

M. 12

Simulador y sus conjuer

*M
n. 11.*



**P O R
EL LICENCIADO**

**D. IVAN FERNAEDEZ MORENO,
y Doña Ynés Moreno su hermana, hijos, y
herederos de D. Alvaro Fernandez
Moreno, vezinos de esta
Ciudad.**

EN EL PLEITO

**CON LOS TESTAMENTARIOS
de doña Ynes de S. Antonio.**





P O R

EL LICENCIADO

JUAN BERNARDEZ MORENO,

de la villa de Madrid, hijo de

Don Juan Bernardez y Doña

Isabel de Torres, vecinos de esta

Ciudad.

EM LA PLATA

DE LOS TESTAMENTARIOS

de don Juan Bernardez y Doña

Isabel de Torres, vecinos de esta

N.º

JOSE A. V. S. RELACION



dese pleyto por Memorial
ajustado, por lo qual se omi-
te repetir el hecho en este pa-
pel, donde solo se disputará la
justicia de los menores en dos
Articulos.

El primero, se reduzi-
rá á justificar con conjeturas, y plena provança, el que los
bienes, sobre que se litiga, fueron de D. Alvaro, y como ta-
les, les pertenecieron á los menores, como sus herederos, y que
aunque las escrituras suenan hechas en cabeza de doña Ma-
rióna, y doña Ynes, hermanas de D. Alvaro, no se adquirie-
ron á ellas dominio por ser simuladas.

En el segundo, se justificará no quiso D. Alvaro
dejar su hacienda á sus hermanas, como es contrario se pre-
tende, y se disputará el legado tácito, ó fideicomiso que
dizen ay en el testamento de D. Alvaro.

Preceden los Menores la reivindicacion en
dichos bienes, y oponen los testamentos la excepcion de
dominio, fundandola en dichas escrituras, con que dicen
tienen provada, *l. cum presb. C. de probat. Patet. instrum.
tit. de res. lib. 2. num. 1. vs. que ad. 6. Dom. Castell. lib. 2. quo-
tid. cap. 16. num. 4. Mantica, decis. 4. n. 1.*

Replican por los menores la limitacion desta
regla en dos maneras. La primera, quando el instrumento
es simulado, que entoncez lo asi tratado, no puede mudar
*veritatis materiam, l. 2. C. plus valere quod agit, ni ad quie-
re dominio a quel en cuya cabeza se agita la venta, si no al ver-
dadero comprador ext. int. 5. C. si quis alteri, vel sibi, ibi.
Cum propria pecunia tua te comparante possessionem, quem-
dam uxoris tuae numerum tantummodo accommodasse, eadem-
que occasione custodia sua commissorum instrumentorum,
contra bonam fidem proprietatem eiusdem fundi usurpasse
dicitur. Res for. provincia pro sua exercitatione cognitum ha-
bens donatorem à non domina. vs. ore tua in filiam suam
colatam, nullam praedictum dominio tuo, attulisse docen-
si tibi veritatem precibus tuis adhibere restituere eundem pos-
sionem, habita etiam fructuum taxatione curabit.*

Pro-

Probatur etiam ex l. cum dicitur, §. ff. ad leg. falci-
 cid. lib. Et sane implere sequitur obsequium, ut amissa inter-
 positae capientis persona spectetur. Et hoc amissa l. 5. C. de li-
 berali caus. ibi: Nec falsa simulatio, per hanc in manu. Bart.
 cons. 65. num. 3. ibi: Et huius simulatio non valet, ut ex
 simulatione non impediatur adquirenti bona de iure adqui-
 ritur. Dom. Vela, d. ff. 38. num. 6. Et hoc simulatio no-
 minis oppositor, et alienatio eius virtute ab uxore facta
 mariti domino non periclitatur. Refiriendo muchos textos,
 Et exiunt nōstro regio la l. 13. tit. 6. lib. 5. Reco-
 pilat. anula toda simulacion de persona ad personam, que
 es la de nuestro caso, como inferimos, ex docto. Bart. in l.
 mittimus. C. si quis alteri, vel sibi, de ex del. l. 5. cod. 11. Va-
 lasco en la consult. 154. nu. 8. illie: Adde quare non modum,
 nempe quando fit simulatio de persona ad personam, instru-
 mentum capta de persona uxoris, et se vera emit mari-
 tus. Mādelo de Alva, cons. 9. desde el num. 1. donde entre
 otros modos de simular pone el de nuestro pleyto.
 La segunda limitacion de la l. cum precibus, es;
 quando se prueba lo contrario de lo que el instrumento
 contiene, que en estos terminos el instrumento no subsis-
 te, ni goza del privilegio de prueba que el derecho le adque-
 re, y se ha de estar ala prueba contraria de lo que suena. Mat-
 card. conclus. 907. num. 2. ibi: Nisi probetur contrariam. Y
 en el num. 3. Limitatissimando, si adversarias acquiescat, et
 nihil obijctas. Pareja, ubi supra, num. 17. dize: Dummodo
 predicto instrumento nullo obijctas exceptio.
 Y quando el comprador que suena en el instru-
 mento fue interpretado, desfiende el que no deve subsistir. D.
 Greg. Lopez, in l. 5. tit. 5. part. 5. gloss. 1. ibi: Nisi probetur,
 interpositum fuisse ad emendum, ab eo cuius est pecunia. El-
 cobar, de ratocen. cap. 14. num. 33. Hermol. gloss. 1. in l. 49.
 in 5. part. 5. num. 6. ibi: Limita ex gloss. hie principalem co-
 elusionem, quando emptor interpositus esset ad emendum, ab
 eo cuius est pecunia, non suspicuis nomine emisse presu-
 mitur.
 Y mas en terminos de nuestro caso, que es,
 quando el verdadero comprador puso el instrumento en
 nombre del comprador fingido, dict. l. 5. C. si quis alteri.

del fibi Heratofilli vbi dicitur. *num. 6. ubi. Si simulate, nomen ementis appositum facti res empta ex pecunia aliena, non est ementis, de xando accion al verdadero comprador contra la cosa comprada simuladamente. Heratofilli. nu. 5. Dominio pecunia (pregunta) quea dicitur ad eius recuperationem datur. Dic. quod potest non ab emprore repetere, ex supra citatis. Et si non sit solvendo in subsidium poterit, ne in eius est pecunia ad rememptam agere, licet non sit et obligata. gloss. q. l. 54. Y lo mismo resuelve D. Gregor. Lop. en la gloss. fin. con la l. proculus, de iur. dot.*

11 Supuestas ya las dos limitaciones que tiene la regla, de que los testamentos no se valen, passaremos a fundarlas, recogiendo del hecho de los autos las conjeturas, con que se prueba la primera limitacion, por ser esta de dificultad o prouanza. Y para la segunda, referiremos la prouanza grande que los menores han hecho contra dichas escrituras, prouando auer sido D. Alvaro su padre el verdadero comprador, y no sus tias, en cuyo favor fueron hechas.

CONJECTVRA PRIMERA.

Y sea la primera conjetura la que resulta del trato, y conferencia que precedio a la simulacion entre D. Alvaro, y sus hermanas, la qual se ajusta de las deposiciones de Isabel de Quésada, y Maria Martin, criadas de el padre de los menores, que dicen vieron, como dicho D. Alvaro trató con sus hermanas, el que queria para resguardar su hacienda, ponerla en su cabeza, y que para su seguridad les pidió cedola de resguardo. Brevase asimismo del resguardo por los menores presentado, de cuya justificacion se trata el Artículo 2.

13 Tambien se prueba de las deposiciones de Dionisio Martinez, y Antonia Ruyz, criados tambien que fueron de D. Alvaro, los quales refieren, como en su presencia les decía D. Alvaro a sus hermanas estava muy gustoso de tener su hacienda puesta en su cabeza para tenerla segura de quiebras, y siendo este tratado precedente, no sólo justificado por las deposiciones de tantos testigos (que solo vao en terminos de simulacion bastara, por ser hecho de dificultad

provança Ioseph Ludovico, *concl. 5.ª. coniect. 2.ª. ibi: Nam ex dicto. vnus testis deponens de simulatione creditur*)
Hegandote à ellos el constar por instrumento, parece que es
tà bastantemente provada esta coniectura.

14 Y estando manifesta la simulacion, Menoch.
*lib. 3.º. præsump. 122. num. 28. & cum multis Noguez, alleg.
10. num. 5. ibi: Et ex tractatu poecedente inducitur præsump
tio simulationis.*

CONJECTVRA SEGVNDA.

15 *¶* Da fundamento à esta Coniectura la con-
trariedad, y variedad en los instrumentos otorgados por D.
Alvaro, pues por el testamento declaró, que solo tenia dos
hijos, y que valdria su caudal 2000 reales, antes del hallamos
declarados los quatro hijos que tenia, y en el registro de por-
tugues que se hizo el año de 65. en este declara (al principio
del) que las casas eran suyas; mas adelante dixo, que estauan
dichas casas proindiuiso, y por partir. Y finalmente hallamos,
que demas del caudal que declaró en el testamento, tenia
vna escritura de 700 reales cõtra Anton Lopez. Otra de 1000
reales cõtra Gaspar Botello. Y finalmente los bienes que he-
redó de D. Manuel Fernandez Moreno su hermano, que son
en mas cantidad de mil ducados.

16 Conque hallamos de los autos, que D. Manuel
vivia en casa de D. Alvaro, que estas casas las compraron las
hermanas, que no las compraron, sino estauan proindiuiso,
que D. Alvaro tenia 2000 reales, que no tenia sino 800, que
tenia quatro hijos, que no tenia mas que dos, y desta contra-
riedad, y repugnancia, deduciere simulationis præsumptio,
*Farin. de falsis. quæst. 153. num. 12. 1. ibi: Regula sit, ut falsi-
tas maxime arguatur ex contrarietate, seu repugnantia ap-
parente in eadem scriptura, vel instrumento, aut etiam in-
ter unam, & alteram scripturam.* Noguez, *allegat. 10. n. 19.*
*ibi: Ex qua contrarietate magna deducitur simulationis præs-
umptio.*

CONJECTVRA TERCERA.

17 *¶* Esta se manifesta de la possession que siem-
pre

4
pre el padre de los menores cura de las casas, y agüeres de
de que les ebimpro, y por que pretenderán los testamentarios
excluir esta conjetura, diciendo, que si D. Alvaro poseyó,
tambien las hermanas poseyeron, porque vivian todos jun-
tos, abremos de recurrir al hecho, a reconocer quien poseyó
como dueño.

18 Y para esto se ha de suponer, que dos insolidam
no pueden poseer en una misma cosa. *§. ex contrario ff. de ad-
quir. possess. y así, si poseyó D. Alvaro, o las hermanas, ex
habitatione domus probari possessionem, dixo Menoch. de retinend.
remed. 3. num. 262.* y para circular la consecuencia se ha de afir-
mar, que el padre de las poseyeron precariamente. *l. 6. §. 2. l. 4. r
ff. de adquir. poss. ff.*

19 Y para reconocer quien como dueño poseia,
se han de atender los actos de posesion. Dizen, pues, Pedro
Ximenez, Manuel Prieto, Iuan Martin, Miguel del Rio, y
otros, hasta los Jardineros: *Que de orden de D. Alvaro fabricarõ,
y erizaron el jardin de las casas, sobre que se litiga; que el les pagaua, y
a su gusto se hazian todo lo que en el se obrava; y que si alguna vez pe-
diau dinero a las hermanas, respondian, no està en casa señor.*

20 Tambien se ajusta por las deposiciones de Ber-
nabé de Torres, Magdalena Palacios, inquilinos que fueron
de las casas accionarias, el que el padre de los menores se las arrendó,
que a el le pagauan sus alquileres, y de ellos les daua sus recibos.

21 Con estos conviene la declaracion de Seba-
tian de Medina, vno de los testamentarios que oy litigan, el
quál de pedimento de los menores de ardo, ser cierta que vivió
en vna de dichas cosas, la qual arrendó de padre de los menores, a quien
pagó sus alquileres, y que quando estaua en fuente dicho D. Alvaro, se los
pagaua a Don Iuan su hijo en virtud de poder que le dexaua, y quando
bolaia D. Alvaro de sus viajes le tomaba cuenta, y daua por bien paga-
do lo que assi auia dado.

