



Fol. I

JESVS, MARIA, JOSEPH.

P O R

JUAN RIERA;

Vezino de Igualada.

C O N

JOSEPH ROVINAT

de Guissona.

EN AUTOS DE LA SUPERINTENDENCIA
General de Cataluña,

ANTE

EL NOBLE SEÑOR DON JOSEPH FRANCISCO
de Alds y Rius, Assessor Meritissimo de este Juzgado,
y Alcalde mayor por lo Civil de
Barcelona.



1 **E**sta pretension de Joseph Rovinat tan estraña, y el contrato en que la funda tan inverosimil, que solo proponerle era bastante para hazerle increíble: Dize, que Juan Riera le dió orden, para que entregasse por su cuenta 600. quarteras de trigo, y 1300. de cevada, à Juan Solanet, Guarda Almacen de Guissona, y que le prometió dar igual cantidad de granos en esta Ciudad de Barcelona, tanto si les cobrava, como si no les cobrava de la Provehedia.

2 Sobre este contrato, que seria de mutuo, se halla radicada la substancia del Pleyto: Pretende Rovinat, que le huvo, pero no expresa lugar, ni tiempo: Niega Riera su existencia, y dize, que fo-

A

lamente

lamente le entregó los recibos, para que le agenciasse la cobrança, los quales por no averse logrado, les ha presentados originales en los autos: No ay escritura publica, ni privada: Todo se reduce à prueba extrinseca.

3 Si esta pretension se fundasse en vn contrato regular de compra, y venda: esto es, que Riera le huviesse dado orden de poner los granos en el Almacen, prometiendo pagar su valor à vn precio ajustado; Seria ya que no provada, alomenos regular, y verosimil; porque no era extraño, que se expusiesse à la contingencia de no cobrarles del Provechador, por la esperança de conseguir cobrandoles, el beneficio de la ventaja que tienen los precios en Barcelona.

4 Pero fundar la pretension en vn contrato irregular, en el qual se supone, que Riera prometió entregar igual cantidad de granos en Barcelona, tanto si cobrava, como sino cobrava, assegurando con esto todo el provecho à Rovinat, y assumiendo sobre si todo el daño, que podia resultar del negocio, sobre no tener interés alguno, por el qual se viesse precisado à cuydar de la provision del Almacen de Guissona: es cosa verdaderamente que por mas esfuerço pongan en ponderarla, siempre ha de repugnar al entendimiento el persuadirla.

5 Lo que no es verosimil, no es creible, segun la regla Juridica, exornada con varios textos en Gotofredo, *in notis margin. ad l. in obscuris* 114. de reg. jur. lit. D. Mascard. de probat. conclus. 1364. à num. 1. ad 4. Valenzuela, *cons.* 169. num. 124. Afflicis, *decis.* 363. num. 7. Menoch. de arbitr. lib. 2. casu 85. Cassanat. *consil.* 39. num. 60. Luego si no es verosimil, que entrasse Riera en celebrar vn contrato, en el qual toda la pérdida fuesse suya, y al contrario de Rovinat todo el lucro; ha de ser por consiguiente increíble, que celebrassen los dos entre si semejante contrato. Dexando aun la ponderacion de ilicito, que no seria extraño, por suponerse prestados los granos, obligando al mutuario à darles en otro parage, en donde son mas crecidos los precios. Navarro, Anton. Goffred. y Hostiense, á quienes citan, y figuen Peguera, *tom.* 1. *decis.* cap. 32. num. 12. y Calderò, *decis.* 54. num. 77.

6 Se ha propuesto lo referido, no porque en ello consista la defensa desta Parte, sino para dár ya desde principio vna idea, de la repugnancia que incluye la pretension contraria; Y supuesto es preciso, hallandonos en la controversia juizial de vn Pleyto, examinar las pruebas que han dado las Partes; emprendemos ya este assumpto, dividiendo en quatro Puntos el Allegato.

7 El primero, será discutiendo por la prueba que ha dado Rovinat, y manifestando, que ni separada, ni de por junto, es bastante para tener provado el contrato, que ha supuesto: El segundo, por la que

favo-

Inverosimile

Mutuum tritici
quomodo dicitur

3
320
favorece à Riera, casi vnicamente sacada de los Instrumentos, que el mismo Rovinat ha producido : *El tercero*, darà vn cotejo, y parangon entre las dos pruebas : *El quarto* : responderà à vna dificultad, que nos propuso el Noble Assessor en el informe.

§. I.

8 **A** Tres especies se reduce la prueba, dada por Rovinat en los Autos : *La vna*, es directa sobre la realidad del pretendido contrato : *La otra*, quiere inferirle de vna ratificacion, ó nueva obligacion, que supone à su favor contratada : *Y la vltima*, la reduce à tres conjeturas, ponderadas para el fin de hazerle verosimil : Seguiremoslas todas por orden, y entramos à la primera.

9 El contrato controvertido le articulò en el Capitulo 3. de 16. de Abril 1720. y es su tenor como se sigue : *Otrofi*, digo que el mismo Juan Riera, continuando su negociacion, acordò con dicho Joseph Rovinat, en el intermedio de los referidos años 1715. y 1716. que dicho Rovinat entregasse à Don Juan Solanet, Provedor por cuenta de dicho Juan Riera 1300. quarteras de cevada, y 600. quarteras de trigo, prometiendo, que le entregaria otra tanta cantidad de cevada, y trigo en la presente Ciudad de Barcelona.

10 Sobre el contexto de este Capitulo, se han de hazer dos reflexiones : La primera, es el no expressar, de que Riera se obligasse à entregar los granos en Barcelona, tanto si les cobrava, como si no les cobrava del Provedor ; antes bien esta circunstancia la allega en el Capitulo 11. por nueva obligacion contratada despues del contrato controvertido : Tengase esto presente, y recurrase à lo que diremos à num. 60. ad 67. pues con ello quedará evidente, que aunque diessemos este Capitulo por verdadero, solamente podria inferirse vna obligacion contratada, como à factor de la provision, y vnicamente obligatoria, en el caso de que Riera llegasse à cobrar del Provedor los granos en Barcelona.

11 La otra consiste, en que no designa lugar, ni tiempo, quedandose con la generalidad comprehensiva de dos años enteros, y por consiguiente en terminos de vago, general, y obscuro ; cuyo genero de Capítulos es reprovado, por la inferitud que de ellos resulta. Peguer. *in praxi rubr.* 12. num. 8. & ibi Ripoll, num. 20. Fontan. *decis.* 374. num. 12. Micalor. *de posit. cap.* 7. *de positione obscura, & incerta*, num. 13. ibi : *Secundum exemplum est si ponens dicat sibi fuisse promissa centum absque vlla temporis praescriptione* : Tristany, *decis.* 107. num. 32. en donde propone los casos, en los quales el libello se reputa obscuro, y entre otros, quando no es coarctado, ibi : *Quarto ratione locutionis non coarctata.*

articulus vagus, generalis, et obscurus, et non sequitur.

12 Tan grave es este defeto, que aunque se encuentren Testigos, y adveren el Capitulo, no por esso queda provado, Gratian con otros, *decif. 171. num. 13. ad 14. Michalor. de posit. cap. 20. ibi: si fiat positio de aliqua obligatione, debet opponi tempus ipsius obligationis, aliter non valet positio, nec reus respondere tenetur; ut si ponas, à te fuisse promissa centum, nec dicas quo tempore, nulla, & impertinens est positio; & rationem esse dicunt, quia similis positio absque tempore, etiam probata non relevaret.*

13 La razon es natural; porque tratandose de vn hecho, cuya existencia pretende el Actor, como à fundamento principal de su pretension, y al contrario la niega el reo, consultiendo en esta negativa toda su defensa; si se atendia el libello, ò el Capitulo del Actor, en que allega el hecho controvertido, sin concretarle à circunstancias de lugar, y tiempo, sería impossibilitar, y hazer inutil la defensa al reo, à quien es imposible el encontrar Testigos, que puedan declarar sobre la negativa, sin coarctarla: Farinac. *de Testib. quest. 65. num. 221. Calderò, decif. 8. num. 1. & 2.* con otros muchos que citan.

14 Y este es el motivo, por el qual la Real Audiencia, reprovò ciertos Capítulos, en el caso que refiere Fontan. *d. decif. 374.* segun parece de lo que dize este Autor, *num. 6. ibi: Sed vidi quosdam tam sagaces, qui aliter conciperent istos articulos, vel ut adversanti defensionem eo modo tollerent, aut alias,* y despues de aver dicho, que les reprovò el Senado, propone, y exorna los motivos, y en el *num. 15.* el siguiente: *Deinde, illud inconveniens, quod consideravit Senatus, quia alias praecluderetur via Adversario dandi Interrogatoria, & articulandi de contraria materia, quae tam de jure communi, quam etiam de jure municipali reo permituntur contra Actorem, & è contra, est evidens; quomodo enim hac fieri possent respectu articulorum procedentium cum dicta incertitudine.*

15 Ni obsta el que se halle yá el tiempo circunscrito, al intermedio de dos años 1715. y 1716. Porque en esta materia de coarctar lugar, y tiempo, à fin de quedar claro, y determinado el Capitulo, dexando capacidad para la prueba en contrario sobre la negativa, no basta que se limite à años, ni à meses, sino que deve designarse la hora, ò alomenos el dia, porque es igualmente imposible encontrar Testigos para la negativa coarctada á vn mes, ò á vn año, como el encontrarles por la negativa absoluta, è indefinita. Gratian, *discep. forens. cap. 525. num. 33. Farinac. quest. 65. num. 227. Postio, resol. 106. num. 50. Conciol. alleg. 79. num. 10. & 15. & allegat. 88. num. 51. Calderò, decif. 8. num. 4.*

16 Assi como ni tampoco obstaría si se dixesse, que las circunstancias de lugar, y tiempo, no son necessarias para la prueba, quando

Senes

negativa coarctada

321

do ni el tiempo, ni el lugar son de substancia del contrato, ù del hecho que se disputa: Porque esta question, à mas de ser dudosa, como se dirà en el *num. 53. ad 56.* solamente pertenece à las declaraciones de los Testigos, pero no se extiende à tanto, que pueda aplicarse al contexto, ò la formacion de los Capítulos: Està bien que hagan prueba los Testigos en su caso, aunque no declaren, ni se acuerden del lugar, y tiempo, pues no queda por esso privada la parte de hazer la prueba conveniente sobre la negativa, coarctandola al lugar, y tiempo que expusò su contrario en el libello, ò en los Capítulos; pero que pueda admitirse, quando ni en el libello, ni en los Capítulos, ni en los Testigos designò el Actor el tiempo, y lugar de su pretendido contrato; esto es lo que repugna, lo que niegan los Autores, lo que fue repellido por la Real Audiencia en el caso de Fontanella, y lo que puntualmente concurre en este caso.

17 Esto supuesto, yà no era necessario el registrar la prueba; porque siendo el defeto en el libello, y en el Capitulo, poco importava, que con las declaraciones de los Testigos quedasse adverado, segun Gratian, Michalor, y los demàs Autores, citados arriba: Sin embargo veamosla, porque de ella misma resultará que es ninguna.

18 Quatro son los Testigos ministrados por parte de Rovinat, sobre el referido Capitulo, Nicolàs Filler, Rafael Manonelles, Agustín Joseo, y Juan Solanet: El ultimo no solo, no advera el Capitulo, antes bien declara lo contrario, como se dirà en su lugar, §. 2. à *num. 111. ad 135.* y aun por esso la parte de Rovinat en el *num. 3.* de su Allegato, solamente allega su favor los tres primeros, de los quales vnicamente tratarèmos aora, dexando para su lugar la declaracion de el otro.

19 Nicolàs Filler advera el Capitulo, *por hallarse presente, quando se hizo dicho acuerdo, y aver transportado parte de dichos granos, y correr despues de dicho acuerdo la publica, y comun voz, y fama.* Este Testigo, aunque declare *de veritate facti, y de publica voce, y fama,* queda sin embargo en terminos de solo, y vnico; en tanto que no se pretende por parte de Rovinat, tener provado el contrato con dos Testigos contestes (hablando de los que se han recibido en tiempo habil, antes de la publicacion, y conclusion del Pleyto) solamente se pretende, que de la declaracion deste Testigo, por ser de *veritate facti,* resultaria vna semiplena prueba, y que esta, vnida con adminiculos bastantes para otra semiplena, constituiria vna prueba plena, y perfeta: Pero si nosotros provamos, que por si sola no es bastante, à fin de inducir prueba semiplena, quedará con esto desvanecido todo el fundamento contrario.

20 Que no lo sea es cierto; porque à fin de inducir vna semiplena prueba, es menester, que declare el Testigo con toda claridad

B

del

del hecho, Ripoll, *de Magistr. logia*, cap. 9. num. 63. mayormente quando declara sobre vn hecho inverosimil, para lo qual se necessita, que de vna razon concluyente. *L. Non est verosimile* 23. ff. *quod metus causa*, ibi: *Huiusmodi presumptioni debet aperitissimas probationes violentia oponere*, Mascardo, *de probationib. conclus.* 1364. num. 9. Y no individuando en su declaracion las circunstancias de lugar, y tiempo, no puede dezirse que declare con claridad, y perfectamente sobre la verdad del contrato.

21 En segundo lugar, por ser de humilde condicion, à vista de declarar el mismo sobre el Capitulo 1. que desde el año 1714. al 16. su exercicio era el de transportar granos; y para hazer prueba semiplena, es menester que el Testigo sea calificado, y mayor à toda excepcion, Bartol. *in l. Admonendi*, ff. *de iure iurandi*, num. 37. Barcia, *decis.* 147. num. 1. & 4. Fontan. *decis.* 258. num. 2. Scoppa, *ad Gratian. observ.* 192. num. 19. aludiendo à esto el texto de la *l. Testium* 3. ff. *de testibus*, ibi: *Testium fides diligenter examinanda est, ideoque in personarum exploranda erunt, in primis conditio cuiusque, utrum quis decurio, an plebejus sit.*

22 Y por ultimo, porque à fin de que vn Testigo por sì solo haga semiplena prueba, es menester que sea tal su declaracion, que con otra semejante la hiziesse plena, y perfecta, como à mas de ser notorio, lo advierte Farinac, *de Testib. quest.* 63. num. 52. En este caso dos Testigos conformes à lo que declara Filler, no serian bastantes, para hazer prueba perfecta, por los motivos que se daràn à num. 54. ad 56. hablando de la declaracion de Pedro Bergeret, Testigo recibido despues de la publicacion: Luego ni tampoco es bastante la declaracion de Filler, para hazerla semiplena.

23 Yà tenemos provado, que Nicolàs Filler no haze prueba semiplena, y assi, aunque huviesse adminiculos bastantes para hazerla, no podrian vnirse con la declaracion deste Testigo, Mascardo, *de probat. conclus.* 1223. num. 11. Menoch. *de presumpt. lib.* 1. *quest.* 41. num. 5. Pero en realidad no ay tales adminiculos, alomenos suficientes, y en su ser perfectos, como es necessario, para vnirse con vn Testigo de *veritate facti*: Mascard. *d. conclus.* 1223. à num. 33. ad 40. Quesada Pilo, Anfaldo, Cancer, Cyriaco, Scobar, Noguerol, citados *infra*, y en parte transcritos à num. 97. ad 101.

24 Los que ha ponderado Rovinat, son los que resultan de los otros dos Testigos, y en primer lugar el de la declaracion de Rafael Manonellas, el qual avera el Capitulo, por averlo oido à dezir assi como contiene dicho Capitulo, y por ser, y aver sido tal por la presente Villa (es la de Guiffona) la publica, y comun voz, y fama, y publico, y notorio: De este Testigo, vnido con el antecedente, pretende resultar prueba entera; esto es, vna semiplena, por lo que ha declarado Fi-

ller

Testis unicus, ut semiplena probet et non suff.

Testis de veritate facti cum adminiculis et non suff.

7
ller de *veritate facti*, y otra semiplena por la voz, y fama publica, de que declaran el mismo Filler, y Manonellas; haziendo con esto Filler dos papeles, vno para hazer de por sí semiplena, declarando de la verdad del hecho, y otro para vnirse con Manonellas, haziendo los dos otra semiplena declarando de la fama; para cuyo fin se vale del lugar de Menoch. de *presumpt. lib. 1. quest. 41. num. 5.* y le transcribe en el *num. 4.* de su Allegato.

25 Contra este enlazamiento de pruebas, que à la verdad es muy sutil, y delgado, tenemos primeramente à Font. el qual sin embargo de que en la *decis. 258. per tot.* es del mismo sentir que Menoch. hablando del adminiculo de la confession extrajuzial, con todo es de contrario parecer en terminos de la fama, para cuyo adminiculo dize, que se han menester dos Testigos distintos, de aquel que declaró de la verdad del hecho, como es de ver en el *num. 7. ibi: Idem est quando vnus Testis deponit de veritate facti, & Alii duo de fama, quando tamen fama semiplenè probat; funguntur enim huiusmodi imperfecta probationes, ad vnam perfectam probationem.*

26 En segundo lugar se responde, que Menoch. habla con el supuesto, de que el Testigo de *veritate facti*, haga de por sí semiplena prueba, y assi mismo, que la fama sea tal, que haga otra semiplena; y vnicamente con este supuesto admite la vnion de los dos adminiculos, ibi: *Cum itaque Testis ille respectu veritatis semiplenè probet, & illa etiam fama duorum Testimonio confirmata aliam semiplenam probationem faciat, facile coniunguntur ad faciendam plenam, & perfectam probationem;* con el qual concuerdan, Fontanella, transcrito arriba, *d. decis. 258. num. 7.* Barzia, *decis. 147. num. 14.* Quesada Pilo, *disert. 16. num. 102. & 103.* Y por consiguiente, aviendo nosotros provado, que la declaracion de Filler, no haze por sí sola vna prueba semiplena, ni estamos en el lugar de Menochio, ni puede vnirse este Testigo con la fama.

27 Tercio, y continuando el mismo motivo, porque ni la fama es tal, q̄ de ella pueda resultar vna semiplena, à vista de q̄ ninguno de los dos Testigos expressa persona cierta, de la qual lo ayan oïdo, ni menos que esta voz, y fama fuesse yà originada antes del Pleyto: Y faltando estas circunstancias es cierto, que no queda perfectamente provada, porque pudo aver tenido origen del dicho de Personas de poca fee, y credito, y pudo aver nacido de la misma introduccion del Pleyto, publicandolo Rovinat, y creyendolo los otros, Quesada Pilo, *disert. 16. num. 109. & duobus seqq.* Tristany, *decis. 89. num. 23.* Gratian, *discep. Forens. cap. 78. num. 37. cum seqq.* Rota, *post observ. Meli. decis. 114. num. 18. eadem Rota, part. 19. recen. decis. 100. num. 19. & 20.* Barbosa, *in vot. decis. lib. 3. vot. 176. num. 155.* Mansio, *consult. 342. num. 40. & 41.*

T por.

322

Testis de veritate facti, et de publica voce, et fama et n. 1899

confessio extrajudicialis

si vnus de testibus...

vnus, et fama publica ut dicat probata?

28 Y por ultimo, respondemos, que Menochio habla de los Pleytos leves, y de poca entidad, como es de ver en el num. 1. de la citada *question. 41.* pero quando el Pleyto es grave, y quantioso, como lo es este, no basta la fama, para que vnida con vn solo Testigo, pueda inducir plena prueba: *Scobar, de puritat. part. 1. quest. 10. §. 1. num. 5.* *Mascard. de probat. conclus. 699. num. 15.* *Valenzuela, consil. 169. num. 117.* *Quesada Pilo, disert. 16. num. 103.* con otros muchos que citan.

29 El otro adminiculo, ponderado por Rovinat, es la declaracion de Agustín Joseo, el qual, si bien no advera el Capitulo, pero dize, que se acuerda aver oído à dezir à los expressados Solanet, Rovinat, y Riera, el trato, y negociacion, que expressa el Capitulo, empero no le acuerda, en que numero de quarteras, y especie de granos recayesse.

30 Esta declaracion se reduce á averlo oído à dezir à Riera; Porque en quanto declara de Solanet, no deve atenderse, hallandose como se halla este ministrado por Testigo, y diziendo lo contrario, como se verá en su lugar en el §. 2. à num. 111. ad 135. y en quanto à Rovinat, es circunstancia, que no dà, ni quita, por ser este el Actor demandante en este Pleyto.

31 Siendo, pues, la declaracion reducida al averlo oído à dezir à Riera, viene à declarar de vna confesion extrajuzial; Y por consiguiente estamos en la question, de si vn Testigo de *veritate facti*, con otro Testigo de confesion extrajuzial pueden vnirse, y son bastantes para inducir prueba perfecta; mayormente quando la confesion extrajuzial, no es hecha en presencia de la Parte.

32 Esta question la resuelven los Autores, con tanta vniformidad por la negativa, que seràn muy pocos, los que se enquentran en contrario: *Farinac. de Testib. quest. 64. num. 123.* *Conciol. alleg. 46. num. 23.* *Fontan. decis. 258. num. 6.* *Angel. de Confes. lib. 1. quest. 8. limit. 1. num. 17.* *ibi: Si autem hujusmodi extrajudicialis confessio probatur per unum Testem, non conjungitur cum alio Teste deponente de veritate facti, signanter si facta sit confessio parte absente.*

33 La razon es evidente; porque segun se ha dicho en el n. 23. para integrar la prueba de vn solo Testigo de *veritate facti*, deven concurrir adminiculos provados perfectamente en su especie: La confesion extrajudicial no queda en su ser provada, sino es que concurren dos Testigos, y aun contestes de lugar, y tiempo, *Mascardo, de probat. conclus. 379. num. 6. & 7.* *Afflict. decis. 364. num. 4.* *Vrceol. de transact. quest. 58. num. 42.* *Luca, de credito, disc. 79. num. 5.* *Citiac. controuv. foren. 91. num. 9. & 20.* *Noguerol, allegat. 16. n. 82.* *Fontan. decis. 258. num. 24.* *Amigant, decis. 27. num. 10.* Luego siendo solamente provada con vn Testigo, y aun sin las circunstancias de lugar,

in fine lev

Testis unus de veritate facti, cum alio de confessione extrajudiciali non est et non suff.

Confessio extrajudicialis, ut dicat probata, non debent adminiculari

323

lugar, y tiempo; no puede servir de adminiculo para completar la declaracion de otro Testigo *de veritate facti*.

34 A esto se reduce la prueba que ha dado Rovinat antes de la conclusion del Pleyto, sobre la realidad de su pretendido contrato; Pero reconociendo el mismo lo debil, y lo ineficaz de ella, despues de publicados los Testigos, y despues de aver visto su Abogado las declaraciones, quiso ministrar otro Testigo con el pretexto de ser el que estava mas noticioso del hecho; y de no averse podido recibir antes de la conclusion: Y suponiendo que estava *de recessu*, pidió que fuese recibida su declaracion encontinente, con condicion, que en caso que despues pareciesse ser invalidamente recibido, no se haga caso, ni razon de su deposicion. Son palabras formales del pedimiento de Rovinat. Opuesta esta Parte à la pretendida recepcion con pedimiento de 1. de Febrero 1721. persistió Rovinat en su instancia, con el principal motivo de que por dicha recepcion con la condicion expresada no se hazia perjuizio alguno à esta Parte, y en efecto proveyò el Assessor con auto de 2. de Febrero 1721. recibase incontinenti, sin aprobacion por agora de sus dichos, y sin insertarse en los autos.

