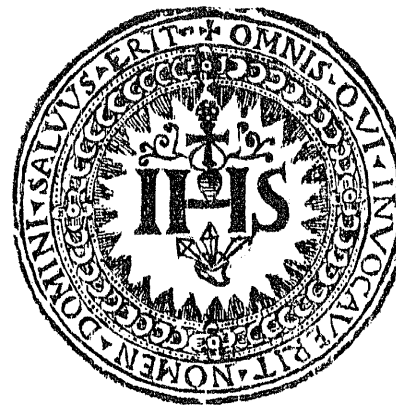


P O R
DON IOSEPH
MENDEZ DE SOTOMAYOR,
Regidor de la ciudad de Malaga.

✻ C O N ✻

Don Ioseph Francisco Ordoñez Flores, y
sus hermanas, hijos de Don Francisco Ordoñez, y Doña Maria de Ayala, vecinos de la dicha ciudad.

*Impresso en Granada, En la Imprenta Real de Baltasar de
Bolsbar, Impressor del Santo Oficio de la Inquisicion,
En la calle de Abenamar. Año 1668.*



P O R
DON IOSEPH
MENDEZ DE SOTOMAYOR,
Regidor de la ciudad de Malaga.

✻ C O N ✻

Don Ioseph Francisco Ordoñez Flores, y
sus hermanas, hijos de Don Francisco Or-
doñez, y Doña Maria de Ayala, vezi-
nos de la dicha ciudad.

*Impresso en Granada, En la Imprenta Real de Baltasar de
Bolíbar, Impressor del Santo Oficio de la Inquisición,
En la calle de Abenamar. Año 1668.*

N. 1. EL HECHO DE ESTE PLEYTO



se ha impresso memorial muy dilatado ajustado con las partes, y assi nos escusarèmos de referirle, valiendonos solamente de lo que conduxere a el derecho que hemos de fundar por la justicia

de don Joseph Mendez de Sotomayor, proponiendo los fundamentos precisos que le asisten con notoriedad, despreciado los dudosos que ha acumulado a el, la actividad de las partes, por no gastar el tiempo precioso à los señores Iuezes, y assi discurrirèmos con la diuision de quatro puntos.

2 En el primero y principal ajustarèmos el derecho que dicho don Joseph Mendez tiene a el oficio de Regidor de dicha Ciudad (sobre que es la question) mediante la renunciaciõ que del hizo Luys Mendez de Sotomayor, ascendiente de los dichos don Joseph Francisco, y sus hermanas, en el Capitan Pedro Mendez, ascendiente del dicho D. Joseph Mendez.

3 En el segundo, fundaremos, el que nos assiste por el consentimiento que diõ Diego de Ayala, para que Rodrigo de Santaren vendiesse este oficio à quien quisiesse, alçando el embargo que tenia hecho à el precio del dicho oficio.

4 En el tercero, discurrirèmos sobre la prescripciõ.

5 Y en el quarto, sobre que en ningun acontecimiento puede auer de determinacion, en quanto a la restitucion de el oficio, y que solo podrá tener lugar en quanto à su precio.

6 Y como diximos, despreciaremos lo que tanto ha hecho ruidos à esta controuerfia, que es la donacion que hizo el dicho Diego de Ayala, à don Pedro Mendez de Sotomayor su sobrino, de el derecho que tenia à el dicho oficio. Lo vno, por que no necesitamos de ella para nuestra justicia. Y lo otro, por contener tanta duda en el hecho, y derecho, contentãdonos solo con proponer de passo, que no es facil el hazer juyzio preciso sobre la verdad, ò falsedad de dicha donacion, ni à el de que fue falsa; puede mouer la declaracion que hizo en su testamento don Pedro Mendez de Sotomayor, hermano del dicho don Joseph Mendez, pues el no afirma que es falsa, ni lo pudiera dezir con verdad, quando es hecho cierto que no intervino en ella, ni se otorgò en su tiempo, respecto de auerse hecho el año de 602. à favor de su padre: y solo dize que la à tenido por falsa, à que le pudo mouer su aprehension, como les mouiõ à algunos de los testigos, de que se valiõ D. Francisco Ordoñez, por los indicios que ponderan, para dezir lo mismo, que la tenian por falsa: este

es el sentir vario de los juyzios humanos. Otros muchos testigos presentados por don Pedro, dizen, que la tienen por verdadera: y muchos de los que se valiõ don Francisco Ordoñez, suponen lo mismo, dando salida à las sospechas de falseda que ponderan los otros; lo cierto es que ay quatro testigos de vista, que califican la verda de la dicha escritura, que son Iuan Ruyz, Iuan de Santamaria, Francisco Perez, y Maria Vazquez, los quales concluyen auerse hallado à su otorgamiento, y aunque la sutileza del Escrivano de Camara que los examinò, parece tirò à desquicialles con preguntas, y repreguntas, la mayor parte impertinentes: es de notar, que en lo substancial estan fixos, y constes, de que se pudiera inferir vna conclusion cierta en el Derecho, que en la duda pudiera quietar el animo. Y es, que supuesto que de las presunciones de falsedad, y de las de la verdad de el instrumento, que la actividad de las partes ha esforçado, no se pueda hazer juyzio cierto: la regla es, que todas las presunciones ceden à la verdad prouada, *l. nuptura filio. ff. de iur. dotum, cum vulgat. Dicitur axiom. iur. lit. P. num. 134. Et lit. C. num. 74.* Y si aqui hallamos quatro testigos, que concluyen esta verdad, y que contra Iuan de la Oliva, Escrivano, ante qui se otorgò, no se ha opuesto macula, antes es notoria su legalidad: mucho era menester para convencer de falso este instrumento, quando en la *l. 115. tit. 18. part. 3.* no basta que todos los testigos instrumentales digan: *que no se acertarany, quando el pleyto fue puesto, nin otorgado de las partes, assi como es escrito en ella.*

7 Pero finalmente como nuestro intento es no valer nos de los fundamentos dudosos, passarèmos à los que en la corteidad de nuestro entender no padecen duda.

8 Y para supuesto del discurso de estos puntos, y lo que en ellos se ha de fundar, es necesario assentar que Luys Mendez de Sotomayor (segundo abuelo de D. Joseph Francisco, y sus hermanas que lo litigan) en 30. de Mayo del año pasado de 558. hizo renunciacion de el oficio de Regidor de la Ciudad de Malaga, que entonces poseia en el Capitan Pedro Mendez de Sotomayor su hermano (segundo abuelo de don Joseph Mendez nuestra parte) la qual fue en la forma ordinaria, que se hazen las demas donaciones, pero sin calidad, ni condicion alguna.

9 Veinte y vn dias despues desta renunciacion, que fue el dia 21. de Iunio del mismo año de 558. se presentò en el Real Cõsejo, y se despachò titulo, haziendo su Magestad merced del dicho oficio à el dicho Capitan Pedro Mendez. El qual en 11. de Iulio del mismo año, presentò la cedula desta merced, y fue reci-

bidó por Regidor en el Cabildo de dicha Ciudad de Malaga.

10 ¶ En este medio tiempo, scilicet, de el despacho de la cedula, y el de la possession, y recibimiento en el Cabildo, otorgó su testamento el dicho Luys Mendez, que fue el dia 29 de lunio de dicho año de 558. en el qual no haze mencion del oficio, ni de la renunciacion, y declara que tiene seys hijos de tres matrimonios, que son; del matrimonio con Francisca de Cabrera, Doña Luysa de Cabrera, Monja en San Bernardo, á quien pagó el dote, y el resto de su hacienda lo renunció en Diego de Ayala su hijo. Pedro Mendez, Diego de Ayala, Doña Ana Portocarrero, y doña Mayor de Mendoça, del matrimonio con doña Maria de Ayala: Doña Elena de Rojas del matrimonio cō D. Ysabel Ordoñez, los instituye por herederos, excepto à la Doña Mayor de Mendoça, por que ha de llevar sobre la manda que le hizo de vn cortijo, y dos casas, en que la mejora en tercio, y quinto cumplimiento à tres mil ducados, que le ha de cumplir Pedro Mendez su hijo mayor.

11 ¶ No consta quando murió el dicho Luys Mendez, solo parece, que despues de este testamento otorgó vn codicilo, que aunque no está presentado, dizelo así Pedro de Guadalupe, Escriuano, ante quien se otorgó dicho codicilo, y testamento (presentado este testigo en la prouança que hizo Diego de Ayala, y su hermano en la instancia de vista) y que la muerte fue por Agosto del dicho año de 558. (despues de la possession q̄ tomó del oficio el dicho Capitan Pedro Mendez) Pucs en la peticion que presentó Diego de Ayala en 10. de Abril de 559. pidiendo particiones, dize que abra ocho meses que murió el dicho Luys Mendez su padre.

12 ¶ Esta peticion como queda dicho, la presentó dicho Diego de Ayala, el dicho dia 10. de Abril de 559. diziendo que los bienes que quedaron por muerte de su padre, estan proindiviso, quiere que se haga particion: pide se notifique à sus hermanos açeten, ó repudien, nombren apreciadores, y Contadores, que por su parte está presto de hazerlo. Y auendosi notificado à los herederos, y nombrado Contadores algunos.

13 ¶ La doña Elena de Roxas, vezina de Loxa, dà poder à el dicho Capitan Pedro Mendez su tio, para que siga el juyzio con sus hermanos, y demande la dote, y gananciales perteneciétes à D. Ysabel Ordoñez su madre, primera muger del dicho Luys Mendez, y las arras que el susodicho le mandò.

14 ¶ Por el dicho Capitan se presentó este poder, y pidió se hiziesen dichas quantas, y nombrò Contador, y apreciador.

3
dor. Y en 24. de Março de 561. presentó otra peticion en nombre de la dicha Doña Elena, diziendo, que Pedro Mendez, y Diego de Ayala se querian ir de dicha Ciudad, por cuya causa la particion se dilataria, pide se les notifique dexen poder, donde no se notifique en los Estrados. Y el Iuez manda se les notifique, que luego que sean citados, señalen casa donde sean citados, ó dexen poder, donde no, desde luego les señale los Estrados, y se les noticò este auto.

15 ¶ Y en 22. de Mayo del dicho año de 561. el dicho Capitan Pedro Mendez por la dicha Doña Elena, dize, que por quanto el inuentario que se hizo quando su padre murió, no está biẽ declarado Ni todos los bienes inuentarios, pide q̄ se trayga el libro de los cẽsos q̄ Luys Mẽdez tenia, y las copias por donde cobran sus tributos, para q̄ se vea claramente la hacienda que ay. Y se mãdò q̄ se les notificasse à las partes, presentassen el inuentario de los bienes del dicho Luys Mẽdez, y el libro, y escrituras de los cẽsos. Y se notificò à los dichos Pedro Mẽdez, y Diego de Ayala.

16 ¶ Y en este estado en 10. de Setiembre de 561. pide Diego de Ayala, que el dicho Capitan renuncie el dicho oficio que en él dexò en confianza Luys Mendez su padre, en la persona que él, y sus hermanos señalaren que lo compre, para que su precio se ponga con el valor de los otros bienes para hazer la particion. Y se mandò notificar este pedimento à el dicho Capitan Pedro Mendez. El qual responde, que el dicho oficio es suyo, y que no es obligado à renunciarlo en ninguna persona, si no en quien él quisiere, y quando él quisiere.

17 ¶ Con esto los dichos Pedro Mendez, y Diego de Ayala hazen pedimento ante el Alcalde mayor, haziendo relacion de que el dicho oficio lo renunciò su padre estando enfermo, en el dicho Capitan, en confianza; y que era necessario que el susodicho lo renunciasse para hazer la particiõ, y que no lo quiere hazer, diziendo ser suyo, que conuiene à su derecho que jure, y declare si es verdad, que el dicho Regimiento que al presente tiene, y posee el dicho Capitan, era de Luys Mendez de Sotomayor su padre, y que estando enfermo lo renunciò en confianza en el susodicho, para que lo diera despues à sus hijos, y herederos. Mandase así.

18 ¶ Y el Capitan Pedro Mendez responde, que es verdad, que el dicho Regimiento fue de Luys Mendez. Y que lo renunciò en él, estando enfermo en la cama. Pero que despues hizo testamẽto, y codicilo, y no hablò nada en el dicho Regimiento. Y que no lo renunciò en confianza, si no por que él quiso, sin

condicion ninguna: Y por su renunciacion lo tiene, y posee.

19 ¶ Con esto en 15. de Setiembre de el dicho año de 561. los dichos Pedro Mendez, y Diego de Ayala, ponen la demanda (que dió principio a este pleyto) cuya narratiua consta del memorial; en ella concluyē, por las razones que alegan, que se le cōdene, compela, y apremie à que luego renuncie en quien ellos señalaren.

20 ¶ El Capitan contesta la demanda en 30. de Setiembre del dicho año: alega por excepciones que no son parte, que el Regimiento es suyo: que su hermano no lo renunciò en confianza: que si lo dexara en confianza, lo expresara en su testamento, y codicilo que despues otorgò, como se acostumbra hazer. Y que à el tiempo de la renunciacion no estaua en Malaga, y auia mas de seys años que no se veian, y que su hermano le era en cargo en mas cantidad de lo que valen tres oficios, aun que esto no era necessario, pues bastaua auer selo renunciado puramente.

21 ¶ El pleyto se substanciò ante el Iuez ordinario de Malaga, y con las prouanças, y instrumentos que consta del memorial, en 9. de Setiembre de 562. pronunciò sentencia que absoluiò de la demanda à el Capitan, con la reserva que della cõsta.

22 ¶ Auendosi apelado de esta sentencia à la Chancilleria por parte de los dicho Pedro Mendez, y su hermano, y dicho de agravios, concluyendo que fuesse condenado el Capitan Pedro Mendez à que les pagasse 1500. ducados que valia el oficio, ò lo renunciasse. Y por parte del Capitan contestado, diciendo no tenia obligaciõ à pagarles marauedis algunos por ser suyo el oficio, y hecho se en esta instancia de vista prouanças que refiere el memorial, concluso el pleyto se quedó sin proseguir desde 1. de Diziembre de 563. hasta que en 6. de Mayo de 1663. Don Francisco Ordoñez de Lara, y Flores, como marido de D. Maria de Ayala, y nieta de Luys Mendez, y como cesionaria que dize ser de los demas hijos de dicho Luys Mendez, pide emplazamiento por retardado este pleyto contra don Pedro Mendez de Sotomayor, viznieto del dicho Capitan Pedro Mendez, y se le despachò, y notificò en 20. de Agosto del dicho año de 633. Y auendosi hecho prouanças, y presentado instrumentos por parte del dicho don Francisco Ordoñez, en orden à legitimar la persona de dicha D. Maria de Ayala su muger, en quanto à ser cesionaria de los demas hijos, y herederos de el dicho Luys Mendez: visto el pleyto, y remitido en discordia, salió sentencia de vista en 26. de Setiembre del año de 634. en que se reuocò la sentencia de el Ordinario, y se condenò à el dicho D. Pedro Mendez de Soto-

4
Sotomayor à que renunciasse el oficio en la persona que nombrasse el don Francisco, y su muger. Y referuò el derecho à salvo, a los demas coherederos del dicho Luys Mendez.