22 Hallase alsimismo, que el padre de los meno-
res pagaua los cános de dichas casas, como consta de carta
de pago juridica, que de los reditos de ellos le otorgaron las
Monjas de la Piedad, por ante Iuan Luys de Baños, Escri-
uano.

23 Sin que contra todos estos actos de posesion
aya prouança contraria; pues los testigos de Doña Mariana,
y Do-

y Doña Ynés, que deponen en quanto a las cosas, solo dicen
laben que eran propias suyas, dos de ellas de oídas a D. Al-
varos, dos de oídas a las hermanas, y los tres en cumplimiento a
los fiere de que se componen, deponen de oídas generales, y
como testigos de oídas no hazen fe.

24 Y de esta posesion, que así tuvo siempre el
padre de los menores, se descubre, y manifiesta la simula-
cion. *l. ficuti d. super vacuum ff. quib. mod. pign. vel hipot. soln. Me-
noch. lib. 3. pr. esumpt. 122. nu. 110. Farinac. quest. 162. nu. 228.
Noguer. dict. allegat. 10 nu. 40. ibi: Secundum quod Carolus Stra-
ta non obstat ante dicta venditione, et venium, traditione ea possedit, ex
rarum simulationem habuit non vero emptores, que evidens coniectura
simulationis est. Bart. cons. 68. num. 1.*

CONJECTVRA QVARTA.

*¶ Emptio horam iuriam pro indiviso in capite Sam-
liar Donia facta, cum socij non sunt, presumptione fraudis arguit,
dixit Noguer. in dict. allegat. 10 num. 34.* Y en nuestro caso es
constante, que si esta hacienda fuera de las hermanas, no ef-
tuviera pro indiviso, pues cada vna quisiera saber la porcion
que en ella tenia, sin que obste el decir, que esto es pra neces-
sario por ser hermanas, porque como aun entre hermanos
son tan faciles de contractar las discordias. *Quid. 1. Methamer.
sed. 3.* Et alibi. *l. Fratrum quoque gratia rara est.*

l. 1. cap. 1. yo sup. 1. Tanta est discordia fratrum.
Y mas quando pro media el interes que produce la comuni-
dad de la hacienda, *l. cam pater. d. dulcissimi. ff. de legat. 2. cap. ex
tenore. in fin. de sentent. ex comunicat.* parece inverosimil que de-
zara cada vna de separar su parte. *Noguer. dict. allegat. 10
num. 45. ibi: Quae omnia tam ignerosimilia sunt, vt nemo non credat
factam fuisse non quod sonat, sed quod pretenditur.*

CONJECTVRA QVINTA.

*¶ Hazen menor coniectura el aver se em-
bargado los bienes muebles, sobre que se litiga, por la Real
Hazienda viniendo D. Alvaro, y en presencia de sus herma-
nas, como lo deponen Antonio de la Reina Vallejo, D. Tho-
mas*

5
más de Brizuela, y D. Miguel de la Peña, que fueron los que
hazieron dicho embargo, y nunca lo contradixeron las solo-
dichas miedras viuid, D. Alvaro; aunque luego a terminos
de apremio, y no es verosimil dexaran de hazerlo si fueran
suyos.

27 Sin que obste el que se diga que fue detenido,
porque despues en este pleyto dieron muestras de muy soli-
citas. *l. cum in debito. §. seu verbo. ibi. Naquam ita desapius est, vt fa-
cile suas pecunias iacet, & indebitas effundat, & maxime si ipse, qui
indebitas dedisse dicitur homo diligens est, & studiosus pater famili. ff.
de probat. de lo qual arguye Noguér. semejante conjetura,
num. 3. 6. ibi. *ibi ponderat ut non facit paruum sibi cause creditores, & com
alias cauti, & diligens fuisse, refiriendo la decission de la Rota,
y a Iosoph Ludonico.**

CONJECTVRA SEXTA.

28 ¶ De no auer tenido Don Alvaro libro de
quenta, y rason resulta no menos conjetura; pues siendo
constante los grandes tratos, y rentas que tenia; y siendolo
alsimilmo, que hazia, y disponia a lu voluntad de las dichas
casas, y agucares; yã se manifiesta, que si la hacienda no fuera
suya, cuuiera libro de quenta, y rason, que debia tener. *ex l. 7.
ff. de administrat. tutor. ibi: Tutor qui repertorium non fecit, quod
vulgo inuentarium nuncupatur dolo fecisse videtur; y de no attente
tenido haze Noguér. particular conjetura de simulacion,
num. 44.*

29 Pues no se puede inferir que quisiera tener se-
parado to caudal del de las hermanas, para q en todo tiempo
constasse lo que era suyo, y lo que era de ellas. *l. 4. §. 3. ff. de se-
parationib. ibi: Separatim quantum cuiusque, &c.*

CONJECTVRA SEPTIMA.

30 ¶ De estrecho parentesco entre D. Alvaro,
y sus hermanas resulta notable conjetura de simulacion por
presumirse en estas por Derecho con mas facilidad, como
personas conjuntas, y promptas para actos semejantes. *l. data
iam pridem, C. de donationib. ibi: Quod vel maxime inter necessarias*

coniunctas que personas conuenit custodire, l. non solam 67. in princip. ibi: *Nā is fieri potest, ut per fraudem in eum collata bona patris, propter tutelam renocari oporteat, ff. de rita nupt. l. penult. §. sed numquid Prætor, uel. Facilio, ff. de bon. libert. Bart. in dict. l. non solam. Malcard. de probat. tom. 2. conclus. 815. num. 10. Dom. Valenc. consil. 62. num. 61.*

CONJECTVRA OCTAVA.

31 ¶ Es tambien conjectura de simulacion la publica voz, y fama; y en nuestro caso la hallamos tan justificada como se reconoce de las deposiciones de mas de sesenta testigos, que dicen fue publico el que dicha compra se hazia en cabeza de las hermanas supuestamente, y con simulacion. Bart. cons. 68. in princip. ibi: *Proponitur etiam, quod publica fama est in dicto Castro perbale, quod dicta venditio fuit fictitia facta. Et postea: Et quod venditio fuit ficta ut ff. de testib. Noguer. d. allegat. 10. num. 62. ibi: Euidens enim coniectura simulationis inferatur quando omnes dicunt. Farinac. dict. quest. 162. num. 114.*

CONJECTVRA NONA.

32 ¶ Infierele assimismo conjectura de simulacion de la costumbre, y frecuencia que ay de hazer semejantes tratos simulados, mayormente entre hombres de negocios, lo qual demás de ser publico el que ponen en cabeza a genalo que adquieren, temerosos de las quiebras que pueden resultar en las rentas que administran, se halla esta costumbre reparada, ex l. 11. tit. de las Alcaualas de la nueva Recop. ibi: *Y porque somos informados, que los vendedores procuran defraudar nuestras Alcaualas fingiendo vnos contratos con otros. &c.*

33 Y de la simulacion de persona ad personam, que es la de nuestro caso, trata la l. 13. tit. 16. lib. 5. Recop. que solo se promulgó para embaracar la costumbre de este genero de simular, y de esta costumbre, y frecuencia se haze vero similitudine conjectura de simulacion. Joseph. Ludou. dict. conclus. 51. uel. Decima coniectura est. Farinac. dict. quest. 162. num. 169. 170. Noguer. dict. allegat. 10. num. 63. ibi: *Qui loquitur quando in loco consuetudo viget similes contractus celebrandi.*

CON-

CONJECTURA DEZIMA.

34. Esta conjetura resulta de la pobreza de las hermanas, pues siendo esta constante, no es verosimil que pudieran comprar tanta hacienda, sin tener caudal para ello; y porque los testamentarios quieren que las hermanas fueron ricas, es necesario que recurramos al hecho para averiguarlo.

35. Siete testigos deponen de la riqueza de las hermanas, los tres de ellos son Frayles de los Martires, y dicen conocieron en Malaga a las hermanas el año de 45. ricas, que con solo las coladoras que tenian se colgava la Iglesia de S. Andres, y el Portico de ella, y que juntamente tenian doze esclavos los diez de ellos a jornal, los quales les contribuian 160 rs. cada dia, y saben que dicho caudal era de dichas dos hermanas, por que assi era publico en dicha Ciudad de Malaga, y como suyo lo poseian en presençia de sus hermanos, y que el padre de los menores era tan pobre, que no tenia mas bienes que quatro fillas, vna cama, y sus libros.

36. Y aunque pudieramos tachar estos Religiosos, siendo interessada su Religion, por el legado que les dexò Doña Ynés de San Antonio, por ser el Religioso amigo de su Religion, *ideo propter amicitia repelitur, l. 3. ff. de testib. Farinac. de testib. quæst. 55. num. 133. Noguier. allegat. 2. 6. nu. 41. ibi: Et cum Religiosus sit qualiscumque Monasterij sua Religionis amicus, fidem non facit, cum iuste propter amicitiam repelatur.*

37. Todavia ay otras mayores causas, que desvanecen sus deposiciones. Y la primera es, que demás de ser inverosimil, como lo es, que vnas mugeres sin herencia, donacion, agricultura, ni mercatura, tuviesent tantas coladuras como deponen, es constante que dicen temerariamente, y se descubre de aver depuesto, que diez esclavos les dauan 160 reales de jornal cada dia, a cuyo respecto sale cada vno con 16 rs. y medio, cosa inandita, y que solo se pudiera arrojar à dezirlo quien tanta gana tiene de que las hermanas foessen ricas.

38. La segunda razon incierta que depusieron, fue afirmar, que D. Alvaro era pobre, por que constando de los autos, por testimonio sacado de los oficios de Millones, el que ganava en cada vn año cerca de 8 p. ds. en las rentas que

tenia, yà se considera, que no era pobre quien tenia en cada vn año tanta renta.

39 No menos se descubre la temeridad de estos testigos, de la deposicion del vno de ellos, que afirma comprò la Imagen de Nuestra Señora, que està en el Oratorio, con dinero de las hermanas, y que el de su orden se la lleuò y esto mismo se atribuyen à si Pedro Lopez Parrilla, testigo, de que despues trataremos, y Enrique de Tobar, afirmando cada vno auer comprado dicha Imagen; conque para dar forma à que estos testigos pudieron dezir verdad, hemos de discurrir, que así como el vno comprò dicha Imagen, la bolvieron acáza del Escultor para que el otro la bolviesse a comprar de nuevo; y lo mismo se hizo para con el tercer testigo.

40 Y cierto que demàs de ser esto tan increíble, no se como estos testigos no se precavieron de los recibos q̄ del valor de dicha Imagen diò el Escultor que la hizo, a favor del padre de los menores; y de su declaracion, en que dixo, que quien auia comprado dicha Imagen, fue D. Alvaro, y no sus hermanas.

41 Conque constando, que en todas estas partes de sus dichos deponieron con falsedad, y temeridad, se infiere todo lo demàs que deponen de la misma forma, y son indignos de fe, *l. qui falsa, ff. de testib. Neguer. allegat. 12. na. 168. Iuan Gutierrez. com. multis, conf. 36. num. 4. Iulio Claro, in pract. crimin. §. fin. quest. 53. verè. Sed quero.*

42 Pero aun en terminos que fuesse cierto huvieran tenido dichas colgaduras, no pudiera causar esto prouea alguna al intento contrario. Lo vno, porque el tiempo que citan los testigos, fue antes de la peste, que padeciò dicha Ciudad; conque auiendo tan grande prouança (como despues referiremos) de que despues de la peste, y al tiempo que vinieron a esta Ciudad (que fue el año de 654.) estauan pobres; no les queda valor a dichas deposiciones.