Testigo de veritate facti
que en el auto de 2. de Febrero 1721. se dice
que se recebia incontinenti

que en el auto de 2. de Febrero 1721. se dice
que se recebia incontinenti

35 En fuerza deste auto se tomó la declaracion de Pedro Bergeret sobre los Capítulos presentados por parte de Rovinat, el qual declarando sobre el Capitulo 3. propuesto arriba en el num. 9. le adviera absolutamente, por aver pasado el ajuste expressa este Capitulo, en presencia de el Testigo, y assi mismo porque de orden, y por cuenta de dicho Don Iuan Solanet, Guarda Almacen principal de los Partidos de Urgel, Lerida, y demàs; y como Guarda Almacen referido (este Testigo supone, que el era Guarda Almacen de Guissona) y dependiente de dicho Don Iuan Solanet, recibió el Testigo de dicho Rovinat por cuenta de dicho Riera, la mayor parte de los granos expresa el Capitulo; y con esta declaracion se persuade Rovinat, que ha llegado à hazer vna perfecta prueba por tener, como dize, dos Testigos contestes de la verdad del hecho; ò por lo menos, que le adminicula, y completa la que antes de la conclusion avia dado.

que en el auto de 2. de Febrero 1721. se dice
que se recebia incontinenti

36 Pero antes de entrar à discurrir sobre la prueba, que puede resultar deste Testigo, es preciso tratar primeramente de su recepcion; mayormente aviendo sido executada con la condicion expresa, de que no siendo valida, no se pudiesse tomar atento della; por cuyo motivo mandò el Noble Assessor, que no se incertasse en los autos, y por este mismo se halla formado incidente por parte de Riera, sobre que sea rasgada, ò borrada, de forma, que jamás parezca.

37 Que esta pretension de Riera sea fundada en derecho, es constante, suponiendo primeramente como à cierto, (por mas que Rovinat diga lo contrario en su Allegato) que el Testigo fue recibiendo,

C do,

do, no de officio, sino à instancia de Parte; y es tan cierto, que solo se necessita de ver las dos Peticiones de 31. de Enero, y de 2. de Febrero 1721. con las quales hizo Rovinat formal instancia, y pedimiento, para que fuesse recibido.

38. Supuesto lo referido, estamos puntualmente en la regla de la Novel. de Testibus 90. cap. quia vero 4. de la Auth. *atqui semel. C. de probat.* y del cap. *Fraternitatis* 17. extra de Testib. que prohibe à las partes la nueva recepcion de Testigos, despues de ser vistos, y publicados los primeros, como con Fabro, Peguera, Menochio, Cancer, Fontanella, y otros, lo exorna Ripoll, ad Paguera, *in praxi, rubr. 18. de Testib. num. 40. & seqq.* y los Repetentes sobre el citado cap. *Fraternitatis.*

39. Es en tanto, que aun en los negocios criminales, en los quales no tiene lugar el cap. *Fraternitatis*, y por configuiente puede el Juez *ex officio* recibir nuevos Testigos, publicados ya los primeros; sin embargo, si la Parte les subministra, no puede entonces recibirles, porque no seria la recepcion *de officio*, sino à instancia de Parte; y porque igualmente se rezela el suborno, quando la Parte subministra los Testigos, como en el caso en que haze instancia formal, y expressa Mieres, *in Curia Barchinonæ Regis Ferdinandi, cap. 36. de publicat. inquisit. coll. 9. num. 8. & 9. & in secunda impres. num. 19. Farin. de testib. quest. 75. num. 426. Cancer, var. part. 1. cap. 20. num. 45. Sanfelicius, decis. 22. num. 20. Pareja de instrumentor. edition. part. 2. tit. 6. resol. 3. num. 106. & duob. seqq.*

40. Assi mismo, aunque en los juizios civiles en algunos casos los Supremos Senadores, ò por ambiguidad de pruebas, ò por incertitud del hecho, ò por otros motivos relevantes, pueden *de officio* despues de publicados los Testigos, bolver à interrogarles, recibir Testigos nuevos, relacion de Peritos, ò otra especie de pruebas; pero esto ha de ser de manera, que sea meramente *de officio*, y sin concurrir instancia de Parte, Ferrer, *part. 3. observat. cap. 288. num. 1. ibi: Denuntiato processu Relatores Causa ex officio, & non ad instantiam Partis consueverunt ad eruendam veritatem, & tollendum dubium interrogare, &c.* Y en el num. 2. respondiendo à la Constitucion de Cathaluña, y persuadiendo, que es conforme, y no contraria, al derecho comun, dize: *Quod Capitulum loquitur, quod ad Partes, & ad instantiam Partis, & nihil dicit de Indice volente procedere ex suo officio proprio, sine instantia Partis, & solum ad eruendam veritatem.* Tristany, *decis. 107. num. 1. ibi: Vel ex officio, pro nova relatione fienda applicarentur Periti partibus ignoti.* Y en el num. 13. en el qual atesta de la observancia de la Real Audiencia, *ibi: Fuit applicatum nobile officium Iudicis, tum in nova interrogatione Testium, tum in nova expertorum relatione, incitatis Partibus, & postea in processu producta.*

Acos-

didicij testificari
et, nequeunt recipi
novi Testes
et n. n. seqq.

quid hoc cap. in
judicio criminali

An indenata su-
perno, et in judicio
civilis

et an ad instantiam

Partis
et n. n. seqq.

41 Acoffado Rubinat con la fuerça de esta regla, ha querido darle tres inteligencias en el num. 6. de su Allegato; La primera, que no procederia quando la Parte tuvo impedimento legitimo para poder recibir los Testigos antes de la publicacion; La segunda, quando ofrece jurar, que no ha visto las primeras declaraciones; La tercera, que sirven alomenos para instruir el animo del Juez, aunque no hagan prueba perfecta. Veamos si estas inteligencias van fundadas, y si se aplican.

42 En quanto à la primera, cita à Surdo, decis. 153. num. 24. & ibi Hodierna, Franch. decis. 371. & ibi Luca; Pero aviendo examinado estos AA. encontramos, que Surdo solamente propone la regla general, de que puede el Juez en algunos casos permitir, que se reciban nuevos Testigos, publicados los primeros, si ay para ello justo motivo, ibi: *Potest enim iudex publicatis attestacionibus novos recipere Testes, si iusta aliqua causa subsit*; pero no dize, que sea bastante motivo el allegar la Parte de que no pudo recibirles, antes de la publicacion, y el caso à que lo aplica es muy distinto, pues no se tratava de recibir Testigos sobre lo mismo que se avia articulado en quanto al negocio principal del Pleyto, si unicamente à fin de desvanecer las objeciones, y taxas, que oponia la Parte contraria, contra los que avian sido recibidos, y aun concurría la circunstancia de no averse visto los Testigos contrarios, como es de ver en el num. 23. ibi: *In facto autem cessant omnes amaritudines, quia Bonacolci non viderunt Testes adversarij, & quia agitur de reprobandis testibus reprobatorijs, non autem de reprobandis probatorijs: Et si Testes recipi possunt publicatis attestacionibus, ut reprobentur alij tanquam falsi, quare non admittentur, ut Testes jam examinati defendantur à falsitate.*

43 Hodierna dize unicamente, que puede el Juez *ex officio* recibir nuevos Testigos, porque entonces cessa el temor del soborno; y aunque en el num. 4. añade, que segun la practica del Reyno de Napoles, publicadas las atestaciones, pueden recibirse aquellos Testigos, que fueron citados dentro el termino legitimo; pero vna cosa es la publicacion, y otra el aver visto los Testigos: La publicacion sirve solamente para la conclusion del Pleyto, y en Italia no impide la nueva recepcion de Testigos, mientras la Parte no aya visto la declaracion de los primeros, Surdo, dict. decis. 153. num. 2. ibi: *Eodem quoque modo si publicatio sit rite facta, sed Pars non didiscit testificata, non excluditur productio aliorum Testium*; y mas difusamente Carolo Antonio de Luca, *in praxi judiciaria, cap. 58. per tot*: Amás de que ni en el caso presente avia Rubinat citado, y jurado à Bergeret antes de la publicacion.

44 Franchis, y Luca hablan del caso en que la Parte avia dado la nota de los Testigos, y despues de aver visto sus declaraciones, advirtió,

Handwritten notes in brown ink, partially illegible.

Handwritten notes in brown ink, partially illegible.

Handwritten notes in brown ink, partially illegible.

Handwritten notes in brown ink, partially illegible.

Handwritten notes in brown ink, partially illegible.

virtió , que el Juez , ò Escrivano avian omitido el tomar la declaracion de alguno dellos : En este caso concuerdan , que puede recibirse, de cuyo sentir son tambien Font. *decis.* 22. *num.* 27. Carol. Anton. de Luca, *in praxi judicial. dict. cap.* 68. *num.* 4. y la razon es clara por dos motivos; *Primeramente*, porque cessa la presumpcion del soborno, aviendo ya sido presentado de antes; *Secundo*, porque no podia advertir la Parte esta omission, hasta que viò las declaraciones; *Tertiò*, porque la culpa del Juez , ò del Escrivano , no puede servirle de perjuizio; cuyos motivos recopilò Franchis , à quien siguen los demàs Autores, *dict. decis.* 371. *num.* 1. *ibi* : *Et hoc concludunt, quia in hoc cessat timor subornationis, & non poterat ad ea advertere Pars, nisi ipsis testificatis, jam didiscitis, & culpa Iudicis, vel examinantis non debet esse, &c.* Vease aora si estos motivos conducen al caso , en que nos hallamos, y con esto se verà si estamos en terminos de la primera inteligencia ?

45 Amàs de que no explica Rovinat el impedimento , que supone aver tenido para no poder ministrar por Testigo à Bergeret; y aunque en la Peticion de 31. de Enero 1721. diò por constante, que avia sido por hallarse en la Villa de Epila Reyno de Aragon; pero no se alcança como podia servir esto de impedimento, teniendo el medio regular de pedir letras subsidiarias, durante las dilaciones, y antes de la conclusion del Pleyto.

46 Ni puede dexar de advertirse , que en los autos se halla vn Certificato dado por el mismo Bergeret à favor de Rovinat , en 20. de Março 1716. del qual se vale Rovinat , aviendole producido para otros fines: De esta circunstancia se infieren dos cosas; La vna es, que no puede ponderar el impedimento, pues assi como se previno antes de partirse Bergeret con el Certificato que ha producido, podia tambien prevenirse con otro Certificato, que declarasse alomenos extrajuzialmente lo que supone aver passado en el contrato; La otra, que aviendo tomado Certificato de Bergeret, sin hablar cosa alguna del pretendido contrato, es indicio vehemente, que no podia declarar cosa alguna sobre este assumpto; y por esto se ha de recelar con mayor motivo el soborno.

47 La segunda inteligencia la funda en el lugar de Font. *decis.* 102. *num.* 25. con el qual pretende provar, que jurando la Parte no aver visto los Testigos, podria passar à la recepcion de otros, aunque su Abogado, ò Procurador huviesse visto los primeros: Esta inteligencia, ni la aprueba Fontanella, ni podia aprovarla, por ser contraria à la disposicion del derecho : Que no la aprueve es constante, porque solamente propone la question, sin decidirla, contentandose con referirse à dos lugares de Surdo, en vno de los quales lo afirma, y en el otro lo niega.

Que

quid si per omissionem iudicis, vel scribae, aliqui non fuerint recepti in causa legitimè venturorum

Culpa Iudicis, sive Notarii

Testibus publicatis, & in obliato per partem juramentorum et n. n. de p.

325

48 Que sea contraria à la disposicion del derecho , lo prueba la misma Novel. de Justiniano , que es la Novel. 90. de Testibus , cap. quia vero 4. vers. Si vero; y la Autentica : At qui semel , vers. Si vero, Cod. de probat. en cuyos textos se establece , que para concederse la quarta produccion de Testigos, es necessario que jure primeramente la Parte, de que ni ella, ni sus Abogados, ò Procuradores, han visto, ò sabido las declaraciones primeras: Son literales las palabras del texto, ibi : Primitus Sacramento dando ab eo, quod neque substraxit, neque percunctatus est attestations, neque ipse, neque aliquis Advocatorum ejus, aut omninò pro eo agens : Luego si la Parte ha de jurar copulativamente, que ni ella, ni sus Abogados han visto los Testigos; claro es, que no ha de bastar el juramento de que no les ha visto la Parte, ayiendolos visto los Abogados della; conforme lo ha declarado pocos dias haze la Real Audiencia , con Real Provision de 5. de Octubre de este año, en el Pleyto de Don Pedro de Canal , con los Regidores del Lugar de Tossa, Escrivano Juan Solsona.

49 Y aun por esso es constante entre los Autores , que basta el aver visto los Abogados las declaraciones, y aun el aver obtenido comunicacion de autos , para que no se admita à la Parte produccion de nuevas pruebas, Fab. in Codicem, lib. 4. tit. 15. de Testib. defn. 17. in not. num. 4. ibi : Sufficit enim, ut didiscita sint ab Advocato, vel Procuratore dicta Testium, licet non fuerint didiscita ab eo ipso, qui Testes produxit, &c. Ripoll ad Peguer. in praxi, rubr. 18. de Testib. num. 40. con vn exemplar de la Real Audiencia , en donde se denegó la prueba por la sola comunicacion de los autos al Abogado , con los Testigos , sin embargo de que la avia pedido sin ellos; y la razon es la que dà Fabro en la citada definicion 17. in fine, hablando de los Abogados, ibi : Quorum scientia aequè, ac ipsius Litigatoris merito suspecta Adversario esse debet, &c.

50 Para la tercera inteligencia cita el Cap. cum clamor 53. extra de Testibus, Hodierna, decis. 153. num. 3. juncta decis. 59. Menoch. de arbitrar. lib. 1. quest. 34. num. 17. Fab. in Codicem, lib. 4. tit. 15. defn. 15. Xammar. de Officio Iudicis, part. 1. quest. 9. num. 213. Pero examinado el Capitulo, y los Autores, resulta, que de ninguno de ellos puede inferirse lo que pretende.

51 El Capitulo prueba , que puede el Juez recensir ex officio los Testigos que hablaron confusamente : Hodierna, Menoch. Fabro, y Xammar, proponen los casos , y limitaciones, que tiene la regla del Capitulo Fraternalitatis de Testibus; esto es, aquellos casos particulares, en los quales por algun especial motivo pueden recibirse nuevos Testigos , ù de officio , ò à instancia de Parte; aunque se ayan visto los primeros, en los quales dicen , que puede el Juez valerse de estos nuevos Testigos para instruir su animo, y aun para tomar motivo

D formal,

juramentum
de illis iudicibus
testibus quos

Instrumenta produca
ta por

Licet sit petita con-
municatio Proces-
sus absque Testibus,
in Advocatus pro
-cessu, ad qd po-
t na, se

Judex ex officio po-
test

quod in iudicio
est
est

formal, de sus declaraciones; Pero, que el Juez pueda valerse de estos nuevos Testigos para instruir su animo, quando la declaracion de ellos fue nullamente recibida, y fuera de los casos de las limitaciones propuestas por los Autores, esto, no lo hemos visto en alguno dellos; antes bien al contrario, que aquel Testigo, cuya declaracion se tomò, no pudiendose aver tomado, no solamente no haze prueva, pero ni aun indicio: Bartol. in l. 1. §. Divus, & §. Antoninus item in l. Maritus, num. 3. ff. de quest. Castrensis, cons. 284. num. 4. part. 2. Valenzuela, cons. 163. num. 41. ibi: *Et cum non debuerit examinari, etsi de facto examinatus fuerit, non potuit facere probationem, aut indicium.*

52 Ni puede Rovinat controvertirlo, aviendose el mismo sujetado con la Peticion de 31. de Enero 1721. à que no se hiziesse caso, ni se huviesse razon alguna desta declaracion, si despues pareciesse ser invalidamente recibida, como se ha dicho arriba en el n. 34. cuya condicion se ha verificado por los motivos que hasta aora tenemos propuesto; los quales quedan acreditados, con la mejor, y mas cierta censura del Noble Assessor deste Pleyto, el qual con auto de 1. de Febrero 1721. mandò, que el Escrivano no infertasse la declaracion de Bergeret en los autos, explicando el motivo, ibi: *Por no poder ser legitimamente hecha.*

53 Aunque à vista de tan solidos, y tan relevantes motivos, es cierto, que la declaracion de Pedro Bergeret se ha de facar de los autos; sin embargo, no podemos dexar de advertir *ex abundanti*, que aun permaneciendo, no tendria provado Rovinat su contrato con dos Testigos: La razon es, porque dexando à parte la question, si los Testigos que no declaran de lugar, y tiempo hazen perfecta prueva? En la qual estàn por la negativa, Baldo de Perusio, el Preposito, Bosio, Montisella, Caputaquen, citados por Farinacio de Testibus, quest. 64. num. 94. y el Señor Regente Calderò, decis. 7. num. 33. & 34. Y aun suponiendo que sea mas verdadera la afirmativa, quando el lugar, y tiempo no son de substancia del hecho que se controvierte: Lo cierto empero es, aun en sentencia de los que defienden la afirmativa, que si estos Testigos verosimilmente avian de estar informados de las referidas circunstancias de lugar, y tiempo, no hazen prueva perfecta si las omiten, como con Caccialupo, y Petra, lo establece Farinacio, de Testibus, d. quest. 64. num. 106.

54 Assi mesmo es cierto, que dos solos Testigos no pueden dextrarse contestes si omiten las referidas circunstancias de lugar, y tiempo, menos que sea citandose mutuamente, y contestando el vno del otro, porque de otra suerte, diziendo los dos que fueron presentes en el auto, y no haziendo el vno mencion del otro, es evidente, que son Testigos singulares, Farin. d. quest. 64. num. 76. citando à Baldo, y à

Petra,

Testis qui nullo modo recipi debet?

Testis non declarans de loco, et tempore, an?

Testes ut sint Contestes et n. n. 199.

Petra, y el Señor Regente Calderò *decis. 7. num. 6.* siendo assi, que estos Autores hablan del caso, en que vno de los dos Testigos avia ya declarado del lugar, y tiempo, y sin embargo, porque el otro no expresava estas circunstancias, ni contestavan los dos citandose mutuamente, dicen por esso, que no son Testigos contestes, sino singulares.

55 Lo mismo prueba la Sagrada Rota, *part. 15. Recentior. decis. 52. num. 12. ibi: Tales fuisse Testes inductos à Iulia inter se de loco, & tempore discordes, patet ex combinatione summarij; nam primus refert tantum audivisse, & signanter ultima vice in domo ejusdem Iulia de Rubeis, nihilominus non concordat cum primo, quia ab ipso non vocatur in contestem.*

56 No puede negarse, que Nicolás Filler, y Pedro Bergeret, avian de quedar informados verosimilmente del lugar, y tiempo en que pasó el pretendido contrato, si ellos se huviesen encontrado presentes como lo afirman; Ni es creíble, que el vno se huviesse olvidado de la presencia del otro: Sin embargo, ni declaran el lugar, ni el tiempo; ni el vno haze mencion del otro: Luego es claro, por las dos limitaciones propuestas, que no podrian dezirse Testigos contestes.

57 Pero à que fin nos detenemos en averiguar, si Bergeret contesta, ò no contesta? Quando ni aun es bastante para formar indicio: Diganlo Bartolo, Castrense, y Valenzuela, poco ha citados *num. 515* pues por mas que la declaracion quede en los autos, siempre quedará con el vicio de ser nullamente recibido; en cuyo caso, ni aun para indicio es bastante, segun los referidos AA.

58 A esto se añade lo del *num. 46.* esto es, que antes de empezar el Pleyto hizo ya vna declaracion sobre la entrega de los granos, y no habló palabra del pretendido contrato; señal evidente, que no podia dezir sobre el cosa alguna, y que el averlo dicho vnicamente despues de aver visto la Parte sus Testigos, y los contrarios, se ha de atribuir menos á la verdad que al soborno, como aun sin la referida circunstancia lo presume el derecho.

59 Por ultimo, dize Bergeret, que el mismo recibió los granos en el Almacen de Guiffona; quando del Certificato del Brigadier Bosseli producido por Rubinat, y transcrito en el *num. 106.* resulta, que en esta ocasion se hallava preso de orden suya; y quando las Partes contestan, en que fue Solanet el que recibió los granos. Qué indicio ha de resultar de tantas, y tales contradicciones? Y esto es lo que tiene mira á la primera especie de prueba, que ha pretendido dar Rubinat sobre la realidad de su ideado contrato.

60 Passando à la segunda de la ratificacion, ò nueva obligacion; que supone contratada à su favor por Juan Riera; la encontramos dedu-

deducida en el Cap. 11. de los que presentó Rovinat à 16. de Abril 1720. dize: *Que solicitando por diferentes vezes Joseph Rovinat mi Parte, à Juan Riera, que en atencion de aver entregado el dicho Rovinat las susodichas 1300. quarteras de cevada, y 600. quarteras de trigo, por su orden, y cuenta à Don Juan Solanet, que diese la debida providencia para que se le entregasse otro tanto grano en la presente Ciudad de Barcelona, en observancia del ajustado entre ellos; respondió siempre dicho Juan Riera, que dicho Rovinat tomasse paciencia, que èl le entregaria en breve dicha cantidad de trigo, y cevada en Barcelona, tanto si dicho Riera cobrava, como de otra suerte, reconociendose deudor à dicho Rovinat en las referidas cantidades de cevada, y trigo.*

61 Pero antes de averiguar la prueba, se ha de notar la diferencia que vâ de este Capitulo, al Capitulo 3. transcrito arriba num. 9. En el Capitulo 3. allegò Rovinat el contrato, diziendo, que Riera se obligò à entregar los granos en Barcelona; pero sin advertir, que les huviesse de entregar, cobrados, ò no cobrados. En este Capitulo allega la ratificacion, añadiendo, que al tiempo de solicitar la entrega, prometió Riera ejecutarla, tanto si cobrava, como si no cobrava: Y por esso quiere, que resulte al mismo tiempo, vna ratificacion del primer contrato, y vna nueva obligacion contratada por Juan Riera.

62 De esta diferencia arguimos, que en el pretendido contrato, dado fuesse verdadero, no se obligò Riera à entregar los granos en Barcelona, aunque no les cobrasse del Provehedor; sino que vnicamente se avria obligado à entregarles cobrandoles: la razon es evidente; porque si ya de principio se huviesse obligado con la referida circunstancia, avria sido superfluo el obligarle de nuevo. Mas el mismo Capitulo 11. indica, que el aver hecho Riera esta promessa, (hablamos siempre con la suposicion) fue para que Rovinat no se mostrasse tan molesto, y diese alguna espera à sus instancias, ibi: *Que dicho Rovinat tomasse paciencia, que èl le entregaria, &c.* Luego adelantava la obligacion mas allà de aquello à que se podia estender en fuerza del contrato; pues de otra suerte no añadiendo cosa, no era dar motivo à Rovinat, para que cessasse en la instancia; Esta estension no puede verificarse, sino es con lo que supone, de que entregaria los granos, cobrados, ò no cobrados: Luego es preciso, que la obligacion primera no llegasse à tanto, de que Riera huviesse de entregarles, aunque no fuesen cobrados.

63 De forma, que aquello que Rovinat ha querido allegar por ratificacion, no seria ratificacion simple, sino ratificacion, y declaracion muy perjuizial, y contraria à lo que pretende; pues al mismo passo de quedar el contrato ratificado, quedaria tambien declarado, que solamente fue obligatorio para el caso de cobrar Riera de la Provehedoria; cuyo caso no ha venido, y devia Rovinat probarle: Y por

coniguiente ; aunque diessemos por verdadera , y perfeta prueba la que ha intentado dar sobre el Capitulo 3. y de la qual se ha tratado arriba desde el num. 9. ad 59. no por esso estaria obligado Riera à la entrega de los granos, no constando, como no consta , les aya cobrado de la Proveheduria.