23 ¶ De esta se suplicò por el dicho Don Pedro Mendez de Sotomayor, y se hizieron prouanças, y visto en reuista en 7. de Febrero de 636. se remitiò en discordia en 3. de Junio de 644. y huuo las demas remisiones que consta del memorial, que la vltima fue en 6. de Enero de 47. y boluiò à quedar este pleyto suspenso hasta 29. de Octubre del año passado de 666. que le boluieron à sacitar los dichos don Iosephe Francisco Ordoñez, y sus hermanas, que oy litigan, emplaçando à el dicho Don Ioseph Mendez de Sotomayor, hermano de Don Pedro Manuel Mendez, que sucediò en el dicho oficio.

* * PUNTO PRIMERO. * *

24 ¶ Con estos presupuestos entra el punto primero de nuestra defensa. En el qual asentamos por conclusion cierta en Derecho, que con la renunciacion que Luys Mendez de Sotomayor hizo del dicho oficio en manos de su Magestad, para q̄ le hiziesse merced de el à el Capitan Pedro Mendez, acetaciõ de su Magestad, collacion, ò merced que hizo el Principe à el Capitan, y possession que de el dicho oficio tomò dicho Capitan, se le adquiriò dominio, ò el mismo, y pleno derecho que à el tenia el dicho Luys Mendez. La razon es, por que para adquirir dominio de las cosas, no es necessario mas que titulo habil, y suficiente del verdadero dueño, y adquisicion de possession, *text. vulg. in l. traditionib. C. de pactis, §. per traditionē, inst. de acquir. rer. domi. Et ibi notatis.*

25 ¶ Y como quiera que las renunciaciones de los oficios renunciabiles, son titulos habiles para transferir el dominio, ò derecho que los poseedores tienen en ellos, a la manera que lo es la cesion, y donacion: de esto se sigue que acetada la renunciacion por el Principe, y hecha la collacion, ò merced en la persona à cuyo fauor se haze la renunciacion, y tomada la possession adquiere el pleno derecho, ò dominio que tenia el renunciante, sin q̄ a este por ningũ medio le quede recurso a el dicho oficio.

26 ¶ Esta conclusion, en quanto a que pierda el derecho el que renuncia, sin que le quede recurso en los beneficios renunciabiles (cuyo argumento corre igualmente en los oficios seculares, tambien renunciabiles, como con muchos lo resuelve el señor Salgad. *labyr. creditor. part. 1. cap. 35. nu. 23.*) se prueua expres-

preſamēte del capitulo *ex trāſmiſſa de renuntiat*. tenet Flamius *de reſign. Benefi. lib. 1. q. 5. n. 24. ibi: Secundo declara hęc ampliat*
tionem procedere poſtquam admiſſa ſuit per ſuperiorem reſignatio, namque poſt admiſſionem amittitur poſſeſſio, & dominium.
Nicolas Garcia, *de benefic. part. 11. cap. 3. à num. 1.* tenet Dom. Solorç. *de iur. Indiar. cum multis, tom. 2. lib. 3. cap. 13. num. 18.*
ibi: Nam planum eſt, quemadmodum in alijs rebus, ita in beneficijs, ius ſuam renuntians, expreſſe, vel tacite, illud amittat,
& civilem, & naturalem poſſeſſionem, nequē amplius illud repetere, vel recupera poſſet.

27 ¶ De que ſe ſigue, que hecha la collacion, ò gracia de dicho Beneficio por el Papà en aquel à cuyo favor ſe hizo la renunciacion, ò reſignacion, y tomada por eſte la poſſeſſion, adquiere la natural, y civil, y el dominio, vt tenet Nicol. Gar. *de benefic. part. 2. cap. 1. ex num. 136: Alex. Lud. deciſ. 138. à num. 5.*
ubi Oliu. Beltr. Mareſcot. var. coll. 2. cap. 28. num. Grat. diſcep. 139. à num. 4. Dom. Salgad. labyr. 1. part. cap. 35. num. 24.

28 ¶ Y en los Regimientos, Eſcriuanias, y demas officios ſeculares renunciabiles, ambas reſoluciones (ſcilicet, que el que cede, ò renuncia el officio, pierda el derecho, y poſſeſſiõ, y no tenga recurso à el, y la adquiera el ceſſionario con la merced de el Principe tomada la poſſeſſion) lo ſuponen, y prueuan las leyes de el Reyno de el titulo 4. libro 7. de la recopilacion, expreſſamente la l. 6. *ibi: Mandamos à qualquiera perſona en que ſea renunciado, ò renunciare qualquiera officio de Alcaldia, Regimiento, Ventiquatria, &c. Dentro de 60. dias deſpues que Nos le huieremos dado la Prouiſion de merced del dicho officio, la preſente en el Concejo de la Ciudad, Villa, ò Lugar donde fuere el tal officio, y tome la poſſeſſion de el, y no de lugar que uſe mas del officio, el que aſi le renunciò. Tenet Thomas Sanchez, de Religioſo ſtat. lib. 7. cap. 5. num. 44. ibi: Et poſtquam Rex admittit renuntiationem, & præſtat titulum illi, in cuius fauorem renuntiat, nec ad illud poteſt redire renuntians.*

29 ¶ Y es la razon juridica, por que los poſſeedores deſtos officios renunciabiles (eſpecialmente quando no eſtan perpetua dos, como nõ lo eſtaua eſte officio de Regidor à el tiempo que ſe renunciò) no tienē el dominio verdadero, ſi no vna nuda poſſeſſion, y exercicio, y el dominio reſide en ſu Mageſtad, vt tenet Maſtril. *de Magiſtratibus, lib. 1. cap. 24. lib. 1. num. 37. Bald. in l. qui ſe patris, cum deliber. Nata, conf. 580. num. 4. Menchaca, de ſucceſ. creati. §. 18. à nu. 88. Surd. conf. 152. num. 16. Camil. de Curt. part. 1. diuerſar. feud. §. poteſt, num. 5. Arias de Meſa,*
var.

5
var. lib. 2. cap. 17. num. 8. quos citat, & affirmat hanc conſeſſionem, Dom. Salgad. labyr. cred. 1. part. cap. 35. num. 26. ibi: Nam cum penes principē reſideat dominium ac proprietat officiorum, & in officialem ſolum tranſit exercitium, &c.

30 ¶ De que reſulta, que renunciando el poſſeedor el officio, pierde la poſſeſſion, y derecho que à el tenia, y ſu Mageſtad como dueño de el, haze merced à la perſona à cuyo favor ſe hizo la renunciacion; de cuyas manos recibe el officio, no del renunciante, *argument. text. in aut. de exhiben. Reij. §. optimum, ibi: Et ſecundum inſionem noſtram hoc habeant, non tanquam paternam hereditatem, ſed tanquam imperialem magnificentiam: tenet Dom. Salgad. labyr. cred. 1. part. diſt. cap. 33. nu. 21. ibi: Nam ſi quis ad officium nominetur ab vno, & ſit à Rege aprobandus, & confirmandus, à Principe nominatus, & prohibitas intelligitur, & à Principe confirmante obtinere dicitur, l. item eorū, §. ſi decuriones, ff. quod cuiuſq. vniuer. nom. tenent etiam Platea Alueric. Bald. Bart. Caſtrenſ. Abbas, Padilla, Auilles, & alij quos citat idem Salgad. *de ret. bul. 2. part. cap. 22. nu. 3. Giurb. conf. 65. nu. 15. Dom. Molin. de primog. lib. 1. cap. 25. nu. 10. Dom. Valenç. conf. 155. num. 10. Graſſi. de effectibus clericat. effect. 2. à nu. 156. Tello Herez, l. 26. n. 30. quos citat idem Salgad. labyr. 1. part. cap. 35. n. 21. & 22.**

31 ¶ Fuera de que quando conſideramos el abſoluto dominio en el renunciante corria la miſma razon juridica, para que auiciendole renunciado en favor de vno, y tomado eſte la poſſeſſion adquiera el dominio, ſin que neceſſite de veſtirse de maſ titulo, ni caufa que la renunciacion por dos razones.

32 ¶ La primera por que la renunciacion de la coſa q̄ ſe poſſee, quando es à favor de perſona que ſe ſeñala, es verdadera ceſſion, y ſe regula por las reglas de ella, ſic Magiſtralites ex Moſſel. *ad conſuet. Neapol. trat. de renuntiat. ex nu. 10. uſque ad 16. tenet D. Olea, de ceſſion. iur. t. 1. q. 2. ex n. 10. donde haze diſtinció de 2. eſpecies de renunciaciones. Vna translatiua. Otra extintiuua, la trāſlatiuua es quādo ſe renūcia à favor de vno. La extintiuua es quādo ſe renūcia, ò repudia, ſimpliciter. Y la trāſlatiuua dize, q̄ es verdadera ceſſiõ, ò q̄ no difiere della; ſic nu. 14. *pro quo aduerto duplicem renuntiationē, aliā translatiuā, aliā vero extintiuā, translatiua renuntiatio eſt, quādo quis inſ à ſe abdicat, & actionē, ſimulque eā tranſfert in beneficium eius, in cuius fauorem renuntiatio, & hec ſue renuntiatio; quia plerumque cum ceſſione iurium fit, nihil michi aceſſione diſerre videtur. Y eſte es el caſo, en que en el num. 10. dize, que la renunciacion, y**

cessión se reputa por vno, ibi. *Renuntiare, & cedere pro vno accipit Pontifex, in cap. super hos, cap. quam periculosum 7. q. 1. cap. susceptum, §. si duo de rescriptis, Flami. Patil. de resig. benef. & aliquos citat Casanat. conf. 10. à n. 75.*

33 ¶ Y como quiera q̄ nadie a negado que la cessiõ es titulo habil para transferir dominio auicndo tomado la possessiõ el cessionario, vt colligitur ex latè traditis à Dom. Olea, *decis. iur. tit. 1. per totum, & tit. 8. cap. 2. per totum*. Se sigue, que auicndose hecho la renunciacion de este oficio por Luys Mendez, à fauor del dicho Capitan Pedro Mendez (que ex supra dicitis es lo mismo que auerfelo cedido) y tomado la possessiõ del el dicho Capitan, se le transfirió, y adquirió el dominio pleno, real, y verdaderamente, sin que sobre esto pueda auer alguna duda.

34 ¶ La segunda razon es, por que la renunciacion de el derecho, ò cosa que se posee es donacion, vt ex l. *in adibus, §. 1. ff. de donationib. l. si mulier, ff. de condit. ob caus. l. peculium, ff. de peculio, & alijs tenet Dom. Covarr. var. lib. 2. cap. 4. nu. 8. ibi: Tertio hoc ipsum probatur, quia renuntio iuris competentis, donatio quadam iudicatur, tenet etiam, ex l. 1. de transact. l. modestinus, ff. de donationib. Menoch. conf. 1. num. 214. ibi: Cui retratio est, quia renunciatio donatio dicitur Carleual cum multis de iudic. tit. 3. disp. 23. nu. 43. Belon. de iure accrescend. cap. 7. quæst. 41. num. 68. Hodierna ad Surdum, decis. 70. num. 68. quos & alios citat Farin. in Addit. ad D. Cobar. ibidem, n. 7. D. Salgad. cum alijs, labyr. cred. p. 2. cap. 14. n. 39.*

35 ¶ Y como quiera que no se pueda negar, que la donacion es titulo habil para trasferir el dominio, sin que necessite de vestirse de causa, por que como dize el proemio del tit. 4. p. 5. *las donaciones se haz, en por gracia, ò por bondad de aquel que lo da, ò por merecimiento de aquel que lo recibe, no es necessario mas que conste de donacion de parte del donante, y adquisicion de la possessiõ de el donatario, para que este adquiera la cosa donada, l. 1. & per totum, ff. & C. de donat. l. 1. & per totum, tit. part. 5. Anton. Gomez, tom. 2. cap. 4. n. 1. ibi: Quando quis tradit rem suam alteri causa donationis, quia tunc statim valet, & perficitur donatio, & transit dominium, & plenum ius rei in accipientem ex illo titulo, ex causa donationis. Hermos. cum multis, l. 7. t. 4. p. 5. gloss. 3. n. 11.*

36 ¶ Esta conclusion no parece q̄ no es negable, y solo se podrá oponer contra ella, el que teniendo hijos el dicho Luys Mendez de Sotomayor, no les pudo grauar con esta donacion

6
su legitima, l. *quoniam in priorib. C. de in offic. testam. l. sitotias, C. de in offic. donat.* excepto en el quinto, l. 9. & 10. *Taur.*

37 ¶ A que se responde. Lo vno, que si se ajustasse q̄ el motivo de esta renunciacion, fue por descargo de conciencia, y satisfacion de lo que le era à cargo el dicho Luys Mendez à su hermano (en que discurriremos adelante) cessa esta oposicion.

38 ¶ Lo otro, que pudieudoles grauar en el quinto (como no es dudable) tampoco lo es que hasta aora no se ha probado por Diego de Ayala, y sus descendientes, que el valor que podia tener este oficio el año de 558. excediesse de el quinto de los bienes q̄ dexò Luys Mendez por su muerte el mismo año, y es cierto en derecho, q̄ los herederos tienen obligacion à probar q̄ la cosa donada por el padre, excede del quinto; argumento, *text. in l. cum de lege falcidia, ff. de probat. Noguer. alleg. 17. n. 44. ibi: Et heredes qui asserunt legatum quintam excedere, probare debent, quia contrarium presumitur, tenet Pedro Surd. decis. 316. num. 6. Burg. de Paz, conf. 39. num. 17. 18. & 19. Mieres de maioratib. part. 1. quæst. 52, nu. 33. & sequentib. D. Castill. tom. 4. cap. 35. nu. 61.*

39 ¶ Y aunque esta conclusion tiene alguna controuersia, ex gloss. *in dict. l. cum de falcidia, ff. de probat. tit. 1. que dize que basta à el heredero alegar, que no quedaron por muerte de el testador mas que tales bienes, esta glossa està entendida comunmente por los DD. que corre su resolucion, quando el heredero muestra el inuentario legitimamente hecho, y es la razon, por que hecho el inuentario se presume bona fide, y de todos los bienes. Bald. in l. fin. §. licentia, C. de iure delib. D. Valenc. conf. 138. num. 70. y assi lo resueluen Crauetta, conf. 225. num. 12. Iass. l. si constat, ff. solut. matrim. num. 130. Ripa ibidè, num. 18. Burg. de Paz, dict. conf. 39. num. 18. Gutierr. pract. lib. quæst. 15. num. Noguer. allegat. 17. nu. 45. ibi: Glossa intelligi debet, quando hares probat legitime bona relicta per exhibitione inuentarij, vel alio modo, alias enim est contra illud presumpcio quod intret legatum, sine eo quod in falcidia preiudicetur, & preter eos citat. Alex. in dict. l. si constante, num. 7. Patian. de probat. lib. 1. c. 46. n. 4. Barbol. decis. 105. n. 20.*

40 ¶ Y como quiera que por Diego de Ayala, y sus hermanos, y herederos no han presentado inuentario de los bienes que quedaron por muerte del dicho Luys Mendez de Sotomayor, corre sin controuersia la conclusion, de que à ellos les incube la obligacion de probar, que la renunciacion de este oficio les grauò sus legítimas en lo q̄ pudo exceder su precio de el quinto.