43 Y lo otro, porque los dichos testigos no dãn bastante razon en sus dichos, para que con ellos persuadan los animos de los Señores luezes a creer, que dichos bienes eran de dichas hermanas, siendo la razon que dãn de saberlo, el que así (segun dizen) era publico, y notorio; y así mismo porque los possieran. Y siendo hecho constante, que en la dicha Ciudad de

7

Malaga estavan juntos Doña Mariana, Doña Ynés, Doña Maria, Doña Ysabel, Doña Luana, D. Manuel, y D. Alvaro, no sabemos por que estos testigos quieren que dichos bienes fuesen de solo las dos hermanas, y no de los demás, mayormente siendo D. Alvaro padre de los menores, y D. Manuel su hermano, hábiles de negocios, e inteligentes, en quien con mayor causa se podia presumir fuesen foyos.

44 Y para hazer prueva, era necesario que hubiesen depuesto con cierta ciencia, dando razón por que causa eran dichos bienes de las dichas dos hermanas solamente, y no de los demás. Antonib Gomez, tom. 3. variar. cap. 12. num. 10. ibi: *Item adde, quod ad hoc ut testes probent, & concludant, debent deponere de certa scientia, non verò de credulitate: nisi adjecta eam, & rationem concludentem per sensum corporeum, quo veritas potest sciri, & cognosci*, citando muchos textos Farinac. q. 70. num. 6. Marant. in Ordin. Indic. part. 3. tit. de testib. num. 13.

45 Otros dos testigos son Pedro Lopez Parrilla, y su muger, quienes dixeron, que las hermanas quando vinieron de Malaga, traxeron a esta Ciudad sesenta cargas de ropa, en ricas colgaduras, y otras alhajas, y que Doña Ynés de S. Antonio traia puesto (dize la Doña Ana) un tapapies colchado de doblones, tal, que no se podia sentir, aunque de ella tirava la testigo. Y además de que no ay colgadura alguna entre los bienes, conque quedan convencidos los testigos, no es menor fundamento lo inverosimil de la deposicion de dicho testigo, queriendo que se crea, el que Doña Ynés de San Antonio vino desde Malaga con su tapapies colchado sin poderse sentir; conque abrimos de entender que vino en pie.

46 Pero con lo que se acaba de manifestar la passion de estos dos testigos, es, con la tacha legitima que los menores se han opuesto, y resulta de averles embargado sus bienes, y preso a dicho Pedro Lopez (pocos dias antes que jurasse) por vna deuda que devia a su padre; a cuyo juyzio salieron las hermanas de D. Alvaro, defendiendo su prision, y pidiendo su soltura, como consta de testimonio; y siendo en esta razon enemigos de los menores, no son dignos de fe. l. 22. tit. 16. p. 3. Demás de q̄ perdiendo los menores este pleyto, se libravan ellos de pagarles lo que a sí les devian; conque tambien resultan interesados, y por ello padecen defecto. Farin de testib. quest. 6. num. 4. & seq.

D Los

47 Los otros dos testigos, cumplimiento a los fie-
te de dicha prouança, son D. Iuan, y D. Francisco de Solis, y
dizen lo mismo que los dos antecedentes; y dizen mas, que
traian las hermanas de D. Alvaro en su servicio las dos esclavas que oy
están inventariadas, y saben los testigos son las mismas. Solicitan los
menores saber quando se compraron, y ha'lan, que la vna se
comprò el año de 659. cinco despues de auer venido dichas
dos hermanas a esta Ciudad, como consta de la escritura q̄
está presentada en los autos, y la otra ajustan por su edad, que
no auia nacido; porque teniendo el año de 72. (que fue quan-
do se inventariò por muerte de Doña Ynès de San Antonio)
18. años, no parece que el de 54 podia estar nacida, y si lo es-
tara, seria de muy pocos meses; conque descubiertamente
se manifiesta la inutil deposicion de estos testigos.

48 Tambien se valen, para prouar caudal en las
hermanas, de vna escritura, su fecha el año de 54. en que D^o
Alvaro, y Don Manuel dizen, que auian recebido de ellas 4.
años antes 34 p̄rs. y por ellos se obligauan a sustentarlas.

49 Replican los menores, que esta escritura se hi-
zo por D. Alvaro, y D. Manuel para embaraçar la execucion
que còtra ellos se seguia por 72 p̄rs. de pedimento de la Real
Hazienda, cuyo pleyto aun oy está pendiente en el Consejo,
y presentaron testimonio del fraude que conociò la l. 2. ibi:
Vel quem aliud in fraudem creditorum proponat, y la siguiente ibi:
*Sinè se obligauit fraudandorum creditorum cause, ff. quæ in fraud.
credit.*

50 Tambien desacreditan esta escritura con la de-
posicion del Escriuano ante quien se otorgò, que fue Andres
Diaz de Heredia, el qual refiere de ciencia, y conocimiento,
como las hermanas no tenian caudal alguno.

51 Y no menos se descubre la simulacion de di-
cho instrumento, de no auer en el fè de entrega. *Gloss. in l. qui
testam. in princip. ff. de probat. Mascard. lib. 2. conclus. 815. N. anti-
ca de tacit. et ambig. conuention. lib. 4. tit. 23. num. 31. in fin. ver sic.
Quarta est coniectura.* Y siendo assi simulado, no haze fè, vt in
*rubrica plus valere, quod agitur simulate concipitur. Bald. in l. 1. eod.
tit. et in l. pretib. C. de probat. Iasson, in l. cum eam 2. C. de transact.
vt in l. penult. §. ad crimen. Ibi Bart. & Immol. ff. de public. indic.*

52 Contra esta prouança, tan debil como se ma-
nifiesta, tienen los menores la siguiente. Don

53 Don Manuel Rodriguez Chaues, Arrendador general de las rentas de los pescados de los Reynos, dize, conoció en Sevilla á D. Alvaro, y sus hermanas, y en la de Malaga, y esta Ciudad, y siempre fueron las dichas hermanas pobres, y las estava cuidando, y sustentando su hermano D. Alvaro, y eran tan pobres, que en dicha Ciudad de Sevilla, donde vivieron en las casas del padre del testigo, estava haciendo labor de la casa del testigo para ayudar se a vestir, porque entonces D. Alvaro no estava rico, y despues quando este en las rentas que le dió el padre del testigo, y otras personas, mucha hacienda, y la puso en cabeza de dichas sus hermanas.

54 Pedro Valencuela, dize, que las conoció en Malaga viviendo con D. Manuel su hermano, el qual antes de la peste tenia algunos esclavos, y quando sobreuenido la peste se le morieron, y se les quemó toda la ropa que tenían, y las vió quedaron las susodichas, y su hermano D. Manuel tan pobres, que no tenían cama en que dormir, ni mas socorro para comer, que el que D. Alvaro su hermano les embiava desde esta Ciudad, y lo sabe, porque de orden de D. Diego Lafoa, a quien el testigo asistia, les lleuó algunos socorros de rosquetas, y otros regalos estando enfermas de peste, y al testigo se le pegó, y lo curaron en la misma casa.

55 Alonso Fernandez, vezino de Malaga, y que lo fue de las dichas hermanas, dize de vista de la peste, y de que por dicha razon se les quemó la ropa, y el testigo las conoció muy pobres, hasta que D. Alvaro su hermano embió por ellas, y las lleuó consigo a Granada. Y es admirable la fe que haze el vezino, en quien se infiere cierta ciencia, y conocimiento, siguiendo la original doctrina de Barr. in l. 1. ff. si cert. petat. Farinac. de testib. que est. 70. cap. 6. num. 264. Menoch. lib. 6. presumpt. 24. no. 1. 1. ibi: Hinc dicimus vicinum, vel conuictum presumi sciri vicinum, vel conuictum esse diuitem, vel pauperem, cum hæc sint de his, qua communiter cadunt in scientiam, & cognitionem vicinorum.

56 Matias del Vilches, dize, las conoció en Malaga, y a Don Manuel su hermano, y que despues de la peste quedaron tan pobres, que fue necesario que D. Alvaro las socorriese, y el testigo por su persona lleuó a las susodichas 3 y. rs. que les remitió Don Alvaro para que comiesen.

57 Gonzalo Lizana, dize, fue muchas vezes a la Ciudad de Malaga, y como era compadre de D. Alvaro, siempre iba a parar a casa de dichas hermanas a posar, y llevarles las cartas que D. Al-

uaro les embiana, y las vió en estrema pobreza, que aún no tenían cama en que dormir, y el testigo por esta razón siempre que iua dormía sobre su capa, y que despues las traxo D. Alvaro consigo.

58 Lucrecia Diaz, muger del testigo antecedente, dize lo mismo de vista, por auer estado 18. meses en casa de las dichas hermanas de orden de D. Alvaro antes que las traxesse a esta Ciudad.

59 Con estos convienen Pedro de Santiago, Manuel Enriquez, Fernando Lopez Matos, y otros.

60 Francisco de Bustamante, Harriero, dize, que el año de 54. lo habló D. Alvaro al testigo, y a Matias Bustamante su primo, para que con sus machos, y vna litera, que lleuarian, traxessen a esta Ciudad las dichas sus hermanas, y que con efecto fueron, y las traxeronslas quales venian muy pobres, y enfermas, con desseo de llegar a casa de su hermano, y la ropa que tenían, y traxeron, fue vna carga de vnos colchones, y vn baul con alguna ropa blanco, fundas de almohadas, y otras cosas.

61 Matias de Bustamante, citado por el antecedente, contesta en todo esto.

62 Ylabel de Quelada, criada que fue de D. Alvaro mas tiempo de 20. años, dize, que la testigo estaua en casa de su amo guardando a las hermanas para recibir las, y la ropa que traxessen, y vió venian muy pobres, y enfermas, y lo estuieron hasta que murieron, y que la ropa que traxeron de dicha Ciudad de Malaga, fue vna carga de colchones, y vn baul con alguna ropa blanco, y de vestir de poca consideracion.

63 Simon del Poço, Familiar del Santo Oficio, y vezino de D. Alvaro desde que vinieron las hermanas a esta Ciudad, dize, que quando las traxo D. Alvaro venian muy pobres, y enfermas, y que en sus enfermedades gastó muchos ducados D. Alvaro, de que se lamentaua muchas vezes con el testigo, como su amigo.

64 Con estos testigos convienen, y concuerdan las cartas que se hallaron en poder de Doña Mariana, y Doña Ynés, y se inventaron por su fin, y muerde, todas ellas escritas por D. Alvaro a las susodichas quando estaban en Malaga, y las respuestas a ellas, de que se compone la Pte. 3. de este pleyto.

65 En la del fol. 4. dize D. Alvaro a sus hermanas: *Tá os misé no tomeis pñadumbre por vosa de lo que en tales tiempos*

viere des, y si os parece de orden en Antequera para barina, o pau amasado, lo hare con todo lo necessario para vuestro bixupassar.

66 Y en la del fol. 6. dize: *Aos remito letra de mil reales, antes que esse dinero se os acabe auisareys para remitir otro, y alguna cosa que mas necessaria fuere, y no dexeydo gastar lo que huvieredes menester sin duelo.*

67 Y en la celt fol. 7. dize, *quiere traetlas consigo a esta Ciudad. Lo vno, por que cnyden de mi persona, y finalmente quando yo voy fuer a saplira mi hermano aqui mis falta y demàs, de que el gasto de dos casas me viene a ser de mucha costa, y aunque lo principal que me dà cuidado es vuestra salud, que lo demàs no lo miro a este respecto.*

68 En la del folio 9. que es toda jocosa, dà orden para que se le diessse a dichas sus hermanas dos esportillas de moneda, y que en acabandose les den otras dos; y luego concluye: *Para que assi la dicha Mariana no tenga que esculpular si pudo, o no pudo gastar lo que no gaud, ni sudò.*

69 Y en otra, su fecha el año de 53. dize: *Si Parri: Ha huiera venido, partiera luego con mi comadre Lucrecia, erio se hã de hallar muy bien con ella, solo me pesa las halle de se amifadas, y sin naguas; pero como yo no love a voya en paz.*

70 Otras muchas cartas ay, en que consta les embiaua algunas cosas de comer, y vestir, contra las quales no se ha dicho cosa alguna, ni dudado de su certeza; y assi por auerse hallado en poder de dichas hermanas, como por no auerles o puesto excepcion, hazen plena prouança. *Ex l. filius familias l. 6. ff. ad Senat. Consult. Macedon. ibi: Et ad patrem litteras emisit, ut eam pecuniam in Prouinciam solueret, debet pater si actum filius sit improbat, continuo testatione interponere contrariæ voluntatis.* Menoch. de arbitrar. lib. 2. cas. 94. Mascard. conclus. 627. nu. 36.

