. per suas de arbitrar. l. priuatorum, C. de iurisdict. om. iudicium. Pero quando esta consentida por las partes, etiam iu- re veteri executioni dabantur, l. cum antea, C. de arbitrar. l. fin. in l. 4. part. 3. vbi loquitur de sententia arbitri a partibus electi.

33 ¶ Pero en el caso presente, y para el efecto de que no auia lugar la decima cōtra el deu- dor, no es necesario entrar en la disputa, si los Iuezes com-

promissarios, son Iuezes ordinarios, o delegados, o
 ha zen tercera especie, equiparata a iurisdiccion de-
 legata, de que Bald. *in l. apertissimi 16. col. 1. n. fin.*
verf. Quarto quaro, G. in l. fin. in 4. notabil. C. de
iudic. vbi Bart. & Angel. & DD. in cap. ab arbitris
1. de officio delegat. lib. 6. Maranta. de ordin. iudic.
part. 4. distructioe 6. num. 22. Azouedo in d. l. 4.
num. 90. donde aunque reconoze que no tienen ju-
 risdiccion, pero se allana a el estylo y pratica de su pro-
 ceder como Iuezes, y pronunciando sentençia sobre
 el juyzio en que son compromissarios, y que manda
 la dicha ley que se execute.

33 **¶** Con que lo que resulta de la sen-
 tencia, es conocimiento verdadero de que lo que de-
 terminan se ajusta a la verdad, y se manda exe-
 cutar. *Asupra num. 28.*

34 **¶** De que resulta en la decima
 fundamento legitimo para la aplicaciõ de la ley del
 Reyno, que miro a que el deudor no fuesse molesta-
 do, y vexado con costas injustas, por lo que no deue,
 y que no siendo legitima la execucion, o por no ser
 el instrumento exequible, o por no deuerse la can-
 tidad a el acreedor, y no estar liquidada basta temé-
 re, no se le pidiese decima, a que se llega (con digna
 ponderacion) que el Iuez ordinario asintio a la sen-
 tencia del compromisso, y la mando executar, con
 que no ay causa para que se pueda embaraçar el efe-
 to della, por el reconocimiento de las partes, y del
 mismo Iuez, que mandando executar la dicha sen-
 tencia arbitraria, racitamente fue visto aprouarla en
 todo, y en la reuocacion de la execucion que auia
 mandado hazer, quia sententia Iudicis continetur
 omne, id quod ex ea ex necessaria consequentiam de-
 ducitur, *Alexand. cõf. 123. an. 123. n. 8. lib. 1. Fugos.*
conf. 170. Decius conf. 148. col. fin. Crauet. conf. 174.
in multa iura congerens D. Salgad. de Reg. protect.
4. part. cap. 9. an. 21.

¶ Y se reconoze manifestamente,
 que el Iuez ordinario reconocio la justificacion que
 tuuo la reuocacion del mandamiento de execucion

en todo, y que no se deuio despachar, puesto que no profiguio aquella execucion que auia començado, en lo q parecio resultaua de la dicha sentencia arbitraria, fino que de nuevo mandó executar, y se dio nueua fiança de sancamiento, suponiendo que reuocada la primera execucion, quedaua desvanecida la fiança de sancamiento en ella hecha.

III. Fundamento.

Que quando se deuiesse decima auia de ser solo de los 99. reales que se ajustaron liquidos de deuda, por los Iuezes arbitros, no de los 59. reales en que se ajustaron los interesses.

36. **C**onclusion cierta es, que la decima no se causa contra el deudor de toda la cantidad, porque se traua la execucion, si no por lo que liquidamente se ajusta que deue, y por que se manda (oy das las partes en los diez dias de la ley) hazer el remate, y que verdaderamente se ajusta, era deuido al tiempo de la execucion, l. 9. titu. 22. lib. 4. *Recopilat. ibi: Ordenamos, que el deudor no pague mas derechos de la execucion que montare lo que verdaderamente deue, ni el executor lo pida, ni lleue.*

37. **¶** Y en los diez dias de la ley del encargamiento subsequente a la execucion, y alual de la almoneda, y pregones, puede el executado justificar la paga, o quita, o para que en todo, o en parte se reuoque la execucion conforme a lo que justifiçare auer pagado, l. 1. & 2. & 19. titu. 22. libr. 4. *Recopilat.*