41 ¶ Immo, en el caso desta renunciacion concurren dos circunstancias que reduzen à notoriedad la materia, y la primera es, que don Joseph Mendez està poseyendo este officio, y el vsus autores lo han estado poseyendo mas de 160. años, y quando el donatario posee la cosa donada por el padre, es comun sentir de los DD. que à quien le incumbe la carga de prouar el exceso, es al heredero (etiam factò inuentario) tenet Mieres de maioratib. part. 1. cap. 52. num. 33. Cauale. conf. 11. nu. 10. Peteg. de fidei art. 4. n. 73. Raudens. decis. 29. nu. 177. Gracian. discip. 33. 1. n. 22. § 23. Raudel. conf. 179. n. 15. Castr. l. meua, § fin. ff. solut. matrim. Ciriaco, qui hos citat, tom. 1. controuers. 5. nu. 15. ibi: *Quando assignatio legitima fuit iam diu facta in aliquibus bonis, & per diuturnum tēpus possessa fuerint, & possidentur à tertio vigore dicta assignationis: tunc enim, quia ex sola possessione praesumitur pro possessore, & fideicommissarius probare debet.* Noguera. allegat. 4. n. 17.

42 ¶ La segunda circunstancia es, que como consta del testamento de dicho Luys Mendez, que referimos, supra, num. teniendo scys hijos, à vno de ellos manda que se le cūplan à 3y. ducados, con q̄ en buena razon se deue presumir quedarían otros 3y. por lo menos para cada vno de los demas. Y si esto fue así, el cumulo de la hacienda de Luys Mendez seria por lo menos 18y. ducados, cō que bien caue en el quinto 3y600. y por mayor razon el precio deste officio, pues el año de 558. que se hizo la renunciacion, no llegaria à 1y. ducados, ni à 800. puesto que es hecho cierto, que en aquel tiempo era corto el precio de las cosas, y mas de semejantes officios renunciabiles, que tanta contigencia tenían de perderse, y lo que mas califica esta verdad, es, que en la peticion que presentaron en esta Corte Diego de Ayala, y su hermano, en 24. de Nouiembre de 672. cerca de 16. años despues de la renunciacion, le dieron precio de 1500. ducados, y claro està, que siendo demandantes tomarian el punto muy alto del dicho precio, como es ordinario.

43 ¶ Y quando concurre circunstancia, ò verosimilitud, de que la donacion no fue excesiva, se ha de estar à ella mientras por el heredero no se prouea el exceso, vt ex la son. in l. fin. §. licenci. C. de iure. de lib. tenet Argel. de acquir. possess. quast. 8. nu. 964. Thomas Sanchez, de matrim. lib. 6. disp. 335. n. 5. vers. Secundus est, Noguera. allegat. 17. n. 46.

44 ¶ Y finalmente, como quiera que se considere, nosotros pueden negar, que intra limites quinti, se sustenta las donaciones hechas por los padres à estranos, y que no pueden dezir, q̄

se anulan en todo, l. 8. tit. 4. part. 5. Anton. Gomez variar. tom. 2. cap. 4. num. 12. Bazza de non meliorandis, cap. 9. ex num. 32. Matienç. l. 3. gloss. 3. num. 3. tit. 6. lib. 5. Recopilat. Azcued. l. 2. tit. 2. lib. 5. Recop. nu. 10. Fontan. de pat. nupt. clausul. 1. gloss. 2. 1. ex num. 37. Dom. Molin. de primog. lib. 1. cap. 8. numer. 19. Dom. Castill. tom. 5. cap. 100. ex num. 6. Dom. Salgad. qui hos citat, labyr. cred. part. 2. cap. 4. num. 46.

45 ¶ Si, pues, D. Joseph Mendez, y sus Autores se hallà poseyendo este officio de mas de 160. años a esta parte, en virtud de dicha donacion, ò renunciacion, que por lo menos se puede sustentarse en el quinto de los bienes que dexò Luys Mendez, veà las otras partes, quanto es el exceso, y si lo han liquidado por inuentario, ò otros medios legitimos para obtener.

46 ¶ De lo discurrido hasta aqui queda asentado, q̄ con la renunciacion referida, junta con la aceptacion de su Magestad, y possession que el Capitan Pedro Mendez tomó deste officio, se le adquirió el dominio, y pleno derecho que a él tenia Luys Mendez, sin que obste el que tuuiese hijos por los fundamentos referidos: y en la verdad, este presupuesto corre tan sin duda, que no necesitaua de exornacion, y las partes, ni lo niegà, ni pueden negar, y así todo su conato se ha cargado, y carga en la simulacion de la renunciacion, y falta de voluntad en el dicho Luys Mendez de transferir el dominio, diciendo, que fue en confianza para que lo restituyesse a sus hijos: con que verdaderamente el punto principal de este pleyto es, el de la simulacion, y confianza de dicha renunciacion; y así procuraremos en él, cargar toda la consideracion como de materia que mas la pide.

SIMULACION, Y CONFIANZA DE LA renunciacion.

47 ¶ Esto supuesto asentamos por presupuesto ciertos. El primero, que la confianza que aqui se pretende, pertenece à la tercera especie de simulacion, que refiere Noguera en la allegat. 10. num. 67. nempè: *Quando contractus aliquis extrinsecus fit, atque, fuit actum inter partes, ut pro non factò habeatur: esto es, que aunque suena la cosa enagenada, no es voluntad del dueño que pasc el dominio, sino que la reserva para si, ò para sus herederos; y esta tercera especie de simulacion la puso por primera de dos, en que las diuidió, el señor Don Joseph Vela en la dissertat. 38. num. 58. y 59. ibi: *Omnes autem simulationis species, ad duas reduci possunt, ad priorem simulationis**

tionis species, pertinet alienationem bonorum per venditionem, aut donationem, absque ullo alienandi animo, ad seruanda bona ipsa indemnita, ab aliquo imminente periculo.

48 ¶ Y esta es verdaderamente la especie de simulación que asiste en todas las renunciaciones de los officios renunciabiles, quando verdaderamente son en confianza, porque se renuncia, porque no se pierda el officio, ó por otra causa: arramen, es trato entre las partes, que el renunciatario no ha de adquirir dominio, si no que lo ha de bolver a renunciar en el renunciante, ó en sus herederos.

49 ¶ En esta especie, pues, de simulación, como para q̄ el contrato aparente no sea verdadero, ni por él passe el dominio, es menester pacto, y tratado precedente entre las partes, es conclusion comun de los DD. que este tratado preambulo lo ha de alegar, y prouar el que pretende la simulación, y prouean esta resolución de la l. 4. §. si ab ignoto, ff. de manum. sibi: *Ab initio hoc agi debet, ut imaginaria fieret emptio, et perfidem contractus interemptorem, et seruus agatur*, fue de Bald. en la l. unica, C. si seruus exter. se emi. mand. de Alexand. conf. 29. num. 19. lib. 7. Decio conf. 543. num. 18. tom. 2. Marco Antonio Nata conf. 628. num. 20. tom. 3. Tiraquel. de retract. consang. §. 1. gloss. 14. num. 24. Dom. Vela dict. dissertat. 38. num. 17.

50 ¶ Y concluye el señor don Joseph Vela en esta disertación el num. 58. con estas doctrinas, a que se remite, que esta especie de simulación nunca se admite, si no se alega, articula, y prouea el tratado precedente, ibi: *Inter quas duas simulationis species, illud potissimum discrimen est, quod prioris allegatio, vel oppositio, saltem quoad duo priora exempla, numquam admittitur, nisi de ea fuerit actum ab initio, iuxta textum in d. §. si ab ignoto, talis que praevis tractatus, et simulationis causa sufficiens, et idonea (quando ipsa per se non constat) in specie articulari, et probari debet.*

51 ¶ Ecce igitur, como estos DD. (sin que en lo individual desta resolución ayamos visto quien lleuó el contrario) afirman, que simulaciones semejantes nunca se admiten, si no se prouea el tratado preambulo: de que inferimos, que no era necesario passar a el discurso de las conjeturas, puesto, que no solo no se ha prouado el tratado entre Luys Mendez, y el Capitan Pedro Mendez, de que la dicha renunciación auia de ser en confianza (que esto bastara) pero a el contrario, es hecho constante, y prouado concluyentemente en el pleyto, que a el tiempo que se hizo, estaua el Capitan ausente de Malaga, y que auia mas de

6. años

6. años que no se auian visto los dos hermanos, porque estaua dicho Capitan en los Estados de Flandes, que aunque insinuan los testigos, y parece es cierto, que ya auia venido a España; pero todos contestan en que no auia llegado a Malaga.

52 ¶ El segundo presupuesto es, que tampoco se admite la simulación de este genero (por mas conjeturas que de ella se den) si no se prouea la causa, y no solo basta la causa veumque, si no que ha de ser cierta, suficiente, y verosimil. La conclusión referida es constante en todos los DD. juntan muchos Farinac. *quaest. 162. num. 136. Noguier. allegat. 20. num. 162. refert Gratiano disputat. 255. num. 9. ibi: Quia deficiente causa simulationis, deficit etiam simulatio, ita ut allegatio causa debet esse certa sufficiens, et verosimilis.* Dom. Vela *dissertat. 88. num. 17. Ubi quod non potest aponi simulatio de qua ab initio actum non est, nec aliis quam expressa, et probata simulationis causa, et quod debeat esse causa sufficiens, et idonea, et ad propositum negotij de quo agitur.*

53 ¶ Y si es cierto, y indisputable, que aunque aya muchas conjeturas de simulación, no aprouechan, si no se da causa cierta, suficiente, y verosimil: veamos si para la de este pleyto se ha dado, y prouado de este genero.

54 ¶ A dos se reduzen las que se han alegado, nempé a dezir, que los hijos de Luys Mendez de Sotomayor eran menores a el tiempo de la renunciación: y que asimismo andauan a el dicho tiempo fugitivos, por la causa de vnas heridas que dieron a los dos hermanos Montroyes, de las quales el vno de ellos estaua a la façon a la muerte.

55 ¶ En quanto a la primera, consta por Fc̄ de Bautismo, y confesión de Pedro Mendez, hijo mayor del dicho Luys Mendez, que tenia 24. años, y por la confesión del dicho Diego de Ayala, que tenia 21. de que resulta no ser cierta la causa; pues por leyes del Reyno está dispuesto, que se puedan renunciar en personas que tengan 18. y 20. años, que son las leyes 16. y 17. del tit. 3. lib. 7. *Recop. & notant Azevedo in Curia Pisana, libr. 1. cap. 12. num. 4. Bobadilla in Potis. lib. 3. cap. 8. numer. 11. Curia Philip. tom. 1. part. 1. §. 2. num. 12.*

56 ¶ En quanto a la segunda causa, de que andauan ausentes por las heridas de los Montroyes, consta por los autos de la misma causa, que se dió la querrela en 10. de Julio de el dicho año de 558. y la renunciación fue en 31. de Mayo de dicho año; con que no solo no falta la certeza de esta, y de la primera causa, si no que arguye mala fee valer se de causas tan a la clara in-

cier-

ciertas ; argumento grande de la mala justicia que les assiste.

57 ¶ Supuesto, pues, que como lo dexamos prouado, la puerta por donde se ha de entrar a la simulacion de el contrato, y que no fue como suena, si no en confianza, es la alegacion, y prouança de la causa cierta, suficiente, y verosimil, por que si no la ay quanto quier que se comulen conjeturas de la simulacion, *deficit simulatio* (como lo afirman los Autores citados, supra *nu. 52.*) y aqui no ay, ni se han alegado mas que estas dos causas omitiuos que pudieffen obligar a Luys Mendez para hazer esta renunciacion en el Capitan Pedro Mendez su hermano, y estas no nos quedamos en terminos de no auerlas prouado, si no que consta con euidencia que no son ciertas: bien podemos dezir que tienen cerrada la puerta para la simulacion por dos medios.

58 ¶ El primero, por no auer prouado el tratado precedete, que la cierra tambien, como lo prouamos *supr. n. 49. & 50.* imò, no solo no auerle prouado, si no que ni le huuo, ni pudo auerle, por la ausencia del dicho Capitan Pedro Mendez, a el tiempo de la renunciacion, y 6. años antes.

59 ¶ El segundo, por la falta de causas impulsiuas de la simulacion, y confianza; con que parecia ocioso entrar a las conjeturas que se ponderan para dicha simulacion: sin embargo, para que se reconozca su debilidad, ò falta de substancia, discurremos en ellas.

CONJETURA I.

60 **L**A primera conjetura de simulacion es, de que se hizo esta renunciacion en persona conjunta por sangre, como era el dicho Capitan Pedro Mendez, su hermano de el renunciante: *ad text. in l. penultima, §. facilius, ff. de bonis libert. cum vulg.*

61 ¶ A que respondemos. Lo primero, que no solo no es presumpcion a su favor, antes se retuerce a lo contrario, porq̄ con el supuesto de que no se dà impedimento en los hijos, a cuyo favor se dice auer sido la confianza, era ocioso el circuito, y mas vtil a el dicho Luys Mendez haze la directamente en vno de ellos, argumento con que desvanece la causa de vna simulacion, *Noguer. allegat. 20. num. 163. ibi: Si quidem utriusq; erat D. Hieronimo vendere de curionatum ad emendum officium signiferi, vel in capite Marchionis de curionatum ponere, &c.*

Y este

62 ¶ Y este argumento se haze mas eficaz, considerando, q̄ no se descubre por todo el pleyto, motiuo, ni razon por q̄ desconfiase el dicho Luys Mendez de sus hijos, ò de su capacidad para vsar dicho oficio, y no la hemos de adioinar, ni fingir, y la que dan ambos en las posiciones, de no auer renunciado en ellos su padre, es solamente el que andauan fugitiuos, por la causa de los Montroyes (que yà se sabe su incertidumbre) y a el contrario auia muchas causas por que desconfiara de la renunciacion en el hermano, para tenerla por menos vtil, y mas auerurada. Lo vno, por su ausencia. Lo otro, por su exercicio de Milicia, cõ tantos riesgos de su vida, y de perderse por falta de renunciaciõ. Y lo otro, por los pleytos que entre ambos hermanos se auian ocasionado sobre sus legitimas, y herencias.

63 ¶ Lo segundo que respondemos es, que si a justafemos que el impulso de esta renunciacion fue oneroso, y de discargo de conciencia (que hemos ofrecido fundar) cessa la conjetura, por la doctrina de muchos DD. que afirman, que la presumpcion de simulacion, por ser hecha la enagenacion en persona conjunta, no corre en los contratos onerosos, *tenent Menoch. de presump. lib. 3. presump. 124. num. 26. vers. Caterum hic casus. Noguer. allegat. 20. num. 170. ibi: Secunda coniectura ex cognatione, & consuetudine, in contractu lucratiuo dumtaxat locum habet, non autem in oneroso.*

64 ¶ Lo tercero, que siendo el contrato lucratiuo, y de donacion (que es el supuesto con q̄ vamos hasta a ora) era menester para que induxesse simulacion el ser hecha a conjunto, que contuiesse todos los bienes, ò la mayor parte, *vt tenet Maitica de tacitis, & ambig. libr. 13. cap. 35. num. 21. Noguer. allegat. 20. numer. 171. ibi: Et quando donatio est quasi si persona coniuncta, necesse est, vt sit omnium bonorum ad hoc, vt simulatio presumatur. Hermosill. citat alios, l. 59. tit. 5. part. 5. gloss. 1. num. 6.*

65 ¶ Lo quarto, que aun concurriendo con las circunstancias deuidas, es muy leue la presumpcion que resulta de la enagenacion en conjunto, y asi necessita de otras, *Farinacio quest. 164. num. 136. Noguer. allegat. 20. num. 132.*

CONJETURA II.