71 Y para la fe que hazen aquellos instrumentos, que no estàn contradichos, es el lugar del señor Salgado, in *labyr part. 3. cap. 2. num. 67. & num. 69. ibi: Et ideo si pars citata ad dicendum contra iara, & instrumenta producta, & nihil opponat intra terminum signatam ad oponendum, confetur tacite illa approbasse, fundado en Bart. in l. 1. C. de refat. quod in iudiciis aribus presens, & tacens videtur consentire. Craueca. conf. 1. nu. 11. quod non opponens contra asserata in iudicio, per partem consentire videtur, & confiteri.*

Y viendo hecho los menores tan plena pro-
uanga con testigos e instrumentos, de que sus tias eran po-
bres irosos, admirable conjetura de simulacion, quia non er at
ita diaci, dixo Barr. quod potuisset emere, conf. 62. que comienza:
Proponitur quod Ioannetus Hascasij.

CONJECTURA VNDEZIMA.

71. Resalta esta vltima conjetura de la ce-
dula de resguardo (de cuya comprobacion hablaremos en el
Articulo segundo) porque en este instrumento se halla con-
fessada la simulacion por las hermanas, y no puede auer me-
jor medio de probarla, y es la mas evidente conjetura: en
terminos de simulacion Cepola, de simulat. contract. num. 14. &
19. Thurot. pract. conclus. verb. Simulatio, conclus. 260. num. 28.
Mascard. de consens. 446. num. 1. Farinac. dict. quast. 162. nn. 116.
ibi Amplia nono, vs multa magis probetur simulatio per confessionem
partis. Erasm. num. 28. Amplia rursus procedentem ampliationem,
no probatur simulatio per confessionem partis EXTRAORDICIA-
de EM. Nogues allegat. 10. coniect. 18.

74. Demas, que esta simulacion tambien la tienen
confessada las hermanas de D. Alvaro en este pleyto, en la pe-
ticion de la Piega. fol. 49. ibi: Que verdaderamente tenia D. Al-
varontrato proprio suyo de agucar en cabeza de las dichas Doña Ma-
riana y Doña Lucía, y administrado por el dicho D. Sebastian de Acos-
ta. Conque por todos medios se hallan conuencidas, y el de-
recho de las menores en nuestro sentir justificado.

FIN DE LAS CONJECTURAS.

75. Apuradas ya del hecho de este pleyto las
conjeturas que se han podido ajustar, parece que bastan para
comprobar la simulacion, quando esta se prueba con indicios,
y conjeturas. l. 5. §. de barbaris, ff. de re milit. l. dolum. C. de dolo.
cap. 2. de renuntiatione in 6. ibi: Dammodo de premissa fraude appa-
rent saltem par aliis probabiles coniecturas. Tiraquel. de retract.
comuen. in p. esut. num. 37. Farinac. dict. quast. 162. num. 96. Dom.
Nalenc. conf. 28. num. 2. ca. sega. Dom. Castillo, lib. 2. controuerf.
cap. 25. num. 22.

Siendo

76. Siendo regla segundada por los DD. que quando cada vna de las conjeturas no pudiera por se calificar la simulacion, todas juntas la prouean, y persuadan. Dom. Vela, *differt. 38. num. 2. 3.*

77. Replica falo por los testamentos, el que para que se infera simulacion, es necesario dar causa, porque sin ella cesan las sospechas, o conjeturas. Barr. *int. post contractum*, na. 5. de donat. Dom. Castillo, *lib. 2. contram. cap. 2. nu. 2.*

78. Y los menores satisfacen, dando por causa el miedo de las quiebras que tenta su padre en las rentas del jupon, y pescado, que tuvo desde el año de 41. hasta el de 68. que murió, y que esta causa sea suficiente para inferir, y mouer simulacion, en todos los hombres de negocios, temiendo de quiebras, y acreedores. *Ex l. 2. ff. de pccatio. Vuelsembeck. ad tit. que infrand. credit. nu. 1. ibi: Quia verò debitorum possessionem, aut distractionem bonorum metuentes mature solent res suas in fraudem creditorum alienare, ET INTERVERERE.* Dom. Pichard, *5. 6. num. 8. instit. de actionib.*

79. Tambien la dan por bastante causa el señor Salgado *Sabyr. part. 2. cap. 14. num. 1. 3. ibi: Maxime ext ante causa simulandi, prout est creditorum ex actione euitare, & in part. 1. c. 1. num. 19.* Dom. Vela, *dict. differt. 38. num. 59. in med. ibi: De verò posterioris simulationis species, que contrarium in se non reddit irrium, sed tantum quo ad personam, cui ex eo ius queratur, ut in specie nostra allegari semper potest, & si praeius eius tractatus, & simulationis causa non probetur, quia sufficit cause verisimilitudo, qualis in mercatore pro se apparenter emente est locupletis nomen conferuare.*

80. Prouada ya la primera limitacion, de la regla de la *l. cum preibus. C. de probat.* con la simulacion que dexamos fundada, passaremos a la segunda, que es, prouar lo contrario de lo que los instrumentos continenca, pues en ellos fueran por compradoras las hermanas; y quien verdaderamente lo fue, y pagó su valor, fue Don Alvaro, padre de los menores.

81. Es constante de los autos, que no rixen Doña Mariana, y Doña Ynés a su favor en este pleyto mas que las escrituras; porque en quanto a prouanza, no ay testigo de vista que diga fuero a las susodichas tales compradoras; ni que pagaron la cantidad, y valor de los bienes, ni en las escrituras

ay paga, ni fodo entrega: y solo deponen siete testigos de oídas: dos a D. Alvaro, dos a las hermanas, y tres de oídas varias: por cuya causa, aunque fueran muchos mas, no pueuán, cap. licet ex quadam, de testib. Farinac. de testib. qu. est. 69. num. 2. y que ad 10. Alex. lib. 4. cons. 17. num. 2. Patian. de probat. lib. 1. c. 9. n. 13.

82. En quanto a los bienes, solamente tienen aquellos quatro testigos, que dixeron auian traído de Malaga las hermanas cinquenta y cinco, ò sesenta cargas de ropas, colgaduras, &c. los quales padecen las contrariedades, y cachas que dexamos referidas en la coniectura dezima, donde tratamos de dichos testigos desde el num. 45.

PROVANZA DE LOS MENORES.

en quanto a las casas.

83. Andres Diaz de Heredia, Escriuano Publico, dize: *Que con el testigo, despachò siempre el padre de los menores sus argocios, y sabe era muy rico, pues solo en la renta del jabon ganaba cada año cerca de 477. ds. y que con las ganancias de sus rentas comprò los bienes, sobre que se litiga, y quando quiso comprar las casas se aconsejó con el testigo, y le animò a que lo hiziesse, y con efecto las comprò, y puso en cabeza de sus hermanas, y corrigiendose lo el testigo, le respondió, que él se entendia, manifestandole, que el hazerlo assí era por tenerlas resguardadas, por el miedo de las quiebras en las rentas que tenia.*

84. D. Alonso Nuñez de Balduina, dize: *Que el testigo y demás sus hermanos vendieron a D. Alvaro las casas, sobre que se litiga, en precio de 577 rs. reales, cuya cantidad cobraron del susodicho la mayor parte en Anton Lopez, fabricante del jabon de esta Ciudad, sobre lo procedido de dicha renta.*

85. D. Iuan Fernando Nuñez de Balduina, dize: *Que este testigo, y sus hermanos vendieron a D. Alvaro las casas, sobre que se litiga, en precio de 577 rs. y su valor la recibieron del susodicho, y muchas partidas las librò en la Armona del jabon de esta Ciudad, sobre efectos de dicha renta, las quales el testigo fue a cobrar, y cobrò de Anton Lopez fabricante del jabon.*

86. Simon del Poyo, Familiar del Santo Oficio, dize: *Que D. Alvaro comprò las dichas casas de los testigos anteceden- tes, a quien librò su valor sobre Anton Lopez, fabricante del jabon de esta Ciudad.*

87. Magdalena Páncas, Anquilina de vna de dichas casas, dize: Que D. Alvaro compró las casas, sobre que se litiga, de los hijos de D. Juan Nuñez de Balbuena, y que de sí procedido se lo libró en Anton Lopez, fabricante de la pona de esta Ciudad, y en presencia de la testigo se dio un traslado de ellas.

88. Bernabé Díaz, Escribano de la Magestad, dize: Que el testigo era oficial mayor de la oficina donde compró D. Alvaro dichas casas de los herederos de D. Juan Nuñez de Balbuena, y que a él que las puso en cabeza de sus hermanas, y que en las pagó fue D. Alvaro, y pagó así mismo la escritura de venta de ellas, y la posesion que se le dió, y demás autos.

89. Matias Durán, Cirujano, dize: Que siempre curó en casa de D. Alvaro, y a saber muchas, que estauan enfermas, y sabe, que las casas, sobre que es el pleyto, las compró, y pagó D. Alvaro con su propio dinero, y no sabe en cuya cabeza las puso.

90. Pedro de Padilla, de edad 66 años, Procurador que fue del padre de los menores, y juntamente de los vendedores de dichas casas, dize: Que el testigo fue a cobrar de D. Alvaro vna librança, que sobre él se dió en dichos vendedores, y tratando de la compra de dichas casas, de que estaua muy gastoso D. Alvaro, le dió al testigo, como las auia puesto en cabeza de sus hermanas por tener las señaras de quebras, y le encargó el secreto.

91. Ylabel de Quelada, criada de D. Alvaro, dize: Que su señor compró las dichas casas, y las pagó de su dinero, y su procedido lo libró en Anton Lopez, dando en presencia de la testigo papel a los vendedores para que lo cobrasen de los efectos de las rentas.

92. Maria Martin, criada de Don Alvaro, dize lo mismo que la antecedente.

93. Matco Montero de Espinosa, dize: Sabe, que D. Alvaro compró, y puso las dichas casas con su dinero, por que así se lo dixeron al testigo los vendedores de ellas.

94. Fr. Francisco de la Encarnacion, Antonio de Matos Navarrete, Andres de Rueda, y otros muchos testigos lo dize así mismo, y de oídas a doña Mariana, y a doña Ynés, son conestes Ylabel de Quelada, Maria Martin, Dionisio Martínez, y Antonia Ruíz, criados que fueron del padre de los menores, y Bernabé de Porres, y doña Catalina de Alarcon su mujer.

PROFANZA EN QUANTO A AZUCARES.

95. Demás de tener los menores examinados mas de sesenta testigos, que deponen de que el trato de azucares era de D. Alvaro, y que como fuyo disponia de la su voluntad, se han presentado alsimismo las letras que se danan sobre el saido dicho para la compra de cañas, y azucares, que todas las aceptò, y pagò, y la cantidad que de ellas consta, son 18877 rs. Demás de lo qual ay presentadas todas las cartas de el Administrador de dichos azucares, que el tenor de las mas principales es el siguiente en la Pieça 34. que se compone de dichas cartas. En la del fol. 1. dize: *Espero que v. m. embie Harrieros para ir cargando este agucar de v. m. Y en la del fol. 1. m. El agucar de nuestro amigo Enrique está toda para ir cargandose quando la de v. m. Y en la del fol. 3. 8. La demás agucar de v. m. salió, y que no he podido más con los blanqueadores. En la del num. 2. 0. dize: *Oy entro moliendo las cañas de Matuel Rodriguez, que son muy buenas, jazo tendrá v. m. buen facebo en ellas. Y en la del num. 2. 5. Ioseph Lopez ha de salir de aqui con mas agucar de v. m. y toda la demás agucar que v. m. tiene está de dos tierras, que el tiempo es en su favor. En la del num. 2. 7. Esta hacienda es de v. m. y yo la miro como de su dueño, y la defenderé. Y en la del 32. V. m. podrá cobrar esta hacienda con quietud.**

96. Y en la del 41. *Desde la semana que viene, he de ir dando orden para continuar la labor, como v. m. me ordena, y conviene darla, pues es su hacienda de v. m.*

97. En la del fol. 2. 8. *En quanto al saydado, recato, asistencia, cantela, y vigilancia para la molienda de v. m. no es menester advertirme.*

98. En la del fol. 4. 8. *Con dezir lo que siento campo con la couciencia, y con lo que de no contener a mi carga su hacienda de v. m. Y en la del fol. 3. 3. V. m. si quiere que se vendan sus quebrados. Y en la del fol. 3. El agucar de los 61. pilones de D. Enrique saqué en cabeza de mi señora Doña Mariana, y fue excusado por si no los dexavan passar.*

99. Sin que en dichas cartas, ni las demás que remitió el Administrador de dicho trato a D. Alvaro, me en la boca a las hermanas, ni de ellas se habla mas, que lo que se infiere, y resulta de la carta, folio 3. que es donde se reconoce

descubierta la simulacion, y las hermanas viniendo no lo negaron, confesandolo assi en su peticion 13. fol. 49. ibi: *Que ver-
daderamente tenia Don Alvaro trato proprio de sacar en cabeza de
las dichas Doña Mariana, y Doña Ynés, y administrado por el dicho
D. Sebastian de Acosta.*

PROVANZA EN QUANTO A BIENES MUEBLES.