Y por

38 ¶ Y por esta causa no se causa, y hasta que se justifique con conocimiento de causa lo que liquidamente se deve, y se mande hazer remate, y auine la voz de la almoneda a los bienes executados, y de ello sea pagado el acreedor, no se puede pedir la decima, *l. 3. tit. 14. lib. 5. Ordinament. libr. 10. tit. 6. lib. 3. l. 7. tit. 21. lib. 4. Recopil. por Ordenanças desta Real Chancilleria lib. 3. tit. 14. num. 21. §. libr. 4. en la visita del señor don Juan de Acuna cap. 31. fol. 436. Didacus Perez in l. 21. tit. 14. libr. 2. Ordin. Gutierr. de gabell. lib. 7. q. 53. n. 2. Azcued. in d. l. 10. n. 1. Rodriguez de execut. cap. 7. n. 13.*

39 ¶ Y no por esto pierde sus derechos el Alguazil de toda la cantidad porque se despacha el mandamiento de execuciõ, porque le queda recurso contra el acreedor que pidio por mas cantidad de la que se le deuia, *l. 8. §. 9. tit. 21. lib. 4. Recopil. Curia 2. pars. 9. 23. n. 15. Auendañ. in cap. Prætor. 1. p. cap. 17. n. 10. Azcued. in d. l. 9. tit. 21. lib. 4. num. 1. in fin.* Y esto corre, aunque el acreedor aya pedido la execucion con protestaciõ de recibir encueta, *ex traditis per Abb. in cap. 2. de libell. oblat. num. 28. Curia vbi supra n. 15. in medio.*

40 ¶ Dizese contra esto, que tambien se deve de las demas cantidades que los Iuezes arbitros declararon y mandaron pagar para fin de Agosto, que fueron, 820871. reales de la diferencia del pleyto de baxa de moneda con Francisco Fernãdez de Solis, de quo supra num. 7. y que hecha espera desta cantidad, se entienda cumplido el plazo para pagar la decima, *l. 7. l. 21. lib. 4. Recop.*

41 ¶ A que se responde. Lo primero, que la ley habla en el caso de hazer la parte executante, espera voluntaria al deudor, ibi: *Que si la parte diere espera,* que es acto voluntario, no de la espera juridica que dà el Iuez por los meritos de la causa.

42 ¶ Lo segundo, que no es in modum prorogationis, sino para justificar la partida q̄ antes no podia estar justificada, porque esta cantidad ya la

ya la tenia pagada Alberto de Encalada en libranças dadas contra el dicho Francisco Fernandez de Solis, que las acedó, y començo a pagar a don Sebastian, y al tiempo de la baxa de la moneda acabo de pagar, y pretendio don Sebastian que auia de correr por cuenta de Alberto de Encalada, y del dicho Francisco Fernandez de Solis la baxa, y sobre esto tenia pleyto con el susodicho, y sin fenecerlo recurrio contra Alberto de Encalada, y los Iuezes arbitros ajustaron que se siguiesse este pleyto, poniendo termino hasta fin de Agosto, y si en este termino fuese vencido Solis no pagasse a Alberto de Encalada cosa alguna, y si algo faltasse todo lo pagasse, conque es ageno de toda equidad y justicia, disimulando este hecho, vale el termino con titulo de espera, porque no lo es, sino termino en que ha de començar la obligacion, y obligacion condicional, si fuese vencido don Sebastian por Francisco Fernandez de Solis.

43 ¶ Antes bien se ajusta quan poco fundamento tuuo la execucion quando Alberto de Encalada auia preuendo el juyzio de cuentas de letras, que auia foorrido al dicho Sebastian, y que de vna y otra parte estauan reciprocamente correspondidas, y presentados los instrumentos el mismo dia de la execucion, de que hizieron el ajusto los Iuezes arbitros.

44 ¶ Y en quanto a los 500. reales de intereses, estos no se comprehendieron en la primera execucion, conque tampoco de ellos se podia causar decima en ella, ni obligacion en los fiadores, porque la execucion fue por las letras, y los Iuezes arbitros, ajustando las que foorrio, y pagó Alberto de Encalada a don Sebastian, le hizieron de alcance 900. reales solos, y ajustaron por nueva partida los 500. reales por titulo de intereses, a que no pudo estenderse la fiança, siendo la execucion por cantidad limitadamente de letras reconocidas, no de intereses, porque el fiador certé quantitatis non obligatur pro interesse, & visus, vt ex text. in l. fideiussores Magistratum 69. in princip. §. 1. ff. de fideiuss. obli-

obferuat Suid. *de alimentis*, tit. 9. *quest.* 31. *num.* 37.
 Negufant. *de pignorib.* 2. *part.* *num.* 4. *§.* 48. *§.* 55.
 Gracian. *de fceptat.* 117. *n.* 7. *§.* 2. *ap.* 117. *n.* 5. Barbof.
in cap. fin. de fideiuff. *n.* 5.