66 **P**OR segunda conjetura se alega, que es ordinario en estos Reynos hazer semejantes renunciaciones en confianza, porque no se debuclvan los officios a el Principe, y se pierdan:

E

argum.

argum. à comuniter accidentibus, l. certi conditio, §. si nummos, ff. si certum petatur, cum vulg. Duchas axiomat. iur. litter. A. num. 345.

67 ¶ A que respondemos, que no es absolutamente cierta la proposicion, antes bien los dichos officios ordinariamente se traspassan por otros titulos lucrativos, y onerosos.

68 ¶ Lo segundo, que antes se retuerce el argumento, y presumpcion a nuestro favor, porque en las ocasiones que se traspassan dichos officios simuladamente, y en confianza, lo ordinario, y que communiter accidit es, que se haga reserva à parte, y contra escritura; porque como quiera que la renunciacion es titulo habil para transferir el dominio, y por mas parentesco, y con fiança que aya entre el renunciante y renunciatario, pueden ofrecerse muchos casos en que se defiaude esta confianza, y contingencias de que no se pueda tener noticia de ella, como morir dicho renunciatario sin declararla, por falta de tiempo, ò por olvido: ordinariamente sucede, y aconsejan los DD. que quando dichas renunciaciones se hazen en confianza, se haga reserva à parte, vt testatur P. Thomas Sanchez de relig. Statu, lib. 7. c. 5. num. 44. consulendo dupliciter, ò que no entregue el titulo para que su Magestad haga merced a el confidenciario (que no entregandofelo, ni acetada la renunciacion por el Principe, reintegra, puede bolverse a el, vt cum multis tenet Dom. Solotcan. de iur. Indiar. libr. 3. cap. 27. num. 77. tom. 2.) ò si entrega el titulo, que se haga reserva à parte, ibi: *Posteriori modo, si permittat in alterum transferri, facta sibi confidentia scriptura, qua is in cuius favorem renuntiat, confiteatur se in confidentiam recipere, obliget que se ad renuntandum, &c.* Y así, esta, y la primera conjetura no lo son a su favor, antes si a el nuestro.

CONIETURA III.

69 **P**OR tercera conjetura se alega la respuesta que dió el dicho Capitan Pedro Mendez a la posicion que pidieron declarasse Diego de Ayala, y Pedro Mendez su hermano, que fue, preguntarle, si es verdad que el officio de Regidor, que a el presente poseia, fue de Luys Mendez su padre, y que estando enfermo lo renunció en el dicho Capitan en confianza, para que lo diera despues a sus hijos, y herederos. Y responde, que es verdad que lo renunció en el confesante estando malo; pero que despues hizo testamento, y codicilo, y no habló nada en el dicho Regimiento, y que no se lo renunció en confian-

ca, si no porque el quiso sin condicion ninguna, y por su renunciacion lo tiene, y posee.

70 ¶ La ponderacion de esta respuesta à favor de las otras partes, es dezir, que la causal que dió el dicho Capitan a el dominio de el dicho officio, fue, el no aver hecho mencion de él en el testamento, y codicilo que despues otorgó, y nosotros dezimos, que tantum distat, el que de esta respuesta se saque presumpcion a su favor, que antes de ella se descubie la verdad de el hecho, integridad, y pureza en la conciencia del Capitan, y que no quiso adelantarse con juramēto, vn apize a el hecho que pasó, y hecho, que mediante él, no se puede negar que posee y ò justissimamente el dicho officio.

71 ¶ Para cuya inteligencia es de advertir, que lo substancial de la pregunta, para que no tuviesse el dominio del dicho officio, y no lo poseyese cō titulo justo, es el dezir, que se renunció en confianza, y si el responder a esta pregunta fuera secamente (como se pondera) que no hizo mencion de él en su testamento, y codicilo, se pudiera presumir que ocultava la confianza cautelosamente, dando aquella razon presumptiva, de q̄ se renunció sin ella; pero si hallamos que en la misma respuesta dize, que no lo renunció en confianza, quid interst, que huviesse añadido alguna razon, ò argumento de que no hubo confianza.

72 ¶ Esto supuesto, y que es hecho cierto, que quando se hizo dicha renunciacion, no estava el dicho Capitan en Malaga, y que no pudo saber los motivos que le obligaron a el dicho Luys Mendez a renunciar en él puramente el dicho officio, si por donacion graciosa, ò por restitucion, ò por otra causa, respondió la verdad secamente, como bué Christiano, el officio era de mi hermano, lo renunció estando malo, no fue en confianza; y añade, que no hizo mencion de él en su testamento, y codicilo, como si dixera, si huviera sido en confianza, la huviera declarado en su testamento, ò codicilo, y el posponer, ò anteponer la presumpcion a la resolucion, no es de consecuencia, y mas en vn soldado, que no está obligado a estar en los apizes de la retorica.

73 ¶ Y en esta consideracion, y que estava poseyendo el officio con justo titulo, por averlo renunciado su hermano sin condicion, ò bien por titulo de donacion, ò bien por causa de restitucion de lo que le devia: en la primera respuesta antecedente a esta, quando los Contadores dixeron que renunciasse, respondió, que el officio era suyo, y que no tenia obligacion a renunciarlo; y en la respuesta à la demanda dize lo mismo, cō mejor orde. scilicet, q̄ el officio es suyo, q̄ lo renunció su hermano sin que

que huvieſſe confianza, que ſi la huviera, la huviera declarado en el teſtamento, y codicilo que deſpues otorgó, y que ſu hermano le era en cargo de mas cantidad de lo que valen tres officios. Y aſſi, ni eſta es, ni ſe puede ponderar por conjetura de ſimulacion, ni de ella ſe puede facer mas, de que el dicho Capitan reſpondiò el hecho de la verdad que paſó.

C O N I E T V R A I V .

74 **L**A quarta conjetura ſe deduze de algunos teſtigos, que deponen algunas extrajudiciales en orden a la confianza, y ſimulacion. Eſtos ſon. |

75 ¶ Gomez Suarez, peſador de harina, y dize, que eſtando malo Luys Mendez, le fue a ver, por que era ſu vezino, y amigo, y le preguntó, que a quien dexaua el officio, y el reſpondiò, que a el Capitan Pedro Mendez ſu hermano; y el teſtigo le replicò, que por que no lo dexaua a ſu hijo menor, y reſpondiò Luys Mendez, que por que andaua retraido por la pendencia de los Monroyes.

76 ¶ Baltaſar Nuñez, armador, que eſtando malo el Luys Mendez hablando con él, le dixo, que dexaua a ſu hermano el officio en confianza.

77 ¶ Bartolome Ortega, que en la miſma ocaſion le dixo Luys Mendez, que lo dexaua a ſu hermano en confianza, que lo daria a ſus hijos en eſtando ſoſegados de la pendencia.

78 ¶ Salvador Franco, dize, que le habló, y que lo dexaua a ſu hermano en confianza.

79 ¶ Eſtos ſon los quatro teſtigos de las extrajudiciales, ſin que aya mas, porque aunque ay otro, es de extrajudicial a vn Religioſo.

80 ¶ Y a la conjetura que ſe faca de eſtas extrajudiciales, dezimos. Lo primero, que ſi huviera dos de ellos conteſtes, hiziera adminiculo, ò conjetura de ſimulaciõ, ò preſente parte, & acceptante at tradita per Farinac. *quaſt.* 162. *num.* 118. Cuiac. *controu. iur. controuerſ.* 219. *num.* 71. Dom. Valenç. *conſ.* 126. *num.* 8. & 9.

81 ¶ Ad verò, ſiendo ſingulares en el tiempo, y en el lugar, de ninguna manera prueuan, vt tenet idem Farinac. *cum multis.* *quaſt.* 62. *num.* 132. & *quaſt.* 82. *num.* 45. Guacin. *de deſenſ.* *Renr. deſenſ.* 32. *cap.* 3. *num.* 13. Noguera. *cum his, & alijs multis.* *allegat.* 26. *num.* 82.

82 ¶ Lo ſegundo, dezimos, que dichos teſtigos ſe cõfunden, y quedan ſoſpechoſos de falſo en la razon que dan en la

11
miſma extrajudicial, pueſto que dizen, que renunciava en ſu hermano, y no en ſus hijos; porque andauan auſcates por la cauſa de los Monroyes (quod eſt faſum) y para que haga indicio, ò ſemiplena prouaçã la extrajudicial de teſtigos conteſtes, es neceſario que eſtos ſean idoneos, y legales, y mayores de toda excepcion, vt refert idem Noguera. *alleg.* 26. *nu.* 8. ibi: *Item idonei, & legales eſſe debent, & omni exceptione maiores, cum Farin Guacino. Beroyo, Hortenſ. Roland. Burſat. Riminald. Fabio, Turret. Cavalcan. imò, que ſe ha de prouar eſta calidad, ex Cauale. decif.* 19. *part.* 1. *num.* 28. & quod ſint rogati, ex Gloſſ. *in cap. de hijs* 3. *quaſt.* 9. Beroyo *in cap. at ſi Clerici, de iudic. num.* 138. Farinac. *quaſt.* 82. *num.* 47. Guacin. *deſenſ.* 32. *cap.* 34. *num.* 14. ibi: *Et debent eſſe rogati, nec ſufficerent ſi caſu fortuito audiuſſent, citat Noguera. dict. allegat.* 26. *num.* 82.

83 ¶ Y es la razon, porque quando ſe trata de materia en que ſe admiten prouaçãs imperfectas, como es la de ſimulacion, es neceſario que cada prouaçã ſea perfecta en ſu genero, porque no ſe dèn muchas irregularidades, Bart. *in l. admin. ff. de iure iurand.* Farinac. *quaſt.* 82. *no.* 46. Guac. *dict. cap.* 34. *num.* 14. Noguera. *cum his, & alijs, dict. allegat.* 26. *num.* 88.

84 ¶ Lo tercero, que aunque huviera teſtigos conteſtes de la extrajudicial a Luys Mendez, ſiendo eſta, como la ſu-ponen deſpues de hecha la renunciacion, aduc, no hiziera indicio de ſimulacion, y ſucediera lo contrario, ſi dichas extrajudiciales fueran del Capitan Pedro Mendez, porque ay diferencia en ſemejantes confeſiones, quando emanan antes del acto de la enagenacion, ò deſpues de el acto. Si es antes del acto la extrajudicial de ambos contrayètes, bien prouada, haze indicio: ad vero, ſi es deſpues del acto, no le haze la de la persona que enagena, porque trata de ſu intereſſe particular, vt probat Cardin. Thuſc. *litter. S. conſuſ.* 163. *nu.* 16. 17. & 18. ibi: *Confefſio emptoris, & declaratio, & procedens aſſertio inducit preſumptionem ſimulacionis confeſſata, & itidem idem ſit, ſi poſt emptionem, vel donationem emptor, ſiue donatarius dicat bona eſſe vendentis, vel donantis: extende idem ſit, ſi vendens ante venditionem, vel donans ante donationem, dicat bona eſſe vendentis, vel donantis.*

85 ¶ Imò, no harà indicio la confeſion del donante deſpues de la donacion, aunque la aya hecho ante eſcriuano, y teſtigos, vt reſoluit Rota Roman. apud Cencio *de cenſib.* poſt Addit. *decif.* 48. *num.* 4. *vel. Vſque ad finem, & in tract. de cenſibus, quaſt.* 3. *num.* 15. & 16. *quam refert Noguera. allegat.* 20.

nam. 161. ibi: Ex hoc duobus procuratoribus partium, afferentibus, partem pecunie statim emptori fuisse restitutam, credendum non est in prauidicium iuris parti que sit, quod late comprobatur Gratianus cap. 796. ex nu. 5. Rot. apud Cenc. post Add. decis. 48. ubi hoc ampliatur ad confessionem partitis, manata post celebratum contractum, coram notario, & testibus, in qua non constabat de census simulatione: tenent etiam Alciatus in l. post contractum, ff. de donatio. Menoch. cum referens, de praesumpt. lib. 3. praesumpt. 124. num. 26.

86 ¶ Y es la razon juridica de estas doctrinas, la que comunmente refieren los DD. en los mismos terminos de cession: scilicet, quod confessio cedentis post cessionem, non nocet cessionario. Menoch. dict. praesumpt. 124. num. 62. ibi: Ita dicimus confessionem cedentis nocere, non posse cessionario, l. facta, l. si heres, ff. ad Treb. Cenc. de censib. decis. 125. num. 7. cum Bart. Bald. & Alexand. tenet Noguera. allegat. 22. num. 12. & 13. Dom. Olea de cession. iur. tit. 8. quast. 2. num. 40. Dom. Salgad. labyr. creditor. 3. part. cap. 13. num. 23.

87 ¶ Estas son las conjeturas que hemos podido deduzir de los alegatos, y prouanças de las otras partes, que tengan algun color, y si es cierto en derecho, que el que se vale de la simulacion, y falta de voluntad del contrato, lo ha de prouar, vt affirmat Farinac. quast. 162. num. 99. Gratian. cap. 225. nu. 3. Riccio collect. 194. lib. 2. in princ. Barbof. in ordin. Lusit. libr. 4. tit. 7. num. 5. & 6. Agustín Barbof. in collect. ad l. acta simulata, c. plus ualer. quod agit, à num. 2. Valasc. de prebil. paup. 3. part. in princ. num. 24.

88 ¶ Y que aunque es controuentido si es necesario prouança regular, ò hasta imperfecta, y de conjetura, y que muchos que cita Farinacio en la quast. 162. num. 98. y en la quast. 89. num. 18. quieren que concurra prouança perfecta; y en lo individual de simulacion de confianza, lleuaron lo mismo Flamínio Parif. de consid. quast. 63. & 64. num. 13. Alexand. Lud. decis. 238. num. 1. & ibi Oliuer. Beltramin. litter. A.

89 ¶ Lo cierto, y mas comun es, que quando se opone la simulacion contra instrumento publico, ha de auer prouança regular, vt referunt plenè multi, quos cumulat Farinacio d. quast. 162. num. 94. 98. & 132. & Noguera. allegat. 20. n. 162. ò por lo menos, y indispensablemente, que sean muchas las conjeturas, y sean concluyentes, y legitimas: tales, que persuadan el animo del Iuez a que no pueda ser otra cosa, idem Noguera. allegat. 20. num. 167. Farinac. quast. 162. nu. 107. & 108. Thuse.

litter.

12
litter. S. conclus. 262. num. 3. Dom. Vela dissertat. 38. num. 23.

90 ¶ Y asimismo es indispensable la causa suficiente, en tanto grado, que ha de concluir per neccesse, sin que en la posibilidad que pa otra, vt mirabiliter ex Rota Romana, & alijs probat Gratian. disputat. 252. numer. 23. ibi: Quibus adde, nec sufficere probationem causa simulationis, nisi esset concludens ad simulandum, quando poterat esse impulsua, vt in eo qui donat, aut aliquid resignat obtimorem persecutionis superioris. Y el tratado precedente (en simulaciones de este genero) como se podrá pretender, si no es con manifesta temeridad, que en esta renunciacion huvo confianza, que fue simulada, y sin voluntad en Luys Mendez de transferir el dominio, siquidem, no se ha dado causa suficiente, y verosimil (que esto era bastante) no se ha dado tratado preambulo, y las conjeturas, ni lo son, ni tienen substancia, y todas, ò las mas se retuerzen a nuestro fauor.