64 Dirà Rovinat, que siendo el Capitulo 3. concebido con la circunstancia , de que se avian de entregar los granos por cuenta de Riera; con esto quedaria bastantemente explicado, el que la promesa de bolverles en Barcelona se avia de entender, aunque no las cobrase de la provision : Pero respondemos, que Riera no podia aver executado el contrato en nombre proprio, sino vnicamente como à factor del Provehedor General del Exercito , del qual en realidad tenia comission para comprar granos, y en efecto comprò algunas partidas, segun lo declara Don Joseph la Cuesta , Contador que era de la Provision, sobre el Capitulo 11. de los que se presentaron à 1. de Junio 1720.

65 Y que este contrato, en el caso supuesto de ser verdadero, le huviesse executado como à factor, lo convence el mismo Rovinat en el Capitulo 1. de 16. de Abril 1720. en donde dize, que Riera hazia semejantes negocios, para el abasto de las Reales Tropas, y proveher los Almazenes de Tarrega, y Guissona; y no siendo, como no era interesado en la Provision, no podia executarlo en otro nombre, que en el de factor del Provehedor de viveres.

66 Esto supuesto es constante, que aunque se huviesse entregado los granos por cuenta, y orden de Riera; no por esso quedava obligado en nombre proprio, si solo en el de factor; y por coniguiente para el caso de que huviesse cobrado de la Provision; siendo cierto en el derecho, que el Factor, ò Procurador, no obligan sus bienes propios, sino lo expressan; l. Lutius Titius 20. ff. de instit. action. Hermosilla ad Lopez, in leg. 7. tit. 1. part. 5. glos. 4. num. 23. & seqq. Sanfelicio, decis. 182. Sabello, in summa, S. procurator, num. 5. y en terminos de mutuo, es literal el texto de la l. Si pupilli 6. S. etiam 1. ff. de negot. gest. Caldas, de emp. & vend. cap. 15. num. 56.

67 Luego no implica que Rovinat huviesse entregado los granos por cuenta de Riera, y que sin embargo necesitasse de nueva obligacion, para que este quedasse obligado en nombre proprio; esto es, tanto si cobrava como si no cobrava; Y sino, diganos, si ya le tenia obligado en nombre proprio, à que sin supone la nueva obligacion? Y como es que esta nueva obligacion supuesta, fuesse motivo para que se acallasse, y diesse alguna tregua à sus instancias? Cierro es, que no era motivo bastante, si ya le huviesse tenido obligado de principio.

68 Excluida ya la pretendida ratificacion, veamos aora si queda pro-

E pro-

Factor aut Procurator
hypothecca
in terminis mutui
in principio

152

provada la nueva obligacion ; que supone Rovinat en el Capitulo 1^o transcrito arriba num. 60.

69 Quatro Testigos han declarado sobre este Capitulo , Nicolàs Filler , Pedro Jayme Calaff , Agustin Joffeo , y Pedro Bergeret : Respeto à los dos vltimos , no ay para que detenernos , pues el vno lo dizè solamente de oidas de Rovinat , y el otro es el que fue recibido nullamente , cuya declaracion , por esso deve ser borrada , y sacada de los Autos , segun queda provado à num. 34. ad 52. Los dos primeros lo afirman ; pero el vno dizè , que passò en la Villa de Tarrega , y el otro , en la de Igualada : Vease con tal variedad , qual prueba ha de resultar destes Testigos ?

70 Replicarà sin duda , que no ha allegado esta promesa , limitandola à vna vez sola , sino que antes bien à dicho , que Riera la hizo diferentes vezes , y siempre que le instava la cobrança de los granos ; de forma , que no solo no se ha limitado à vn acto , sino que ha deducido expressamente la reiteracion , ibi : *Por diferentes vezes* , y mas abaxo , *respondiò siempre* , en cuyos casos , parece deven admitirse los Testigos , aunque singulares , porque no declaran de vn acto solo reiterable , sino de la misma reiteracion , y pluralidad de muchos actos , y por consiguiente concurriendo todos à vn mismo fin , deven vnirse , Tristany , con otros , *decis. 10. num. 168.*

71 A esto respondemos primeramente , que la referida regla procede , quando se trata , no de provar los actos particulares en especie , sino de provar , ó alguna generalidad , baxo la qual se comprehenden , ò alguna costumbre , que de ellos se infiere ; como quando se se ha de provar la jurisdiccion , la heregia , la possession , ò la costumbre de algun delito , sea de vsura , ò de hurto ; porque entonces aunque los Testigos sean singulares , declarando de diferentes actos , y ninguno de estos quede provado en especie ; sin embargo concuerdan todos en lo general , de que se exerce jurisdiccion , se hazen actos possessorios , se comete heregia , vsura , ò hurto ; y assi deven vnirse , porque es singularidad , que se llama cumulativa , y adminiculativa , en atencion , de que estos actos cumulados , y vnidos , adminiculan , y forman aquella generalidad de que se trata . *Farinac. de Testib. quest. 64. num. 112. Rota Romana , part. 15. recent. decis. 52. num. 7. & 8. Faber, in Cod. lib. 6. tit. 2. defin. 5. Fermosin, in cap. tam literis 33. de Testib. quest. 1. num. 7. Fontan. de pactis , claus. 5. glos. 5. part. 1. num. 68. Cancer , part. 2. cap. 8. num. 35. Amigant , decis. 27. num. 12. & seqq. y aun Farinacio , y Fermosino son de sentir , que estos actos particulares deven ser provados cada vno de ellos con dos Testigos , Farinac. dict. quest. 64. num. 155. Fermosin, dict. quest. 1. num. 34.*

72 En el caso presente , aunque se aya articulado la reiteracion de muchos actos , ò de muchas promesas , pero es à fin de provar es-

*Testes licet singula-
res, & unum
et n. n. 1099*

*usque ad n. n. 1099
& n. n. 1099
Singularitas rei
lativa, et adminicu-
lativa in quibus ac-
tibus*

ros actos, y estas promesas en especie, sin que de ellos pueda resultar otra cosa distinta en general, á la qual vnidos sirvan de adminiculos y en este caso la singularidad de los Testigos, declarando el vno de vn acto, y el otro de otro, es singularidad diversificativa, en la qual no tiene lugar la vnion de los Testigos, por faltar sugeto, ò materia, en que se puedan encontrar acordes: Farinac. dict. quest. 64. num. 55. Fermosin. dict. cap. 33. de Testib. quest. 1. num. 6. Fontan. de pactis, claus. 5. glos. 5. part. 1. num. 69. Cancer, var. part. 2. cap. 8. num. 32. 33. & 35. Amigant, decis. 27. num. 17.

singularitas diversificativa

73 En segundo lugar respondemos, que para vnir los Testigos singulares, aun en aquellos casos, en los quales procede semejante vnion, es necesario el concurso de muchos Testigos, y alomenos deven ser cinco en numero; y consiendiendo la prueba de Rovinat, solamente en dos, no ay para que detenernos en semejante vnion, ni ay motivo alguno para fundarla: Farinacio, citando á Albertino, dict. quest. 64. num. 150. Fabro, in Cod. lib. 6. tit. 2. definit. 5. ibi: Si tamen plurium restitutiones appareant. Riccio, collectan. 127. ibi: In his autem casibus in quibus probant, quot numero esse debeant ad hoc, ut plene probent? Respondeo quinque: & quid in actu reiterabili probando? Respondeo etiam quinque.

non uniuersum

74 Mas puntual, y mas al intento es para nuestro caso el otro lugar de Fabro, in Cod. lib. 4. tit. 15. de Testibus, defn. 51. pues en el concurren las circunstancias mismas: Se tratava de vn acto reiterable, y consistia en vna promesa, hecha despues del contrato de cosa perteneciente á su execucion; y sin embargo de concurrir diferentes Testigos singulares sobre esta promesa, declaró el Senado no quedar provada, porque no llegavan á cinco: Es tan clara, y literal esta definicion, que seria omission no transcribirla, dize de esta manera: Pauciores quam quinque Testes singulares non probant plenè, ne quidem in his actibus, qui, ut nostri loquuntur, sunt reiterabiles; maxime vero si testificentur, non solum extra articulata (quo casu constat nullam induci probationem, ne adversario fiat injuria, qui contrariis probationibus, suam causam munire aliqui potuisset) sed etiam de re ad contractum pertinente, qua post, & extra contractum promissa dicatur: Sunt enim huiusmodi allegationes, ut plurimum commentitia, ob id semper suspecta, in quibus admitendis cautius idcirco agendum est, utpote quibus causam plerumque det facilitas Testium conquirendorum, & subornandorum. Ita Senatus, &c.

in actibus, qui sunt reiterabiles

75 La promesa que ha intentado provar Rovinat, es vn acto reiterable, y supone aver sido hecha despues del contrato de ella, declaran solamente dos Testigos, pero singulares, y de actos separados: Luego estamos puntualmente en el lugar de Fabro, y devefe dar por constante, que no quedaria provada, aunque para ello huviesse qua-

tro Testigos, si dós por lo menos nõ eran contestes.

76 Passamos yá à la tercera, y vltima especie de prueba; y encontramos ser tres las conjeturas, ponderadas por Rovinat en su Alegato: *La primera*, la propone en el *num. 11.* diziendo, que èl, y Riera en el año de 1715. antes, y despues, acostumbravan hazer semejantes contratos; esto es, que entregando granos el primero en los Almazenes de Guissona, y Tarrega, se obligava el segundo, à bolver otros tantos granos en esta Ciudad de Barcelona; y pretende tenerlo provado con las declaraciones de Nicolàs Filler, Pedro Jayme Calaff, Rafael Manonellas, Juan Solanet, y Agustín Jusco, Testigos 1.3.4.7. y 8. sobre el Capitulo primero, de los que presentò á los 16. de Abril 1720. Dize assi mismo, que esta especie de contratos, les hazia Riera, no solo con Rovinat, si tambien con otros particulares, y distintas Personas del mismo vezindado; y lo pretende haver provado con las declaraciones de Nicolàs Filler, Joseph Oller, Rafael Manonellas, y Juan Solanet, sobre el segundo de los referidos Capítulos: Veamos el hecho, y despues verèmos la illacion.

77 En quanto à la primera parte; esto es, que Rovinat, y Riera, acostumbrassen hazer semejantes contratos, Juan Solanet, y Agustín Jusco, no pruevan el Capitulo; respeto de Solanet, porque dize solamente, *que dicho Rovinat, y Riera, tenian entre sí mutua correspondencia en el año 1715.* y despues añade, *en quanto empero à lo demás refiere el Capitulo, el Testigo no sabe cosa;* Y respeto à Agustín Jusco, porque advera solamente el Capitulo de oídas; y estas son de Juan Solanet, y por consiguiente de ninguna entidad, aviendo Solanet dicho, *que no sabe cosa;* Son tambien del mismo Rovinat, y estas no pruevan por ser de la Parte; Son por vltimo de Pedro Bergeret, y estas no pueden atenderse, yá porque no deve atenderse la declaracion del mismo Bergeret, por los motivos propuestos à *num. 34. ad 59.* como, y porque siendo convencido de falso en las oídas de Solanet, se ha de presumir en estas lo mismo, por las reglas vulgares: De forma, que la prueba se reduce à tres Testigos; y estos no son bastantes, no solo porque no refieren acto alguno particular de semejantes contratos, si tambien, porque á fin de adminicular, y provar la costumbre, devian ser alomenos cinco, como con Farinacio, Fabro, Riccio, se ha dicho arriba *num. 73. & 74.*

78 Y quando provassen, es de atender, que ni el Capitulo primero, ni los Testigos dicen, que Riera se obligasse á bolver los granos en Barcelona cobrados, ò no cobrados; y faltando esta expressión, se ha de presumir, que se obligava solamente, para el caso de cobrarles de la Provision de Vivere; A vista de insinuar el mismo Capitulo, que no hazia estos negocios por su interès particular, sino à fin de proveer los Almazenes, ibi: *Se valia del medio de dicho Rovinat,* à

fin

fin de que le prestasse granos necesarios, para el abasto de las Reales Tropas, y proveer los Almacenes de Tarrega, y Guissona. Y no siendo Riera interesado en la provision (como de tal cosa no consta, ni puede verificarse) es evidente, que si executava estos contratos, avia de ser en nombre del Proveedor, y como à factor suyo, obligando absolutamente al Proveedor, à la entrega de los granos en Barcelona, y à èl solamente en el caso, de que llegasse à cobrarles: Vease lo que sobre este assumpto tenemos ponderado arriba à num.60. ad 67. que igualmente se aplica, à lo que aora tratamos.

79 En quanto à la segunda Parte, de que acostumbrasse Riera hazer estos contratos con diferentes Personas: Advertimos, que el Capitulo 2. no lo dize con esta generalidad; solo dize: *que cuydava por sus privadas conveniencias, de que se entregassen granos para el abasto de dichas Reales Tropas, en los Almacenes de Tarrega, y Guissona, ofreciendo entregar otros tantos en la presente Ciudad de Barcelona.* Sin expressar, que esto lo executasse con diferentes Personas, ò si lo executava unicamente con Rovinat Adversante; y aun sobre esto han declarado solo tres Testigos, Nicolàs Filler, Joseph Oller, y Rafael Manonellas; Pues el otro, y es Solanet, dize: *si dicho Riera ofrecia, ò no entregar otros tantos granos en Barcelona à dichas Personas, que por èl lo entregavan à èl Testigo, y sus dependientes, èl Testigo no lo sabe.* Y los tres Testigos, que lo adveran, à mas de no ser bastantes, como se ha dicho en los num. 73. y 74. han de tener tambien la inteligencia, que se ha dado en el numero antecedente, por faltar igualmente en este Capitulo 2. la expressión, de que Riera huviesse de entregar los granos en Barcelona, cobrados, ò no cobrados.

80 Supuesto el hecho, facil serà la illacion: Porque si todo se reduce, à que Riera para tener los Almacenes abastecidos, negociava con Rovinat, de que este le provehiesse de granos, prometiendole entregarles en Barcelona en igual cantidad, y especie; y este negocio, no siendo interesado en la provision, avia de hazerle precisamente como à Comissario, ò factor del Proveedor general de Viveres: Claro es, que lo que puede inferirse à todo trance, y dando por provado el hecho, es solo, que se obligò en la calidad de factor à entregar los granos, quando los cobrasse de la Provehedoria; mayormente no siendo verosimil, antes bien irregular, que el Procurador, ò factor obliguen sus bienes propios en el contrato, segun los Autores citados arriba num.66.

81 No solo esta conjetura, no es bastante para inferir el contrato, como le pretende Rovinat; antes bien al contrario, ella misma le excluye. Porque Solanet, otro de los Testigos, y el Guarda Almacen afirma, que siempre, que algunas Personas le davan granos por cuenta de Riera, dava èl los Recibos, no à favor del que entregava

los granos, sino á favor del mismo Riera; Y no aviendo dado los Recibos del trigo, y cevada, que disputamos, á favor de Riera, sino á favor de Rovinat; es argumento eficaz, para dezir, que no se executò la entrega por cuenta de Riera, sino por cuenta de Rovinat mismo; como en efeto se ponderará por conjetura exclusiva en el §. 2. num. 157.

82. Mas: Dize Rovinat en el Capitulo primero, que hizo semejantes contratos con Riera, antes, y despues del año 1715. y assi, antes, y despues del controvertido contrato; y con esto supone, que despues de este contrato, entregò otras partidas de granos en los Almacenes, y las cobró de Riera en Barcelona, pues á no averlas cobrado, es cierto las pediria; assi como pide, y pretende las de este contrato: Valga la razon, y digannos: Si los granos que disputamos, se huviesesen entregado por cuenta de Riera, y huviesse quedado este obligado absolutamente á darles en Barcelona; como es possible que Rovinat, cobrasse partidas de otros contratos posteriores, dexando atrassadas las de este contrato? Pero de esto tambien tratarèmos mas diffusamente en el §. 2. à num. 176. ad 179.

83. La segunda conjetura la funda, en no constar, que el dicho Rovinat, solicitasse al Director general de Viveres, para la cobrança, si unicamente á Riera; y que no es verosimil la omission de estas diligencias, si huviesse dado los granos por cuenta de la Provision: Primeramente respondemos: No consta, que hiziesse diligencias con el Director: Luego no las hizo? Es consecuencia illegitima: porque del no constar, jamás puede inferirse el no ser; y esta es la razon, por la qual los Testigos de negativa, son sospechosos de falsos, Calderò, decis. 8. num. 1. & seqq.

84. Respondemos *secundo*, que no niega Riera, el averse encargado de los Recibos, para procurar la cobrança con el Provehedor; antes bien en esto mismo funda la exclusion de la pretension de Rovinat, como se verá en el §. 2. Luego el aver este solicitado á Riera, no prueba, que fuesse Riera, el que avia de entregar los granos, pues igualmente devia solicitarle, para que con esto procurasse mas presto á agenciar la cobrança: Y que estas instancias fuesen realmente, no para que le entregasse granos, sino para que viesse de cobrarles de la Provehedoria, lo convencen las cartas del mismo Rovinat, que se transcribirán en el num. 140. desta allegacion.

85. La tercera, y vltima, la propone, suponiendo, que solicitando á Riera, la entrega de los granos, le ofreció este cierta porcion de cevada, que tenia en vn Almacen; y que no aviendola querido admitir, por tener mezcla de arroz, le prometió q̄ en breve le entregaria otra de mejor calidad: Y pretende tenerlo provado, con las declaraciones de Pablo Fabregar, y de Pedro Bergeret, sobre los Capítulos

Testes de negativa
sunt

15. y 16. de los que presentó á 16. de Abril de 1720.

86. Es tan distinto el hecho, que no podemos dexar de estrañar el aver passado Rovinat, á proponerle en los num. 14. y 15. de su allegato; y mas el aver dicho, que lo tenia provado con las declaraciones de Fabregat, y Bergeret, quando este ultimo no ha declarado sobre los referidos Capítulos; aunque poco importaria, por ser el Testigo que se recibió nullamente.

87. La prueba se reduce á la declaracion de Pablo Fabregat: Lo que dize es: Que de orden de Riera, enseñó á Rovinat vna partida de cevada, y aviendola visto, dixo Rovinat, avia de recibir de ella vnos ducientos y veinte sacos, para entregarles á los Padres de Montserrat, pero no queria tomarla, por ser mezclada con arroz, pues ni tampoco la tomarian los Religiosos: Que á vista de lo referido, en esta, y en otra ocasion (pues al Testigo no le acuerda fixamente) dixo Riera á Rovinat, se esperasse, que él procuraria sacar otra cevada de mejor calidad de los Almacenes, y se la entregaria, para que la pudiesse dar á los Religiosos: A esto se reduce la declaracion de Fabregat, y para que de ella no pudiesse inferirse, lo que agora pretende Rovinat, añadió al ultimo: *empero que fuesen las mismas cantidades, ò á cuenta de ellas, que expressa este Capitulo, como, y en lo demás, que en el refiere, el Testigo no sabe, ni puede dezir cosa alguna.*

88. Estas palabras solas, son bastantes, para desvanecer en hecho, y en derecho, todo quanto allega Rovinat en esta conjetura; Porque si el mismo Testigo dize, que no sabe, si estos granos eran, ò no á cuenta de los que disputamos; como puede inferir Rovinat, que la entrega huviesse de ser en execucion del pretendido contrato?

89. Ni obsta, lo que allega en el num. 14. que la pluralidad de contratos no se presume, y que el acto subseguente, se presume hecho en execucion del precedente contrato: Porque dexando á parte la verdad destas reglas, en las quales, no dudamos; antes bien tal vez nos servirán contra el mismo Rovinat en otra parte (vease el §. 2. num. 150. & 151.) y en esta le seria muy dificil el aplicarlas, supuesto que él mismo pretende, y ha allegado la pluralidad de contratos, para inferir de ella la primera conjetura: Lo cierto es, que para poder aplicarlas, seria preciso, que de la declaracion de Fabregat resultasse, como esta cevada, la queria tomar Rovinat, en execucion de algun contrato antecedente, pues entonces podria dezirse, que no constando de otro contrato, se avria de presumir en execucion, del que se pretende; Pero Fabregat no dize, ni insinua, que Rovinat huviesse de tomar la cevada en execucion de contrato antecedente, solo dize, *que avia de recibir ciento, ò ducientos y veinte sacos, para entregar á los Religiosos de nuestra Señora de Montserrat, y esto podia ser comprandola á Riera, en el caso de satisfacerse de la bondad de ella.*

No

90 No queda en terminos de posibilidad, ò presumpcion; antes bien passa à evidencia por el siguiente motivo. Para el qual deve advertirse, que en el Almacen de Riera, avia quinientos, ò seiscientos sacos de cevada, y que Rovinat, solamente queria tomar vnos ciento, ò ducientos y veinte, conforme lo dize todo Fabregat en su declaracion: Esto supuesto arguimos: Si Rovinat huviesse querido tomar la cevada, en execucion del pretendido contrato, avria querido tomar toda la que se encontraba en el Almacen, supuesto que aun no llegava à las mil y seiscientas quarteras: Sin embargo, dixo, y confesò à Fabregat, que solo queria vnos ciento, ò ducientos y veinte sacos, los quales á lo mas llegarian à ducientas y cinquenta quarteras: Luego no pretendia tomar la cevada, en execucion del contrato que se disputa, si solo en fuerza de otro contrato como de compra, que avria celebrado si huviesse quedado satisfecho de la calidad de ella.

91 Que esto sea assi, lo convencen tambien las dos cartas, escritas por Rovinat, à Pablo Fabregat, en el dia 13. de Noviembre 1715. en las quales, despues de aver hablado de los granos contenciosos, suponiendo que eran por su cuenta, como se dirà en el §. 2. num. 140. passa en Capitulo separado, à tratar desta cevada, manifestando con esto ser cosa distinta; y tambien supone, queria comprarla, para cumplir à la venda, que avia hecho de semejante porcion de cevada, al Mayordomo de Montserrat; en tanto, que para el caso de no poderse valer de la de Riera, prevenia con estas cartas al dicho Fabregat, le entregasse ducientas cinquenta quarteras de la suya, segun parece del contexto de ellas, ibi: *Y en lo tocante, à lo que v. m. me dize acerca de la cevada: tengo dado orden à Riera, diese ducientas quarteras de cevada al Padre Mayordomo de Montserrat; y si dicho Riera no se la ha entregado, v. m. le podrá (falta vn dár) las ducientas cinquenta quarteras, que v. m. tiene, antes de hazer malbarato dellas, que yo las he vendido à diez y ocho reales quartera: La otra dize lo mismo, variando solamente algunas palabras, ibi: Y del que me dize, acerca de la cevada, devo dezirle, que tengo dado orden à Riera, entregue al Padre Mayordomo de Montserrat, ducientas quarteras de cevada; y si dicho Riera no se las ha entregado, v. m. le podrá (falta tambien vn dár) aquellas ducientas cinquenta quarteras, antes de hazer malbarato dellas, porque yo se la tengo vendido à diez y ocho reales la quartera, y podrá cobrar recibo del dicho Padre Mayordomo.*

92 De forma, que del contexto destas cartas, aunque mal explicado, se faca en limpio: que Rovinat avia vendido vna porcion de cevada al Mayordomo de Montserrat, à razon de diez y ocho reales la quartera. Que para cumplir á este contrato, queria tomar ducientas quarteras de cevada de Juan Riera, ò por via de compra, ò por
via

331

via de prestamo : Y que para el caso de no ser segura la de Riera, prevenia á Fabregat , que entregasse al Mayordomo ducientas cinquenta quarteras , de las que el dicho Fabregat tenia : Con que siendo la causa de buscar la cevada , el aver de entregarla al Mayordomo de Monserrat ; por donde podrá inferirse, que el pedirla à Riera, era en execucion de algun contrato antecedente? Y si esta illacion era legitima , tambien se inferiria , que avria contratado con Fabregat , del qual igualmente se valia para entregar la cevada al Mayordomo.