45 **¶** Materia bien digna de reparo
 laftimable, que fiendo esta vna cantidad tan corta,
 hecho el ajufto por perfonas de tan conocidas le-
 tras, y ajufamiento como los luezes arbitros,
 huuieffe padecido Alberto de Encalada, el de acre-
 dito que le ocasiono el rumor de que eftaua execu-
 rado por 26875 13 reales, y prefo por falta de array-
 go, de que refulto el venir los demas acreedores, y
 padecer los males, fortuna, y fracasos, q̄ en ella fon
 notorios, quando fíla materia corrieffe por los me-
 dios de buena cuenta entre las partes, por nueue mil
 reales, ni por mas cántidad propbicionada, no fe die-
 ra lugar a fuprifion, fiendo como es notorio hijodal-
 go exec. onuado en esta Real Chancilleria, en pos-
 feffion, propiedad, y notoriedad, y por ello en lo
 regular efento de la fiança de fancamiento, ni hu-
 uieran ocurrido a vnticampo tantos acreedores, ni
 le huuieran puesto en el aprieto de auer perdido fu
 credito, y auer falido como en vna tabla, de la bor-
 rafca, de la vida, y de la perfonas, originado de la ac-
 cion primera, tal, que a qualquiera de grandes credi-
 tos le hiziera fluctuar en ellos.

IV. Fundamento.

Que de qualquiera forma que fe cõ-
 sidere esta materia, y estado de ella,
 no fe puede proceder a la cobrança
 del principal, decima, y costas con-
 tra los fiadores de la primera
 execucion.

46 **LA FIANZA** de fu naturaleza es de ef-
 E tre-

trecha interpretacion, y en ella se deue hazer qualquiera interpretacion en caso dudoso en fauor del fiador, para que no aya llegado el caso de su obligacion, *l. penultima, ff. de iudicat. solui, l. fideiussores Magistratuum, in princip. ff. de fideiussoribus, Decius consil. 107. numer. 12. vers. Præterea, Menochius consil. 212. numer. 13. Ciriac. tom. 1. controuers. controuers. 101. nume. 24. Et tom. 2. controuers. 285. num. 7. Noguero. allegat. 21. titum. 3.*

47. Desta regla resulta. Lo primero, que la fiança de fiançamiento fue para en caso que se mandasse hazer el remate en la execucion manda da hazer por el Alcalde de esta Corte, y este remate, y caso del, no folo no ha llegado, antes esta reuocada la execucion por los Juezes arbitros, y por el Juez que la mandó hazer, como se aduierde, supra num. 10. & vtrairtext. in l. 2. ff. iudicatum solui, ibi: *Cum lite mortua nullares sit, ideo constat fideiussores ex stipulatu iudicatum solui non teneri, & ibi Bart. Marfilus singular. 313. Anton. de Butrio consil. 18. Angel. in l. Iulianus nu. 6. ff. qui satisdare cogantur, Alexad. cas. 209. m. 1. vol. 7. Thefaur. decis. 202. num. 12. Addit. Amendole ad Franch. decis. 344. n. 10. Hering. de fideiuss. cap. 20. §. 9. num. 23. Carauit. in ritum magna Curia 44. num. 12. Borrel. in summa decis. lib. 3. tit. 13. num. 18. Ioan. Baptist. Toro decis. 138. num. 40. tom. 2. Nata cons. 202. num. 3. Et seq. lib. 1. Ioan. Baptist. Assin. in pract. iudicial. §. 2. cap. 11. sub num. 1. Paschal. de viribus patria potest. 1. p. cap. 8. num. 202. Fontanel. de pactis nuptial. claus. 4. glos. 10. p. 1. ex n. 61. post alios D. Castill. lib. 4. cap. 24. m. 34.*