CONIETURAS POR LA VERDAD DE LA renunciacion, y que no fue en confianza.

91 **L**O que fundaremos en este discurso, es, para hazer mas notoria la justicia de don Joseph Mendez, & ex abundanti, pues si las otras partes son Actores, que tratan de reiuindicar este oficio, y como tales, les toca la carga de prouar la confianza (que es el medio por donde pretenden no passò el dominio a el Capitan Pedro Mendez) vulg. text. in l. Actor, qui a se iurat, C. de probat. cum similib. bastale a esta parte que no lo ayan prouado (como es cierto no lo han hecho, ex supra relatis) para que sea absuelto, l. fin. C. de reiuind. Non nisi intentionem suam implenti restituere cogitur.

92 ¶ Pero porque los juyzios humanos son varios, y puede ser nos engañe el afecto de defensores, y que tengan algun cuerpo las conjeturas, y se desprecie el defecto de causa, y tratado preambulo; ponderaremos algunas que se nos ofrecen por la verdad de la renunciacion, y falta del tratado de la confianza, cõ el supuesto de que es comun resolucion de los Autores, que las presunciones de simulacion, se desvanecen por otras que asistien a la verdad del contrato aparente, ex regula in l. dibus, ff. de integrum restitut. l. quidam testamento, ff. de vulgar. & pupil. Duñas axiom. iur. litter. P. num. 135. cum multis Farinac. quast. 162. num. 144. Cardin. Thuse. litter. S. conclus. 268. n. 1. Noguera. allegat. 20. num. 179.

PRI-

PRIMERA CONIETURA.

93 **E**S, pues, la primera conjetura de que no hubo confianza, y que fue pura la renunciacion, y con animo de transferir el dominio: lo que se deduce de el origen, y principio de este pleyto, a que se deve atender mucho para regular el arbitrio, y reconocer quien fometa buena, o mala causa, *l. filius familias, vers. Originem, ff. ad S. Consult. Maced. vers. Nam origo, ff. quod vi, aut clam. Gratian. disceptat. 749. n. 16. Dom. Castill. lib. 5. cap. 155. Dueñas, cum his, & alijs, axiomat. iuris, litter. O. num. 41.*

94 **E**l origen es, auer comenzado Diego de Ayala, y su hermano el juyzio de particiones de los bienes que quedaron por muerte de Luys Mendez su padre, en 10. de Abril, de el año pasado de 1558. y estando a este tiempo, y desde 21. de Junio antecedente, el Capitan Pedro Mendez en la posicion de dicho officio (quando si fue en cōfianza, no lo podian ignorar) no hablan palabra en quanto a él, ni inquietan a el Capitan hasta el dia 10. de Setiembre de 561. mediando 3. años y 5. meses cauales. Y esto lo hazen a tiempo que el dicho Capitan les començò a molestar, en virtud del poder que tenia de doña Elena de Roxas, su hermana de padre, pretendiendo cobrar la dote, arras, y ganancias de doña Ylabel Ordoñez su madre, primera muger que fue del dicho Luys Mendez, y que no auian hecho bien el inventario, y que exhibicssen libros, y instrumentos, y diessen poder para seguir dichos pleytos; y asimismo executados por cierta deuda.

95 **E**sto ad oculos patet, que no fue justicia que entendicssen tener en esta pretensio, si no vengança de los pleytos cō que su tio les amenaçaua, y començaua a tratar, porque si fuera justicia que presumian, porque no deduxeron el intento luego que murió su padre, o quando començaron el pleyto de particiones (que era tiempo muy proprio, para que este officio, cō los demas bienes se diuidicssen) *quia si proclamare voluit curandiu tacuit, como dize el cap. 1. de frig. Et malef. & notant Hippolit. conf. 82. num. 47. conf. 111. num. 8. Et 9. Et conf. 117. nu. 45. Flores ad Gamm. decis. 243. Fatinac. quast. 46. numer. 103. Barbol. dict. cap. 1. de frig. Et maficiat. nu. 7. Dom. Vela dissertat. 38. num. 80.*

SEGUNDA CONIETURA.

96 **S**egunda conjetura es (y no dissimil a la primera) el auer dexado dormir este pleyto desde el año de 563. hasta el de

de 633. cerca de 70. años; esto no puede ser segura, y cierta cōfidencia en el hecho de la verdad en que fundaua su derecho, imò de confianza, vt ait Pontifex *inc. Christianis 11. q. 1. quia qui iudiciam refugit, a patet eum de iustitia desisum, cap. nullus, de presumpt. Nullus dubitat, quod ista iudicium nocēs subterfugit, quemadmodum vt absoluitur qui est innocens quare: confitentur enim de omnibus, quisquis subterfugere iudicium dilationibus putat.* Y por esso dixo Bald. en el *capit. in presentia, de presumpt.* que aquel que tiene buena fee de su pretension, *festinat, vt veritas inquiratur, multa congerunt in puncto Abb. & Felin. & reliqui, in dict. cap. nullus. Roman. conf. 169. num. 3. Afflict. decis. 13. num. 21. Menoch. quihos, & alios citat, de presumpt. lib. 2. cap. 91. num. 1.*

TERCERA CONIETURA.

97 **T**ercera conjetura es la primera de que nos opusimos, q̄ interpretamos a nuestro fauor, y que en la verdad es muy ponderable; si no se dà impedimento en los hijos? Que motiuo pudo auer en Luys Mendez para renunciar en su hermano, para que boluiesse a renunciar en ellos: de verdad era cchar por vn camino largo, torcido, y dudoso, y dexar el derecho, y breve; y pues renunciò en dicho su hermano siuealidad, pudiendolo dexar a sus hijos directamente, seria porque lo remordia algun escrupulo de conciencia, para este genero de satisfacion (que no es inverosimil este juyzio, como después poderare mos) o porque le quiso hazer esta gracia, impeliendolo a ello muchos motiuos que se ofrecen a la consideracion, como quererle obligar con esta remuneraciõ; a que eny dasse de sus hijos, como persona de tanta autoridad, y que en él tuuicssen amparo: ad text. *in l. si verò non remunerandi, §. idem Papinianus, ff. mandat. l. 2. tit. 27. part. 2. vbi Gregor. Lopez gloss. 4. o por reconocido a la liberalidad de el Capitan, en los regalos, y presentes que le auia hecho desde Flandes, y en España (como se enuncia de los autos) *dict. l. 2. tit. 27. part. 2. ibi: Ca dargualardon a los que bien hazen, es cosa que conuiene mucho a todos los omes, o por miera gracia, y bondad suya, que esse es el origen de las donaciones puras, como dize el premio del titulo de la partida que dexamos citado, *supr. num. 35.***

QUARTA CONIETURA.

98 **L**a quarta conjetura es la segunda de que tambien nos opusimos, careandola a nuestro fauor, del argumento

à solitis, que no es dudable nos asiste con mas proporcion que a las contrarias; pues lo mas comun, y acostunbrado es, q̄ quando las renunciaciones son en confiança, se haze escritura de ella à parte.

99 ¶ Siendo realce de este argumento, el que los Autores que tratan la materia de simulacion, ponderan por conjetura, las muchas cautelas, y preuenciones para ocultarla, Menochio de *presumpt. lib. 3. presumpt. 122. num. 67.* Noguier. *allegat. 10. n. 33.* luego è contratio no obiendo cautelas: imò, siendo vna preuencion ordinaria, quando ay confiança, cautelarla con reserva, ò contra escritura: el no auerise hecho en este caso, arguye que fue pura, y sin condicion; *nam contrariorum eadem est ratio, l. 1. ff. de his qui sunt sui, vel ali. iur. cum vulg. Ductiã axiom. iur. litter. C. num. 223.*

QUINTA CONIETURA.

100 **L**A quinta conjetura es, que no devemos presumir que fue oluido, ni omision en el dicho Luys Mendez usar de esta preuencion: antes bien, si en la verdad su animo fuera de no transferir dominio en el Capitan Pedro Mendez, se deve presumir que se valiera de ella, para no perjudicar a sus hijos, y perder este officio. argum. text. in *l. cum de indelito, ff. de probat. & quod notatur in Rot. apud Farin. decis. 471. num. 5. tom. 1. in posthum. & diuers. tom. vnic. decis. 283. nu. 11. Joseph. Ludouil. conclus. 51. vers. Sexta coniectura. Caualcant. decis. 2. num. 21. part. 2. Mantica de tacit. & ambig. libr. 8. tit. 20. num. 28. Testayl. allegat. 3. num. 126. & allegat. 6. nu. 215. Noguier. hoc citans, allegat. 10. num. 24.*

SEXTA CONIETURA.

101 **L**A sexta conjetura es, que siendo natural en los padres adquirir, y conservar para los hijos. *l. nihil interst. ff. de bonis libert. l. nam, & si parentibus, ff. de inof. testam. cum vulg.* y siendole tan facil a Luys Mendez renunciar en ellos derechamente, ò caso que por algun respecto (que no se alcança) quisiese denunciar en su hermano, hazer la reserva dicha, no se puede imaginar que quisiese perjudicarles, por vtilizar a su hermano. antes biẽ, q̄ obró assi, por que le estimulaua la conciencia, y por descargo de ella, vt argumentatur D. Joseph V. *la dissertat. 38. num. 38. Nec rursus verisimile est, uxorem,*

¶

¶ *Es filios Michaelis. sibi perrelatã declarationem ac cessionem, praeddicare vellet, vt prodesset alijs: nempe Francisco, & eius heredibus, quos certum est ex illa, irrenocabile aduersus ipsos ius adquisisse, quia aduersus ius semel legitime cessum, & renuntiatũ, nullus renuntianti regressus datur, l. quaritur, §. si venditor, vers. Remittentibus, ff. de adilit. adict. & c. Nulla igitur ratio patitur, vt presumamus uxorem, & filios Francisci à se perpetuo abdicaturos, ius pro ipsorum dote, & legitima; eis ad redditum illum regium competens, & c. Sed id potius fecisse, vt eius exoneraret conscientiam. Y este argumento correria mas bien, si con las circunstancias que hemos de ponderar se reconoce que la tenia grauada.*

SEPTIMA CONIETURA.

102 **L**A septima conjetura se deduce, de que es hecho cierto que despues de la renunciacion hizo su testamento el dicho Luys Mendez, y tambien (como advertimos a el principio) parece es cierto hizo codicilo, y siendo estos actos tan inmediatos a dicha renũciacion; pues està lo otorgò en la enfermedad de que murió, y lo mismo el testamento, y codicilo, con que no se puede presumir oluido, no hallamos que en ellos hiziese mencion de este officio, vnde arguitur vna euidente conjetura de que no fue en confiança; pues si lo fuera, no tenia dificultad de declararlo, ni esta simulacion es de genero q̄ es necessario ocultarla; pues aunque declarara que auia sido en confiança, y para que renunciase en sus hijos, no se perdiera el officio: y esto es lo que se vsa, y aconseja el Padre Thomas Sanchez en el lugar citado, supra numer. 68. luego sino la declaró, fuese que no la hubo, y que fue la renunciacion pura, sin condicion, ni reserva alguna, *l. unica, §. si autem, C. de caduc. tollend. ibi: Nam si contrarium volebat, non erat difficultas coniunctim ea disponere, capit. ad audientiam, de decimis. Dom. Castillo lib. 4. cap. 14. a num. 3.*

OCTAVA CONIETURA.

103 **L**A octaua conjetura se saca de la inverosimilitud que contiene la confiança en lo especial de esta renunciacion; pues no es creible que vn hombre tan capaz, como parece lo fue Luys Mendez, quisiese poner en cabeça de el Capitan Pedro Mendez su hermano, para que lo renunciase despues

pues en sus hijos, tan arriesgada su vida en el exercicio de la Milicia, y con el peligro de morir en ella sin renunciacion, y de perderse, pudiendolo dexar sin este riesgo a dichos sus hijos, *Et in subiecta materia simulationis deducitur coniectura de verosimili, Et in uerosimili, vt ex Anchari. conf. 257. Decio conf. 644. num. 6. Mascard. conclus. 440. Citrac. tom. 2. controuersar. 219. num. 76. Et 77. Et 260. num. 5. Et 6. tenet Noguier. alleg. 10. num. 70. plures cumulat Duchas axiomat. iur. litter. A. n. 551.*

NONA CONIETURA.

104 **L**A nona conjetura es, que no solo es inuerosimil que aqui huviessse cōfiança: imò, que es imposible que la huviessse, porque está prouado (sin cosa en contrario) y es hecho cierto, que a el tiempo de la renunciacion estaua ausente de Malaga el Capitan Pedro Mendez, y lo auia estado 6. años antecedetes, en los Estados de Flãdes: y siendo esto assi, como se puede dar que huviessse tratado de confiança, à el tiempo de dicha renūciacion: y si huviere sido, por cartas, claro está que quedaran en los papeles de Luys Mendez, como instrumentos por donde se auia de prouar: los quales (como consta de los autos) pararon todos en poder de Pedro Mendez, y Diego de Ayala su hermano; y assi el Capitan en virtud del poder de su sobrina pidió que los exhibiessen: y tambien está claro, que si huviere estas cartas, las huviere presentado: luego bien dezimos, que no pudo auer confiança, y este argumēto *ab impossibili*, cōcluye per necesse, vt ex text. & ibi Gloss. in l. si acciserit, ff. qui satis dar. cog. Euerard. in topi. legal, loco 78. Menoch. cas. 339. n. 8. Et conf. 352. num. 10. Petr. Andr. Gam. in dialect. legal, libr. 1. loco 16. tenet Duchas, hos referens, axiomat. iur. litter. A. num. 437.

DEZIMA CONIETURA.

105 **D**Ezima conjetura es, la que se saca de los alegatos de las otras partes, y prouanças de estas, y de las declaraciones de el Capitan Pedro Mendez, y contexto de todo el pleyto, en razon de la autoridad, riqueza, Christianidad, y buena conciencia de dicho Capitan, de quiẽ no es de presumir que si su hermano, Luys Mendez le huviere dexado este officio en confiança, se cegara a todos estos buenos respectos, por vn interesse de tan poca consideracion, como era este officio en aquel tiempo, faltando a la salud de su Alma, que es lo principal

15
mero, y a la Fè, y palabra dada à el dicho su hermano: y es regla cierta, y exclusiua de la simulacion, que contra semejantes personas no se presume este fraude, vt in terminis ex l. final, ff. de quest. & multis, tenet Flaminio Paris. de confidentia, quest. 74. per tot. & communiter in cap. sancimus, vers. Et licet, q. 7. cap. litteras, vbi Gloss. de presump. Marius Giurb. ad consuet. Messanen. cap. 2. gloss. 7. num. 2. Menoch. lib. 1. quest. 89. num. 79. Mascard. de probat. conclus. 1079. Farinac. quest. 46. num. 1.