93 Y por vltimo , para responder de vna vez à las tres conjeturas , y à todas quantas pudiesen ponderarse en contrario , sirva de razon legal la reflexion siguiente : Es cierto , que las conjeturas , y presunciones , por mas numerosas , y eficaces que sean , no pueden dar mayor auge , ni mas extension al contrato de aquello , que expreso la Parte , quando le allegò en el libello , ò en los Capituloss; porque la presuncion cede à la verdad , lo tacito à lo expreso : *L. Ille aut ille 25. §. cum in verbis 1. ff. de legat. & fideicom. 3. Menoch. de presump. lib. 3. presump. 145. num. 4. Mantica , de tacit. & ambig. convent. lib. 13. tit. 46. num. 9. Fontan. decis. 598. num. 13.* La parte de Rovinat, ha allegado su contrato en la demanda verbal, y en los Capítulos, sin expressar , que la obligacion de Riera, fuesse de entregar los granos en Barcelona, aunque no les cobrasse ; antes bien ha pretendido, que esta circunstancia se añadió despues , bien que no ha podido probarlo, conforme parece, de lo que arriba queda dicho à *num. 60. ad 75.* Luego no pueden las conjeturas provar el contrato en aquella forma , confessando la Parte, como confiesa , que de principio no iba acompañado con tal circunstancia.

94 Quedan con esto desvanecidas las tres especies de prueba, en que funda Rovinat su pretendido contrato : Porque acerca de la primera , ni ha articulado el lugar , y tiempo , ni ha dado mas que vn Testigo ; cuya declaracion por sus defectos , aun no es bastante para inducir semiplena prueba, y por consiguiente , ni para vnirse con los adminiculos ; mayormente no siendo estos en su especie perfectamente provados : y aunque ha recibido otro Testigo , despues de la conclusion del Pleyto, pero nullamente obstandole el Capitulo , *Fraternitatis de Testibus*, à mas de otros defectos particulares, que de su misma declaracion resultan : *En segundo lugar* , no ha provado la pretendida ratificacion , y nueva obligacion de Riera; no solo porque esta misma circunstancia de necessitar de obligacion nueva, supone el no hallarse de antes perfectamente contrada ; si tambien , porque ni aun por la nueva obligacion , ha dado prueba concluyente , reduciendose à dos Testigos singulares , los quales no pueden vnirse, por ser la singularidad diversificativa , y aunque fuesse cumulativa porque devian ser

Conjecturae, et praesumptiones sunt effugiae
praesumptio cedit veritati
veritatem
Testis receptus post conclusionem in causa

alomenos cinco: Y por último, no ha dado conjetura alguna, que sea bastante para inferir la obligacion; antes bien al contrario de ellas mismas se arguye, que no la huvo.

95 Solo falta responder, à la pretendida vnion, que destas pruebas quiere hazer Rovinat en el num. 16. de su Allegato, diziendo, que hallandonos en Juizio Civil, y entre Mercaderes, ù hombres de negocio, se avrian de atender las pruebas, no separadas, si de por junto, y vnidas, à fin de inducir vna prueba superabundante, y perfecta, aunque miradas de por sí, y separadamente fuesen todas semiplenas, y menos perfectas.

96 Respondemos primeramente, que no puede valerse del Privilegio de las Causas mercantiles, no aviendo acudido al Tribunal de la Lonja; como es corriente entre nuestros practicos: Ferrer, part. 3. observ. Reg. Aud. cap. 491. vers. Et pro complemento, Cancer, part. 3. var. cap. 10. num. 8. Fontan. decis. 231. in princ. Ripoll ad Peguera, rubr. 4. num. 68. con vn exemplar de la Real Audiencia.

97 En segundo lugar: Que las pruebas de Rovinat son de por sí tan imperfectas, que ninguna de ellas es bastante para inducir semiplena, como se ha hecho evidente, discurrendo por todas separadamente; y en este caso no pueden vnirse, ni hazer juntas vna prueba perfecta, aunque se trate entre Mercaderes, y hombres de negocios; porque seria dàr al efeto mayor eficacia, que à la Causa, y en lugar de vnir las pruebas, seria multiplicar las imperfecciones: Ciriaco. controv. 291. num. 20. Escobar, de purit. quest. 10. §. 5. num. 35. Luca, de iudic. disc. 22. num. 14. Noguero, alleg. 7. num. 26. & alleg. 26. num. 88. vbi plures.

98 Quesada Pilo, disert. 16. num. 114. ibi: *He sunt probationes disjunctim perpense, quæ in se separatim probationem non constituunt, nec etiam conjunctim; Nam vt diversa probationes in vnum possint conjungi ad faciendam perfectam, ac plenam probationem debent esse in suo genere perfectæ, non vero imperfectæ, id est, quod quælibet in se constituat semiplenam probationem, alioquin conjungi, ac coadunari nequeunt; Nam quæ imperfecta sunt, vt singula non profunt, nec etiam collecta juvant, cum non possint conjungi ad vnum totum perficiendum tamquam partes non integrales; y al último añade, & in dubio arbitrari debet Judex probationes imperfectas, & indicia sufficientia non esse.*

99 Ansaldo, de Commer. & Mercat. discurs. 27. num. 25. & 26. y habla en terminos de Comercio, ibi: *Ac propterea cum omnes iste conjecture essent penitus imperfectæ, & ineficaces, nullomodo poterant conjungi ad perfectam probationem constituendam; quia alias effectus potior, & nobilior fuisset quam Causa; vnio, etenim probationum, in suo genere imperfectarum, nihil aliud est, quam imperfectionum multiplicatio.*

100 Cancer, var. part. 2. cap. 8. num. 31. ibi: *Plura imperfecta*

con-

Causa mercantily pri-
uilegiu

Dicit mercantily

hæc oratione de rō
comitor

Probationes, quæ dis-
juncte sunt imper-
fectæ, neque vnite
et neq. in causis mercantily
et n. n. segg. p. 114.

conjugi non possunt ad constituendum semiplenam probationem; Caecia-
lup. in repetitione ad l. Admonendi, num. 221. ubi dicit plures probatio-
nes non semiplenas non posse conjugi ad constituendum semiplenam pro-
bationem; Juvat quod tradit idem Gabriel, quod, ut conjungantur imper-
fecte probationes, necesse est, ut quilibet probatio, que jungi debet, sit sal-
tem semiplena probatio: idem ex nostratibus tradit Nob. à Peguera, Re-
gius Senator amplissimus.

101. Y por ultimo, sirva de conclusion deste §. que la vnion de
pruebas, solamente se admite en las Causas de poco interes; no en
aquellas que son arduas, y de entidad, como lo es esta por el interes
crecido, y considerable, que se disputa: Menoch. de presump. lib. 1.
quest. 39. num. 4. Vela, disert. 38. num. 24. Escobar, de purit. quest. 104
§. 5. num. 38. Noguerol, alleg. 26. num. 90.

*Unio probatio-
num in causis ar-
duis*

§. II.

102. EN el §. antecedente, se ha discurredo con las solas prue-
vas de Rovinat, como si en los Autos, no huviesse prue-
va alguna à favor de Riera; y era esto lo bastante para el intento
por ser constante en el derecho, que no siendo perfectamente prova-
da la pretension del Actor, deve ser absuelto el reo: En este §. passa-
remos à manifestar *ex abundantia*, que no solo no es provada; si que
antes bien queda excluïda.

103. Y respecto de que Rovinat ha dividido su prueba en tres es-
pecies; La vna directa, sobre la pretendida realidad del contrato;
La otra, sobre su ratificacion; Y la vltima conjetural, y presumpta:
Por esto, à fin de oponerle otros tantos medios, ponderarèmos tam-
bien la exclusion con tres especies de prueba: La primera, directa,
porque en realidad el contrato fue muy distinto, del que Rovinat à
propuesto: La segunda, que assi lo ratificò, y confesò el mismo Ro-
vinat con dos cartas: Y la tercera; que se arguye con diferentes
conjeturas, mayores en numero, y mas eficaces, que no las con-
trarias.

104. Y empezando por la primera: Aunque à primera vista pa-
recia, que no podia Riera tener prueba alguna en contrario; ni para
justificar la negativa directamente, por ser esta físicamente improva-
ble, aviendo cautelosamente allegado Rovinat el contrato, sin con-
cretarle à circunstancias de lugar, y tiempo; ni tampoco para justi-
ficar por indirecto, allegando, y provando el contrato, que se cele-
brò, incompatible, y opuesto con el mutuo, por no acordarse del
Testigo, que se encontrò por acaso, en la celebracion deste contra-
to; por cuyos motivos no articulò formalmente la negativa, viendo-
se, como se veia destituido de prueba: Pero sin embargo, la fuerça
de

una prueba directa

de la verdad, y el peso de la razon, han hecho lo que no podia executar la Parte.

105 Es el caso, que vistas las pruebas, ministradas por el mismo Rovinat, se ha encontrado entre ellas la mayor evidencia, de que el contrato no fue de mutuo, ni celebrado antes de la entrega, como lo pretendia Rovinat, sino que fue meramente vn mandato (si es que pueda llegar à tal, y passar de vna simple recomendacion, que aun lo dudamos) celebrado despues de entregados yà los granos en el Almacen, con el qual encargava Rovinat à Riera los Recibos, para que viesse si por algun medio podria agenciarle la cobrança; y esto es cabalmente, lo que respondió Riera, en el juizio verbal, y aquello en que ha persistido vniforme en todo el Pleyto.

106 Las pruebas, que nos ha subministrado Rovinat, son las siguientes: La primera, consiste en vn Certificato del Brigadier Don Bartholomè de Bosselli, producido en el Memorial, que presentó al Señor Intendente, à 11. de Octubre 1717. y reproducido en el Juizio verbal, q̄ de resulta del Decreto de su Señoria, se tuvo ante el Noble Assessor, à los 13. dias del mismo mes: dize desta manera: *Por las presentes, certifico, y hago fee yo Don Bartholomè de Bosselli, Brigadier, y Coronel de vn Regimiento de Dragones de su Magestad (que Dios guarde) como hallandome con mi Regimiento de Guarnicion en la Villa de Guissona, en los meses de Setiembre, y Octubre del año 1715. y faltandome las assistencias de cevada, y pan para las Tropas, para que tuviesen las assistencias necessarias, puse preso à Don Pedro Bergeret, Guarda Almacen en dicha Villa; y por no poder aquel cumplir, fue forzoso valerme de Joseph Rovinat, Mercader de dicha Villa de Guissona, y subministrò los granos necessarios, como consta de los Recibos tiene de las Tropas de dicho Guarda Almacen, que se entregaron à Don Juan Solanet, y dicho Solanet, ha hecho Recibo de dicha cantidad de trigo, y cevada importavan dichos Recibos; y para que conste de la verdad hago la presente, firmada de propria mano, en la Villa de Belpuche, à los 25. dias del mes de Março de 1716.* Don Bartholomè Bosselli.

107 Que este Certificato, haga de por sí vna prueba perfeta contra Rovinat, es cierto, por la regla trivial, y sabida, de que el que produce vn Instrumento para fundar su pretension, confieffa, y aprueba todo su contenido; mayormente quando le produce sin protesta alguna, como en este caso. Surdo, *decis.* 326. num. 27. Cancer, *part.* 1. *cap.* 19. num. 3. con los demás que se citarán en el num. 163. Y aun con mayor motivo, siendo este Certificato de aquellos, que no se acostumbra dar, sino à peticion de la Parte.

108 Ahora, pues: El Certificato dize, que Rovinat entregò los granos en el Almacen, por averfelo pedido el Brigadier Bosselli: Y

333

lo confieſſa Rovinat miſmo produciendole : Luego es conſtante , que no les preſtò à Riera, y que no les entregò por ſu orden.

109 Ni ay que recurrir à pluralidad de entregas; porque el producir eſte Certificado, fue à fin de juſtificar la entrega de los granos de la diſputa; y al miſmo tiempo preſentò Rovinat el reſguardo, q̄ eſta Parte le avia firmado de los dos Recibos de Solanet, vno de las ſeiscientas quarteras de trigo, y otro de las 1300. de cevada, diziendo en el Memorial del Señor Intendente, que con eſte reſguardo, y con el referido Certificado, tenia juſtificada la entrega de eſtos granos que pretendia, y pretende en el Pleyto, ibi: *Como lo confieſſa en dos Recibos, pueſtos en continuacion del dicho reſguardo, cuyo original iñſerta, con una Certificacion de el Brigadier Don Bartholomè Boſſelli, y otra de Pedro Bergeret, para prueba, y juſtificacion de la entrega de los granos; y despues lo repitiò en la demanda verbal, produciendole tambien para el miſmo fin.*

110 De eſto ſe infiere con evidencia, que los granos, de que habla el Certificado, ſon los miſmos que pretende Rovinat en eſte Pleyto; porque de otra fuerte, ni conducia para juſtificar ſu pretension, ni podia hermanarſe con los Recibos deſtos granos, que ſe diſputan.

111 La otra prueba, nos la ha ſubminiſtrado, con la declaracion de Juan Solanet el Guarda Almacen, Teſtigo miniſtrado por el miſmo Rovinat, ſobre aquel Capitulo, en que articulò el contrato, y es el que v̄a tranſcrito arriba num.9. La declaracion deſte Teſtigo eſtan clara, que baſta ſolamente leerla, dize: *Lo que ſabe, y puede decir el Teſtigo, ſobre eſte Capitulo es, que como Guarda Almacen, que era de los Almacenes arriba dichos, en los de Guiffona, y Tarrega, recibì en el año 1715. de Joſeph Rovinat, en diferentes partidas, la cantidad, y numero de quarteras de granos, que expreſſa el Capitulo, à quien diò ſus Recibos, para que los pudiesſe cobrar en Barcelona del Director General de Viveres Don Juan Pedro la Mota; y despues de lo ſuſodicho hallandose el Teſtigo en la Villa de Tarrega, donde ſe hallavan dichos Rovinat, y Riera, en el mes Octubre, ò Noviembre, dicho Riera en preſencia del Teſtigo, ofreciò à dicho Rovinat, cobrar en Barcelona, de la Directoria General de Viveres deſte Principado, los granos, que importavan dichos Recibos, dandofelo en dinero, ò en eſpecie, y en la conformidad, que dicho Riera lo cobrarìa, para cuyo eſeto dicho Rovinat, entregò à dicho Riera el Recibo que tenia de las 600. quarteras de trigo arriba expreſſadas, y por convencion de los dos, el de las 1300. quarteras de cevada, que eſtava hecho à favor de dicho Rovinat, le hizo el Teſtigo à favor de dicho Riera cobrando el primero, para facilitar mejor con eſte medio la cobranza de dichos Recibos: Y tambien viò confirmado el trato ſuſodicho en la Villa de Igualada, hallandose el Teſtigo en caſa de dicho Riera hoſpe-*

H

dan-

*subscriben con su
firmado a las*

39
dando en ella, en una ocasion, que vino à ella dicho Rovinat, y los dos en presencia de el Testigo, hablaron de dicho negocia: Por manera, que dicho Riera ofreció darle à dicho Rovinat alguna cosa de contado, à cuenta de los referidos granos; empero si la entrega de dichos granos, que lo hizo dicho Rovinat, era, ò no por cuenta de dicha Riera, el Testigo no lo sabe, ni con certitud puede dezirlo.

112 Con esta declaracion, queda justificada toda la pretension de Riera, en exclusion del supuesto contrato; Porque primeramente, declara este Testigo, que el convenio entre Rovinat, y Riera, fue despues de la entrega de los granos en el mes de Octubre, ò Noviembre, ibi: Y despues de lo susodicho, hallandose el Testigo, &c. y con esto es claro, que no pudo ser mutuo, ni pudo tampoco averle hecho la entrega, en execucion del contrato, y por cuenta de Riera, pues para ello era preciso, que fuesse posterior al convenio: En segundo lugar dize, que este convenio consistió, en que Riera avia ofrecido à Rovinat, el cuydar de la cobranza destos granos en la Directoria de Viveres, ibi: Ofreció à dicho Rovinat, cobrar en Barcelona, que es cabalmente la comission, ò mandato, en que insistimos: Tercio, dize, que se obligò à dar los granos à Rovinat, en la conformidad, que los cobraria, ibi: Dandoselo en dinero, ò en especie, y en la conformidad, que dicho Riera lo cobraria, &c. que ex diametro, se opone à la pretension de Rovinat, queriendo que Riera se los huviesse de dar cobrados, ò no cobrados. Quarto, dize, que el aver mudado el Recibo de la cevada, poniendolo à favor de Riera, fue con consentimiento de Rovinat, para facilitar mejor la cobranza, ibi: Y por convencion de los dos, &c. y aqui se descubre el motivo de encontrarse el vno de los Recibos, en cabeza de Riera, que no fue porque se huviesse entregado el grano de su cuenta, sino porque aviendose yá dado à favor de Rovinat, como à dueño, discurrió, que el mudarle, y ponerle en cabeza de Riera, le podria facilitar la cobrança: Finalmente, dize, que todo lo hasta aqui expressado, lo ratificò, y confirmò despues Rovinat en la Villa de Igualada, en presencia de Riera, y este Testigo, ibi: Y tambien viò confirmado el trato susodicho, &c. con la qual ratificacion, no tiene duda, confirmò, y aprovò la verdad de todo quanto avia passado: Vease aora, si con semejante declaracion de un Testigo del mismo Rovinat, queda, ò no excluida su pretension Mayormente siendo el que recibió los granos, y se hallò presente, y aun tuvo intervencion en el contrato.

113 Acosado otra vez Rovinat con esta declaracion, ha ideado varias respuestas para evadirla. En el num. 29. de su Allegato, dize, que si bien ha ministrado à Solanet por Testigo, pero que no ha producido con toda formalidad su declaracion, y que en semejante caso, no haze prueva contra el producente, hallandose otros Testigos,

Testy non reproduet
tuy à Partes

tigos, que digan lo contrario; para lo qual allega à Canter, Bursata, y otros.

114 Esta regla que allega à su favor, la encontramos nosotros puntualmente aplicada à favor de Riera; no solo porque no tiene Rovinat otros Testigos, que puedan superar la declaracion de Solanet; Si tambien, y principalmente, porque no ha quedado en los pueros terminos de ministrarle por Testigo, antes bien ha passado à aprovar su declaracion, usando, y valiendose de ella: diez y seis vezes distintas.

115 Digalo la peticion, que presentò à 3. de Abril 1721. (advertiendo, que Solanet es el Testigo en orden 7.) Primeramente, en el num. 2. ibi: *Consta de las declaraciones de los Testigos en orden 1. 3. 4. 7. y 8. Recibidos por esta Parte. Y mas abaxo, ibi: Y los otros dos 7. y 8. tambien pruevan otra correspondencia: En el num. 3. ibi: Lo afirman los Testigos en orden 1. 2. 7. y 8. En el num. 4. ibi: Lo deponen los Testigos en orden 1. 2. 4. y 7. En el num. 5. ibi: Queda manifesto por las deposiciones de los Testigos en orden 1. 7. y 8. Y mas abaxo, ibi: Como lo afirman los Testigos en orden 4. 7. y 8. En el num. 7. ibi: Queda probado con los Testigos en orden 1. 4. 7. y 8. sobre el Capitulo tercero. Y mas abaxo (notense las palabras siguientes de la peticion, porque trata en ellas Rovinat, de la declaracion sobre el Capitulo tercero, que es cabalmente aquella, de la qual tratamos) ibi: *El septimo dize (que es el mismo Solanet) que en dicho año recibò de Rovinat, las dichas dos cantidades de trigo, y cevada, de las quales hizo dos Recibos. Y aun mas abaxo, ibi: Porque el septimo dize, que recibò las dichas dos cantidades, pero no sabe si eran por cuenta de Riera. Y mas abaxo, ibi: Y diciendo Solanet, que en dicho año recibò 1300. quarteras de cevada, y 600. quarteras de trigo, pruevan todas las dichas circunstancias. En el num. 9. ibi: La pruevan los Testigos 1. 4. 7. y 8. Y mas abaxo, ibi: El siete lo dize, por ser el mismo Juan Solanet, quien los recibò, è hizo dos Recibos. Y aun mas abaxo, ibi: El septimo lo dize, por ser el mismo Solanet que los firmò. En el num. 10. ibi: Se satisface, si se mira con atencion la deposicion del mismo Solanet, fol. 7. retrò sobre el Capitulo tercero, de los presentados por esta mi Parte en primer lugar, el qual dize, que el Recibo de las 1300. quarteras de cevada, lo hizo à favor de Riera, por convenio del mismo Rovinat, y Riera, para que à este se le facilitasse mejor la cobranza con este medio, y el otro Recibo de las 600. quarteras de trigo, dize sobre el Capitulo 7. de los susodichos, que lo hizo à favor del Director General, porque muchas vezes los hazia assi, aunque otro entregasse el grano (prosigue, y para dàr mas fuerça à la declaracion deste Testigo, añade las siguientes palabras, que son dignas de particular advertencia) el qual como es en proprio hecho, haze plenamente prueba; Y mas abaxo, ibi: Pero lo concilia el Testigo*
en*

Handwritten notes in the right margin, including the name 'Solanet' and other illegible scribbles.

en orden 7. En el num. 16. ibi: *Pruevan lo contrario los Testigos 1. 2. 4. 5. 6. 7. y 8.*

116 El aprobar, y producir la declaracion de vn Testigo, no consiste en la materialidad de las voces; esto es, que aya de dezir positivamente, *reproduzgo la declaracion deste Testigo*, ni tal dicen los Autores citados por parte de Rovinat: Consiste solamente, en vsar, y valerse de la declaracion; porque assi como la Parte ministrando vn Testigo, aprueba la Persona; assi mismo vsando, y valiendose de su declaracion aprueba el dicho, Cancor citado por Rovinat, *part. 1. cap. 20. num. 73. ibi: Resolvens ex Nata, Bursato, & alijs, vsum Testium, non examen causare attestationum approbationem. Gratian. discep. foren. tom. 4. cap. 749. num. 7. & 8. ibi: Neque admitetur, quod quis vellet uti depositionibus Testium super certis articulis, & super alijs non.*

117 En tanto, que la vnica razon por la qual el que produce la atestacion, viene con esto à aprobarla, es, porque produciendola, vsa de ella; de forma, que no està la fuerça en producirla, sino en vsarla; y mayor eficacia tiene el vsar, ó valerse de ella, que no el producirla, *l. Si falsos 8. Cod. ad log. corn. de falsis, ibi: Nam illis prodest instrumenti usu abstinere.* Y mas abaxo: *Et quas periculo solus vsus adstrinxerit. Font. decis. 290. num. 15. ibi: Ministrando, & producendo respectiue, satis videtur suum animum declarasse circa vsum Testium, & instrumentorum; non enim potest fieri ministratio, nec productio sine vsu, ministrando, & producendo dicitur quis uti illis.*

118 Aviendo, pues, Rovinat vsado desta declaracion, valiendose de ella tantas vezes en la Peticion referida, como puede negar el averla aprobado? Mas: si el fin de la aprovacion consiste en que haga el Testigo plena, y perfecta prueva contra la Parte; para que nos detenemos en ver si es, ó no aprobado; quando el mismo Rovinat confiesa que haze plena prueva, en las palabras del num. 10. de su Peticion, transcritas arriba, y dignas de repetirse, ibi: *El qual como es en proprio hecho haze plenamente prueva.*

119 Desde el num. 20. al 25. del Allegato pretende dar otra respuesta, y dize: que este Testigo antes de la declaracion juizial avia hecho otra declaracion extrajuizial, y jurada, à 20. de Abril 1719. en la qual afirmò: *Que las partidas de granos, assi de trigo, como de cevada, que dicho Joseph Rovinat en el año 1715. entregava à el dicho Juan Solanet, no se las entregava en nombre, ni por cuenta suya; si bien por la de Juan Riera de Igualada, el qual despues las cobrava de Don Juan Pedro la Mota, Director General de viveres: Ten particular, que dicho Riera en el año 1715. y 1716. cobrò dos partidas de granos, la vna de seiscientas quarteras de trigo; y la otra de 1300. quarteras de cevada; de las quales el dicho declarante avia firmado recibo, de las 1300. quarteras de cevada à favor de dicho Juan Riera en el Octubre*

1715.