48. Y siendo como fue la fiança limitada de la execucion mandada hazer por el Alcalde de esta Corte, ante quien la ofrecio Alberto de Encalada, vt supra. Y que las palabras de ella en lo obligatorio, se reduce a que los bienes del susodicho al tiempo del remate valdran la cantidad porque fue executado; no auiedo como no ha auido remate alguno de la dicha execucion, no ha llegado el caso co-

dicio-

diciónal de la dicha obligacion y fiança. l. *si creditor*
7. C. de fideiussorib. l. si mandatu 59. §. fin. ff. mādati.
 Y miradas las palabras de ella, y la intenció de los fia-
 dores, y del auto en que se mandaron dar, solo se re-
 duze a q̄ si se mandasse hazer remate de aquella exe-
 cucion pagarian, y este caso conita notoriamente no
 auer llegado, antes auer se reuocado la execucion,
 y en estos casos se deue atender al tenor de las pala-
 bras, quomous *adant fideiussoribus. Neq; extendi-*
tur vltra quam loquitur Cavalcan. decis. 5. nu. 31. §.
33. part. 2. ibi n. 64. quia p̄sumuntur obligari mi-
nius quam fieri possit.

49 ¶ Lo segundo, porque aun en caso
 que los luezes arbitros mandassen hazer el remate,
 tampoco pudiera procederse cōtra los fiadores, por
 que ellos se obligaron a pagar, en caso que se hiziesse
 el remate en la execucion hecha por mandado del
 Alcalde desta Corte, y no se pudiera estender a lo de-
 terminado por los luezes arbitros, l. *si quis apud ali-*
quem 2. ff. iudicatum solui, ibi: Si quis apud aliquem
Iudicem iuratus stipulatus est iudicatum solui. &
agit apud alterum non committitur stipulatio, quia
non huius iudicis sententia fideiussores se subdiderunt,
l. non a iudice. §. si quis alio. ff. de iudicys. l. si quis ali-
quem 3. ff. iudicatum solui, ibi: Quia non huius iu-
dicis sententia fideiussores se subdiderunt. Morot.
respons. 49. num. 1. & seq. Ciriac. controuers. 285.
tom. 2. num. 32. & 33. Nogueroal allegat. 15. nu. 21.
 §. seq.

50 ¶ En terminos indiuiduales Donato
 Antonio de Marinis *resolution, quotid. lib. 1. cap. 138.*
num. 4. donde resuelue, que los fiadores que se obligaron
 ante el luez ordinario no estan obligados, y se extingue su
 fiança si la causa se determina por arbitros, y q̄ en este
 caso se ajusta la l. *cum apud Sē promissum ff. iudicatum solui,*
 cuyas palabras sō: *Ex hys alias in casu magis dubitabili dicebam, fideiussionem p̄-*
stitam in sacra Consilio de solvendo quid quid fuerit
per illud iudicatum, extinctam esse, S I NON A
SAGRO CONSILIO, SED AB ARBITRIS,

TRIS, VEL SERVATA FORMA LEGIS, REGIÆ, ODIA, VEL DEPARTIVM CONSENSU ELECTIS, FVERIT NEGOTIVM TERMINATVM, & demum in Sacro Consilio laudi exequutio peteretur, et nimirum etiam ex hoc casu locus sit dispositioni dictæ l. cum apud Sempronium.

¶ Imò, aun en aras rigurosos terminos, aunque se obligassen a la sentencia de los Iuezes arbitros, no se extendiera a lo determinado por tercero en caso de discordia, ò a la sentencia y introducion ad arbitrium boni viri, por la diuersidad personal, Socin. in l. multa testamento, num. 5. vers. Circa primam conclusionem ff. de cõdit. & demonstrat. Faber in Cod. sub tit. de pãciussor. diffinit. 5. Didac. de Marin. in addit. ad Gizarel. decif. 14. col. 2. vers. Fideiussor, de iudicato solvendo, Riccius collectan. 332 Noguero allegat. 21. num. 32. Caualecan. post alios decif. 5. part. 2. num. 33.

52 ¶ De aqui es, que el fiador que se obliga a la primera instancia, no està obligado en la causa de apelacions; y si la primera sentencia es en su fauor, la segunda contraria no le comprehende, ex l. cum apud Sempronium 20. ff. iudicatum solvi, l. 2. C. de Procurat. ubi glos. §. se vero aliquis, in fin. Insti. de satisfact. & hanc tanquam probabiliorem sequuntur, glos. in Authent. de his qui ingredient. ad appellat. Alber. Barr. Castrenf. in l. cum apud 20. ff. iudicatum solvi, & in dict. l. cum apud Sempronium, Decian. cons. 19. num. 173. volum. 3. Sord. cons. 271. nu. 6. vsque ad 14. Fachincus lib. 8. controuers. cap. 57. Petrus Caballus resoluit. crimin. centur. 2. cas. 109. copiosè & eleganter melius quam omnes Ciriac. controuers. 285. tom. 2. per totam, præcipuè à num. 20 donde en el num. 31. resuelve, que sin controuersia es cierta esta resolucion, quando en la primera sentencia fue abuelto el Reo por quien se hizo la fiança, como en este caso, que està por primera sentencia del Iuez ordinario calificada la sentencia de los arbitros, que reuocó la execució, Gratian. disceptat. forens.