106 **E**stas son las conjeturas exclusiuas de la simulaciõ, y confiança, y q̄ asistẽ a la verdad, y pureza del contrato, y renunciacion; y si es cierto en derecho, que los aduinculos que corrouoran el instrumento aparente, y lo que el dize, preualecen a las de la simulacion, y a lo que no cãta el dicho instrumento, data paritate: imò, auiendo desigualdad, vt firmat Farinacio q. 158. num. 143. Et 144. ibi: *Etiam si sint pares numero, Et qualitate, Et minor numerus testium praeleat ad fauorem instrumenti, Et numer. 147. Et quest. 162. numer. 144. vbi loquitur in presumptionibus excludentibus simulationem*, Noguier. allegat. 20. num. 180.

107 **Y** tambien es cierto en derecho, que en duda se ha de juzgar contra la simulacion, y por lo que reza la carta, vt ex Menoch. de presump. lib. 3. presump. 122. Mascard. de probat. conclus. 438. Gratian. disceptat. Forens. disceptat. 253. n. 3. tenet Barbof. in remiss. ad ordin. Lusit. lib. 4. tit. 71. num. 5.

108 **V**ease como podran obtener don Ioseph Francisco Ordoñez, y sus hermanos, en la pretension de que la dicha renunciacion no fue pura, si no simulada, y en confiança, quando le faltã todos los requisitos necesarios; puesto que no ha prouado causa suficiente, cierta, y verosimil, no ha prouado tratado precedente, no le asistien conjeturas; pues las que se alegan no lo son, ò no tienen substancia: imò, algunas se carean a nuestro fauor: y en exclusion de dicha simulacion, y confiança, ay tanto como dexamos ponderado.

109 **Y** finalmente, quando dixo Bart. en la l. si duo patroni 13. ff. de iur. iurand. con la autoridad de la glossa de este texto, vers. *Authoritatis*, que la atenta especulacion de los Iuezes Christianos, han de pefar los sufragios que asistẽ a cada pretension, y basta que prepondere vna balança con qualquiera aduinculo: *Nota ergo (dize) quod quando sunt probationes vtriusque pares, vinceret ille, qui habet presumptionem aliquam pro se, ultra aduersarium*: & ibi notant, & citant aliquos Addent. ad Bart. litter. D.

LA RENUNCIACION FVE POR CAUSA
de restitucion, y discargo de conciencia.

110 **E**ste discurso ha de servir de dos efectos. El vno, de hazer euidente, y quietar el animo en que no hubo cofianza en dicha renunciacion. El otro, de asegurar la duda de el exceso del quinto, y quoadjubar algunas circunstancias que dexamos ponderadas, refiriendonos a este lugar.

111 ¶ Y para la inteligencia de él, es necessario presuponer, que el Alcayde Pedro Mendez (padre de los dichos Luys Mendez, y el Capitan Pedro Mendez) otorgò su testamento, debaxo de cuya disposicion murió, en 4. de Setiembre de el año pasado de 1516. por el consta dexò cinco hijos, que fueron, el dicho Luys Mendez, Ynes Alonso (que ya estava desposada con Diego Mendez de Sotomayor) Garcia Mendez, Iuan de Villoldro, y el dicho Capitan Pedro Mendez.

112 ¶ En este testamento dize, que le prometió en dote a la dicha Ynes Alonso 400j. maravedis, manda se le cumplā en ciertos censos, y bienes. Y a el dicho Luys Mendez (que era el mayor) le señala 19j. maravedis de renta en ciertos censos cerrados, y cumplimiento a 31j. maravedis de renta en otras casas acēsuadas, 382. fanegas de tierra en vn cortijo, estimadas en 1j. ducados Otros tres cortijos de 250. fanegas, que el vno de 80. es el de Almogia, estimados todos en 300. ducados. Otras siete hazas de tierra, estimadas en 100. ducados. Vn majuelo, estimado en 100. ducados. La casa principal de la dicha Ciudad de Malaga, a la puerta de Granada, con la tienda, y guerto de ella, estimada en 1j. 500. ducados de oro. Lo qual quiere que aya por tercio, y quinto de su hacienda, y su legitima, todo vinculado con ciertos llamamientos, y condiciones. Y en el remaniente de sus bienes, instituye por herederos a los dichos Garcia Mendez, Iuan de Villoldro, y dicho Capitan Pedro Mendez, respecto de que a los dichos Luys Mendez, y Ynes Alonso les dexaua sus partes.

113 ¶ No consta por el testamento quando murió el dicho Alcayde Pedro Mendez; pero insinuasse que su muerte fue el año siguiente de 519. porque en el memorial que presentò el dicho Capitan en este pleyto, dize, que su padre murió el dicho año, y en el dicho testamento (cuyo traslado simple se ha presentado aora por las otras partes) ay vna nota, que dize murió el dicho otorgante el año de 1519.

114 ¶ Suponese tambien por constante, que el dicho Luys Médez, el tiempo q̄ viuió doña Ana de Herrera su madre, se

16
se quedò en todos los bienes, y lo mismo muerta la madre, y les possedyò, y desfrutò todos, y el dicho Capitan (que parece era el menor) estuuò ausente en servicio de su Magestad, en los Estados de Flandes, hasta el año de 537. que se hizo la escritura de transaccion entre los dos hermanos, sobre las legitimas del dicho Capitan.

115 ¶ Esto supuesto resulta vn argumento infalible, y es, que si el Alcayde le dexa à el dicho Luys Mendez por su legitima paterna, y tercio, y quinto, 600j. reales, poco mas, ò menos, que importan los censos perpetuos, y demas hacienda que le assigna; y a la dicha Ynes Alonso le dexa para su dote 400j. maravedis, era preciso que por lo menos le tocasse a el dicho Capitan, y a los otros dos hermanos, otros 400j. maravedis a cada vno, de dicha legitima paterna, puesto que no les podia grauar mas que en el dicho tercio, y quinto, l. 28. *Taur.*

116 ¶ Con estos supuestos, entran los medios por donde se ajusta con notoria euidencia, que Luys Mendez le era en cargo a el dicho Capitan Pedro Mendez su hermano de muy grandes cantidades, y intereses.

117 ¶ Y es el primero, el que se descubre de la carta de pago que el dicho Capitan otorgò a fauor del dicho Luys Mendez su hermano, en 11. de Março de 1537. en la qual se dize, que en el testamento que otorgò el Alcayde Pedro Mendez, quedò instituydo por heredero el dicho Capitan, con los demas sus hermanos, y que la parte que a él le tocò fue en bienes muebles, porque los rayzes pertenecieron a Luys Mendez, para el tercio, y quinto, y los muebles se vendieron, y él fue pagado de su legitima paterna, y otorga carta de pago, por quanto los recibió de Ynes de Herrera su madre, y del dicho Luys Mendez, en bienes muebles, y dinero, de que se diò por entregado, y que no se le quedò a deuer cosa alguna, y dà por libres a su hermano, y a su madre. Y tambien dize, que está pagado de los bienes de la herencia de Ynes Médez su tia, porque lo recibió en bienes, y dinero, como dicho es, de que otorgò carta de pago, y finiquito en forma.

118 ¶ Esta carta de pago contiene notoria nulidad, y no le causò liberacion a el dicho Luys Mendez; pues si fue a su cargo esta legitima, y la herencia de su tia, y la administrò, y possedyò desde el año de 519. hasta el año de 537. que son 19. años, tuvo obligacion a darle cuenta: y es de advertir, que no se dize auer precedido esta cuenta; pero aunque confessara el Capitan q̄ se auia hecho, esta confesion no le causara liberacion, vt ex Sub-
cino,

cino, Iasson, Rolando, & alij tenet Florés Diaz de Mena *libr. 1. variarum questionum, cap. 15. num. 13. ibi: Sexta conclusio, si non constet de rationibus redditus, nec in forma solemnium, nec minus solemnium, & simus indubio: sed solum appareat liberatio generalis in fauorem curatoris, aut tutoris, cum relatione rationis data, tunc si tutor non probat vere, & integre rationem datam, de nouo reddere eam tenetur: & ratio est, quia in presenti materia rationum reddarum à curatoribus, requiritur actualis redditio rationis, ut in l. cum seruus, ff. de condition. & demonstrat. ad uerò ubi ad euitandas fraudes (ut in presenti) requiritur factam fuisse, non sufficit confessio, quia est materia prohibita.*

119 ¶ Idem resoluit Iuan Gutierrez de iurament. confirmat. part. 1. cap. 40. num. 18. & seq. dando la misma razon, ibi: Quia tutor, & curator, & quacumque alius administrator, tenetur reddere rationem usque ad 30. annos, & libram rationis exhibere, &c. Et num. 21. ibi: Itaque volunt, & requirunt, quod actualis redditio rationum fiat: scilicet, quod administrator rationes reddat, dict. l. cum seruus, ff. de condit. indeb. sed quando lex requirit factum, & actualem redditionem, non statuer assertioni, l. si forte, ff. de cast. peculio: secundo quia aliud est rationem redditam esse, aliud redditam confiteri. Gloss. in l. assiduis, C. qui potiores, & citat Ancharran, & Rolando à Valle, tenet Auendaño de exequend. mandat. 2. p. cap. 10. n. 40. & 41.

120 ¶ Esta carta de pago aunque mirasse solo a la legitima paterna (de mas de la nulidad referida) contiene notorio fraude, porque aunque en ella no se haze mencion de la cantidad que recibió: hazesse, empero, en otra carta de pago, que se otorgò en 14. de Octubre de 552. que se refiere en el memorial. n. 78. presentada por Diego de Ayala, y su hermano, en la qual se dize, que por las legitimas del Alcay de Pedro Mendez, y Ynes de Herrera su madre, se conuiniere en que le auia de dar 300000. maravedis en dinero, y el cortijo de Almogia, de 80. fanegas (y es de advertir, que esta razon no se sacò en el memorial impresso, pero es cierta, como de la dicha carta de pago se podrá ver) tambien es de advertir, que este cortijo de Almogia, de 80. fanegas, con otros dos, vno de otras 80. fanegas, y otro de nouenta, que por todas son 250. les diò precio el Alcay de Pedro Mendez, en el testamento que dexamos referido, de 300. ducados, y claro està que no sería el mejor; pero reputandolas con igualdad, valia poco mas de 10000. reales.

121 ¶ No hazemos cuerpo de lo dudoso, en la estimacion q̄ tendria

17
tendria la legitima materna de el dicho Capitan, para cuya satisfacion, y de la paterna se dieron estos 3000. maravedis, y este cortijo, que esto quedara à el arbitrio de los señores Iuezes (y en quanto a la dicha legitima materna, haremos ponderacion de despues) si, empero, la hazemos de lo que parece no tiene duda, si sola legitima materna era preciso que importasse por lo menos 4000. maravedis, segun el argumento que hizimos de la legitima de la otra hermana (que siendo para dote, por la ley del Reyno 1. tit. 2. li. 5. Recop. no podia exceder) y del tercio, y quinto de Luys Mendez (que por la l. 28. Taur. tampoco podia exceder) como se le pagan ambas legitimas cõ 3000. mrs. en dinero, y cõ el cortijo, que valia poco mas de 3400. mrs. luego respectò de dicha legitima paterna, yà sacamos aqui grauamen de cõciencia notorio en el dicho Luys Mèdez, para con el Capitan su hermano, en mas cantidad de 6000. mrs. ----- 600000.

122 ¶ El segundo medio es el que se deduze de otra carta de pago, y finiquito, otorgada por el dicho Capitan, en 5. de Julio de 547. (presentada asimismo por Diego de Ayala, y su hermano) en la qual tampoco hemos de hazer cuerpo de lo dudoso, si no de lo liquido, y que consta por escrituras presentadas por las otras partes, y que no padece la menor duda.

123 ¶ Y para la ponderacion es necesario suponer, que en la carta de pago de el año de 537. solo se habla de la legitima paterna, sin que allise tocasse a los frutos desta legitima, ni a la legitima materna, ni sus frutos.

124 ¶ Esto supuesto en esta carta de pago de 547. se haze relacion, que el Capitan siguió pleyto con el dicho Luys Mendez su hermano sobre dichas legitimas, paterna, y materna, y herencia de sutia, y sobre los frutos de todo, y que lo comprometieron en Gutierre Lafo, y Hernan Carrillo, y dexando el compromisso, ellos se han conuenido, que por todas las pretensiones de dichas tres herècias, y de sus frutos, le ha de pagar 5000. maravedis, demas de lo que tiene recibido, pagados en 3. años, y con esso le dà carta de pago, y finiquito.

125 ¶ Dexamos a el arbitrio de los señores Iuezes, que importaria la legitima materna, y sus frutos, porque como no consta de su liquidacion por instrumentos, y vamos con que no nos hemos de valer de lo dudoso: solo ponderamos, que si por la ley del Reyno 1. tit. 9. libr. 5. Recop. Hermosilla cita en piores, in l. 55. tit. 5. part. 5. gloss. 2. num. 28. todos los bienes se presumen gananciales, no constan de dote, ni capital (como aqui no consta) y el Alcay de dispuò de mas de 1200. ducados, segun el tercio, y quinto,

y quinto, y legitima que assignò a vno de cinco hijos: en buena razon cabe que tuvièsse su muger otra tanta càtidad de que poder disponer; y es verosimil en gente tan principal, que lleuasse dote, y que fuesse mayor su porcion.

126 ¶ Ayuda esta ponderacion lo que dize el dicho Capitan en el memorial que presentò quando se començò este pleyto, es pues, que en el testamento que otorgò su madre el año de 538. le dexaua à él, y a otros dos sus hermanos el tercio, y quinto, y que sabiendolo el dicho Luys Mendez, hizo por medio de vn Religioso, que se lo dexasse a él, menos 400. ducados que dexò a otro de dichos hermanos; pues tercio, y quinto que tiene substancia, para que solicitando Luys Mendez, dexasse por terço menos principal el de 400. ducados, mucho conduce a entender que la herencia fue considerable.

127 ¶ Tambien dexamos a el arbitrio de los señores Iuezes lo que pudo importar la herencia de Ynes Mendez, tia de el Capitan, y sus frutos. Y solo dezimos, que el dicho Capitan en el mismo memorial dize, que valdria mas de 1000. maravedis.

128 ¶ Lo que ponemos por liquido, y que no padece duda, son los frutos de los 4000. maravedis de la legitima paterna del Capitan Pedro Mendez (que es cierto no se los pagò Luys Mendez su hermano) ni se comprehenden en la carta de pago del año de 537. Y para hazerle pago de ellos, y de la legitima de su madre, y tia, se hizo el ajusto referido del año de 547. en que por todo le dà 500. maravedis, pagados en 3. años.

129 ¶ Y para liquidar el tiempo que posseyò esta legitima Luys Mendez, y de quanto se han de contar estos frutos, se advierte, que el dicho Capitan, en el memorial referido, que presentò el año de 558. que se començò este pleyto, dize, que auiedo muerto su padre se fue a Ytalia, donde estuvo en seruiçio de su Magestad mas de 20. años, y que su hermano Luys Mendez fue señor de toda la hazienda, y ay prouança, que luego que murió el dicho Alcayde, que fue el año de 519. el dicho Luys Mendez se entrò en toda, y la gozò en vida de su madre, y despues. Y este hecho cierto, no se ha negado, solo se dize, que el dicho Luys Mendez pagò a el dicho Capitan su hermano todas sus legitimas, y frutos, para cuya prouea han presentado dichas cartas de pago.