100. Lo primero tienen los menores prouan-
do con mas de veynte testigos, el que antes que las herma-
nas vinieran de la Ciudad de Malaga, tenia D. Alvaro mu-
cho caudal de alhajas, y plata labrada, y el que tuviesse la dicha
plata labrada hasta que murió, lo contestan, no solo todos los
testigos de los menores, que pasan de sesenta, sino tambien
lo articulan los testamentos en su interrogatorio, ibi: *Y si
sabon, que en casa de D. Alvaro, antes que muriesse, aunque tenia pla-
ta labrada, no era tanta como la contenida en dicho resguardo.*

101. Y en esta pregunta examinaron a Sebastian
de Medina, Doña Mariana Zapata, y otros testigos, que di-
xeron auia plata labrada, y que las tias de los menores les di-
xeron a los testigos, como la auian vendido para seguir vn
pleyto en Madrid; conque esta confesion, en lo articulado, y
prouança que hizieron, es está obstando, por deponer con-
tra lo que en sus confesiones dixeron las dichas Doña Ma-
ria, y Doña Ynés, negando en ellas auer tenido plata, y esto
aunque fuera vn testigo solo hiziera plena prouança. *Gloss.
& DD. in si quis testibus, C. de testib. Gratian. discept. for. 5. c. 2. 50.
num. 38. Dom. Valenc. conf. 73. num. 85. & conf. 78. num. 42.*

102. Demás de lo qual consta, que D. Alvaro com-
prò la imagen grande del Oratorio, vn San Antonio, vn San
Juan, y vn S. Joseph, y otras hechuras, assi por los recibos que
en su favor otorgò el Escultor que las hizo, como de la decla-
racion de dicho Escultor, que fue Bernardo de Mora, quien
concluye: *Que el testigo hizo la dicha Imagen grande, vn S. Antonio,
vn S. Juan, y otras hechuras, las quales le comprò D. Alvaro, y se las pa-
gò con su proprio dinero, y los papeles de recibos que se le han mostrado
son suyos, y por ellos le embio a pedir a dicho Don Alvaro las cantidades
en ellas contenidas por cuenta de dichas hechuras.*

103. La Santa Teresita, el Niño Jesus de Italia, La-
minas

minas del Oratorio, y ramillereros, y otros bienes, hasta en cantidad de 227. rs. consta que se le remitiéron de Malaga por Ioseph Nuñez, Arropador del Jabon de dicha Ciudad, y su partido en cuenta de los 40 pps. que importava cada año dicha renta; y para justificar esta partida de bienes, se a puesto en este pleyto el libro de la administracion de dicha renta del dicho Ioseph Nuñez, contra que no se ha dicho cosa alguna.

104 Para otra partida de bienes se valen los menores del testamento de D. Manuel su tio, è inventario que se hizo por su fin, y muerte, por donde consta, que D. Alvaro su padre los heredò del suyo dicho, y son, fillas, buxas, pinturas, sortija de esmeraldas, arcas encoradas, y otros bienes, que están reconocidos por el Escrivano que los inventariò, el qual dize son los mismos, sobre que se litiga.

105 Tambien se valen para otra partida de bienes, hasta en cantidad de 307. rs. como son ramas de granadillo, estrado, Laminas, candeleros de plata espejos, y otros, que fueron los que se embargaron por la Real Hacienda, del despacho que obruvieron en el Consejo de Hacienda en contradictorio jayzio con los testamentarios, para que se les entrogassen a dichos menores dichos bienes, como propios de su padre, dandoles desembargo de ellos, y en esta partida ay ya cosa juzgada, que les obsta, concurriendo todas las calidades que para su validacion resultan. Ex l. cum queritur 12. y la 13. y 14. ff. de except. rei indicat.

106 El arca de caña de la India, donde se encierran los ornamentos del Oratorio, se ajusta de los autos la comprò de Andres Diaz de Heredia, el qual en su deposicion dize: *Y el testigo viò que dicho D. Alvaro comprò los bienes muebles aenque tenia alojada su casa, y este testigo le vendió vn arca de caña de la India muy rica, en precio de quatro quartos de melagos, que vendidos importaron 100. ducados.*

107 Bernabé de Porres, Labrador, dize, vendió a D. Alvaro dos farcillos de oro, y esmeraldas, y siete sortijas de claque, y piedras falsas, y vna joya de oro de filigrana, y esmeraldas con vn San Antonio, y vna joya de oro, y perlas, y vnas tembladeras, y su valor se lo librò al testigo en la Armona del jabon de esta Ciudad, donde lo cobró.

108 Doña Catalina de Alarcou, muger del testi-

go antecedente, contesta con el marido, y las dichas joyas, y
fereijas están inventariadas, aunque las tembladeras no han
parecido.

109 Doña Ysabel de Encalada, Labradora, dice:
*Que antes que las hermanas viniessen a esta Ciudad, vendió la testigo a
D. Alvaro treinta y nueve hilos de perlas, cada hilo del largor de varas
y esto los ha visto la testigo despues acá en el pueblo de Nuestra Señora
Y es constante que oy están en el pecho de la Imagen las di-
chas perlas.*

110 Simon del Poço, Matias Durán, Fr. Francisco
de la Encarnacion, Ysabel de Quelada, Maria Martin, Ma-
teo Montero, y otros, refieren, como el padre de los menores
fue comprando, y compró todos los dichos bienes muebles
plata, y Oratorio, y lo pagó con su dinero procedido de la
renta del jabon, librando su valor sobre los contribuyentes de
la renta del jabon.

111 Y asimismo se ajusta, que el frontal, y dos el, y
mantos de la Imagen, lo compró, y pagó el padre de los me-
nores, así por las libranças que están presentadas en los an-
tos, que dió en pago de ello a Juan Ximenez de la Cerdas
Mercader de esta Ciudad, sobre los Arrendadores del jabon
del Castillo de Locubi, como por la declaracion del dicho
Juan Ximenez, en que declaró: *Que así las dichas mercaderías,
como lo demás que se gastava en casa de D. Alvaro en vestidos suyos, y de
sus hermanas, y adorno de su casa, lo sacó de la tienda del que declara
librandole su valor sobre los contribuyentes de la renta del jabon, y en
especial sobre Juan Mañoz de Nabas, Arrendador de dicha renta en el
Castillo de Locubi.*

112 Supuesta y à tan plena prouança como los me-
nores tienen, de que las casas, açucares, plata labrada, Orato-
rio, y demás bienes muebles, los compró su padre, sin que sus
tias ay an prouado cosa en contrario, pues solo han examina-
do en esta razon los testigos de que hablamos en la conjec-
tura dezima, llega el caso de resultar prouada la segunda li-
mitacion de la *l. cum pretib. C. de probar.* y estando lo es constan-
te, que el dominio se adquiere al verdadero comprador, y no
al interpuesto, como dexamos fundado desde el n. 3. 77. ad 11

113 Y si nos descombaraçamos de vna, y otra prou-
ança, y recurrimos a reglas generales, qual es mas verosi-

mil, que Don Alvaro con cerca de 8 y ds. de renta cada año, fuesse pobre, o que las hermanas fuesen ricas sin herencia, donacion, agricultura, ni mercaderia, que son los medios que descubrió Heñado de adquirir hacienda, y por Derecho, no dando otra causa de enriquecer, no se presume rico, y el que dice lo es, debe probarlo. *Glossa in l. si verò, §. quæ pro rei qualitate ff. qui sat. dan. cog.* Y es la razon, que *qualibet natus nudus est pauper.* Menoch. lib. 6. *presumpt. 5. ex unum. 9. vsque ad 13.* Sacino, in l. 2. ff. de except.

114 Y menos verosimil es, el que si las hermanas no fueron pobres, y huvieran menester a D. Alvaro, se vinieran con él a esta Ciudad, antes si D. Alvaro las huviera menester, es mas creible se fuera con ellas, y las buscara; y así lo que no es verosimil es imagen de falsedad. Mascard. *conclus. 440. num. 9.* Decio, *cons. 644. num. 6.* Cravetta, *cons. 146. num. 9.* Y por el contrario es constante que dà el Derecho por probado aquello que es mas verosimil. Bald. *cons. 204. col. 2. lib. 3. c. cons. 249. tit. de fin. tom. 1. l. 3. verbi. T. a magis, de testib.*

115 Y a lo que se puede oponer por los testamentos, de que si esta hacienda no fuera de las hermanas, no la huviera distribuido Dona Xpèr por su testamento. *Text. in ultim. in fin. C. ad leg. Int. repet. cap. facimus 1. q. est. 7. cap. liter. de presumpt.* Don. Castillo, lib. 5. *contrones. cap. 111. num. 1.* Se responde, que esta presumpcion pierde su fuerza quando se nota, y reconoce fraude en el que testó, como si guen todos los DD. in l. qui testamentum de probat. vs in l. cum quis decedens, §. Tertia, ff. de legat. 3. Menoch. *presumpt. 5. num. 20.* Don. Castillo, d. cap. 111. num. 10. *illic: Quando in contrario extat alia presumpcio maximè fraudis, tunc namque homo non presumitur memor salutis eterne.*

116 Y que huvie fraude en las hermanas, así en el discurso de este pleyto, como en el testamento, se manifiesta. Lo primero, porque si en ellas huviera buena fe, es constante que no huvieran ocultado la plata, y dinero, que consta de los autos de ak. con.

117 Lo segundo, porque auiedo muerto D. Alvaro, dixerón hazían inventario de sus bienes, y solo le inventariaron quatro sillas viejas negras, vna cama, vn bufete, vnas espadas, y vnos libros siendo constante de los autos, el q̄ auia here-

heredado de su hermano Don Manuel otros muebles bñes muebles, de que las fofodichas no hizieron inventaris, ni de los embargados por la Real Hazienda, procediendo con fraude.

118. No menos se descubre del testamento de Doña Ynés de S. Antonio, donde no solo manda, y dispone de las casas, y acucares, sobre que ay pleyto, sino tambien de los efectos de las rentas del jabon, y pescado, ni que ay duda fueron de D. Alvaro, y como tales, en virtud de Executoria del Consejo de Hazienda, los cobran los menores, pues por el dicho testamento manda se le perdonen a Anton Lopez de lo que deve de la renta del jabon 67. rs. y que lo demás lo cobren sus Albazares; a Gaspar Botello remite otros 198. rs. que devia a D. Alvaro de dicha renta por escuadra; de otro vezino de Motril manda se cobre lo que de dicha renta deve.

119. Con que manifestandose del testamento, que pasó a mandar, y disponer de lo que evidentemente no era suyo, se presume el mismo fraude en quanto a las casas, y acucares, y tienen lugar los textos, y doctrinas que dexamos citadas in num. 115.