422

*Lexem ministrans
Lex, quae utitur Lex
et Declaratione
approbat
et n. reg.*

1715. y de la otra partida de 600. quarteras de trigo à favor de Don Joseph la Mota, à 27. de Noviembre de dicho año 1715. siendo assi, que todos dichos dos recibos eran granos, que avia entregado Joseph Rovinat, y no los avian entregado aquellos, à cuyo favor son hechos los Vales; y que prometió dicho Riera, assi antes de entregarse de dichos dos recibos, como despues de averse entregado de aquellos, pagarles à dicho Joseph Rovinat; todo lo que declaró, è dixo saber, por aver èl mismo recibido los granos de Rovinat por cuenta de dicho Riera, en la conformidad lo tiene arriba dicho, y declarado, quien despues los cobró de la Provision del dicho la Mota.

120 Però antes que entremos à tratar sobre los meritos de esta declaracion, es preciso advertir, que se halla pendiente vn altercato para que se tilde, y borre, y aun se saque por entero de los autos: El motivo es, porque fue recibida à 20. de Abril 1719. quando el Pleyto se hallava ya pendiente desde 13. de Octubre 1717. siendo assi, que le era muy facil à Rovinat el hazerlo juizialmente, hallandose el Testigo en Barcelona, ni podia recelar de su ausencia, estando en aquella ocasion preso en las Carceles, como lo atesta el Escrivano en el proemio de la misma declaracion.

121 Que este motivo sea bastante, lo acredita el atentado manifesto, resultante de semejante recepcion privada, y extrajuizial, en notorio vilipendio, y menosprecio de la autoridad del Juez; lo persuade la razon por quedar con esto privada la parte de ver jurar el testigo, y de darle interrogatorios; lo enseñan los Autores; y lo confirma la practica.

122 Fontanella decis. 181. 182. & 183. *praesertim*, decis. 182. num. 3. ibi: *Ne ista attentata possent, vel de jure, vel de facto nocere parti, videtur quod justè potest petere, & instare, nedum quod revocentur, sed, & quod etiam à processu extrahantur, & à suis registris, & originalibus deleantur;* y en la decison 183. num. 2. ibi: *Ego nec in isto casu partem audirem, nec in tantillo favori attentatorum derogarem; in primis illa revocanda judicarem, ac id quidem radicitus, taliter quod nullibi unquam appaerent; mox testes ex integro interrogarem.*

123 Ripoll, ad Peguera, rub. 18. num. 58. ibi: *Quid ergo in hoc casu dicemus? Rationes se offerunt, ut dicamus, ullatenus in hoc casu deberi admitti dictas depositiones Testium, utpotè nulliter, attentativè, culpa partis factas;* y en el num. 59. ibi: *Prius testificata coram inferiore Indice revocentur radicitus, taliter quod unquam alibi apareant; & mox Testes ex integro interrogentur.*

124 Y assi lo practicò la Real Audiencia antigua, en el exemplar que refieren Fontan. *dict.* decis. 182. num. 6. y Ripoll, *dict.* rub. 18. num. 58. cuyo fragmento, es como se sigue: *Hoc tamen provisò, & intellecto, quod depositiones Testium recepta ad futuram rei memoriam, ad*

*Testis, quoniam iudicium
hij de datione hinc
pendente
et non 1299.*

instantiam Conjugum Quarteronis; coram Vicario Cervaria, litte inter dictas Partes vertente in Regia Audientia, habeantur pro nullis, & nulliter factis, ac pro cassatis, ac revocatis, ita quod de eis nulla ratio, aut consideratio haberi possit.

125 Esto supuesto que pertenece al altercato; entremos aora à la declaracion, para el caso en que sin embargo de lo referido pudiesse quedar en los autos: De ella saca Rovinat dos illaciones; la vna es, que para evitar la contrariedad, y reducirla à concordia con la declaracion juizial, se avria de conciliar las dos en esta forma; que en la segunda entendiò dezir, aver entregado Rovinat los granos por cuenta de Riera; y que el entregarle los Recibos fue, no por considerarle agente, sino para que pudiesse cobrar de la Provision con mas facilidad, y con esto satisfacer la obligacion tenia contratada en nombre proprio; la otra consiste, en que siendo las dos declaraciones contrarias, se avria de estar à la primera, y no à la segunda; ó por lo menos, que à ninguna de ellas deveria atenderse.

126 Verdaderamente, que miradas, y leidas con reflexion las dos declaraciones, es muy dificultoso, y casi imposible el conciliarlas; Porque en la primera dize, que el convenio fue ya antes de la entrega; en la segunda, que fue despues: En la primera, que los granos se entregaron por cuenta de Riera; en la segunda, que solo se ofreció Riera à cobrarles por cuenta de Rovinat: En la primera, que prometió pagar el valor de estos granos; en la segunda, que solo prometió darles en dinero, ó en especie; esto es, en la conformidad que les cobraria: En la primera, que ya al tiempo de recibir la cevada avia dado el Recibo à favor de Riera; en la segunda, que le dió à favor de Rovinat, y que le mudó despues por conveniencia de este: En la primera, que aun despues de tener Riera en su poder los recibos, prometió pagar el valor de los granos; y en la segunda, que lo que prometió, y ratificó, fue lo que se ha dicho, de que les daria en aquella conformidad misma que les cobrasse.

127 Y deve advertirse, que la declaracion primera, y extrajuzial, queda convencida de falsa; por dezir en ella Solanet, que en efeto cobró Riera de la Provision las 600. quarteras de trigo, y 1300. de cevada; y es assi, que de no averlas cobrado ha dado Riera la prueba mas clara, y conduciente, presentando, como presentò, en el juizio verbal los mismos recibos originales: Tambien se ha de advertir, que no dió en la primera declaracion razon alguna de su dicho; antes bien se infiere, que solo lo dize por averlo tal vez oído de Rovinat al tiempo de la entrega; al contrario de la segunda, en la qual dize, que se hallò presente al convenio, oyò lo que trataron, y aun tuvo la intervencion de mudar el Recibo.

128 Y por ultimo, quando por algun camino se encontrasse ca-
bimien-

ra declaracion es falsa, Farin. *d. quest. 66. num. 147.* Faria, ad Covar. *dict. cap. 13. num. 90.* Albitius, *de inconstancia in judic. quest. 34. num. 102.*

131 No tiene duda, que todas se aplican á favor de la segunda declaracion en este caso; porque primeramente no puede negarse, que es mas verosimil, por lo que se ha dicho en la introduccion deste Allegato, y se repetirá despues à *num. 180. ad 186.* Es claro, y resulta de la inspeccion, que la primera no incluye razon alguna, de ciencia, por lo menos cabal, y concluyente; quando la segunda se funda en averse hallado presente el Testigo en la entrega de los Recibos, y aver visto lo que pasó en esta ocasion entre las Partes: Es cierto, que la primera fue extrajuizial, y recibida sin citacion de Parte; y es indubitado, que no solamente fue extrajuizial, pero, y aun recibida pendiente el Pleyto: Es por ultimo evidente, que la primera queda convencida de falsa, por contener, que Riera avia cobrado los granos en fuerza de los Recibos, quando lo contrario resulta de averles presentado originales en los autos. Y si en cada vno de estos casos limitan los Autores la regla de la primera declaracion, que será en el caso presente, en el qual concurren todos á favor de la segunda?

132 Verdad es, que algunos de los referidos Autores pasan mas adelante, y dicen, que en aquellos casos en quienes no se está á la primera declaracion, ni tampoco deve estarse á la segunda, por quedar el Testigo convencido de falso, y no podersele dar fee, ni credito: Pero nosotros, dexando esta question por dudosa, y controvertida, respeto de ser los demás de opinion contraria, solamente insistimos en que no se aplica al caso de aver la misma Parte aprobado la declaracion segunda.

133 Que no hagan prueba las declaraciones entre sí contrarias á favor de la Parte que las solicitò, y en daño de la otra que no las aprueba, antes bien las impugna; no es cosa estraña, antes parece justa; Pero, que la vna de ellas no haga prueba, sea primera, ò segunda, contra aquella misma Parte que la presentò, y la aprovò valiendose de ella repetidas vezes; esto seria directamente opuesto á las mas solidas reglas del derecho propuestas arriba *num. 116. & seqq.*

134 Añadese, que á ninguno de los Litigantes se permite, usar, y valerse de vna declaracion, y al mismo tiempo impugnarla como á falsa; porque seria usar á sabiendas de vn Testigo falso, y con esto incidir en la falsedad, *l. Si falsos 8. Cod. ad leg. Cornel. de falsis*, cuya pena en Cathaluña, á mas de la Criminal, es en lo Civil la de perder el Pleyto, Cancer, *var. part. 1 cap. 20. num. 52. & seqq.* Fontan. *decis. 290.* Ripoll, ad Peguer. *rubr. 15. num. 27. & seqq.*

135 Y con esto arguimos á Rovinat en esta forma, ò la declaracion

cion

232

*Testimonium potest
Parti pro parte op-
probare?
si Pars uti vult qu
dicto = incidit in
falsitatem =*

331

cion juizial de Solanet es falsa, ò es verdadera : Si lo primero ; ya se ha expreſſado la pena en que ha incidido : Si lo ſegundo ; tenemos conſeguido el intento, por aver dicho en ella, que el contrato fue de de vna ſimple comiſſion, ò mandato, obligandose Riera ſolamente à entregar los granos en la conformidad les cobraria : Luego por todas partes nos favorece la declaracion juizial deſte Teſtigo.

136 Hasta aora hemos dado dos pruebas ſubminiſtradas por el miſmo Rovinat ; la del Certificado del Brigadier Boſſelli ; y la declaracion juizial de Juan Solanet : Venga la tercera, igualmente ſubminiſtrada por el miſmo, el qual en el juizio verbal preſentò el Reſguardo que firmò Riera quando ſe entregò de los Recibos para agenciar la cobrança ; y es el ſiguiente : *Quedan à mi poder dos Recibos de Solanet, vno de 600. quarteras de trigo, y otro de 1300. quarteras de cevada, que ſon del Señor Joſeph Rovinat de Guiſſona. Igualada Noviembre 29. de 1715. Juan Riera.*

137 Eſte Reſguardo nos franquea la prueba mas clara, que podia darſe ſobre el aſſumpto, por ſer la vnica eſcritura, que ha paſſado entre Rovinat, y Riera, y en la ocaſion miſma en que el primero entregava los Recibos al ſegundo : Dize, que los Recibos de las 600. quarteras de trigo, y de las 1300. de cevada, eran de Joſeph Rovinat, ſin embargo de que ſe quedaron en poder de Riera : Luego es indiſputable, que la entrega avia ſido por cuenta del dicho Rovinat, y no por la de Riera.

138 Toma aun mayor auge, atendiendose que el vno de los Recibos; eſto es, el de la cevada, ſe hallava hecho à favor de Riera, ſegun parece del original en los autos, y el motivo le diò Solanet en la declaracion juizial, tranſcrita arriba num. 111. Eſto ſupueſto reſulta, que no pudo averſe dicho en el Reſguardo, ſer los Recibos de Rovinat, porque eſtuyeffen concebidos à ſu favor; antes bien por eſſo miſmo arguimos con particular motivo; porque hallandose pueſto el Recibo de la cevada en cabeza de Riera, y aviendo querido Rovinat vn Reſguardo para que conſtaſſe, que tanto eſte, como el del trigo eran ſuyos propios : Que mayor evidencia puede darſe, à fin de acreditar, que los granos pertenecian al ſegundo, y no al primero ?

139 Dada ya la prueba directa ſobre el convenio; eſto es, que no fue de preſtamo, ò entrega de granos por cuenta de Riera, ſino que deſpues de entregados, ſe valiò de el Rovinat para agenciar la cobrança, dandole para eſto los Recibos : Paſſemos aora à la ratificacion, que es la ſegunda de las tres eſpecies de prueba tenemos ofrecidas; y aunque eſta ratificacion ya reſulta de la declaracion de Solanet, tranſcrita, y ponderada en los num. 111. y 112. pero teniendola por otra parte con mayor evidencia, no ay para que detenernos en manifeſtarla.

Handwritten notes in brown ink, including the number 331 and various illegible phrases.

140 Fundase, no menos que en dos Cartas escritas por el mismo Rovinat, en el dia 13. de Noviembre 1715. à Pablo Fabregat, Vezino desta Ciudad de Barcelona; y son del tenor siguiente: *Muy Señor mio: Respondiendo à la de v. m. de 9. del corriente, devo dezirle, que veo lo que dize de que Riera no le ha entregado cosas; y v. m. podrá dezir à dicho Riera, que vea qual forma ha de tener, que si no puede cobrar por falta de que el Recibo de Solanet no fuese bueno, veria de recobrar el Recibo de Tropas; con todo; que estimare al dicho Riera aplique todos sus medios en ver si me podría sacar deste barranco.*

La otra es casi de vn mismo contexto, y sin duda, que venia à ser vna misma, escrita por duplicado, dize: *Muy Señor mio: Respondiendo à la de v. m. de 9. del corriente; devo dezirle, que veo lo que me dize que Riera no le ha entregado cosa; y si Riera no le ha entregado cosa, es por causa que el Recibo de Solanet no sea bueno, veria de hazerlo hazer de Tropas; y estimare diga v. m. à dicho Riera; aplique todo su poder en ver de sacarme deste barranco.* Continuan despues vna, y otra, con otro capitulo distinto, transcrito arriba num. 91.

141 Sobre la verificacion de estas Cartas, se halla formado otro incidente: Pretende Riera, que Rovinat responda personalmente; si son escritas de orden suya, y de mano, y letra de Joseph Rovinat menor; su hijo: Niegase Rovinat, con el pretexto de averse producido despues de concludido en el Pleyto; sin acordarse, que el por su parte, despues de esta misma conclusion, ha ministrado à vn Testigo; y aun persiste en que se mantenga, sin embargo de obstarle tambien la regla del Cap. *Fraternitatis, de Testibus*; y ha producido assi mismo la declaracion extrajudicial de Solanet, recibida pendiente el Pleyto, con vicio manifesto de atentado.

142 Pero dexando esto à parte; lo que al intento conduce es, el juramento ofrecido por Riera, de que estas Cartas han venido nuevamente à su noticia despues de la conclusion; y en este caso, assi de derecho Comun, como por el Municipal, y por lo que se observa en los demàs Reynos de España, se admite la nueva produccion, aunque se halle concludido en el Pleyto, Covarruv. *lib. 1. practicar. cap. 20. num. 8. vers. Sic sane, Pareja, de instrum. edition. tit. 6. resol. 22 limit. 1. Gonzalez Telles, in cap. cum dilectus 9. de fid. instrum. num. 9. Cane. part. 1. cap. 19. num. 10. Font. decis. 370. num. 13. & tribus seqq. Peg. in praxi, rubr. 17. num. 5. vers. Altera vero, & ibi Rip. num. 46. idem Ripoll, var. cap. 6. num. 50.*

143 Las respuestas personales son tan privilegiadas, que indistinctamente se admiten en qualquier parte del Pleyto; mayormente si conducen para aclarar mejor lo que antes de la conclusion se avia ya deducido; como sucede en estas Cartas, cuya verificacion se pretende para aclarar lo que ya allegò esta Parte de Riera en la respuesta

*Post conclusionem in
causa; Instrumenta
ta noviter reportata*

*et responsiones per-
sonales
et noviter*

puesta verbal; l. *Ubi cumque* 21. ff. de interrogat. in iure faciend. &c. en donde dixo Vlpiano: *Ubi cumque* iudicem equitas mouerit, a que oportere fieri interrogationem dubium non est. Cap. cum Ioannes 10. de fide instrument. ibi: Non obstante quod ipsa interrogatio facta fuerit, postquam à partibus extitit in causa conclusum, cum Iudex (qui usque ad prolationem sententiae debet uniuersa rimari) possit interrogare de factis, quoties dubitationis aliquid occurrit. Clement. Sapè 2. de V. S. ibi: Interrogavit etiam partes, siue ad earum instantiam, siue ex officio ubi cumque hoc equitas suadebit.

144 Por cuyos textos lo afirman los Autores, aunque el Pleyto se halle ya concluso, Bartolo, ad dict. l. *Ubi cumque*, num. 7, Gotofredus, ad eandem leg. In notis marginalib. lit. G. Peguer, tom. 2. decis. cap. 32. Fontan. decis. 371. num. 13. & 4. seqq. Ripoll, var. cap. 5. num. 53. & cap. 6. num. 62. idem Ripoll, ad Peguera, rub. 13. num. 44. y en terminos mas apretados lo dize Leo, decis. 212. praesertim, num. 6. ibi: *Unde de praxi fuit receptum exigere responsiones à parte, quamuis sententia sit penes scribam causa, ubi non constat de calumnia aduersarij responderi petentis: quando autem positiones sunt relevantes, pars tenetur illis respondere.*

145 Y la razon de esto es, porque la confession de la Parte constituye la prouea mas cierta, y mas privilegiada del drecho, como se dirà en el §. 3. num. 195. & 196. Luego auyendose podido producir las Cartas, por la nueva noticia, que de ellas ha tenido Riera, y pretendiendose verificar por la confession misma de Rovinat, es preciso que deve responder, ò confessarlas.

146 Supuesto que de las respuestas constarà ser verdaderas, fundamos en ellas vn incontrastable motivo; porque Rovinat expressamente confiesa, y ratifica, que los granos les avia entregado por su cuenta, y que Riera tenia meramente el cuydado de agenciar la cobrança: Y sino, diganos, à que servia el cuydado de saber si los Recibos de Solanet estavan en la deuida forma? Para que era el quererles recobrar en el caso de no ser buenos, recoger otros Recibos mejores? Donde entrava la interposicion de Fabregat con Riera, si le huviessse tenido obligado? A que venia, el rogarle que aplicasse todo su poder, y sus medios? Y por vltimo, que sentido darà à la vltima clausula, de que viesse Riera de facarle deste barranco? Cierro es, que à tenerle obligado, como lo pretende, ni podia considerarse en barranco, ni tenia motivo para manifestarse tan cuydadoso del suceso que tendria la cobrança.

147 Confirrase, con la declaracion de Pablo Fabregat, aquel à quien ivan dirigidas las Cartas, Testigo ministrado por parte de Riera, sobre el Capitulo 9. de los que presentò à primero de Junio 1720. en donde dize: *Que el Testigo viò, que Joseph Rovinat entregò à Juan Riera*

Confessio Partij

impugnatio

Riera

Riera vnos Vales firmados de Iuan Solanet, y oyó, y experimentó, que dicho Ioseph Rovinat solicitava del dicho Iuan Riera le procurasse, y solicitasse la cobrança del importe de los referidos Vales.

148 E aquí vn Testigo, que puntualmente concuerda con el contexto de las Cartas, pues en vna, y otra ocasion solicitava Rovinat à Riera le procurasse, y agenciasse la cobrança de los granos; cuyo acto manifiesta, y ratifica, que el interès era de Rovinat, y que Riera solamente avia tomado à su cargo el procurar, y agenciar quanto pudiesse el logro de esta cobrança.

149 Y es de notar, que las Cartas son de 13. de Noviembre; diez y seys dias antes de que tomasse de Riera el Resguardo transcrito en el n. 136: De la qual circunstancia se infiere con mayor claridad la verdad del hecho; porque si ya Rovinat en el dia 13. se hallava tan congoxoso, y con tantos recelos de que los granos no serian cobrados; como es dable, que en el dia 29. admitiessse vn Resguardo declarativo de que eran por su cuenta? Bien claro es, que no devia, ni le avria admitido, si huviesse tenido motivo alguno para escusarse, y para echar el riesgo en cabeça de Riera.

150 Ni ay que recurrir à pluridad de entregas, ò de contratos, si acaso quisiessse Rovinat dezir, que los granos de que hablava en las Cartas, no eran los mismos que se controvierten; porque esta pluridad en derecho no se presume, antes bien el que la allega, deve probarla, conforme lo dize el mismo Rovinat en su Allegato num. 14. citando la Glosa, Parisio, Riminaldo, y Menochio, a quienes añadimos Gratian, *discept. cap. 93. num. 11. & 12.*

151 Ni tampoco puede dudar, ò controvertirnos, que los granos fuesseen ya entregados en este dia 13. de la fecha de las Cartas; supuesto que en ellas passa despues à tratar de la cevada, que avia de dar al Mayordomo de Montserrat; en cuya ocasion el mismo Rovinat supone, y afirma tenia ya entregados los granos contenciosos, como se ha visto arriba à num. 85. ad 92. Y siendo ya hecha la entrega, y no constando de otra, se ha de presumir, que de ella hablaban las Cartas, porque el acto subsequente se presume siempre hecho en execucion del precedente contrato, Menoch. *de presump. lib. 2. pres. 74. num. 3. & lib. 3. pres. 49. num. 3. Surd. decis. 325. num. 7. & 8.* citados tambien por Rovinat en su Allegato num. 14.

152 Con esto entendemos tambien la razon, por la qual los Recibos originales de Solanet se hallan hechos en diferentes dias, el de la cevada à 10. de Octubre, antes de las Cartas, y el del trigo despues de ellas à 22. de Noviembre; porque dezia Rovinat en las Cartas, que encontrandose algun reparo en los Recibos veria de tomarles nuevos, como si fuesseen de tropas, y assi manifestandose con la inspeccion del Recibo del trigo, que fue hecho despues de estas Cartas, siendo

Plurality con-
tractum

acty subsequen-
s

339

siendo assi, que de las confessions del mismo Rovinat resulta averse executado antes la entrega, es cosa clara, y manifiesta, que se mudò este Recibo, en execucion de lo que propuso Rovinat en las referidas Cartas.

153 Passamos ya à la tercera especie de prueba, y es la que dimana de diferentes conjeturas, por la mayor parte sacadas de las pruebas mismas que ha dado Rovinat en el Pleyto.

154 *Es la primera*, que Rovinat en esta ocasion, no solo entregò 600. quarteras de trigo, antes bien llegò à 1250. Pruevase del Certificato mismo, que presentò en la demanda verbal para justificar la entrega de las 600. el qual certifica, que las entregadas fueron las dichas 1250. De ài resulta, que entregava granos al Almacen por su cuenta, pues aunque le diessemos las 600. por cuenta de Riera, segun lo pretende, siempre le quedaran otras 650. por la suya: Esto supuesto, no puede negarse que es conjetura exclusiva de su pretension; porque negociando Rovinat entonces por su cuenta en este genero de comercio, claro es que le creia provechoso; y assi no es dable, que para el mismo fin prestasse granos à Riera, ni que necesitasse de su intervencion, quando èl por si mismo se avia sabido buscar el empleo.