130 ¶ Tambien es de advertir, que aunque en dicha carta de pago de el año de 37. confesò auer recebido lo que importò dicha legitima, ò fue nada, ò muy poco lo que recibió; y esto consta por la confession del mismo Luys Mendez, y escritura

tura presentada por las contrarias, otorgada por el susodicho, en 21. de Abril de 54. en la qual dize, que aunque el dicho Capitan, y Garcia Mendez sus hermanos, le auian otorgado carta de pago de sus legitimas, lo cierto es, que les deve 500. ducados, 250. a cada vno, q̄ se obliga à pagar, y q̄ se los deve por tener los bienes.

131 ¶ Tambien se advierte, que estos 250. ducados de resto de la legitima del dicho Capitan, no se los pagò su hermano hasta 7. de Mayo del año passado de 550. como consta de la carta de pago presentada por las cõtrarias, memorial impreso, num. 79.

132 ¶ De estas advertencias resulta por conclusion precissa, que por lo menos se deuierò los frutos de los 4000. maravedis de la legitima paterna, desde dicho año de 519. que murió el Alcayde, hasta 11. de Março de 537. que se otorgò dicha carta de pago ciega, que son 19 años; y a razon de 7. por ciento, que eran los reditos legales que corrian en aquel tiempo, importan los dichos frutos 532000. maravedis, que de esta cantidad no es dudable le era en cargò el Luys Mendez a el Capitan su hermano. ----- 532000.

133 ¶ Y atendiendo a los 250. ducados, que esta cantidad por lo menos, no es dudable le quedò deudor el dicho Luys Mendez de dichas legitimas, y que no se las pagò hasta el dicho dia 7. de Mayo de 550. (suponiendo, que el resto de dichas legitimas se las pagò el dia que fue en la carta de pago ciega, que fue en 11. de Março de 537.) desde este dia, hasta el de 7. de Mayo de 550. vienen a ser 13. años, y 2. meses menos 3. dias, y a razon de 7. por 100. de dichos intereses legales, que corrian a el dicho tiempo, importan 860423. maravedis, que esta cantidad tambien le era en cargo el dicho Luys Mendez a el Capitan Pedro Mendez su hermano, sin ninguna duda. ----- 860423.

134 ¶ Consta asimismo, que Garcia Mendez, vno de los tres hijos que instituyò por herederos el Alcayde Pedro Mendez (y a quien dexamos dicho se obligò a pagar Luys Mendez 250. ducados del resto de su legitima, por posseer sus bienes) otorgò su testamento, para professar en que mandò 200. ducados a vna sobrina suya para meterse Monja, y en su defecto a el dicho Capitan Pedro Mendez su hermano: y estando professo en el Conuento de la Merced, por escritura que otorgò en 2. de Diciembre de 544. declara auer hecho el dicho testamento, y la dicha mãda (esta escritura no la hallamos en el memorial impreso; pero es cierto està en la Pieça 2. que es el pleyto principal que se truxo compulsado de Malaga, fol. 73. como se podrá ver por ella)

ella) y en quanto a la certeza de este hecho no puede auer duda, porque en las posiciones que declararon Diego de Ayala, y su hermano a el dicho memorial, presentado por el Capitan, confiesa el Diego de Ayala que es verdad, que el dicho Garcia Mendez por su testamento le mandó dichos 200. ducados; pero que se los tiene pagados.

135 ¶ La paga, pues, de estos 200. ducados, cōsta auer se hecho por los dichos Diego de Ayala, y su hermano, en 6. de Setiembre de 561. de que presentaron la carta de pago que se refiere en el memorial, nu. 82. haziendo relacion, que les auia executado por ellos (que es vno de los pleytos que les mouió el Capitan, y que dimos por motiuo de auer suscitado este.)

136 ¶ Quando otorgó este testamento el dicho Garcia Mendez, no consta; pero necesariamente huvo de ser mucho antes del dia 2. de Diziembre de 544. en que hizo la declaraciō referida; pues lo otorgaria antes de la profesziō, y ya estaua professo; y contando solo desde este dia, hasta el en que se otorgó dicha carta de pago, que fue en 6. de Setiembre de 561. vienen a ser 16. años, y 9. meses (y de passo se repare el ajustamiento, y verdad del Capitan; pues en la partida de esta posicion, en dicho memorial, dize no se los pagaron en 17. años) y los intereses legales de dicho tiempo a el mismo respecto de 7. por 100. importan 870447. maravedis, que de esta cantidad tambien le era en cargo el dicho Luys Mendez a el Capitan su hermano. ----- 870447. maravedis.

137 ¶ De este lugar es el prouar, que estas partidas en que sacamos frutos de la detencion de las legitimas, sean ajustadas a la disposicion de derecho, y que conforme a el se deuan pagar: y esto estan cierto, y tan sin duda, que no ay Autor que lleue lo contrario.

138 ¶ Immo, para que se deuan, y corran, no es necesario litis contestacion, ni interpelacion, ni otra mora regular, vé probat Dom. Castell. tom. posthum. de aliment. cap. 43. num. 9. ibi: *Ex bonis legitima veniunt fructus a die mortis patris, sine ulla mera regulari, vel irregulari, etiã consumpti, quorum loco interesse debetur, ex l. scimus, § repletionem, C. de inoffic. testam. Surd. decis. 25. Anton. Fabro eod. libr. 3. titul. 19. de fin. 11. Camillo Borrello summ. decis. tit. 16. de legitim. nu. 53. Giurba ad consuet. Mesanens. part. 1. cap. 4. gloss. 4. num. 13. quos citat Dom. Castillo dict. num. 9.*

139 ¶ Probat etiam Gratian. tom. 4. discept. 688. n. 11. ibi: *Fructus legitima debentur a die mortis testatoris, etiã nulla*

nulla facta interpellatione, cum legitima sit ius uniuersale; in qua filius dicitur haeres secundum quid, tenet Bald. in l. non est, C. famil. heretic. Natta cons. 156. num. 7. Alexand. cons. 12. libr. 6. § cons. 69. num. 8. Socin. cons. 57. num. 33. lib. 4. Succ. de legit. verb. cutus, num. 10. Boetio decis. 3. numer. 17. Tiraquel. l. si unquam, verb. suscepit, num. 116. Rippa; ibidem num. 103. Benent. decis. 37. Gaillo obseruat. 120. numer. 14. Gloss. in fideicommissariam, ff. ad Senat. Trebelli. Curtio Iunior cons. 327. num. 14. Franch. decis. 16. num. 13. vbi Aucnd. Addit. numer. 9. Arim. Tapat. de legist. liberor. conclus. 615. capit. 7. Cardin. cons. 80. in fin. Galtaul. in l. centurio, ff. de vulg. § pup. Corneo cons. 265. Bosio de publi. bonor. num. 6. § 7. quos omnes cita Grat. ibidem.

140 ¶ Facit en terminos mas apretados la l. filius emācipatus, § filia, ff. de collat. dot. en el qual se dispone, que del exceso que lleuan las hijas en las dotes, y los hijos en las donaciones, viuido los padres, tienen ad invicem obligacion de pagar los frutos, o los intereses, desde la muerte del padre, todo el tiempo que estan en mora de restituyr dicho exceso, dize el texto: *Filia qua soluto matrimonio dotem cōferre debuit, moram collationi fecit, viri boni arbitrato, cogetur usuras quoque dotis conferre: cum emancipatus frater, etiam fructus conferat.* Y por este texto lo resuelven asst. Rodrig. li. 3. de annuis reddit. q. 12. per tot. Bart. & Alvericus in dict. § filia. Valasc. de partit. c. 13. ex num. 14. Escobar de ratiotin. cap. 5. nu. 2. Parlad. diser. 150. § 3. num. 9. Palac. Rub. in Rubr. de donat. inst. § 49. numer. 5. Dom. Pichard. § actionum, Inst. de action. quast. 8. numer. 28. § segg. Hermosill. qui hos citant, l. 3. tit. 4. part. 5. gloss. 6. n. 75. Ioannes Cap. de fructibus. tit. 3. numer. 4. Cavalcan. de usuris, quast. 88.

141 ¶ Nia esta conclusion, cierta en derecho, podrá obstar el dezir, que las legitimas de dicho Capitan Pedro Mendez, y Garcia Mendez su hermano, no consta que consistiesen en bienes fructiferos: a que respondemos. Lo primero, que no consta de lo contrario, ni ay inventario por donde esto se ajuste, ni en el testamento refiere el Alcalde mas que bienes rayzes, y censos: y lo que consta por las cartas de pago presentadas, es, que el dicho Luys Mendez, mas de 20. años de muerto su padre se obligó a pagar a sus hermanos lo que hemos referido, en dicho ro, y en el cortijo de Almogia, de 80. fanegas que dió a el Capitā, y se quedó en todos los bienes rayzes que dexó el Alcalde de su padre, como el mismo Luys Mendez lo afirma, diziendo en las

obligaciones que haze a sus hermanos, que las haze porque poseen los bienes.

142 ¶ Y es cierto, q̄ quãdo vno de los herederos se queda cõ los bienes de la herencia, y se obliga à pagar cantidad en dinero a sus hermanos de sus legítimas, todo el tiempo que retardare la paga, deue los intereses, racione fructus, vt probat ipse Gratian. dict. disceptat. 688. nu. 11. ibi: *Si enim filius acceptabit quantitatem pecunia pro sua legitima, quam non tenebatur recipere, iuxta l. scimus, C. de inoffic. testam. non sibi praiudicat quoad fructus, nam acceptando talem quantitatem, videtur consentire, quod haeres, prorata dicta qualitatis, retineat bona hereditaria aequivalentia, ex quibus si dictus haeres fructus percepit, dicitur re ipsa in mora, quoad hoc, vt ipsi filio teneatur ad usuras equivalentes ad rationem fructus*: tenent idem Alexand. conf. 69. libr. 1. Peregrin. de fideicom. artic. 36. nu. 69. Franchis decis. 16. num. 11.

143 ¶ Quod iubatur ex eo quod, la legitima de los hijos se les deue a todos con igualdad, ex omnibus corporibus hereditarijs, l. libertus, qui solidum, ff. de bonis libert. Bart. in l. in quartam, ff. ad leg. falcid. Ruino conf. 59. num. 21. lib. 4. Beroy conf. 93. num. 82. lib. 2. Peregrin. de fideicom. artic. 36. nu. 33. ¶ 72. Scapuci. de saluian. interd. libr. 2. quast. 9. num. 7. Grathos citans, dict. disceptat. 688. num. 25. Y deuiendo Luys Mendez, quedandose en todos los bienes de su padre, guardar esta igualdad, y repartir entre todos, conforme a sus porciones, los bienes rayzes, dineros, y muebles, no lo hizo, si no que si huvo bienes muebles, y dinero, lo consumió (claro está en espacio de mas de 20. años) y juntamente se quedò cõ todos los bienes rayzes (como está prouado, y el lo confessa) y se obliga a pagar en dinero a sus hermanos, conque corren las doctrinas con mayor precision.

144 ¶ Dezimos lo segundo, que aunque constasse por algun medio (que no consta) el que les tocasse a el dicho Capitan, y a Garcia Mendez su hermano, alguna parte en dinero que huviessse en ser, por la muerte del padre, ò q̄ resultasse de bienes muebles q̄ deuiò v̄der, porque no se deteriorassse en el espacio de dichos 20. años, todauia, auiendolos poseido, y gozado el dicho Luys Mendez, se les deuia los intereses legitimos, como en terminos ex Alexand. conf. 69. vers. 1. & alijs lo resolvió Octauio Chacher. en la dec. Pedem. 143. n. 3. ibi: *Filius acceptanti legitima in quantitate, debentur usuras, seu interesse loco fructuum*. Y lo mismo luan Baptista Lup. in l. curabit, C. de act. empt. comment.

ment. l. §. 7. num. 103. ibi: *Traditur etiam per hanc constitutionem, quod filio acceptanti legitima in quantitate, debentur usuras, seu interesse loco fructuum, qui filio deberentur, si legitima habuisset in praedijs*.

145 ¶ Confer etiam, en los terminos mas rigurosos, lo que dize el §. filia, de la l. filius emancipatus, ff. de collat. dor. scilicet, que la hija deue restituyr las vsuras, ibi: *Usuras quoque dotis conferre; conque supone que fue cantidad, ò bienes no fructiferos, y assi lo entienden los DD. que tocan la question de este texto, vt tenent Rodrig. de annuis redditibus, libr. 3. quast. 12. num. 6. 11. ¶ 12. Escobar, cum Cavalcan. dict. comp. 5. num. 8.*

146 ¶ Y aunque en el caso de la restitucion de los intereses de la dote, ay controuersia entre los DD. vtrum, se han de contar desde la muerte del padre, ò desde la interpelacion a la particion; y algunos quisieron que se contassse desde la interpelacion *ea ratione*, porque estos frutos sirven para las cargas del matrimonio, y porque lo supone el §. filia, ibi: *Moram collationi fecit, quos refert Escobar dict. comput. 5. num. 4.* Y lo contrario, imò, que se han de contar desde la muerte del padre (y esta es mas comun, y sobre que ha auido determinaciones) lo lleuaron, Caualcano de usuris, quast. 88. Barahona, cum multis in Addit. ad Palac. Rub. de donat. inter, §. 49. litter. F. Addit. ad Monteros fol. 182. (donde dize se determinò assi en la Chancilleria de Valladolid) Valasco de part. cap. 13. donde iuridice interpreta el §. filia, diziendo, que la mora se entiende despues de la muerte del padre, porq̄ desde este tiempo ay obligacion de conferir la dote, ibi: *Mora autem intelligitur à tempore mortis patris, aut matris dotantis, a quo tempore fructus veniunt, usque ad tempus partitionis: Ratio est, quia quando res in dotem data confertur, censetur transire in bonis patris: tenet etiam Hermosilla dict. l. 3. tit. 4. part. 3. gloss. 6. nu. 75. ibi: A tempore mora id est mortis patris.*

147 ¶ Quidquid sit, de estas opiniones, en nuestro caso no se ofrece duda, porque quando los hijos poseen excessõ en la legitima, respecto de sus hermanos, ò la poseen toda, todos concluyen, que los frutos, ò intereses se deuen *à die mortis patris*, vt videre est per D. Castell. & Grat. supr. nu. 138. ¶ 139. & quos ibi citant. Y esta es la razon que mouió a Rodriguez en la quast. 12. libr. 3. nu. 9. y a Hermosilla. dict. l. 3. tit. 4. part. 3. gloss. 6. num. 75. para dezir, que si el matrimonio está disuelto a el tiempo de la muerte del padre: tunc, desde la muerte se han de restituyr los frutos, ò intereses de la dote; porque los hermanos desde

de este dia confieren los frutos de sus donaciones, y cessa la razon de las cargas del matrimonio, sic Rodriguez, quem refert Hermosilla: *Secundo vero casu, quando erat solutum matrimonium tempore mortis eius de cuius hereditate agitur fructus dotis indistincte conferendi sunt, ab eodem mortis tempore, quia ex illo tempore, emancipatus confert fructus sua donationis.*

148 ¶ Demanera, que de lo discurredo hasta aqui en el punto de derecho, se euidencia la notoriedad de las partidas de frutos, ò intereses de las legitimas del Capitan Pedro Mendez, y de Garcia Mendez, en cuyo derecho succediò el dicho Capitan en quanto a los 200. ducados, y que le fue deudor de ellos el dicho Luys Mendez, desde la muerte del Alcayde, como poseedor de todos los bienes rayzes, en que estauã embeuidas, sin que conste por inventario, ni otro medio alguno, que quedassen por muerte del dicho Alcayde dineros, ni otros bienes no fructiferos, y quando quedassen, y les tocassen algunos, segun la prorrata de sus porciones, auendolos consumido todos el dicho Luys Mendez, corre lo mismo ex supra adductis.