ARTICULO SEGUNDO

120. **D**EXANDO ya prouado en el articulo antecedente, que los bienes, sobre que se litiga, fueron de D. Alvaro su verdadero comprador, y que a esse se adquirió el dominio de dichos bienes, y no a sus hermanas que solo fueron interpuestas en las compras de las casas, y acucares, cuya justificacion se ha hecho por los menores con conjeturas evidentes, razones, y reglas generales, y prueua de testigos, e instrumentos.

121. Replican los testamentarios, que todavia no tienen los menores derecho a dichos bienes, por que estos se los dexó por tacito legado D. Alvaro a sus hermanas, y este racito legado lo quieren inferir de la clausula de el testamento de D. Alvaro, que dize asy:

122. Declaro, que yo he administrado la hazienda de mis hermanas, asy en casas, acucares, y otras dependencias tocantes a su hazienda, mando, que de las fofodichas pñe dan cobrar lo que se me deniere,

por estar en mi cabeza, siendo todo de las dichas mis hermanas.

123 Y omitiendo lo que en contra de dicha clausula se pudiera oponer en razon de que aunque se entendiese tacito legado, no podia comprehendir el Oratorio, plaza labrada, y bienes muebles; porque en dicha clausula no se habla de dichos bienes, y siendo como es todo legado stricti iuris, no se podia estender a lo que no contiene.

124 Y juntamente omitiendo la disputa que se pudiera hazer por ser falla la causa del legado, y todo quanto en dicha clausula se expresa, por ser como es incierto el que el padre de los menores huviesse sido Administrador de sus hermanas, y el que las hermanas tuviesen bienes de que lo pudiesse ser, y el que en cabeza de Don Alvaro huviesse otra cosa mas que las rentas, por cuya razon no dexiera subsistir, quia falla causa viciat legatum. Dom. Olea, *tit. 8. quest. 1. nu. 5. Gurierr. Canonica. quest. lib. 2. cap. 15. nu. 14. Et alij quos refert D. D. Gil de Castrejon, in litter. F. vers. Falsa causa aviciat legatum.*

125 Y omitiendo asimismo el disputar, si en terminos de legado, no reduziendose a numero determinado, a quien competia la eleccion de declarar a lo que se estendia la clausula; porque diciendo D. Alvaro en ella, que avia administrado casas, y acquerres, sin dezir quantas, ni quales; y pretendiendo los testamentarios, que en dichas palabras esta embellido tacito legado, era constante la eleccion en favor del heredero, que son los menores. *l. legato generaliter. ff. de legat. 1. §. 1. ibi: Si de certo fundo sentit testator, ne appareat de quo cogitavit, electio heredis erit, quem velit dare. l. quidam heredem 7. ff. de tritic. vin. & oleo legat. ibi: Quidam heredem damnauerat dare uxori sue, vinum, oleum, frumentum, acetum, mela, salsamenta, Trebellianus aiebat, ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres mulieri dare voluisset. Anton. Gom. libr. 1. variar. cap. 12. num. 32. §. 2. in fin.*

126 Entraremos en la vnica question, que es, el que D. Alvaro, padre de los menores, quiso por su testamento dexar su hacienda en confiaça de sus hermanas, (continuando la simulacion) para que estas la restituyessen a sus hijos.

127 Para lo qual se ha de suponer, que el fidei-

com-

commissio tacite celebra, y trata extra testamentum, y a por cedola extrajudicial, y a por testigos en numero de prova ca regular, y a por coniecturas y preiudicaciones, y a sin el citara, ni presencia de testigos. **TEX AMBIN. TACITIS** 103. ff. de legat. 1. ibi: In tacitis fideicommissis fraus legi fieri videtur, quoniam quis neque testamento, neque codicillis rogatur, sed domestica conversatione. **VEL CHIROGRAPHO** obligatus sex ad praestandum fideicommissum est, qui capere non potest.

128. **Et in fraudem** 105. ff. de h. qu. ex. indig. auferit, illic: In fraudem in ris fidei commodat, qui vel si quod relinquitur, vel aliud tacite promittit restitutorum se personae, qua legibus ex testamento capere prohibetur. **SIVE CHIROGRAPHVM** eo nomine dederit, siue nuda pollicitatione repromissit, l. non intelligitur 3. d. tacita. ff. de rar. fsc. illic: Tacita autem fideicommissa frequenter sic deteguntur, si proferatur **CHIROGRAPHVM**, quos canisses cuius fides eligitur, quod ad eum ex bonis defuncti peruenire restitutorum, sed **ET EX ALIJS PROBATIONIBVS** etc.

129. Probatur etiam ex l. fin. C. de fideicom. ibi: Quasi tione ex facto emergentem refecantes, & voluntati mortuorum proficipientes sanctimas, si sine scriptura, & presentia testium fideicommisso de relicto, §. fin. instit. de fideicom. hered. illic: Si testator fidei sui heredis commissit, vt vel hereditatem, vel specialem fideicommissum restituat, **ET NEQVE EX SCRIPTURA, NEQVE EX QVINQVE TESTIVM NUMERO**, possit res manifestari, sed vel pauciores quam quinque, vel nemo penitus testis interuenire. Bart. in l. fin. num. 1. vsque ad 4. Dom. Menchaca, de success. creat. lib. 3. §. 21. num. 1. vsque ad 10. Curier. in 2. modo potest. de legat. 1. num. 244. vsq. ad 255. Dom. Pichard. in d. §. fin. à nu. 14. vsq. ad 10. fin.

130. Y es tan prealegiado este fideicomisso, que se dexa extra testamentum, que quando no ay otro medio para prouarlo, se puede pedir, que el heredero declare si la herencia est agrauada con fideicomisso, y si no lo declara, se tiene por confesso, y se le puede obligar a la restitucion. d. l. fin. & dict. §. instit. vbi Dom. Pichard. in nu. 6. ibi: Tertia species est, quam ex facto emergentem hic & in d. fin. decidit Iustinianus, quando testator rite, vel non rite testamento per acto, ex irapsius causam fideicommissum relinquit, & haeres de eo soluendo fidem suam dicitur asstrinxisset, licet de hoc, neque scriptura, neque ex legitimo testimonio numero constaret, quam speciem nonne Iustinianus decidit. Radamenti,

indiciū à Platone, lib. 12. de legib. relatum securitas constituēs:
*Et si fideicommissarius ius intendam deferat heredem, quem non ex mi-
nus solemnivoluntate (ut perperam omnes docuerunt) sed extra cau-
sam testamenti rogatum contendit, & ille recuset ius iurandum subi-
re pro confesso habeatur.*

131 Y aunque la dicha l. fin. y el §. instit. no preuen-
nen el medio de prouar se los fideicommissos por conje-
cturas, en terminos que no aya formado otro genero de prouan-
ça, ni de poder vsar de la preuencion de la regla, pidiendo,
que el heredero jure el fideicommissio, este remedio lo omi-
te por estar ya en Derecho preuenido, y comprehendido, *in
dicit. l. non intelligitur. §. tacita. ff. de iur. fisci. ibi: Et ex alijs probatio-
nibus; & in l. cum proponebatur. ff. de legat. 2. ibi: Et enim in causa fi-
deicommissi, ut cumque praeuaria voluntas quaereretur: coniectura po-
tuit admitteri. Mantica, de coniect. lib. 8. tit. 1. num. 25. ibi: Et volun-
tas euidentis dicitur, quae ex coniecturis apparet; & in lib. 10. tit. 1. n. 2.
ibi: Quod locum habet* hablando de fideicommissos) *tametsi vo-
luntas tacite ex coniecturis colligatur*, fundado en muchos tex-
tos, y doctrinas, & Dom. Castillo, lib. 5. controuers. cap. 69.

132 Fundado ya el que el tacito fideicommissio se
prouea por quatro medios. El primero, por conjeturas. Se-
gundo, por juramento del heredero, o confesion suya. Ter-
cero, por testigos. Quarto, por papel, o cedula; passaremos a
reconocer si los menores lo tienen justificado en esto caso
por los dichos medios.

MEDIO I. EX CONIECTVRIS.

133 ¶ Es constante, que la materia de fideicom-
missio tacito es de dificultosa prouança, por cuya causa se ad-
miten para prouea de ella indicios, y presumpciones, como
(además de lo que dexamos fundado) defiende Castr. *consil.
395. lib. 2. num. 1. y 2. Crauera, consil. 73. num. 33. Neuil. consil. 34.
lib. 3. num. 3. Mascard. de probat. conclus. 406. num. 7. Simon de
Pretis, de interpret. ultim. volunt. lib. 3. folat. 12. num. 19. & consil. 67.
num. 12. lib. 1.*

134 Et melius Dom. Castillo, lib. 5. controu. c. 69.
vers. Deinde, ibi: *Deinde secundo consistit no dubium esse, an coniectura
praedictae possint per testes singulares, ad inducendum fideicommissum*

tacitum per heredem institutum, alteri restitutum. Et quidem eam
 restituentium. & vltimarum voluntatum materia que ex coniectu-
 ris, & presumptionibus consistit, difficilis sit probationis, & à commu-
 niter accidentibus occulto. Testatores voluntatem suam declarent, quã
 in testamento non explicant, sed prætermittunt per testes, etiam sin-
 gulares **CONIECTURÆ INDUCENTES FIDELICOMMISSUM
 PROBARI POSSUNT.**

135 Y así recogeremos del hecho de este pleyto las coniecturas que se pueden del inferir. Siendo la primera, la que resulta de todos los actos que resultan de la contextura de este pleyto, siempre simulando, siempre fingiendo, ocultando, suponiendo; por vnas partes descubriendo la simulacion; por otras disfraçandola, dirigiendolos todos a la conservacion de su hazienda para dexarla à sus hijos con seguridad. Y estos actos continuados en el testamento, y demás instrumentos, es constante que en todas materias manifiestan mas la voluntad, y el animo del testador, que las mismas palabras. *l. si tamen, §. 1. ff. de edil. edict. l. recasari, ff. de adquir. hered. c. ad Audienciam, de appellat. l. sibi, ff. ad leg. Inl. de adul. l. sed Lulianus, §. proinde, ff. ad Senat. Consult. Maced. Dom. Castill. lib. 5. cap. 107. num. 17. cum seqq.*

136 Segunda coniectura resulta de aquellas textuales palabras, *quia si volebat nulla erat difficultas ea disponeres* pues no es presumible, que si el padre de los menores huviera querido dexarle su hazienda à sus hermanas, y no a sus hijos, dexara de auer aclarado por su testamento la simulacion que por otros medios tenia persuadida, y no continuara esta en vna clausula tan obscura, como es la en que los testamentarios quieren discurrir tacito legado.

137 La tercera, y mejor coniectura resulta de lo inverosimil que es, el que el padre de los menores quisiese dexar su hazienda à sus hermanas, mugeres de mas de 60. años, impossibilitadas de sucecion; para que estas la distribuyessen en estranos, y que sus hijos quedaran pobres, y sin ellas; y que quisiese esto, lo repugna el Texto Sagrado, *in cap. 2. 1. Genes.* donde auiendo pedido Sarra à Abraham, que echasse de su familia à Israel, responde el Sagrado Texto, que lo repugnaua movido del amor paternal, y tanto, que fue necesario precepto Divino que lo persuadiesse, y juntamente que le dicsse

Dios

Dios a su hijo mas de lo que por salir de su casa perdia: *Et filiū
auclia factam in gentem magnam, quia semen tuum est.* Y lo mismo
pondera sobre dicho Texto el Cardenal Cayetano, *in vers. 11.*
y el Abuleuc.

138 Lo mismo inferimos ex *l. cum auas, ff. de condit.
& demonstrat. l. cum accensissimi, C. de fideicom. & ex l. generaliter,
§. cum autem, C. de institut. & substitut. Peralta, in l. si quis, in princ.
ff. de legat. 3. num. 62. Azuec. conf. 16. nu. 14. Calanar. conf. 10.
num. 42. & conf. 47. num. 27. Et alijs que congeitis à Dom. Cal-
tillo, lib. 5. cap. 84. num. 13. Siendo comun doctrina de los DD.
que en competencia de hijos, no se presume en el testador
quiera preferir transversales, con el riesgo de que su hazien-
da passe a extraños.*

139 De estas conjeturas resulta manifesto el
fideicomisso, y quando cada vna de por sí no lo persuadie-
ran, todas juntas hazen plena prouança, *l. Spadonem, §. qui iu-
ra, ff. de excusat. tit. l. irationes, l. instrumenta, C. de probat. cap. causam
que, de probat. cum mltis Barbof. axiom. 209. nu. 1. Dom. Va-
leoc. Velazq. conf. 105. num. 39.*

MEDIO II. EX CONFESIONE HÆREDIS.