155 Confirrase con el Certificato del Brigadier Bosselli, transcrito arriba num. 106. del qual resulta, que Rovinat en esta ocasion entregò los granos, por averse pedido el referido Brigadier: Y esta prueba (dado que por si sola no fuesse bastante) ha de servir alomenos de conjetura evidente; porque si Rovinat entregò los granos para complacer al Brigadier; como pudo averles entregado en execucion de contrato alguno celebrado con Riera?

156 *La segunda*, se infiere del tenor de los Recibos, que diò el Guarda Almacen Solanet, los quales fueron à favor de Rovinat, como aun oy en dia lo es el de la cevada, y si el del trigo se encuentra à favor de Riera, es por averse mudado despues de la entrega, à fin de facilitar la cobrança, porque de principio tambien este se hallava concebido à favor de Rovinat, como lo declara el mismo Solanet, ministrado por su parte en la declaracion transcrita arriba num. 111. Y es bien notorio, que à averse entregado los granos por cuenta de Riera, avria querido Rovinat que se explicasse en los Recibos.

157 Avivase con lo que afirma el dicho Solanet sobre el Capitulo 2. de los que presentò Rovinat à 16. de Abril 1720. dize: *Que recibì diferentes partidas de granos, assi de dicho Riera, como de otras Personas, algunas de las quales les davan por cuenta de dicho Riera, no rese lo siguiente, y dava el Testigo los Recibos à favor de dicho Riera.*

L

Arguì-

Arguimos, pues, en esta forma: El Guarda Almazén, Testigo ministrado, y aprobado por Rovinat, dize, que entregandosele granos por cuenta de Riera, dava èl los Recibos, no à favor de quien les entregava, sino à favor del mismo Riera: Es assi, que en la entrega de nuestros granos diò los Recibos, no à favor de Riera, sino à favor de Rovinat que les entregava: Luego fue la entrega por cuenta del mismo Rovinat, y no por cuenta de Riera.

158. *La tercera*, la subministra el Resguardo que tomò Rovinat, transcrito en el num. 136, el qual à la letra manifiesta, que la entrega avia sido por cuenta suya, no solo por lo que alli se ha dicho de expresar este Resguardo, que los Recibos pertenecian à Rovinat; si tambien, y principalmente, porque si la entrega se huviesse hecho por cuenta de Riera, no devia tomar Resguardo de Recibos, sino que avia de tomar vn papel en que Riera le prometiesse entregar en Barcelona 600. quarteras de trigo, y 1300. de cevada; Nada de esto se hizo, sino que vnicamente le firmò Riera vn Resguardo de los Recibos: Luego no se constituyò deudor de granos, si solo de agenciar la cobrança, ù de bolver los Recibos.

159. Esta conjetura toma mas fuerça, con lo que se ha tocado en el num. 149. de que al tiempo que tomò Rovinat el Resguardo, ya dudava que llegassen à cobrarse los granos en Barcelona, y aún se arrepentia de aver hecho la entrega: Luego con mayor motivo devemos dezir, que no aviendo solicitado vna declaracion de Riera, antes bien al contrario, aviendo admitido vn Resguardo, para justificar que era suyo el interès, en ocasion de tanto recelo; es prueba clara, y evidente, que esta era, y fue la verdad del hecho, y que jamás pensò el mismo Rovinat aver entregado los granos por cuenta agena.

160. *La quarta* dimana de las diligencias que hizo Rovinat solicitando à Riera, para que le sacasse del ahogo en que se hallava, cuytandole, y procurandole la cobrança destos granos, conforme resulta de las Cartas, y de la declaracion de Pablo Fabregat, de que se ha hecho mencion à num. 139. ad 152. Valga otra vez la razon, y digannos, si Rovinat tenia obligado à Riera en fuerça de vn contrato, para que cobrados, ò no cobrados le entregasse los granos en Barcelona; A que fin eran las ancias, y las interposiciones, para que Riera solicitasse esta cobrança de la Provehedoria; quando tenia tan à la manò el medio de pedir que le pagasse, en fuerça de su pretendido contrato? Verdaderamente, que no se alcanza; antes bien al contrario esto mismo convence que se avia hecho la entrega por cuenta suya, conforme se ha ponderado mas difusamente en el lugar citado.

340

161 La quinta, se fáca de vna Carta que escribió Riera á Rovinat, y este la ha producido; su fecha es de 21. de Deziembre 1715. y dize: *Amigo Rovinat, tuve carta de la Mota, para passar á esta Ciudad á tomar granos, por los que aveys adelantado á las Tropas; lo que luego executè, subiendo á cavallo para esta Ciudad, y quando lleguè encontrè aver sucedido vna tempestad tan grande, que se perdieron diez y ocho mil quarteras de trigo, y cevada que tenia la Mota en el muelle. Refiere la falta total, en que se hallavan los Almazenes del Provehedor, y prosigue: Yo quedo con vivo sentimiento de no poder servirlos en algo, que es cierto lo deseo; pero como esta pérdida no podia prevenirse, todo el Mundo ha avido de encoger los ombrós.*

162 Ponderense aquellas palabras: *Que aviays adelantado á las Tropas,* y las otras: *Quedo con vivo sentimiento de no poder servirlos en algo;* y saque el mismo Rovinat la ilacion que quisiere, pues ciertamente, ò no ha de ser legitima, ò ha de concluir, que los granos se avian entregado por cuenta suya, y que vnicamente por la amistad cuydava Riera de la cobrança.

163 Que esta Carta se aya de entender de los granos de la question, no tiene duda, ya por ser su fecha posterior al Resguardo de los Recibos, ya porque á este fin la presentò Rovinat en la demanda verbal: Que haga perfeta prueba, y concluyente, es constante; por averla presentado el mismo Rovinat en el Pleyto, sin reserva, ni protesta alguna, como de tal no parece en toda la demanda; y el que assi produce vna escritura, aptueva, y confiesa por entero su contenido, conforme con Surdo, y Cancer se ha dicho en el num. 107. á quienes añadimos Ramon, *conf. 5. num. 41. Gratian. discep. foren. cap. 94. num. 10. Ripoll, ad Peg. rubr. 17. num. 23. Iranço, in praxi protest. cap. 25. num. 1. Pareja, de instr. edition. tit. 7. resol. 3. num. 1.* Luego con esta Carta tenemos vna conjetura, que por si sola parece bastante para dirimir la controversia.

164 La sexta, se deduce de vn Vale firmado por Rovinat á favor de Riera, en 27. de Mayo 1716. El hecho es como se sigue: Pocos dias despues de aver entregado Rovinat los recibos á Riera, y averle este firmado el Resguardo que va transcrito en el num. 136. se ofrecieron á Rovinat 108 H S . para pagar el valor de vnos paños, y se valiò de Riera, el qual en efeto le prestò esta cantidad; Passò Rovinat á notarlo al piè del Resguardo en el dia 6. de Deziembre del mismo año 1715; diciendo, que avia recibido á buena cuenta del valor de los granos, pero esto lo executò sin consentimiento, y sin saberlo Riera; en tanto, que despues para acállarle le firmò vn Vale de las dichas 108 H S . y para que no quedasse disputa, si eran, ò no las mismas, lo advirtió en el Vale, y es como se sigue: *Vale que*
paga-

*Ingenierum
productus f*

*vinculo animi
de*

*comprobat
de*

de

013

44

pagarè à la voluntad de Iuan Riera Mercader de Paños de Igualada, ciento y ocho libras seys sueldos, digo 108 ℥ 6 ls. por las mismas recibidas de contado en Igualada, las quales tengo notadas en vn Resguardo de granos que tengo de dicho Riera. Barcelona y Mayo à 27. de 1716.
Ioseph Rovinat.

165 De este hecho nace vna de las mas evidentes conjeturas; porque si Riera era deudor de los granos, y les avia de pagar cobrados, ò no cobrados, no necesitava Rovinat de tomar vn Prestamo de Riera, ni menos devia firmarle Vale de la cantidad que le huviesse dado; antes bien devia firmarle Recibo à buena cuenta: Esto no obstante vemos que le firmò Vale de dichas 108 ℥ 6 ls. las prometió pagar à su voluntad, confessando con esto, que las avia recibido de prestado: Luego no era Acreedor de Riera en el valor de los granos.

166 Confirrase, y toma mayor auge con aquella circunstancia de averlas primeramente notado en el Resguardo, como si las recibiesse à buena cuenta, y averse despues retractado firmando el Vale, y confessando con esto, que no las avia dado Riera en paga, sino en prestamo; la qual circunstancia manifiesta la premeditacion, con que se hizo este Vale, para aclarar la verdad, y evitar lo que aora sucede, de que no pudiesse Rovinat pretender en tiempo alguno ser Acreedor de Riera por razon de los granos.

167 Considerando Rovinat la eficacia de esta conjetura, ha ideado tres respuestas en el num. 32. de su Allegato: La vna es, que Bergeret declara averse dado las 108 ℥ 6 ls. à buena cuenta de los granos: Pero este es el Testigo recibido nullamente; y queda amàs de esto convencido con el Vale.

168 La otra, que refiriendose el Vale à la nota del Resguardo, la promessa de pagar, no induce mas que la de compensar, atendido que la compensacion produce efectos de paga: Pero por mas que en los efectos sea lo mismo, sin embargo en el modo ay notables diferencias; valga por todos el Señor Gutierrez, en su Tratado de Compensationib. lib. 1. quest. 4. à num. 28. presertim num. 40. Y es de advertir, que el Vale no solo dize pagarè, sino que añade, à la voluntad de Iuan Riera; y estas palabras excluyen la compensacion, y aun la excepcion non numerata pecunia, porque hazen el Vale negociable, y que pueda passar à otras Personas, como lo dixo la Sagrada Rota, en tres decisiones conformes, que van impressas sobre la materia del Cardenal de Luca, de usuris, & cambiis, decis. 18. 19. & 20. Ansaldo, de comercio, disc. 2. à num. 30. & disc. 79. à num. 17. Dupui, de las letras de cambio, cap. 5. à num. 17.

La

promissio solvendi
non
Compenzatio
est
et n. n. segg.
Verba scripturae
pagarè a la
voluntad excludunt
exceptio non numerata
de pecunia

169 La última respuesta es, que el pagar vna cantidad, no es presumpcion legitima de no ser Acreedor; y para esto allega el texto de la l. Si cum dos 8. ff. de act. rer. amotar. y el lugar de Cancer, part. 2. cap. 6. num. 41. Pero assi el texto, como el Autor se limitan à que no es prueba real, y cierta, sin passar à excluir el que sea presumpcion, y conjetura; antes bien Cancer dize lo contrario, y aun la reputa por conjetura vehemente, en el mismo lugar en que Rovinat le cita, ibi: *Vnum tamen est, quod est aliqua, imò, & vehemens præsumptio, quod si tibi debuisssem, non mihi solvisses;* (cita à Ancharano, y prosigue) *& sic aliis coniecturis concurrentibus, dispositionem dicta leg. Si cum dos, non procedere, affirmat Aymon.*

170 La septima, se infiere de otro hecho semejante al antecedente, y aun mas expressivo: Es que molestando los Regidores de Igualada à Joseph Rovinat por la cantidad de 116 ₞ fs. les estava deviendo, se valió de Riera para que saliesse en abono, como lo executò, firmando vn papel à favor de dichos Regidores, y prometiendo que pagaria las dichas 116 ₞ fs. por cuenta de Rovinat, si este no las pagava: Notò Rovinat esta cantidad al pie del Resguardo, diziendo, como en la antecedente, que la avia recibido à buena cuenta del valor de los granos; Pero despues, considerando que no podia ser à buena cuenta de granos, pues por ellos no era Acreedor de Riera, firmò à este vn papel, prometiendole restituir el abono, que avia dado à los Regidores, y en caso de no executarlo, y que Riera huviesse de pagar en fuerça de dicho abono, prometió bolverle la referida cantidad de 116 ₞ fs. Dize el papel lo siguiente: *Yo Joseph Rovinat de Guissona me obligo à restituir à Juan Riera vn Vale hecho por dicho Riera, à favor de los Consellers de Igualada, de cantidad ciento y diez y seys libras, digo 116 ₞ fs. y en caso que no pueda restituirsele, que por razon de aquel tuviesse Riera de pagar dicha cantidad, prometo pagar à dicho Riera las sobredichas 116 ₞ fs. y assi lo firmo oy en Barcelona, y Mayo à 27. de 1716. Joseph Rovinat.* A cuyo papel diò cumplimiento, pagando à los Regidores de Igualada las dichas 116 ₞ fs. en el dia 16. de Marzo 1717. y recogiendo el abono de Riera, conforme parece de la Carta de Pago, que ha presentado el mismo Rovinat en los autos.

171 De este hecho resulta mas eficaz, y mas vehemente la conjetura, que del antecedente; porque en aquel, si bien prometia pagar Rovinat las 108 ₞ fs. à la voluntad de Riera; pero en efeto toda via no ha cumplido, por cuyo motivo las pretende Riera por via de reconvention; Pero en quanto à estas 116 ₞ fs. abonadas por Riera, no se quedò Rovinat en los puros terminos de prometer, que recogeria el abono, ò que pagaria à Riera la cantidad que por el padeciesse,

M fino

Solutio, an sit præsumptio, qd solvitur non sit Creditum et n. 171.

aliqua... Riera... non sit Creditum...

Actus... et...

343

sino que en efecto pasó à recogerle, pagando de su dinero à los Regidores de Igualada, y desobligando con esto à Riera.

172 El que paga al Fiador, ò le saca de obligacion voluntariamente, con esto mismo tacitamente confiesa, que no es Acreedor suyo; porque à serlo, no avia de sacarle de obligacion, sino compensarle por su credito lo que llegasse à padecer en fuerza de la fiança, ò del abono; siendo siempre mejor acuerdo el de no pagar, que el de esperar à repetir despues de la paga, en cuya razon natural se funda la regla de la compensacion, l. Ideo 3. ff. de compensat. y el Señor Gutierrez, de compensat. lib. 2. quest. 15. num. 33. Rovinat pasó à pagar las 116 π ls. à los Regidores de Igualada, recogiendo con esto el abono de Riera, y sacandole de la obligacion en que avia entrado como à Fiador: Luego vino à confessar con este hecho, que no era Acreedor del dicho Riera, y à ratificar la confession, que ya resultava del papel transcrito en el num. 17.

173 La octava, consiste en la variacion, è implicancia, con que ha propuesto Rovinat su pretendido contrato: En el memorial que presentó al Señor Intendente à 11. de Octubre 1717. el qual por averse remitido à Justicia dió principio al Pleyto: Dixo, que los granos avia entregado por cuenta de Riera, eran 900. quarteras de trigo, y 1650. de cevada, que á buena cuenta avia recibido 300. quarteras de trigo, y 350. de cevada; y con esto que Riera le quedava deviendo 600. quarteras de la primera especie, y 1300. de la segunda: El Certificado que presentó incluso en el referido memorial, para prueba de la entrega de dichos granos, dize, que los granos entregados eran 1250. quarteras de trigo: Con que ya tenemos vna implicancia; porque si el contrato era no mas que de 900. quarteras de trigo, y era al mismo tiempo de vna porcion considerable de cevada; como es que el Certificado hable de 1250. quarteras de Trigo, y no hable cosa alguna de cevada?

174 Mas en el discurso del Pleyto, lo que ha pretendido es, que el contrato fue solamente de 600. quarteras de trigo, y de 1300. de cevada, conforme parece del Capitulo mas substancial, sobre el qual ha pretendido hazer toda la prueba, que va transcrito arriba num. 9. en el qual no dixo, que las 600. quarteras de trigo, y 1300. de cevada, fuessen de resulta de vn contrato de mayor cantidad; antes bien absolutamente, que avia sido limitado, y reducido à este numero de quarteras, segun resulta de la inspeccion del referido Capitulo: Luego es contraria esta pretension, è incompatible, con la que propuso en el memorial ante el Señor Intendente.

175 El que es vario, y contrario en su pretension, no deve ser oido en justicia, Cap. Solicitudinem 74. extra, de appellationib. ibi:

Noz

*regula
melius non solvere
in qua fundat. compen-
satio = compensatio*

*Accot
Vary, et Contrari-
us in sua pretension-
ne*

Non est tanquam adversa petens; & sibi contrarius audiendus. Salgado, de Reg. Protec. part. 2. cap. 8. num. 67. & 68. Gonzalez Tellez, in dict. cap. solitudinem, lit. E. Valenzuela, cons. 169. num. 78. 87. 88. & seqq. Y aun por esso no es permitido à los Litigantes el fundar su pretension en aquello que han negado; porque seria variar, y contradizirse, y con esto allegar su turpitud, Surdo, decis. 196. num. 31. Michalor, de positionib. cap. 26. Albicius, de inconstant. in judiciis, quest. 24. num. 91. & seqq. Luego aviendo Rovinat propuesto el contrato de tres maneras entre si incompatibles, ni en la vna, ni en la otra de ellas deve creerse.

neg pro illo, qd negavit

176 La nona, es la que ya se insinuò en el §. 1. num. 82. Fundase en el Capitulo 1. de los que presentò Rovinat, à 16. de Abril 1720. y es: *Que Joseph Rovinat, y Juan Riera, en el año 1715. antes, y despues tuvieron ambos à dos mutua correspondencia, de calidad, que dicho Riera se valia del medio de dicho Rovinat, à fin que le prestasse granos necesarios para el abasto de las Reales Tropas, y proveer los Almacenes de Tarraga, y Guissona, ofreciendose, ò obligandose à entregarlos à dicho Rovinat, en la presente Ciudad de Barcelona.*

177 De este contexto resulta, que Rovinat confiesa aver hecho semejantes contratos con esta parte de Riera despues del año 1715. y por consiguiente despues del contrato que se disputa, el qual avia de ser precisamente antes del dia 29. de Noviembre del referido año, pues en este dia encontramos yà el resguardo de los Recibos, transcrito arriba num. 136. Tambien resulta de la demanda, y de la prosecucion del Pleyto, que supone aver cobrado por entero todos los granos de estos contratos posteriores, supuesto que no les pide, y aun en el memorial del Señor Intendente, narrando lo que le devia Riera, segun su pretension, se limitò à las 600. quarteras de trigo, y 1300. de cevada, que disputamos.

178 Ahora, pues, arguimos: La paga se entiende siempre por la causa mas remota, y antigua; y por esso no puede ser compellido el Acreedor, à tomar la deuda reciente, dexando en olvido la atrassada, antes bien cobrando sin reserva tres plaços modernos consecutivos, se presume pagado de todos los antecedentes, por el texto de la Ley *Quicumque 3. Cod. de apochis publicis, lib. 10.* Menoch. de presumpt. lib. 3. presumpt. 139. Cancer, var. part. 1. cap. 14. num. 71. & seqq. Rovinat supone, y confiesa aver cobrado de Riera por entero, los granos de diferentes contratos semejantes, y posteriores: Luego, ò cobrò tambien los del supuesto contrato; ò ha de confessar precisamente, que no le huvo.

Solutio semper intelligit tres solutiones consecutive

179 No entendemos por esso aprovar lo del Capitulo, porque en realidad, ni antes, ni despues celebrò con Riera semejantes contratos:

tos:

ros: Solo và dicho arguyendo, y tomando la conjetura de las implicancias mismas, que incluye la pretension contraria, pues, segun se ha dicho en la antecedente, la contrariedad, è implicancia del Actor en su pretension, es motivo bastante para la repulsa.

180 Finalmente, *la ultima* conjetura, se funda, en la inverosimilitud, y repugnancia, que tiene el contrato supuesto, como yà se ha tocado en la introduccion deste Allegato; pero à fin de hazerla mas evidente, deve advertirse: Que la utilidad reciproca, en que fia Rovinat la verosimilitud de este, y semejantes contratos, consiste, en que el vno se ahorrava, el aver de transportar los granos desde Barcelona à Igualada, y el otro, conseguia el beneficio de venderles con mayor ventaja en Barcelona, de lo que les avria vendido en Igualada, conforme parece de los Capítulos 4. y 5. que presentò en 19. de Julio 1720. que son como se figuen: *Otrofi, digo, que el dicho Juan Riera, valiendose del arbitrio expressado en el proximo precedente Capitulo, se ahorrava el transporte de dichos granos, que avia de conducir desde el Real Almazén de Barcelona, al de Igualada, cargando el importe por quartera à su utilidad. Siguese el Capitulo 5. Otrofi, digo, que los que vendian los granos à dicho Riera, con la consignacion de recibir en especie semejante cantidad en Barcelona, tenian unicamente el beneficio de venderles con mayor ventaja en Barcelona, de lo que les huvieren vendidos en Igualada, y sus vezindades.*

181 Esto supuesto, veamos si essas utilidades, y conveniencias reciprocas, se aplican à Rovinat, y Riera: En quanto à Riera, que no podièsse participar del ahorro de los transportes, es constante; Porque como à Guarda Almazén de Viveres, no tenia obligacion de transportar los granos, si unicamente de recibir por cuenta de la Provision, los que se le remitian, y entregavan, cuydando de distribuirles entre las Tropas, como lo declaran Joseph Jordi, Celidonio Foraster, y Don Joseph Lacuesta, Contador que era de la Provision de Viveres, averdando el Capitulo 7. de los que se presentaron à 1. de Junio 1720. y por consiguiente, el beneficio de ahorrar los transportes, no podia ser de Riera, sino del Provehedor, à cuya cuenta corrian: A mas de que los granos contenciosos, se entregaron en el Almazén de Guissona, del qual no tuvo Riera encargo alguno, como lo declaran los mismos Testigos sobre el Capitulo 8. y por esto no se alcança, por qual motivo pudo entrar Riera à cuydar, de que este Almazén quedasse abastecido, à no ser que nos digan lo executava como à Comissario, y factor del Provehedor General, y en este caso seria evidente, que no podia ser suyo el provecho del ahorro de los transportes, sino del Provehedor, en cuyo nombre avria contratado, y à cuyo cargo corria la provision.

mayor motivo ha de ser bastante, y eficaz conjetura, para que se diga, que no celebrò Riera el pretendido contrato, no pudiendo de él conseguir provecho alguno, antes bien daño.

§. III.

187 **Y**A hemos visto en el §. 1. que las pruebas de Rovinat, ni separadas, ni de por junto, son bastantes para tener provado el pretendido contrato: Tambien se ha manifestado en el §. 2. que no solo no le ha provado; antes bien, que con las pruebas que favorecen à Riera, queda totalmente excluido; Pero considerando que la oportunidad del negocio, nos ha precisado à tratar difusamente de vnas, y otras, miramos conveniente el ceñirlas con vn Parangon entre ellas; para que del careo resulte la diferencia que vâ de prueba à prueba; Y aviendose dividido en tres especies; La vna sobre el mismo contrato, la otra sobre la ratificacion, y la otra sobre las conjeturas; harèmos el Parangon separado por cada vna de ellas.