forensi. tom. 2. cap. 348. a princip. donde funda, que aunque no se haga la fiança sub nomine expressio iudicis, aunque el fiador se obligasse como principal, Barbof. in l. cum rem 2. cap. de procuratoribus, vbi ex eodē Gratiano: Firmat non esse necessarium satisfatione fuisse præsbitam iudici sub eius proprio nomine, sed sufficere simpliciter fuisse satisfactum, etiam si fideressor se obligauerit tanquam principalis, et in solidum desistendo quidquid fueret iudicatum, quia iste clausula non debent operari, vt teneatur in plusquam, quod promissum est per decretum, cuius virtute fiderissit, sed dumtaxat in casu in quo fideris condēnatus per iudicem hoc mandantem, adeo, vt neq; iuramentum interpositum in huiusmodi fiderissoribus aliquid alteret vt teneantur in causa appellationis. Dom. Castill. libr. 4. cap. 14. numer. 34. Et seq.

53 ¶ Lo tercero, porque oy no se trata de hazer remate por la primera execuciō, la qual quedō reuocada, y fenecido aquel iuyzio a fauor del principal y fiadores de aquella execucion, si no que de nueuo se executō por el compromiso, y partidas que del resultaron, vna de nueue mil reales de ajuto de cuentas liquido, compensadas las letras pagadas, y lo cortido por Alberto de Encalada, con las pagadas y socorridas por don Sebastian, y mas los cinco mil reales de intereses de ellas, que esta partida de intereses no se comprehendia en la primera execucion, y por estas cantidades se hizo nueua execucion, y se diō nueua fiança de saneamiento, con que quedō legitimamente anulado y extinguido el primero iuyzio, en que estas partes fueron fiadores.

54 ¶ Y es al intento a justada la sentencia de Parladore in quotidian lib. 2. part. 3. §. 5. an. 8. prapue nam. 10. donde en sentencia de Bartulo dize, que el fiador de saneamiento no esta obligado a la sentencia de remate que se manda hazer en grado de apelacion, si se reuocō la execucion por la primera sentencia: pero en opinion de Silano dize lo contrario, y la razon de la opinion de Bartulo es, porque

quando le manda hazer el remate por la primera
sentencia, aunque despues se confirme agitur ex pri-
ma sententia, & non ex secunda confirmante. Y au-
que en la opinion de Silano contraria fiente, que el
juyzio de apelacion es vn mismo iuyzio consecuti-
uo, y que por esta misma causa el fiador esta obliga-
do por en el caso de este pleyto de auerse extingui-
do el primero iuyzio, y auer empezado otro de nue-
uo, y otra execucion en virtud de el compromisso,
que es nueuo instrumeto executiuo por la ley Real,
vt dictum est supra. Entonces concluye, que se ex-
tinguen las fianças de saneamiento dadas para la pri-
mera execucion, y con esto explica la l. si non a iu-
dice. ff. iudicat. solui. ibi: *Vbi scribitur fideiussorem
iudicatum solui in vno iudicio acceptum non teneri de eo,
quod in alio iudicatum fuerit iudicio, quia leges ille lo-
quuntur, quando iudicium illud in quo fideiussor accep-
tus est, omnino extinctum fuit, aliudque ex integro
repetitum, ac per appellationem iudicium non ex-
tinguitur.* Rodriguez de execution. cap. 5. num. 35.
in fin. Y en el num. 36. dize, que para assegurar la
fianza en todos casos y equiticia se deve poner por
clausula especial, que el fiador se obligue en qual-
quiera caso, y de qualquiera juez, y en grado de ape-
lacion. Y, *multitudo nob rogatus popti v. al. l. q.*
55. f. de p. q. Y en este pleyto, demas de no auer
esta clausula, se extinguió el iuyzio, no solo de la exe-
cucion en que fueron fiadores, si no tambien de la
apelacion de la execucion que estava concluso por
el compromisso que dobruno, y la sentencia que
renegó la dicha execucion aprouada por el mismo
jucz ordinario con auerla observado y executado,
no reclamada por ninguna de las partes, ni por la de
el Alguazil mayor, antes executado nueuo manda-
miento de execucion, y recibida nueva fiança, y pe-
dido la dezima, y en correspondencia de la cantidad
contenida a suparecer en la sentencia del compromisso,
sin hazer caso de la cantidad contenida en la
primera execucion, como cosa que no llegò a tener
efecto, y que siendo como era condicional la dicha
fianza