140 En ningun caso podiamos considerar la
confesion de Doña Mariana, y Doña Ynès, mas propuada
que en este, pues consta por las deposiciones de Antonia
Ruyz, Dionisio Martinez, Ylabel de Quelada, Maria Mar-
tin, Pedro Maldonado, Christoual de Montes, Diego Grana-
dos, Salvador Ximenez, y otros, el que las susodichas confes-
sauan, y dezian, que esta hacienda la tenian en su cabeça, para
restituirse la à tu hermano, ò a sus herederos del pues de su
muerte.

141 Yes de notar, que estos seys testigos vltimos,
son los quatro de ellos instrumentales, de la cedula de que
después hablaremos, y los dos de vista de dicho papel; con-
que auoque no prouassén en fuerza de instrumento, lo hazen
en fuerza de prouança, y refiriendo lo que dexamos dicho en
el numero antecedente, es legitima dicha confesion, y haze
ranta prouença en estos casos como si fuera judicial. Parisio,
conf. 26. num. 54. lib. 2. & conf. 17. num. 20. Socin. conf. 12. columu.
fin.

fin. & conf. 82. col. 2. lib. 3. Ruino conf. 50. nam. 18. lib. 1. conf. 128. num. 16. lib. 2. Gabriel, conf. 132. quest. 4. nu. 47. & quest. 8. n. 62. Anton. Petra, de fideicommiss. quest. 13. num. 160. Cessar Varon. decif. 2. num. 36.

142. Deinde Dom. Castillo, lib. 5. controu. cap. 69. vers. Rufus, ibi: Sic sane confessio grauati sufficienter inducat probationem, in materia fideicommissi inducendi. & pra iudicet heredi, Tradiderunt Paris. (& inferius) Qui non distinguit confessionem iudici alem ab extraiudiciale, sed indistincte: asserunt, ex confessione grauati fideicommissum induci, & probari.

MEDIO III. EX TESTIBVS.

143. ¶ Aunque este medio, y el antecedente se reduce su justificacion a testigos, son sus fines distintos, pues en este se declara la voluntad del padre de los menores en su testamento, infiriendo de ella el fideicommissio de que tratamos; y en el otro se prouò la confession de las hermanas declarandolo.

144. Dizen, pues, Doña Maria Teresa de Oñate, vezina de la Villa de Madrid, y muger que fue de Don Pedro Moreno, sobrino de D. Alvaro: Que el dicho D. Alvaro enfermò en la casa de la testigo, donde fue a parar quando fue a Madrid, y auiendo hecho su testamento estando para morir, le preguntò la testigo, y otras personas, que por que no dexaua declarada su hacienda en dicho testamento por escasar pleytos, y le respondiò el dicho D. Alvaro, que como lo dexaua dispuesto les quedaua mas segura à sus hijos en confianza de sus hermanas, las quales se la restituirian, y que quando no lo hiziesseu, instrumento dexaua por donde conuencierlas.

145. D. Iuan Francisco Moreno, hijo de la antecedente, dize: Que su tio Don Alvaro enfermò, y murió en casa de la abuela, y madre del testigo, y el susodicho se hallò a su testamento, y preguntandole la madre del testigo, por que no dexaua en el declarada su hacienda, respondiò, que en dicha forma quedaua mas segura à sus hijos en confianza de sus hermanas, las quales se la restituirian, y quando no lo hiziesseu, dexaua instrumento por donde conuencierlas.

146. Petronila Bancar, dize se hallò ala enfermedad, y muerte de D. Alvaro, y refiere lo mismo que los testigos antecedentes; y aunque no se citan estos testigos vnos a

otros, están contestes en el hecho que refieren, y voluntad que declaró D. Alvaro, y así nacen plena prouança. Felin. *in cap. licet aliquadam, de testib. Dom. Gregor. Lop. in l. 28. tit. 16. part. 3. Anton. Gom lib. 3. variar. cap. 12. num. 10. infin. vbi Ayll. num. 11. P. Thom. Sanch. confil. tom. 2. lib. 6. cap. 5. dub. 12. Cancet. lib. 3. variar. cap. 20. num. 415. Barbol. in Collect. ad cap. in omnino negotio, de testib. num. 12. Dom. Castillo, in cap. 69. lib. 5. contronerf. vers. Deinde, prope finem.*

147 Y esta prouança es mas que regular, y así prouea el fideicomiso adentablemente, siendo como es cierto, que en los terminos de la materia que cõtrouertimos, es suficiente la regular prouea de dos testigos, *l. quidam cum filium. ff. de heredit. instituend. l. spadonem. §. 1. ff. de excusat. tat. Et in specie notaõr Bart. in l. nemo potest. ff. de legat. 7. in 3. oposit. Alex. Arcin. & Lass. in 1. 2. lectur. Crotto, & Rippa. un. 31. Peregrin. de fideicommiss. art. 43. num. 5. hablando de la dicha l. fin. C. de fideicommiss. ibi: Adde præterea ex illo textu per scribentes colligi, fideicommissum probari etiam posse per duos testes. Menchac. dict. lib. 3. part. 2. 3. num. 2. Gutierr. in l. nemo potest. ff. de legat. 1. num. 253.*

148 Sin que obité la replica, de que si D. Alvaro declaró lo referido, sería en fuerza de vltima voluntad, y que así se requiere el numero de testigos que preuiene la ley de Toro; porque vna cosa es prouar vltima voluntad por institucion, aliud est declarar la voluntad, y duda del testamento, que en estos casos es suficiente la prouança regular de dos testigos, como doctamente disputa Cancerio, *in lib. 3. variar. cap. 20. num. 428. 429. 430.*

MEDIO IV. EX CHIROGRAPHO.

149 ¶ El vltimo, y mejor medio que dà el Derecho para prouar el fideicomiso, es, *per chirographum extra testamentum*, y en nuestro caso no falta este medio, pues en este pleyto se presentó por los menores la cedula de resguardo, que el año de 662. hizieron Doña Mariana, y Doña Ynés en fauor de Don Alvaro, declarando en ella la hacienda que auia comprado en sus cabeças, y obligandose a restituirla, dà a sus herederos, manifestando la cedula que auia para auer simulado dicho D. Alvaro, y preuinendo, y declarando la confian-

ca que de ellas hazia, a cuya restitucion se obligaron por dicha cédula.

150 Y porque contra esta (conociendo su fuerza irresistible) han opuesto los testamentarios algunas excepciones, abremos de satisfacerlas antes de entrar disputando la justificacion de dicho papel.

151 Lo primero que se opone, es que se presentó despues de mucho tiempo empeçado este pleyto, por cuya razon se presume falso. Argum. ex l. si quis forte. ff. de penis. ex c. 1. de falsis. & maleficiac. Menoch. li. 5. presumpt. 2. o. n. 19.

152 Respondese, que esto se limita quando el instrumento no pudo ser auido antes para presentarlo; y contando de estos autos, que Doña Mariana, y Doña Yoës ocultaron todos los papeles que hazian a favor de los menores, no solo por testigos, sino tambien por el hecho de pleyto, pues auendose encerrado de orden de la justicia de esta Ciudad todos los papeles que se hallaron en casa del padre de los menores, en un aposento de dicha su casa, sin dexa. 25 a dichas sus hermanas papeles algunos, se hallaron despues de sus muertes más de 30. legajos (fuera de los encerrados) en los quales se hallaron todos los que han hecho a favor de los menores.

153 Y auiendo estado dicho papel oculto, no pudieron los menores presentarlo antes, en cuyos terminos se excluye qualquier presumpcion de tardança. Pareja in *instrum. tit. 7. resolut. 2. num. 4. 1. ibi: Dummodo legitimam excusationem non habeat curtandiu instrumentum producere distulerunt qualis erit si ad eorum notitiam, tunc quando producunt de uenisse probauerint.*

154 Tambien se excluye la presumpcion de la tardança en la presentacion del instrumento, quando quien lo presenta son menores. (como en nuestro caso) Text. in l. 1. §. fin. ff. de edend. ibi: *Eis qui ob etatem, vel rusticitatem, vel ob sexum lapsi non eiderunt, vel ex alia iusta causa subueniendum.* Pareja, tit. 10. resolut. 5. num. 1. Pues es constante, que quando se presentó dicho papel, era el D. Iuan Feroandez muchacho de muy poca edad, y su hermana tendria cinco años.

155 Lo segundo que se supone es, el que no firmò el padre de los menores el papel, lo qual se excluye, con ser como es cierto, que los que firman instrumento, o papel, son los

los que le otorgan, y siendo dicha cedula declaracion, y obligacion que las hermanas hizieron a favor de D. Alvaro, no huvo obligacion, ni necesidad de que el susodicho lo firmasse.

156 Lo tercero que oponen contra dicho papel, son vnas diligencias hechas sin citacion de los menores, de pedimento de los testamentarios, en virtud de auto del Alcalde mayor de esta Ciudad, y estando este pleyto en el Consejo, por las quales quisieron dar a entender, que no eran ciertos los testigos instrumentales de dicho papel. Y lo que consta de dichas diligencias es, que dos Eseruianos nombrados por los testamentarios, fueron a las Parroquias donde viuián dichos testigos, y le preguntauan a qualquiera que encontraran por la calle, si conoçian dichos testigos, y si respondian, que no lo ponian por diligencia.

157 Excluyenlo estas, assi por no auerse hecho sin citacion de parte, ni mandato de juez competente, como por constar de ellas la certeza de los testigos; pues por vna de dichas diligencias consta auer llegado a la casa del vno de ellos; y tambien, porque auiendo los testamentarios articulado, que estos testigos eran pobres, y el mas del año estauan fuera de esta Ciudad; no es compatible, que por vna parte los tachen por pobres, y por otra digan, que son inciertos, demàs de que estàn abonados con diez testigos de conoçimiento.

158 Con estas presumpçiones tan friuolas como se reconoce, quieren perturbar la verdad de dicho papel, el qual tiene la justificacion siguiente.

159 Lo primero fue manifestado por Doña Leonor de Alteres, y Doña Bernarda Morata, quien examinas, dixeron se lo auia dexado, y entregado Fr. Blàs de Iesvs Maria, tio de los menores, sacandolo de entre otros papeles que les lleuò a guardar, y les preguino, que si muriesse, ò los menores perdiessen este pleyto, lo manifestasse a la justicia, y que auiendo muerto el dicho Fr. Blàs, lo auian manifestado, y entregado a Lorenzo Gamilo, curador de los menores, quien tambien fue examinado.

160 Y auendose presentado en el Consejo, y recibido a prouea el pleyto sobre su justificacion, se examinaron quatro de los testigos instrumentales que se contienen en dicha cedula, y otros que lo justifican, que son los siguientes.

Sal.

161 Salvador Ximénez dize que en presencia del testigo, y de Francisco Ximenez su hermano, y otras personas, se otorgò por Doña Ynés, y Doña Mariana la dicha cedula de resguardo en favor de D. Alvaro su hermano, la qual firmò Francisco Ximenez, hermano del testigo, y reconoce el mismo papel que en su presencia se hizo, y que firmò dicho su hermano.

162 Pedro Maldonado dize lo mismo que el antecedente, y reconoce el papel, y que fue el mismo q se otorgò por Doña Mariana, y Doña Ynés en favor de D. Alvaro.

163 Christoual de Montes contesta con los dos antecedentes, refiriendo como en su presencia, y demás testigos otorgaron las dichas Doña Mariana, y Doña Ynés en favor de D. Alvaro su hermano el dicho resguardo, y viò lo firmò Francisco Ximenez.