188 En quanto à la existencia del contrato, la prueba que ha dado Rovinat, tiene primeramente el defeto de averse articulado, sin las circunstancias de lugar, y tiempo, quedando el libello en terminos de incierto, general, y obscuro, impossibilitando con esto à Riera, de poder dâr prueba en contrario, à num. 9. ad 16. Tiene asimismo el defeto de quedar ambiguo, pues no concluye *per necesse*, que Riera huviesse de pagar los granos cobrados, ò no cobrados, num. 9. & 10. & à num. 60. ad 67. Los Testigos de la verdad pretendida deste contrato, se reducen à vno, el qual ni aun para hazer semiplena prueba es bastante; yâ porque no declara con toda claridad; yâ por ser de humilde condicion; como por ser tal su declaracion, que ni aun con otra semejante haria prueba perfeta, à num. 17. ad 22. Los adminiculos, con los quales ha querido vnir esta declaracion, no quedan en su ser provados; El de la fama, porque se funda en vn solo Testigo distinto del antecedente; porque no se expresa el origen della, ni que huviesse empezado antes de la introduccion del Pleyto; Y porque no es bastante este adminiculo, quando se trata de vn interès quantioso, à num. 23. ad 28. El de la confession extrajudicial, porque tambien quiere arguirse de vn solo Testigo, siendo cierto, que para provarla deven ser dos alomenos contestes de lugar, y tiempo, à num. 29. ad 33. Y finalmente el de la declaracion recibida despues de publicados los Testigos, y vistas sus atestaciones, porque fue recibido à instancia de parte, y no de oficio, y por consiguiente con nullidad contra la expresa disposicion de la Auth. *at qui semel*, Cod.

Testis ad instantiam

Partis, et non ex officio receptus post Testium publicationem

Testis ad instantiam

Cod. de probationib. y del Capitulo, fraternitatis, de testib. porque se tomò su declaracion con la condicion expressa, de que no fuesse atendida, si despues parecia, que no avia podido tomarse; porque este Testigo avia de estar verosimilmente informado del tiempo, en que passò el contrato, y no lo expressa; porque no contesta con el otro Testigo, siendo assi, que suponen los dos averse encontrado presentes; y por ultimo, porque es su declaracion sospechosa, y aun convenida en algunos Capítulos, conforme difusamente queda todo expressado, à num. 34. ad 59.

189 Al contrario, la prueba de Riera sobre la exclusion deste contrato es tan clara, que llega à evidencia: Se funda en vn Certificatò del Brigadier Bosselli, que afirma aver Rovinat entregado los granos por interposicion suya: En la declaracion de vn Testigo del mismo Rovinat, que se hallò presente, quando este entregò los Recibos à Riera, y afirma, que esto fue, para que Riera facilitasse à Rovinat la cobranza: Y finalmente, en la letra, y tenor del resguardo, vnico papel firmado entre estas Partes, el qual dize, que los Recibos eran del mismo Rovinat, y con esto no podian pertenecer à Riera: De forma, que sin aver de recurrir à adminiculos, ni presumpciones, tiene Riera tres motivos, todos de por si concluyentes, con los quales haze evidente, è incontrovertible, que no hubo entre el, y Rovinat tal contrato sobre la entrega de los granos, si vnicamente vn encargo de agenciar à Rovinat, y facilitarle la cobranza de ellos, à num. 102. ad 138.

190 En quanto à la ratificacion, la quiere inferir Rovinat de vn acto, que mas destruye, que no ratifica; Porque supone, que instando la cobranza despues del contrato, se acallò con la promesa que le hizo Riera, de que le pagaria el valor de los granos cobrados, ò no cobrados; y es claro, que esto mismo provaria no aver llegado à tanto el contrato supuesto, à num. 60. ad 67. Mas, la pretendida nueva obligacion, la funda vnicamente en dos Testigos, pero el vno dize, que fue en la Villa de Tarrega, y el otro en la de Igualada; y aunque se supone que es acto reiterable, y podia averse hecho dos vezes, sin embargo tratandose de provar estos actos en individuo, siempre quedan en terminos de Testigos singulares, con singularidad diversificaya, los quales no pueden vnirse, y quando pudieffen, devian ser alomenos cinco, à num. 68. ad 75.

191 La prueba de Riera, en quanto, à que el mismo Rovinat ha ratificado, y confessado aver sido la entrega por cuenta suya propria, y que el aver dado los Recibos, fue solamente, para que Riera le agenciasse la cobranza, se funda en dos cartas escritas por el mismo Rovinat, y por consiguiente en prueba que no puede tener disputa, ma-

yormente siendo adminiculada con vn Testigo, el qual concuerda con el tenor de las cartas, à num. 139. ad 152.

192 Respeto à las conjeturas: Las que allega Rovinat, son tres solamente: *La primera*, que los dos, antes del año 1715. acostumbra-
van hazer semejantes contratos; Pero à mas de quedar incierto, y aun
sin averse articulado, que estos cõtratos fuesen con la circunstancia de
entregar los granos en Barcelona cobrados, ò no cobrados; lo mas
que á todo trance podria inferirse, seria solo, que les hazia Riera en
la calidad de factor, ó Comissario de la Provision de Viveres: Y aun
en este caso, lo mismo que allega Rovinat por conjetura, excluye su
pretension; porque si en algunas ocasiones se entregaron granos por
cuenta de Riera, era dando el Guarda Almacen los Recibos à favor
suyo; y los de la disputa se dieron á favor de Rovinat adversante, à
num. 76. ad 82. *La segunda*, la funda en no aver èl solicitado al Pro-
vehedor para la cobranza, queriendo inferir de esto, que no avia he-
cho la entrega, por cuenta suya: Pero esto seria bueno, si no constas-
se que entregò los Recibos à Riera, para que le procurasse esta co-
branza, pues aviendolo hecho, à quien avia de solicitar, sino al que
tenia los Recibos, y á cuyo cargo corria la agencia, num. 83. & 84.
La tercera, la deduce suponiendo que Riera, ofreciò ciertos granos à
Rovinat, y que estos eran à buena cuenta, de los que se disputan: Pe-
ro esto no solo es incierto, antes bien convencido, porque de las car-
tas mismas de Rovinat, y de otro de sus Testigos resulta, que estos
granos les queria tomar, no à cuenta de algun contrato antecedente,
sino por nuevo contrato, ò compràndoles à Riera, ò tomàndoles à
prestado, à num. 85. ad 93.

193 Las conjeturas, que ha ponderado Riera, son tan claras, que
las mas de ellas concluyen. *La primera*, que yà consta, de que Rovi-
nat entregava granos en el Almacen por su cuenta, y assi no necessi-
tava para esto de orden alguna de Riera. *La segunda*, el aver toma-
do los Recibos à su favor, siendo assi que se tomavan à favor de Rie-
ra, quando este dava orden, para que se entregassen granos. *La ter-
cera*, el aver tomado vn resguardo de los Recibos, quando les entregò
à Riera, con la expressiõ, de que eran suyos, sobre, que yà dudava en-
tonces pudieffen cobrarse, y aver entregado los granos por cuenta de
Riera, no avia de tomar resguardo de Recibos, sino Vale. *La quarta*,
el aver solicitado à Riera, para que le facasse del ahogo, ò del *bar-
ranco*, procurandole la cobranza de los granos controvertidos: *La
quinta*, el aver producido Rovinat vna carta de Riera, en que le dava
cuenta del mal estado de la cobranza, se compadecia de èl, y le su-
ponia dueño de los granos, y sujeto à la pèrdida de ellos: *La sexta*,
el aver firmado vn Vale à la voluntad de Riera, en el dia 27. de Mayo

345

1716. muy despues de la entrega de los granos controvertidos: *La septima*, el averle indemnizado de vna fianza, que por el avia hecho: *La octava*, el aver variado en la substancia del contrato, diziendo en vna parte que era de 900. quarteras de trigo, y 1600. de cevada; en otra que era solamente de trigo, y de 1250. quarteras; y en otra que era de 600. quarteras de trigo, y 1300. de cevada. *La nona*, el aver dicho, que hizo con Riera semejantes contratos posteriores, suponiendo que ha cobrado los granos de estos contratos; y esto mismo arguye, que no fue verdadero el antecedente; porque á ferlo avria cobrado por el primero, y no por los segundos: Y finalmente *la ultima*, es fundada en la repugnancia, è inverosimilitud, que siendo el vtil deste contrato à favor de Rovinat, y del Provehedor, se huviesse obligado Riera en nombre proprio à todo el daño, que de el podria seguirse; esto es, à pagar los granos, aunque no se cobrasen, de las quales conjeturas se ha ponderado la eficacia, con varios motivos, à num. 153. ad 186.

194. Hasta aora hemos cotejado las pruebas separadamente, y por partes: hagamos aora vn cotejo considerandolas de por junto. La de Rovinat se funda en vnion de diferentes pruebas, y de adminiculos, los quales no son en su ser provados, y por consiguiente no pueden vnirse, à fin de hazer vna prueba perfeta, à num. 94. ad 101. La de Riera, consiste en diferentes pruebas, que de por si concluyen separadamente, sin aver de recurrir à vnion, ò cumulacion de adminiculos, como se ha visto en el §. 2.

195. La de Rovinat, se reduce à los Testigos por su parte ministrados, y aun es vnico, el que declara de la pretendida realidad del contrato, sirviendo solamente los otros de adminiculos: La de Riera, se halla fundada en la declaracion de vn Testigo ministrado, y aprobado por Rovinat en diferentes Certificados, producidos por el mismo, y en dos cartas escritas de su orden: Y por consiguiente es prueba deducida de las confesiones mismas de la Parte; la qual en derecho prevalece à la prueba de Testigos, y à todas las demàs, menos à la evidencia, ò vista de ojos: *L. Generaliter 13. Cod. de non numer. pecun. ibi: Cum suis confessionibus acquiescere debeat*, y mas abaxo: *Nimis enim indignum esse judicamus, quod, suo quisque voce, dilucide protestatus est id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere*, Mascard. de probat. quest. 7. Menoch. de arbitrar. lib. 2. casu 526. num. 13. & tribus seqq. Angelus, de confession. lib. 1. quest. 1. per tot.

196. Ni es menester que la confession sea literal, y expressa, antes basta, que se deduzga tacitamente, ò por illacion, yà del libello, ò yà de los Instrumentos, que la Parte produce: En terminos del libello

*Confessio Partij
proavlet
visura
sufficit, qd tacite
inferat. vel ex li-
bell, vel Instrumentis
Et non seqq.*

Lo es clara la disposicion del rex. en la l. Cum precum 9. Cod. de liberat. caus. en donde, porque la Parte en el libello diò á aquel que pedia por esclavo vn apellido, del qual solamente solian vsar los libres, se arguyò de su propria confession tacitamente inferida, que no era esclavo, sino libre: Dize, cum precum tuarum conceptio, licet eum contra quem supplicas ex ancilla tua natum expresserit, tamen nomini cognomen quo liberi dumtaxat nuncupantur addiderit, & non servum esse, sed servili macula aspersum comprehenderit; contra eum, qui servus non est supplicasse te intelligis. De cuyo texto trata Alciato, lib. 5. Paradox. cap. 5.

197 Y en terminos de confession inferida de lo contenido en las escrituras, es puntual la doctrina de Surdo, decis. 326. num. 27. por ser en terminos, de que las Partes disputavan sobre vn contrato, si era venda, ò locacion, assi como en este caso disputamos, si fue mutuo, ò mandato; Y dize que era indubitado el ser de locacion, porque assi resultava de las escrituras producidas por la Parte, que le pretendia venda, con lo qual arguye, que tenia la prueva fundada en la confession Adversante, ibi: Locationem fuisse celebratam, non venditionem, fit indubitatum ex confessione sapissime emanata in Scripturis per eundem Kayvodam in presenti iudicio productis, ubi passim appellat locationem, locatorem, & conductorem, qua confessio in scripturis optimè probat, & nulla melior est probatio quam proprii oris confessio.

198 Y assi aviendo producido Rovinat vn Certificado del Brigadier Bosselli, que arguye no averse entregado los granos por cuenta de Riera; vna declaracion jùizial del Guarda Almacen Solanet, q̄ haze à Riera meramente mandarario, y aviendo escrito el mismo Rovinat dos cartas, en que lo confirma, rogando à Riera, que continue en hazer las diligencias; es indubitable segun Surdo, que tenemos à nuestro favor la confession Adversante, y que ha de prevalecer à todas sus pretendidas pruevas.

199 Mas: Las pruevas de Rovinat, tienen contra si la verosimilitud por ser repugnante, como se ha dicho, y se repite, que Riera se expusiese à vna pérdida tan considerable, sin poder esperar provecho, ni beneficio alguno; La de Riera es muy natural, y verosimil, porque se ha de creer, que no se expondria voluntariamente al daño, sin tener esperança de provecho; y en concurso de pruevas, se ha de estar à aquella, que es mas verosimil, y menos repugnante. L. Ob carmen 21. §. si testes 2. ff. de testib. ibi: Confirmavitque Judex motum animi sui ex argumentis, & testimoniis, & qua rei aptiora, & vero proximiora esse compererit; Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, & testimonia, quibus potius lux veritatis assistit. L. In obscuris 14. ff. de reg. jur. en donde Paulo propone por regla,

In probationem
concursum sunt at-
tendenda

que non se

regla, *In obscuris inspicitur, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet*, cuyas palabras se repiten en el Can. *si testes. causa 4. quest. 3.* Tusc. *practicar. conclus. 798. num. 10.* Mascard. *de probat. conclus. 3364. n. 8.* Afflictis, *decis. 363. num. 6. & 7.* Menoch. *de arbitrar. lib. 2. casu 526. num. 24.* Altograd. *consil. 71. num. 20. & 21. lib. 1.*

200 La de Rovinat, tiene mira à obtener Sentencia condemnatoria, como Actor q̄ es en el Pleyto: La de Riera, tiene mira à obtener la absolutoria, como à reo: Y en concurso, y paridad de pruevas, prevalece la del reo à la del Actor: *L. Inter pares 38. ff. de re judicata.* ibi: *In liberalibus quidem causis pro libertate, in aliis autem causis pro reo.* *L. Favorabiliores 125. ff. de re. jur.* en donde Cayo propone la regla: *Favorabiliores Rei potius, quam Actores habentur:* Alciat. *de præsump. reg. 3. præsump. 44.* Tusc. *pract. concl. 798. n. 4. & 15.* Salgado, *de revent. Bullar. par. 2. c. 34. n. 193.* Menoch. *de arbitrar. lib. 2. casu 98. per tot. & casu 472. num. 25. item de præsump. lib. 1. quest. 29. num. 11. & lib. 2. præsump. 90. per tot.* Altograd. *consil. 71. num. 20. lib. 1.* Sabel. *in summa, §. testes 9. num. 32. vers. Quod in dubio,* Luca, *de judiciis, discurs. 2. num. 17. & de decimis, discurs. 18. num. 12.*

201 La de Rovinat, es sola sin aver ofrecido el juramento: La de Riera, vá acompañada con el juramento supletorio, que tiene ofrecido; Y aunque aora quisiesse Rovinat ofrecerle, no deveria admitirsele, porque en paridad de Causa, se deve deferir al reo, y no al Actor, Menoch. *de arbitrar. lib. 2. casu 190. num. 20.* Sabello, *in summa, §. juramentum 43. num. 5. versic. Ad delationem,* Benechendorf. *in addition. ad Seraphinum, de Privileg. juramen. priv. 33. num. 25.*

202 Y en tanto es favorable el juramento del reo, que con vna semiplena prueba, es bastante para elidir la pretension del Actor perfectamente provada; Seraphin. *de Privileg. juramen. Privileg. 33. num. 13.* ibi: *Tertio ampliatur procedere etiamsi Actor plenè suam intentionem probasset, nam adhuc Reo, qui semiplenè probavit deferendum esse juramentum suppletorium;* y Benechendorf. *in addit. n. 25.* añade: *Imò si Actor es, qui proposuit semiplenè probavit, & reus suam exceptionem non probasset, Jdex nihilominus potest Reo, quam Actori juramentum deferre.*

203 Por ultimo: Quando lo hasta aqui deducido no llegasse à superar la prueba de Rovinat; alomenos no podrá negarse, que llega à hazerla dudosa, y turbida, porque en materia de pruevas, las vnas debilitan las otras, y aquello que sin oposicion era claro, à vista de las presunciones, y adminiculos del reo se buelve dudoso, Salgado, *de suplicat. ad Sanctis. part. 2. cap. 34. num. 190. & seqq.* Altograd. *consil. 50. num. 113. lib. 1.* Saminati, *controv. 12. num. 11.* Rota, *part. 15. recent. decis. 191. num. 21.*

et prevalent probationes Rei

juramentum suppletorium in pari causa et n. leg.

siq. una col. probacione una aliaq. debilitat et clarus

Y

204 Y bastale al reo, el hazer turbida, y dudosa la pretension del Actor, para conseguir Sentencia favorable, Luca, *de judic. discurs. 2. num. 18. & de decimis, discurs. 18. num. 12.* y con singularidad la eminen- cia de Tusco, *practicar. conclus. 798. num. 28. ibi: Reo sufficit al- terum de duobus, vel quod funditus intentionem Actoris perimat, vel quod dubiam reddat faciendo titubare animum Judicis, quia in dubio favemus reo; & quod in dubio pro reo, & ejus probatione pronunciandum* (cita à Socino, y prosigue) *ubi, quod probatio rei semper est favorabilior pro- batione Actoris, etiamsi in aliquo esset inferior.*

§. IV.

205 **A**unque la pretension de Rovinat, queda con tantos medios superada, y aun convencida; Sin embargo falta responder á vna dificultad, que nos propuso el Noble Assessor en el informe, digna à la verdad de la sutileza de su ingenio: Di- xonos, que insistiendò Riera, en que se encargò vnicamente de los Recibos, para cuydar, y agenciar la cobranza de los granos á fa- vor de Rovinat, se confieffa con esto mandatario: Que en los Autos, no consta aver executado las diligencias devidas, para conseguir la cobranza: Y que por esto, aun subsistiendo su pretension, quedaria obligado à Rovinat por la accion *mandati directa*: Y considerando nosotros, que vnicamente en esto puede consistir la dificultad del Pleyto, responderemos de proposito con diferentes motivos.

206 *Primeramente*, porque no puede el Juez declarar sobre aque- llo, que no lo pretende el Actor: *Secundò*, porque ni Rovinat puede pretenderlo, en el estado en que se halla el Pleyto: *Tertiò*, y aun da- do que se pudiesse tratar de este punto; porque no queda justificada la negligencia, y quando lo fuesse, se avria de conceder à Riera vna nueva dilacion, y vn termino competente para articular, y provar las diligencias que hizo.

207 Respeto de lo primero, tenemos á nuestro favor la regla; de que no puede el Juez declarar sobre aquella causa, ò titulo, que no fue allegado por el Actor, aunque resultasse provado en los Autos del Pleyto; como si vno pidiesse vna cosa por titulo de compra, y jus- tificasse el de donacion; en cuyo caso, y en otros semejantes, dicen los Autores, que deve el Juez absolver al reo, y reservar al Actor pa- ra otro juicio el derecho que puede tener, en fuerza de la donacion: Esta regla se funda en el texto de la Ley *Habebat 13. ff. de instit. actione*, y mas claramente en el cap. *Abbate sanè 3. de sentent. & re judic. in 6. Afflictis, decis. 60. Boerio, decis. 42. num. 17. & seqq. Go- mez, ad leg. 45. Tauri, num. 159. versic. Sed pro concordia, Ponte, conf.*

Sufficit Reo ad
obtinendum

Reo sufficit al-
terum de duobus

Reo sufficit al-
terum de duobus

Judex non pot
declinare super
causa, seu titulo
allegato

sed debet absol-
vere reum, et
reservare iustic-
tiam
et n. n. seqq.

57
42. à num. 14. ad 24. Hodierna, controvers. forens. cap. 12. num. 7. & seqq. Pinel. ad leg. 2. Cod. de rescind. vendit. part. 3. cap. 3. num. 28. Salgado, de supplic. ad Sanctis. part. 1. cap. 12. num. 3. & 25. & part. 2. cap. 12. num. 14. Valasquez, de jure emphyteu. quest. 6. à num. 11. ad 14.

208 Verdad es, que no procede en los Tribunales Supremos, los quales como juzguen atendida sola la verdad del hecho, y menospreciando los apices, y formalidades del derecho, pueden por esto declarar sobre aquella causa que encuentran provada, aunque de principio no huviesse sido allegada por el Actor, Cancer, part. 2. cap. 2. num. 259. & 3. seqq. Xammar, de offic. judic. part. 1. quest. 9. num. 102. igualmente Tristany, decis. 107. num. 33. & seqq. y otros.

209 Pero à mas de no hallarnos nosotros en este caso, porque si bien litigamos en Tribunal muy autorizado, è independiente de los demás de este Principado, le falta empero la calidad de Supremo; Es de advertir *ex abundantia*, que aun en los Tribunales Supremos, no se aplica absolutamente la limitacion, sino con la circunstancia, de que esta causa provada, y distinta de aquella, por la qual pretende el Actor, se aya altercado en el Proceso, de manera, que aya podido el reo dár sobre ella sus defensas, como lo dixo Castillo, decis. 57. num. 5. ibi: *Sed presupposito, quod quando proceditur sola facti veritate inspecta, Sententia possit ferri super diversis à petitis; hoc tamen debet intelligi dummodo ista diversa sint deducta in Processu, & de illis liquido constet, & reus super illis habuerit ejus terminos, & potuerit se defendere, & tamen nihil fecerit;* y casi con los mismos terminos lo advierte Tristany, decis. 107. num. 33.

210 La razon es evidente, y aun incontestable; porque si se permitia à los Supremos Senadores, juzgar el Pleyto por aquella causa, que no solo no ha sido allegada formalmente por el Actor, pero ni menos ha sido ventilada entre las Partes, seria condenar al reo, sin oírle, ni darle termino para su defensa, la qual se dirigió solamente contra de aquello que pretendia, y ventilava el Actor, Boer. decis. 42. num. 19. ibi: *Et hic allegatus stilus non videtur juridicus respectu rei, qui petitione, & causa expressa visis, non curavit defendere; Certus quod Actor non probaret contenta in suo libello.* Gomez, ad l. 45. Tauri, num. 159. vers. *Sed pro concordia*, ibi: *Nec virtute hujus probationis poterit condemnari ex eo quod illud non petatum, nec deductum in iudicio, nec veniebat ex natura actionis proposita, & sic reus non potuit se defendere,* Hodiern. controver. cap. 12. num. 10. 19. 25. & 26.

211 Mejor que todos Salgado, in labyrinth. part. 3. cap. 1. num. 30. & seqq. cuyas palabras son dignas de transcribirse, dize: *Super*
P *causa*

34)
Sed in supremis Tribunalibus

si ex alia causa

sed alia causa debet esse probata

*adunus impetor
mensura et per
8. in dicitur ca*

Ratio supradicta

et in seq.

causa non deducta, nec inter Partes ventilata, etiamsi de ea constet in actis per testium, aut Instrumentorum probationem, ferri non potest. Sententia; quod etiam ubi iudicatur veritate comperta, petens ex una causa probans ex alia non deducta, non potest in eodem iudicio ex hac ferri Sententia, nec obtinere, sed debet ius ei reservari in aliud iudicium; quia super nova causa antea non deducta, nec lis fuit contestata, nec Adversarius fuit instructus, ut se possit defendere, contra eam opponere, & forte probare (note se lo que se sigue) & ita communiter in Supremis Tribunalibus quotidie practicamus, & passim ad partis sic indefensa instantiam repellere mandamus probationes huiusmodi factas super articulis additis, non deductis in libello, nec in litis discursu, & de quibus instrui non potest Adversarius, rejiciuntur, que ratio invencibilis est.

212 Y es cabalmente, lo que sucederia en este caso, si passava á declararse el Pleyto por el contrato del mandato, con el supuesto, de que Riera no hizo las debidas diligencias; Porque no podia, ni devia articularlas, viendo que el Actor no le imputava esta negligencia, antes bien le suponía diligente, como se dirá en el num. 233. y así seria condenarle sin oírle, ni darle lugar á su defensa.