fiança para en caso que se hiziesse romate en dicha execucion en que fueron fiadores, no auiendo llegado el caso de hazerse el romate de dicha execucion, antes el caso contrario de auerle reuocado, quedò desvaneida la fiança, y los fiadores libres, vt *ext. iudicatum sol. vlt. l. 2. ff. iudicatum sol. l. 1. Curt. ian. conf. 26. num. 4. volum. 1. Arcunna de fiduciis for. 1. part. princip. sect. 2. cap. 2. num. 8. vlt. x. num. 8. & ex Parlador. & alijs obseruat Nogueroi allegat. 15. a num. 14. vsque ad 16.*

56 ¶ Y a lo que se dize, de que luego que se hizo la execucion se adquirió derecho al Alguazil a la dezima, y que no pudo causarle perjuyzio el compromisso.

57 ¶ Se responde. Lo vno, que siendo la execucion nula, como se fundò en el primero fundamento, no se pudo causar dezima, vt ibi dictum remanet.

58 ¶ Lo segundo, que quando fuesse valida, y se adquiriesse el derecho luego que se hizo la execucion a toda la dezima, esto se entiende en quã to a el deudor de aquello que por la sentençia de romate constasse liquidamente deuer, y en lo demas injustamente pedido contra el executante, vt dictum est supra num.

59 ¶ Y aunque en la espera voluntaria que dà el deudor a pagar toda la dezima, esto es, porque con la espera voluntaria que pide al acreedor, se confiesse deudor enteramente, text. *l. perultima, c. vltima*, vbi glos. verbo, *non debet*, ff. de ces. honor. DD. in cap. Oduard. de solut. Afflicti, decis. Neapol. 379. per totam, Gregor. Lopez in l. 1. tit. 15. glos. verbo, *no ante*, part. 5. Gutierr. de iurament. confirmat. 1. p. cap. 17. num. 3. Rodriguez de executione, cap. 8. num. 16. ex quibus aliqui loquuntur in cessione bonorum, que es semejante y indiuidualmente en espera, *l. sed hoc, §. quod autem*, ff. de re iudicata, ex alijs Melo de inducijs debitor. quaest. 12. num. 26.

60 ¶ Pero por el compromisso no solo no se confiesse deudor, antes pretende que no lo es, y que

y que no lo sea, o a lo menos en la cantidad pedida
y executada se ajusto por los papeles y instrumen-
tos reconocidos por don Sebastian, y ajustados por
los Juezes arbitros, y que se presentaron el mismo
dia de la execucion, y que dieron causa a que los ar-
bitros juzgasen que no se pudo executar. Ex quibus
resulta notoriamente, a mi corto juyzio, justificada
la defensa de las partes. Salva, &c. G.S.C.

Lic. D. Juan Antonio.

Rozado

... la defensa de las partes, y que se presentaron el mismo
dia de la execucion, y que dieron causa a que los ar-
bitros juzgasen que no se pudo executar. Ex quibus
resulta notoriamente, a mi corto juyzio, justificada
la defensa de las partes. Salva, &c. G.S.C.

... la defensa de las partes, y que se presentaron el mismo
dia de la execucion, y que dieron causa a que los ar-
bitros juzgasen que no se pudo executar. Ex quibus
resulta notoriamente, a mi corto juyzio, justificada
la defensa de las partes. Salva, &c. G.S.C.

... la defensa de las partes, y que se presentaron el mismo
dia de la execucion, y que dieron causa a que los ar-
bitros juzgasen que no se pudo executar. Ex quibus
resulta notoriamente, a mi corto juyzio, justificada
la defensa de las partes. Salva, &c. G.S.C.

... la defensa de las partes, y que se presentaron el mismo
dia de la execucion, y que dieron causa a que los ar-
bitros juzgasen que no se pudo executar. Ex quibus
resulta notoriamente, a mi corto juyzio, justificada
la defensa de las partes. Salva, &c. G.S.C.