164 Diego Granados refiere lo mismo que los tres antecedentes, hallandose todos en vna contextura igual del hecho que en su presencia avia pasado, y reconociendo todos ellos el dicho papel, afirmando fue el mismo que en su presencia se otorgò, citandose vnos a otros.

165 Testifica tambien este papel Ylabel de Quisada, criada que fue de D. Alvaro, y dize, que el padre de los menores pidió a sus hermanas le hiziesen vn resguardo para su seguridad, y de sus hijos, y las susodichas vinieron en ello, y le hizieron el papel presentado en presencia de los testigos en el contenido, y en presencia al mismo de esta testigo, y reconoce el papel, y dize, que quien lo escribió fue Pedro de Leyba, oficial que escriuia el correo a D. Alvaro.

166 Maria Martin, tambien criada de D. Alvaro, contesta en todo con la antecedente, y reconoce el dicho papel, y dize es el mismo que en presencia de la testigo se otorgò por Doña Mariana, y Doña Ynés en favor del padre de los menores.

167 Conque hallamos està comprobado con mas releuante prueua de la que por Derecho era necesaria; pues para la validacion del chirographo negado no dán las leyes de estos Reynos otro genero de prueua, que la deposicion de dos testigos: pater ex l. 114. tit. 18. part. 3. ibi. *Esso mismo de x.*

mos de la carta que non fuesse fecha por mano de Escriuano Publico, que seyendo ella escrita por otro, o firmada de dos testigos, deue valer. Dom. Greg. Lop. in gloss. ubi: *Item de test. scriptura; riuata a manu contrahentis facta. VEL PER ALIUM DE EIVS MANDA. TV.* Et in gloss. 9. ubi: *Si scriptura priuata que apparet y. Etia super rebus confidendi in pondere, numero, vel mensura negetur ab eis qui illam dedit fecisse, vel madaisset fieri; quia si adiubet de positione duorum testium deponentium se interfuisse scripturam; qua facta fuit, sicut non deponant de contentis in ea probet talis scriptura.*

168. Et ex l. 19. tit. 8. part. 2. que tratando de si valdrá, y hará prouea la comparacion de letras, que se haze para justificar el papel simple, refuelve que no, y prosigue, ibi: *Fueras ende si pudiere probar por dos testigos buenos, y sin sospecha, que el otro hizo la carta, o la mandó escreuir.*

169. Y si por Derecho queda el papel, o carta comprado con dos testigos, con mayor razon lo estará en nuestro caso con seys, los quatro de ellos instrumentales, y los dos de vista; pues aun en terminos de que el instrumento no huiesse parecido, es constante que en fuerza de prouança la hazian concluyente en fauor de los menores.

170. Coadjubase la certeza de este papel con la deposicion de Simon del Poço, Familiar del Santo Oficio, y especial amigo de D. Alvaro, el qual dize: *Que jurgo que el padre de los menores hizo que sus hermanas le hiziesse el dicho resguardo, se lo comunicó al testigo en fe de su amistad, diciendole, he hecho que mis hermanas me otorgassen un papel de resguardo para mi seguridad.*

171. En esto mismo conviene Doña Maria Teresa de Oñate, D. Iuan Francisco Moreno, y Petronila Bancar, que son los testigos en cuya casa murió D. Alvaro, y dicen lo declaró al tiempo de su muerte, ibi: *Y si así no lo hizieren, y se la restituyeren a mis hijos, instrumento de xpo yo por donde conuenelas; simile in Cicet. ad atticum. illuc: Illam quo. antea confidebant metuunt.*

172. Y cierto, señor, que si tan grande prouança no asegura la verdad de dicho instrumento, lo podrán atribuyra su desgracia los menores; pues para que esto se considerasse falso, era necesario que lo fuesse tambien veynse y dos testigos que intervienen en su calificacion; tres, que lo

ma-

manifestaron dize, que lo reconocen, y depone de villa; vno a quien D. Alvaro se lo comunico; tres en cuya presencia lo declaro a la hora de su muerte; y finalmente ocho, que abonan la buena fama, virtud, y buen proceder de los testigos instrumentales, y que como tales deuen ser creidos. *l. 2. ff. de testib. illic: Vel propter personam a qua fertur, quod honesta sit.*

173. En terminos de asistir a la comprobacion de lo que se trata, multitud de testigos (como en nuellro caso) excluye qualquier sospecha de fallada. Menoch. libr. 5. *presumpt. 20. num. 5. ibi: Octaua causa, ob quam falsi iuratio cessat illa est, quando adest testimonio multitud.* Fatinae. *de falsitat. q. 1. 53. pars. 10. nu. 2. 16. ibi: Tertia presumptio falsitatem excludens est ea, que sumitur ex multitudine personarum.* Cotta. *in l. 1. C. de testam. num. 35.* Gabriel. *in tit. de testib. conclus. 6. nu. 13.* Mascard. *de probat. concl. 1339. nu. 14.* Rot. lata a Cesar. de Cras. *de cis. 19. nu. 10.*

174. Comprouado ya dicho instrumento, resolta justificado el fideicomisso por todos los medios q se precien por Derecho, y llega el caso del remedio, y restitution que dexamos fundada desde el num.

175. Replicarase por los testamentarios, que no huvo causa de parte de los menores para dexar el fideicomisso tacito, pues este se dexa quando ay impedimento de parte de la quien se dexa, *l. in fraudem 10. ff. de his que aut indig. aufer. dict. l. in tacitis 103. ff. de legat. 1.* lo qual no obsta, porque lo cierto es, que tambien se dexan a personas dignas, y habiles. *l. 1. C. de delatorib. ibi: Si ei qui capere potest, tacitum fideicommissum relictum est, cessat delatio. his enim prohibetur tacite relinqui, qui palam relictum capere non possunt. dict. l. fin. C. de fideicommiss. 8. fin. iustit. de fideicom. bared. Vbi communiter DD. Azuec. in l. 7. tit. 8. lib. 5. Recopilum. 13. Cumi multis Dom. Amarya in dict. l. 1. C. de delatorib. a num. 1. et in specie num. 38.*

176. Demas de que dan bastante causa los motivos que se infiere de los autos tuvo el padre de los menores para usar de dicho remedio por resguardarles su hacienda a sus hijos, reconociendo, que de sus bienes se querian cobrar indeudamente mas de 75 y 12. porque se le estava apremiando, y que ellos quando auen de tan corta edad, que no se podian defender. Argum. ex l. 2. C. de aliment. pupil. prest. ibi: Caterum

si bonus vir & innocens cor se arbitrio suo aluit papilos (quod interdum etiam necesse est fieri, nec secreta patrimonij, & suspectam es alienum pandantur: quod melius est interim tacere, quam cum de modo bonorum queritur, vitio proferri, & apud aduersarios dicentis contra utilitatem papilorum designari) non dubie accepto ferre debebit, ea quae vitio bonus arbitratur.

177 Y de este texto & ex l. quem fieri, ff. de reb. dub. & ex l. quidam 46. ff. de hered. instit. & ex Balu. Platea, & alijs in specie Dom. Amayau dict. l. 1. C. de delatorib. num. 78. ibi: Hac protulit verba, nam potest testator aliquibus rationibus moueri, vt tacitas ordinationes constituat quod interdum necesse est fieri, ne secreta patrimonij, & suspectam es alieum pandantur meliusque iudicant tacere, quam proferre.

178 Tambien se opondrà, el que Doña Maria, y Doña Ynés no hizieron promesa al testador de restituir la dicha hacienda a sus hijos, y que esta promesa era necessaria al tiempo que otorgò el testamento: a que se responde, que además de que la promesa de la restitucion la inferimos del dicho resguardo precedente al testamento, aunque en la realidad no huviera tal instrumento, ni por medio alguno huvieran ofrecido la dicha restitucion: todavia estauan obligadas a ella por la naturaleza del fideicomiso.

179 Vt in factioribus terminis resolvit Ioann. Anton. Belon. in conf. 18. num. 33. vsque ad 35. ibi: Secundo non obstat, quod nulli testes fuerint adhibiti, quia respondeo, non esse in casibus, in quibus testium defectus non nocet fideicommissario: nam testatrix in fide matris sua possuit, vt voluntatem suam exequeretur, quo casu sustinetur relictae ea dispositione, l. vltim. C. de fideicom. secundum ea que diximus in primo fundamento. **NEQUE ENIM EST NECESSARIA PROMISSIO GRAVATI**, vt sit locus dict. leg. sed sufficit testatorem in fide heredis ponere relictae.

180 Idem sentierunt Iason in dict. l. fin. nu. 12. Guillelm. Bened. in cap. raintius, de testam. num. 169. D. Anton. de Padilla, in dict. l. fin. num. 16. ibi: Et pro eo iudaco ipse textum eiusdem Imperatoris in §. fin. de fideicom. hered. ubi inquit Iustinianus Diuum Augustum in iuris necessitatem contra fuisse fideicommissa que ex sola fide heredum, & voluntate pendere solebant, &c. & Iustinianus, inquit velle se in hoc, ipsum Augustum superare, vt

*maior ex ipsius constitutionibus factae imperatorum ultimis voluntati-
bus, sed vi maior fauor ad se oportet, ita etiam fingitur praesenti, ut ex
sola fide heredis propter defunctae confidentiam legatum iure debeat uti.
Menchaca, de success. creat. dist. 9. a. 3. num. 6. Gutierrez in dist. 1. ne-
mo potest. ff. de legat. 1. nom. 2. p. 6.*

181. Ni obsta que se diga, que las hermanas no fueron herederas de D. Alvaro, y que asi no tienen herencia del fideicomiso con grauamen de fideicomiso, y que quediéron los herederos, son los menores; porque la responde, que si los menores no obtuvieron lo que pretendían, no venia a uer heredado cosa alguna, pues los hijos, que dixo D. Alvaro le denia la Real Hazienda, esso lo declaró por incobable; y asi quienes y como a ser las herederas eran las hermanas: demás, que si contra el heredero se puede deduzir el fideicomiso, y prouado substite, y deve restituir, mayormente se puede oponer contra el que no lo es, por ser menos digno en la mente del testador; y finalmente, porque el instituir a los menores su padre por su testamento, fue para habilitarlos, y prepararlos, o hazerlos dignos para recobrar su hazienda: demás, de que auiendo las hermanas en dicho resguardo obligadose a restituir el fideicomiso a los herederos que el dicho D. Alvaro dexasse en su testamento, es constante, que de necesidad los auia de instituir para que las fideicomisadas las conocieran.

182. Y ultimamente, señor, quando alguna duda pudiesse auer (que mi corto juyzio no alcanza, es cierto, que el medio mas seguro se atiende en fauor del consanguineo, en competencia de estraños, pues fuera iniquo el que estos entraassen en la hazienda de D. Alvaro, y que sus hijas quedaran sin poder tomar estado, y su hijo con los cortos medios que es notorio; materia que reprueuan los DD. y la dan por iniqua. Anton. Gom. in l. 8. Tanr. num. 4. ex sententia Diui Augustini.

183. Ancharran. in regul. possess. de reg. iur. in 6. Palac. Rub. Roxas in epitome success. Idem tradit Dom. Valenz. Velazq. conf. 98. nu. 1. 3. ibi: Quod qui instituit extraneos heredes, omis-
sus consanguineis, indignitibus facit contra officium pietatis, & pec-
cat. Et ex alijs inferius ibi: Dixit, quod notabiliter Casiodorus libr.

12. *Varia. epist. 5. gratificante natura illis amplius debemus, qui nobis aliqua proximitate iungantur.* D. Ambros. lib. 1. officior. cap. 33. *Vbi ait: Benivolentia domesticis primam profecta per sonis, id est à filijs, parentibus fratribus, per communionem gradat, in civitatem pervenit ambitum, & paradyso egresso mundum replevit.*

184. Ex quibus, esperan los meiores de V. S. que auiendo de ellos commiseracion, no permita que passen sus bienes y hazienda à estraños, dexandolos lamentandose con Ieremias, in cap. 5. de sus lamentaciones: *Respice o probium nostram, hereditas nostra versa est ad alienos, & domus nostra ad extraneos. Salva ia omnibus V. D. C.*

Licenciado D. Iuan Baptista Fernandez Moreno.