213 Ni para esto son bastantes las clausulas salutare, *omni meliori modo, iustitiam ministrari petens, &c.* Porque aunque estas clausulas son de tal forma salutare, y proficuas, que se equiparan á la hierba betonica, pero no sirven, para que el Juez puede declarar, sobre aquella Causa, q̄ no ha sido deducida, ni allegada por el Actor: La razon es, porque no inducen nueva pretension, sino que acompañan, y fortifican aquella, que del libello resulta; Y así, aunque sirven, para que pueda el Actor obtener por otra accion distinta de aquella, que propuso, mientras dimane de la misma causa, y del mismo hecho que se expresó en el libello; ó bien para que pueda variar de causas, quando el libello era indefinito, general, y obscuro, como si propuso el dominio, y no expresó el titulo; Pero quando en el libello se ató, y limitó á cierta causa, ó cierto contrato, y por esta causa determinada, y limitada prosiguió el Pleyto, entonces, por mas que vaya acompañado con las clausulas salutare, no puede el Juez declarar sobre otra causa, ú otro contrato distinto del que se propuso, Nata, *consil. 188. num. 6. volum. 1. Trentacinq. var. lib. 2. tit. de probat. resol. 8. num. 3. vers. Hæc conclusio, Fab. in Cod. lib. 2. tit. 40. defin. 3. in addition. num. 6. Ramon, consil. 50. num. 34. & 35. Rip. ad Peguera, rubr. 8. num. 36. Velasquez, de jur. emphit. quest. 6. num. 15. & 16. Pinel. ad l. 2. Cod. de rescind. vend. part. 3. cap. 3. num. 29. in fine. Ponte, conf. 42. num. 25. 26. & 27. Crespi, observ. 48. num. 6. y lo dixo la Real Audiencia en el exemplar que cita Amigant ad Peguera, rubr. 21. num. 24. ibi: Et distinguitur à clausulis salutaribus, que non stant de per*

*Clausulas salutare
re, q̄ do proficiant
ad obtinendu*

et n. n. segg.

Si Actor in libel-

to

per se, nec novam faciunt petitionem, sed adherent petitioni facta, & juvant illam.

214 Aun por otra razon, y es; porque la fuerça destas clausulas salutare, consiste, en que se equipara à aquella clausula, *si quod ago non valet ut ago, &c.* Gracian, *discep. forens. cap. 830. num. 12.* Seraphin. *de Privileg. jur. amen. Privileg. 22. num. 65.* Cyriac. *controv. 205. num. 117.* Ramon, *cons. 95. num. 65.* Rip. *ad Peguera, rub. 8. num. 33.* Castillo, *decis. 57. num. 8.* y como esta clausula aproveche solamente para aquello que se propone, y pretende, à fin de que sino puede conseguirse por el remedio intentado, se consiga alomenos por aquel que mejor compete; y al contrario, no sirva para aquello, que no se propone, ni se pretende, como lo indican las primeras palabras: *Si quod ago non valet ut ago*: De aqui es, que ni tampoco las clausulas salutare aprovechan por aquel contrato, ó negocio que no se halla deducido, ni allegado.

215 Muy al intento lo dixo Hodierna, *controv. 12. n. 40.* en donde trata desta clausula *Omni meliori modo*, y refiriendose à Ponte, dize: *Illam solam referri ad petitionem expressam, & actionem intentatam tantum, scilicet, ut utilius remedium dicatur deductum, & si quod fuit expressum non valet eo modo quo fuit expressum, valeat eo modo quo valere possit*; Y en el num. 41. ibi: *Quod intelligendum est circa factum expressum, scilicet, ut sit proposita illa actio circa factum expressum, que pro actore melior proponi possit, sed non quod per huiusmodi clausulam intelligatur deductum aliquod factum diversum ab expresso, quia ex diversitate facti, diversa oritur rei defensio.*

216 Procede lo referido con mayor motivo, quando la causa que resulta provada en los Autos, no solamente es distinta, de la que se allegò, y expreso en el libello, sino que es contraria, è incompatible; Porque entonces es sin disputa, que no pueden las clausulas salutare interpretar el libello, y hazerle relativo, à aquello que repugna, y es contrario à la pretension expressada por el Actor, *Trenacinq. var. lib. 2. tit. de probat. resol. 8. num. 3. vers. Item dicta clausula.* Fab. *in Cod. lib. 2. tit. 40. defn. 3.* Hodiern. *controv. 12. num. 33. & seqq.*

217 En este caso la repugnancia es notoria; porque Rovinat no conviene, en que el contrato fuesse de mandato, antes bien al contrario persiste en que fue mutuo, diciendo, que desde principio entregò los granos, prestandolos à Riera, y por cuenta suya; de forma, que segun esta pretension, no puede Riera conciderarse como à mandatario, sino que se avria de conciderar como à dueño; y al contrario, conciderandose como à mandatario, no pudo averse entregado el trigo por cuenta suya, sino por cuenta del mismo Royinat, y à su riesgo.

348

*Dictand clausula
larum vi, et seq.
ficatâ
et num seqq
et an. 229.*

Y teniendo, como tienen, estos dos contratos tal repugnancia entre sí, que mutuamente se excluyen, no puede el Juez, dexando aquel que se ha expressado en el libello, y profeguido siempre por el Actor, passar à declarar sobre el otro, que no ha sido allegado, ni deducido, antes bien negado expressamente.

218 Y es la razon genuina; porque la Sentencia, no solamente seria diforme, sino contraria al libello, y seria condenar al reo, por vna causa, à que el mismo Actor disiente, y la niega; cosa à la verdad, que por sí misma repugna: Ponte, *dict. conf. 42. num. 23. ibi: Quomodo ergo potest sequi Sententia hic, non solum non conformis, & diversa, sed contraria libello? :::: Nec vlla de limitationibus traditis per Jason, & Felin. in dict. cap. Licet Heli, applicantur, quando constat de expresso dissensu Actoris, & num. 27. ibi: Praterea omnes decisiones loquuntur, ut ex clausula predicta; consequatur idem omni meliori modo, etiam non deducto, & expresso :::: Sed facere, quod hac clausula apposita ad consequendum apposita in libello, operetur aliam diversam, & contrariam petitionem, ego non video per quos terminos possit fundari.*

219 Hasta aqui hemos discurrido, como si la diferencia estuviere solamente en el contrato, ò en la Causa de la qual nace, y se origina la pretension de Rovinat, Actor demandante en este Pleyto: Pero apurando mas la verdad, y desantrañando esta diferencia resulta, que no solo consiste en la Causa, si tambien en la cosa que se litiga, de tal suerte, que declarando por el mandato, no podria el Juez condenar sobre aquella misma cosa que pretende Rovinat, por el contrato de mutuo.

220 En fuerça del mutuo, lo que pretende Rovinat, y lo que unicamente puede pretender, son los granos en especie, que por esso la accion es, *condictio certi*, L. Certum est 6. L. Certi condictio 9. ff. de rebus creditis, & si certum petatur, &c. y assi lo expressò en la demanda verbal: Pide à Juan Riera, le de, y pague las 600. quarteras de trigo, y 1300. de cevada, que està deviendo à el dicho Rovinat, como, y en la forma està expressado en el memorial, presentado al muy Ilustre Señor Superintendente General, que se presenta. Y en el memorial concluyò desta suerte: Suplica à V. S. se sirva mandar proveer al Suplicante, de lo que solicita, para que Juan Riera pague las 600. quarteras de trigo, y 1600. de cevada, que està deviendo; De forma, que si Riera en el Juizio verbal, huicse entregado los granos, estava yà acabado el Pleyto.

221 En fuerça del mandato, no puede el Juez condenar à Riera, à que entregue granos, ni cosa cierta; solamente podria condenarle, à que emendasse, y satisficiese à Rovinat, *el quanti interest mandatum*

actio
Condictio certi

actio mandati

349

tum non fuisse adimpletum; porque à esto vnicamente se dirige la accion *mandati*, la qual en tanto compete, en quanto se interessa el mandante, à que se cumpla, y si dexasse de interessarse en el cumplimiento, dexaria tambien de tener accion contra el mandatario; por cuyo motivo es incierto, lo que se pretende, ó lo que se puede conseguir, en fuerza de esta accion, como lo dixo Vlp. en la *si procuratorem* 8. §. *mandati* 6. ff. *mand. vel contra*, ibi: *Mandati actio tum competit, cum capit interesse ejus qui mandavit, caterum si nil interest, cessat mandati actio; & eatenus competit, quatenus interest*, Vinnius, in *comm. ad §. aliena tantum* 3. *instit. de mand. num. 4.* Scober, de *purit. quest. 6. §. 2. num. 7.*

222 Y en tanto es incierto este interès, que no se limita al valor de aquello que avia de percibirse en fuerza del mandato, ni al daño intrinseco del quanto mas podia valer, en el tiempo que devia cumplirse; antes bien passa mas allá, y es comprehensivo de todos los daños extrinsecos, que se le siguieron al mandante, por no averse cumplido à su tiempo; como por exemplo, si huvo de tomar dineros à daño, ó si huvo de hazer otras expensas, conforme lo prueva difusamente Ciriaco, *contrrov. 165. per tot.*

223 Esto supuesto, de ser cosa diferente, la que se pretende, en fuerza del mutuo, de aquella que podria pretenderse en fuerza del mandato, es indubitado, que no puede el Juez, sin preceder peticion de la Parte, passar à declarar sobre este segundo contrato, dexando el primero; Porque seria condenar al reo, en aquello que no lo pretende el Actor, siendo assi que *ultra id quod in judicium deductum est excedere potestas judicis non potest*, como lo dixo Javoleno, en la *L. Ut fundus* 18. ff. *comm. divid.* y el Imper. Justin. en la *L. Cum quidem* 17. & fin. *Cod. de fideicom. libertat.* añadió, *nullum quidem judicem ita esse stultum putamus, ut hujusmodi proferat condemnationem.*

224 Y es nulla la Sentencia, y por consiguiente inexecutable, quando el Juez condena à cosa distinta de aquella, que se pretendia por el Actor; aunque la peticion vaya acompañada con la clausula *omni meliori modo*, ò con otras clausulas semejantes, Gotofred. in *not. margin. ad dict. l. 18. ff. com. dividun. lit. R.* Surdo, *decis. 295. num. 20.* & 21. Ramon, *consil. 50. num. 33.* citando à Vansio, y Rebufo, *Parlador, lib. 2. rer. quotidian. cap. 10. num. 5.* y con mayor expression el Cardenal de Luca, de *judic. discurs. 8. num. 9.* en donde pone el exemplo: *Si Actore petente domum Judex descernat vineam, sive quod illo unam personam induente, Judex ex altera pronuntiet.*

225 En tanto, que aun los mismos Autores, que en el caso de concurrir solamente la diferencia en la Causa, eran de sentir, que podia el Juez Supremo, declarar por la Causa provada, aunque no deduc-

no ansig. b. n. con. divid.

*comprehendit ne-
dim damna ins-
trinsecas*

*Judicij potestas non
extenditur
Et num. 1099.*

*Sententia eund-
la. 980*

*vis hujusmodi
proq. nec ugn.
one charnat. rous
si dubio tenentur
no admittit uin
Tolan. in i. c. 10*

Q

deducida; Estos mismos advierten, que concurrendo la diferencia en la cosa, entonces, ni en los Supremos Tribunales puede passarse à declarar, sobre aquella que no ha sido pretendida por el Actor, *Cancer, var. part. 2. cap. 2. num. 262. ibi: Secus tamen esset si probassem de alia re quam petita, quia tunc nullo modo posset ferri Sententia super probatis non petitis; ut si cum egissem ad domum, probassem de vinea; nam tunc Senatus nullo modo, licet ei constaret vineam ad agentem pertinere, super ea, que nullo modo fuit petita quicquam declarare, aut pronuntiare posset.*

226. *Xammar, de officio Jud. part. 1. quest. 9. num. 102. ibi: Aliud esse si probassem de alia re quam petita, quia tunc nullo modo posset ferri Sententia super probatis non petitis; ut si cum egissem ad domum probassem de vinea, nam tunc dicti Supremi Judices, nullo modo possent quicquam super re non petita pronuntiare.*

227. Y assi, hallandonos nosotros en los terminos de concurrir, no solo diversidad de Causa, si tambien diversidad de cosa; porque Rovinat, en fuerça de la condiccion *certi*, que nace del mutuo, pretende vna cosa cierta; esto es, tantas quarteras de grano en especies; Y en fuerça del mandato, pediria vna cosa incierta, esto es, el daño que pudo aver tenido por no aversele cumplido el mandato; es indubitado, y cierto, que no puede el Juez passar à declarar sobre este mandato, no aviendolo pretendido Rovinat, ni pretendiendolo.

228. Hasta aora, parece que hazemos el negocio de Rovinat; porque fundando solamente la imposibilidad de declarar sobre el mandato, en no averse pretendido; muy facil le serà el evadir este motivo, dando vna periccion, y pretendiendolo; como en efeto ya estamos viendo, que al otro dia de salir à luz este Allegato, nos sabdrà con la nueva pretension en el Pleyto: Y assi, aviendo ya fundado, que no puede el Juez *ex officio* declarar sobre el mandato, pasaremos à evidenciar, que ni tampoco puede pretenderlo Rovinat, en el estado en que se halla el Pleyto, y es el segundo de los motivos, que hemos propuesto arriba *num. 206.*

229. El estado del Pleyto, es hallarse ya concluido, por medio de la publicacion de Testigos, visto por el Noble Assessor, y à punto de darse la Sentencia: En este estado, es cierto, que no puede el Actor variar la pretension; ni aun en fuerça de la clausula *omni meliori modo*; mayormente quando la nueva pretension, no solo tiene mira à otro fin; pero, y aun es contraria, è incompatible con la primera, *Oliba, de action. part. 1. lib. 3. ad S. si quis agens, num. 1. & 2. Ripoll, ad Peguer. rubr. 21. num. 24. Castillo, decis. 57. num. 1.*

et n. n. 199. Valga

PAE
nec in Supremo Tribunalis

en el estado de concurrir

en el estado de concurrir

en el estado de concurrir

Post conclusum in
causa non potest
Actor variare pre-
tensionem, ad huc in-
im clausula om-
ni meliori modo
et n. n. 199.

350

230 Valga por todos el Noble de Tristany, acompañado con la autoridad Suprema de la Real Audiencia antigua, *decis. 107. num. 38. ibi: Si vero diversa actione, tendente ad diversum finem fuerit facta petitio post conclusum in causa, clausula omni meliori modo non extenditur ad non petita, & nihil operatur, nec sententia ferri potest ex diversa causa. Ita Senatus Regia Sententia lata referente Nob. Dom. Francisco de Rius & Bruniquer, Regio Senatore, die 13. Septembris 1695. Not. Abadal, in Causa inter N. Baladia, contra Augustinum Boday.*

231 Y lo mismo procede en el Reo, el qual despues de concluido en el Pleyto, no puede allegar nueva excepcion distinta de aquella que allegò antes, como lo prueva *Canci. part. 3. variar. cap. 20. num. 373. cum duobus seqq.* Y con vn exemplar de la Real Audiencia lo refiere *Font. decis. 27. num. 9. & 10.*

232 Pero que mucho, si ni aun sobre la pretension primera pueden hazerse nuevas pruevas, ni por via de instrumentos, ni por via de Testigos; reputandose la conclusion por vna especie de renunciacion, que hazen las Partes à toda prueva, y à toda defensa, sujetandose ya desde luego à la declaracion del Juez, con solo aquello que antes fue allegado, *Peguer. in prax. rubr. 21. num. 1. Foman. decis. 27. num. 4. 5. & 6.* y otros; En tanto, que por este motivo se halla pendiente el altercato sobre la verificacion de las Cartas, de que se ha hecho mencion arriba *num. 141. ad 145.* fundando solamente Rovinat el no querer responder personalmente, en que se han producido despues de la publicacion de los Testigos; y en efecto ha sido preciso à esta Parte, el recurrir al favor de las respuestas personales, y al juramento que tiene ofrecido de aver venido à su noticia despues de la publicacion: Y feria cosa bien estraña, que nos viniessse aora con vna nueva pretension, despues de la conclusion del Pleyto, quando el mismo se resiste à responder personalmente sobre las Cartas, con el vnico motivo de averse producido despues de ellas siendo assi, que estas vnicamente miran à justificar mas la excepcion, que ya de antes se propuso, y no à proponer excepcion nueva, y distinta.

233 Passando por vltimo al tercer motivo, el qual procede hecha la suposicion de que se pudiesse declarar sobre el mandato, es de advertir, que los AA. quando tratan de esta question, si puede, ò no el Juez declarar por la causa provada, aunque no deducida; ò bien si puede la Parte despues de concluso en el Pleyto variar de titulo, y pedir que se declare por aquel que resulta provado, aunque sea distinto del que propuso en el libelo, hablan todos con la suposicion de que esta nueva causa, ò nuevo titulo, sea vn titulo positivo, que de los autos quede perfectamente provado en quanto à la substancia, como resulta del exemplo de que se valen comunmente, à saber si el Actor pre-

neq/ vult
exceptiones

neq/ possunt probar
res
effectiv conclusionis
in causas

si non oportet
variare de materia
propositionis
et sic ad ista
non valet
et sic ad ista

02 E

pretendia el dominio de vna Casa en fuerça de compra, y justifica el titulo de donacion; pues de otra suerte, si el nuevo titulo no quedava provado perferamente, en vano disputarian, si el Juez puede, ò no condenar al Reo por la causa que de èl resulta.

234 Veamos aora, si en este caso queda perferamente provada la negligencia, para que en fuerça de ella pudiesse ser condenado Riera por el mandato: Lo cierto es, que ni el mismo Rovinat la ha acusado, antes bien al contrario ha supuesto, y supone aver executado Riera las devidas diligencias; primeramente, porque ha producido su Carta, en la qual expreffava que avia venido vnicamente à Barcelona para cobrar los granos, y dava razon de la casualidad, por la qual no avia podido conseguirlo, cuya Carta vá transcrita en el num. 161. y siendo producida por Rovinat, es aprovada, y haze perfera pruevâ, num. 163. En segundo lugar lo ha supuesto en el Capitulo 3. de los que presentó à 18. de Julio 1719. y en el Capitulo 18. de 16. de Abril 1720. en los quales allegò, que Riera avia en efeto cobrado estos granos de la Provision; y si bien no ha podido probarlo por ser contra la verdad, pero de averlo allegado resulta vna confesion virtual de las diligencias precedentes, pues no podia llegar à cobrar, sin que hiziesse primero las devidas diligencias.

235 Pero supongamos que pudiesse apartarse de estas confesiones, y venir aora como à Mandante, imputando al Mandatario la negligencia: En este caso diriamos, que no por esso quedaria provada: Verdad es, que el hecho negativo no necessita de prueba, antes bien transfunde la obligacion de provar al contrario, y por consiguiente, que no puede Rovinat dar prueba alguna sobre la omission de estas negligencias, sino que al contrario deve Riera provarlas. Pero al mismo tiempo es cierto, que no puede dezirse provada la omission, hasta tanto que interpellado el Reo, con termino competente para defenderse, dexè de dar la prueba conveniente para acreditar su diligencia.

136 Protesta Riera, que al mismo tiempo que Rovinat mudará de accion, y querrà embestirle como à Mandatario suponiendole negligente; passará à presentar sus Capítulos à fin de provar, que hizo por su parte las diligencias devidas, y pedirá dilacion competente para provarlas: Y que se aya de conceder esta dilacion en el referido caso, es cosa cierta; por ser regla indubitada, que siempre que al Actor se permite el variar, y mudar la pretension, de manera que el Reo necessite de excepciones distintas para su defensa, no puede el Juez passar à declarar sobre esta nueva pretension, sin que primeramente conceda vna nueva dilacion al Reo, y le admita à prueba sus excepciones, Velasq. de jur. emphit. quest. 6. num. 12. in fine, Hodiern.

con-

*Si Actor permittit
variare, et mutare
pretentionem,
concedenda est
dilatio ad
et n. n. 1099.*

65
351
controv. 12. num. 19. Vrcil. ad Afflic. decis. 372. num. 1. & 2. Fontan.
decis. 128. num. 2. & 9.

237 Gutierrez. practica. quest. lib. 1. quest. 100. num. 8. ibi: Non
etiam obest quod in causa non deducta, quamvis postea probata, Reus re-
manet indefensus, quia non potuit instrui, alias si sciret, probaturus con-
trarium; quoniam etiam publicatis attestacionibus, admitti poterit ad pro-
bandum si velit contrarium, cum ante probationem, super hac probatio-
ne contraria instrui non potest; sicque hoc modo Reus succurratur, si ali-
quam defensionem habeat adversus causam probatam, non deductam in
Processu.

238 Castillo, decis. 57. num. 9. ibi: Ex his ergo clare apparet, quod
licet vigore dictarum clausularum libellus sustineatur, & possit etiam de-
terminari per Iudicem super causa non deducta expressim, id tamen est
intelligendum, dummodo de ea liqueat in processu, & non aliter; ac etiam
id plane, est intelligendum de actitatis in processu, & datis competentibus,
& legitimis terminis, alias fieret condemnatio inaudita altera parte;
y lo repite en el numero siguiente.

239 Es singular la decision del Senado de Napoles, que refiere
Afflic. decis. 372. pues siendo assi, que el Actor no variava la preten-
sion, ni aun la accion, si solo en la calidad del derecho passivo, pi-
diendo que el Reo fuesse condenado como à heredero de su Madre,
por aver esta tambien firmado el contrato, del qual se disputava; sin
embargo, porque antes de la conclusion del Pleyto avia solamente
dirigido la accion contra el Reo, como à heredero del Padre; decla-
rò el Senado; que no podia passarse à la condenacion, sin dar prime-
ramente al Reo nueva dilacion, y nueva defensa, para ver si como à
heredero de la Madre tenia nueva excepcion, distinta de aquella
que avia propuesto como à heredero del Padre: Assi concluye Afflic.
la decision en el num. 8. ibi: Tandem post longam deliberationem fuit
conclusum per Concilium, quod ex quo nihil aliud allegabant dicti Con-
venti, nisi quod fuerunt conventi, ut heredes Patris, & non Matris, &
quod iterum debebant conveniri; fuit eis declaratum, quod allegarent
quidquid vellent, quia Concilium vult pronuntiare super dicto debito
tanquam contra heredes Matris.

240 De todo lo que en este §. queda deducido se concluye, que
no puede el Noble Assessor declarar acerca del Mandato, por no pre-
tenderlo Rovinat, y porque niega este contrato: Que ni tampoco po-
dria Rovinat pretenderlo, porque seria pretension nueva, radicada en
diferente contrato, distinta, y contraria de la primera, la qual des-
pues de ser concluso en el Pleyto no puede admitirse: Y por vltimo,
que en el caso de proponerse, y admitirse esta pretension fundada
en la supuesta negligencia de Riera, se avria de conceder nueva dila-

R cion,

Causa, in quo Reo
concedi? Dilatio per
conclusionem in causa

32

cion, y admitir à prueba los Capítulos; que en este caso presentará para provar, que executò todas diligencias devidas.

230 Conforme assi lo esperamos, y sentimos. Salva siempre la mejor, y mas cierta censura del que ha de decidir este Pleyto. Barcelona, y Noviembre á 4. de 1722.

De Solà y de Guardiola. Aparici.

*Memorialia huy con =
de tom.....*

*Cap. in quibus
comprehenditur
comprehenditur*

[Faint, mostly illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page]