149 ¶ Tercero medio de la obligacion, y cargo en que le era el dicho Luys Mendez a el Capitan, se saca, de que auendole asignado el Alcayde su padre las casas principales, con su guerto, y tienda, para el tercio, y legitima, en 1500. ducados (como consta del testamento que dexamos referido, supr. nu. 12.) el dicho Luys Mendez las vendiò en 31200. ducados.

150 ¶ Esto se ajusta en el hecho, en quanto a q̄ las lleuasse en 11500. ducados solamente, por el dicho testamento, y en quanto a que las vendiessse en 31200. tambien consta notoriamente, porque auiendo puesto por posicion el Capitan en el memorial referido, que presentò el año de 558. que el dicho Luys Mendez se tomò las casas principales en 11500. ducados, y las vendiò en 31200. El Pedro Mendez dize, que supo, que su padre vendiò las dichas casas principales a Francisco de Guzman en 311. ò 31200. ducados. Y el Diego de Ayala su hermano responde a esta posicion, que su padre vendiò las dichas casas en 31200. ducados.

151 ¶ Demanera, que este exceso no puede tener mayor comprobacion que la de las confesiones de las mismas partes, l. unica, C. de confes. Mur. decis. 74. numer. 11. cum alijs quos citat Dom. Valenc. conf. 61. num. 62. & 63. num. 48.

152 ¶ Nec dicatur, que pudo ser creciessse este aumento con el tiempo que passò, desde que muriò el Alcayde, hasta q̄ se vendieron: porque se responde. Lo vno, que se reconoce fue muy

21
muy corto este tiempo, de la forma de la posicion, y respuestas. Lo otro, que no se presume mudança de valor, si no se alega, y prouea, l. si vero, §. que pro rei qualitt. ff. qui satis cogant. Menochi. lib. 6. presumpt. 25. num. 3. Dom. Valenc. conf. 85. num. 48.

153 ¶ Lo otro, que auiendo se alegado, y prouado este exceso por el dicho Capitan, los dichos Diego de Ayala, y su hermano, no dixeran en sus declaraciones, ni alegaron, ni prouaron que dicho exceso de precio le causò el tiempo; con que queda la propuesta segura, y sin duda: argom. text. in cap. tertio loco, de probat. & ibi notatis.

154 ¶ Y de esto naze, que siendo el agrauio de 11700. ducados, y considerados los tres herederos que instituyò el Alcayde, juntamente con el mismo Luys Mendez, que vienen a ser quatro (porque en quanto a Ynes Alonso la otra hija, la separò de la herencia con los 4000. maravedis que le diò en dote, cõ que se contentò, y no consta de lo contrario, que esto es bastante, cõforme a la l. 29. de Toro, para q̄ no la metamos en cuenta) y considerado asimismo el tercio, y quinto, y la legitima del dicho Luys Mendez, vino a tener agrauio la legitima del Capitan en los 11700. ducados, del exceso del precio destas casas en 8511. maravedis, y dandole frutos, como a legitima (por los fundamentos de derecho referidos) desde el año de 519. que muriò el Alcayde, padre comun, hasta 5. de Julio de 547. en que se hizo la transaccion entre Luys Mendez, y el Capitan, sobre sus legitimas, y frutos, ò intereses, que son 26 años a 7. por 100. como corrian entonces, vienẽ a importar 15411700. mrs. Y ambas partidas de principal, y intereses, 23911700. mrs. ----- 23911700. de cuya cãtidad, no es dudable que le era en cargo el dicho Luys Mendez a el dicho Capitan Pedro Mendez su hermano.

155 ¶ Quarto medio del mismo cargo de conciencia, se euidencia de las prouauças de vna, y otra parte; para cuya inteligencia es necessario suponer, que todas las cartas de pago, y finiquitos, de que se han valido las otras partes; miran solo a las legitimas paterna, y materna de el Capitan, y a la de Ynes Mendez, y Garcia Mendez, su tia, y hermano, y la vltima, otorgada à fauor del dicho Luys Mendez su hermano, fue en 14. de Octubre de 552.

156 ¶ Asimismo se supone, que desde este año, el dicho Capitan Pedro Mendez estubo ausente en los Estados de Flandes, en su exercicio de Milicia, hasta el año de 558. que bolviò a Malaga a tiempo que el Luys Mendez su hermano estava enfermo de la enfermedad de que muriò, y todo el discurso de

esta ausencia, que fueron 6. años, el dicho Luys Mendez administrò la hacienda de el dicho Capitan.

157 ¶ Esto consta por el mismo poder, otorgado por el Capitan a su hermano, en 2. de Junio de dicho año de 552. para cobrar, y redimir censos, y para pleytos (de que se haze relacion en el memorial, n. 111.) y de la ausencia de dichos 6. años, consta de la prouança que hizo dicho Capitan, en la pregunta 2. *Mem. ex num. 42.* y mas bien del testimonio de los censos que comprò Luys Mendez para su hermano, desde el año de 552. hasta el de 558. de que se haze mencion, *Memor. num. 130.* en cuyas compras se haze relacion que el Capitan estã ausente en Ytalia, y de la administracion, y cobrança que tuvo Luys Mendez, cõsta de la prouança q̄ dicho Capitã hizo en la tercera, y quarta pregunta, *Mem. ex num. 113.* donde se exhibieron 21. conocimientos de letra, y firma de el dicho Luys Mendez, y vn libro de cuenta, donde escriuia lo que cobrava de la hacienda de su hermano, en 108. fojas, escritas de su letra las mas.

158 ¶ Y en quanto a que estos conocimientos, y libro de cuenta, de lo que cobró el dicho Luys Mendez de la hacienda de su hermano en este tiempo, sean ciertos (sin embargo, de que no se hallan en los autos) ay toda comprobacion; pues de mas de la dicha prouança del Capitan, en dichas dos preguntas, tercera, y quarta, en que concluyen muchos testigos, que se les mostrò dicho libro, y conocimientos, y que son de letra, y firmas del dicho Luys Mendez, ay el reconocimiento de Pedro Mendez, y Diego de Ayala su hermano, *Mem. nu. 117. y 123.* en que confiesan, que siendo viuo su padre, vieron, que cobrava dinero en nombre del Capitan, y que los conocimientos los reconocen todos, porque estãn escritos de letra, y firma de su padre, y que las partidas del libro estãn de diferentes letras, y algunas de dicho su padre.

159 ¶ Tambien consta, que demas de las cantidades q̄ cobra de la hacienda de Malaga, en esta ausencia de 6. años, estando el Capitan en Napoles, le embiò a su hermano vna letra de cambio de 686. ducados, sobre el Comendador Iuan de Torres, que cobró el dicho Luys Mendez el año de 552. consta de carta de pago que firmò el susodicho, que se refiere en el *Mem. num. 125.* la qual, aunque no la reconocen formalmente Pedro Mendez, y Diego de Ayala, no la contradizen, porque solo dicen, que se remiten a la dicha carta de pago, si estã firmada de su padre, por ella parecerã.

160 ¶ Pero aliã, tiene suficiente comprobacion, por que

22
que ay vn testigo de vista, que es Ioan Fernandez, que la escriuiò a ruego de Luys Mendez, y que la firmò el susodicho, que es lo mismo que si la huviera escrito el otorgante, ad tradita per D. Ioseph Vela *dissertat. 23. num. 19.*

161 ¶ Y ay otros testigos de comparecencia de la firma, que junto con el de vista, hazen plena prouança, *Fariac. cum multis f. agm. part. 1. num. 511. Gaito de credit. tit. 8. num. 275. Dom. Valenc. conf. 183. num. 12.*

162 ¶ De lo discurrido en estos presupuestos, naze vn hecho cierto, y notorio, de que en la ausencia de estos dichos 6. años administrò Luys Mendez la hacienda del Capitan, que tenia en Malaga, y que demas cobró estos 686. ducados.

163 ¶ Quanto importasse esto que cobró de la hacienda es la dificultad, porque no se puede ajustar con liquidacion; pero hallamos vn testigo, que es Fernando de Avalos, presentado por los mismos Pedro Mendez, y Diego de Ayala, *Memor. num. 32.* que dice, que estando el dicho Luys Mendez en la cama, el susodicho, y el Capitan su hermano tuvieron cuentas, y diferencias sobre ellas, y el testigo, como casado con parienta de ambos, è amigo de todos, intervino entre ellos: y alli se aueriguò, que el dicho Luys Mendez le quedò a deuer a el dicho Capitan cierta cantidad de maravedis, que no tiene memoria quãtos. Hizo esta deposicion en 27. de Nouiembre de 561.

164 ¶ Yã vemos, que este testigo afirma, que el ajustò la cuenta, y diferencias entre los dos hermanos, y que resultò alcançado el Luys Mendez, aunque aqui no se acuerda de la cantidad.

165 ¶ Pero examinado este mismo testigo, en 7. de Mayo de 563. por presentacion del Capitan, *Mem. num. 113.* para verificar la cuenta del libro de Luys Mendez, y cedula que se exhibieron, dice, que estando el Luys Mendez malo de la enfermedad de que murió, presente el Capitan, que auia venido de Ytalia, trataron en cosas de hacienda, que el dicho Luys Mendez auia cobrado del dicho Capitan, el qual, y el testigo se entraron en vn aposento, y tomaron el libro, que le fue mostrado por el presente escriuano, y las cedula que asimismo le han sido mostradas; y visto el dicho libro, y cedula, el testigo las fue sumando, y sacando en vn pliego de papel, y a lo que le quiere acordar, montaron las sumas que escriuieron en el dicho pliego, del cargo del dicho Luys Mendez, de lo que auia cobrado, y recibido, y de redempciones, de el dicho Capitan, vn cuento, y tantos mil maravedis, el qual, se refiere a el pliego que estã de letra del testigo, por donde parecerã. Ecce,

166 ¶ Ecce, como de la contextura de las dos deposiciones de este testigo se ajusta con evidencia, que aunque en la segunda insinua, se entraron en el aposento él, y el Capitan, y tomaron el libro, y cédulas, fue para sacarle a fuera, y que el ajuste se hizo en presencia, y de convenio de los dos hermanos, como lo afirma en la primera deposición, aliás, tuvieran manifiesta repugnancia, que no se ha de presumir, *cap. cuncta, de testib. Nos autem dicta testium benigne interpretare volentes, ne per iuri reatu noentur, quia utrumque esse potest, &c.*

167 ¶ De suerte, que de aquí sacamos vna prouança concluyente, de que estando enfermo de la enfermedad de que murió Luys Mendez, se ajustò la cuenta entre los dos hermanos, de lo que auia cobrado en dichos 6. años, de la hazienda del dicho Capitan, y censos que se le auian redimido, y que el cargo fue vn cuento, y tantos mil maravedis, y que fue alcanzado el Luys Mendez, aunque no se acuerda la cantidad.

168 ¶ Y dezimos, que es prouança concluyente, porq̄ lo de pone vn testigo de mucha autoridad, pariente por afinidad, y amigo de ambos hermanos, y contra producentem, que esto solo es bastante, Pedro Surd. cum multis, *decis. 284. num. 18. & decis. 288. num. 49. Carleu. cum alijs, tit. 2. disputat. 3. num. 17. & 37.*

169 ¶ Para la liquidacion de este alcance se pondera. Lo primero, la deposición de Iuan Perez Escudero, presentado por el Capitan, *Mem. num. 43.* el qual dize, que estando Luys Mendez malo de la enfermedad de que murió, le preguntò, que a quien dexaua el oficio, y le respondiò, que a su hermano, por q̄ de dineros que le auia embiado, y por él auia cobrado, le deuia mas de 27. ducados.

170 ¶ Esta extrajudicial, aunque es de vn testigo, no se puede negar, q̄ junta con otros adminiculos prouea, vt ex Alexand. *conf. 10. lib. 1. Aym. conf. 73. Dom. Couatr. variar. lib. 3. cap. 3. num. 3. Cephal. conf. 141. num. 12. lib. 1. Menoch. libr. 2. præsumpti. 86. & alijs tenet Farinac. quæst. 64. numer. 302. 303. & 304.*

171 ¶ Pues veamos lo que se le junta. Y es lo primero, la de el antecedente, que supone cargo de vn cuento, y tantos mil maravedis, y alcance.

172 ¶ Lo segundo, que el Capitan era hombre rico, y en su exercicio auia adquirido mucha hazienda, y esta de mas de 207. ducados de valor: lo qual es constante, y las partes contrarias no lo pueden negar, porque Pedro Mendez, y Diego de Ayala su

25
dro Mendez en precio de 17800. ducados, y él, y su muger se obligan a la cuiccion.

191 ¶ De este supuesto nazen dos resoluciones. La primera, que si la accion, y derecho que tenia Diego de Ayala mira à el dinero, y precio del dicho oficio; esta la perdiò, y remitiò cõ auer consentido que se entregasse a don Pedro, y a las personas que lo auian de auer.

192 ¶ Y si mira el oficio, de la misma suerte lo perdiò, y remitiò por dos aprouaciones, que resultan de la dicha escritura. La vna, de la venta que hizo don Pedro Mendez a Rodrigo de Santaren: ex eo quod, consintió, que el precio que resultò de ella, lo pagasse a quien se deuia, por la escritura de vèra: argumēt. text. in l. si fundum per fideicommissum, ff. de legat. 2. ibi: *Presente eo, & assignante, cui fideicommissum debeat, placet non fundum, sed pretium eius restitui debere. & in expreso tenent Caualcán. conf. 22. num. 4. Aimon conf. 159. num. 5. Surd. conf. 60. num. 13. Riminald. Junior conf. 450. nu. 17. libr. 4. Surd. conf. 104. num. 2. Fabi. de Mont. de empt. & vend. q. 3. num. 49. Tiraquel. de retract. linag. §. 2. gloss. 9. num. 137. Grat. disceptat. 704. num. 26. 47. & 48. qui hos citat, & resoluit sic, & regulariter per petitionem pretij dicitur approbata veditio, & omnis actus.*

193 ¶ Y lo mismo es auer consentido, que se entregasse el precio a quien se auia de entregar, conforme a la escritura de venta, que auerle pedido, vt resoluit in terminis ipsè Grat. *disceptat. 70. num. 4. & 45. ibi: Additur, quod licet cornelia nõ fuerit consecuta pecunias sequestratas. Et ibi: Cũ passim exceptio propij consensus, obstat agentis spolio, ex Abbas in cap. sollicita, de restit. spoliat. num. 9. Socin. in l. quæ nobis, ff. de acquir. possess. quæst. 9. num. 10. Pontan. de spolio, libr. 3. num. 47.*

194 ¶ Y la otra aprouacion resulta del consentimiento, y facultad que diò a el dicho Pedro de Santaren para vender, y hazer del dicho oficio a su voluntad, l. in adibus, §. quod filius familias, ff. de don. Dom. Molin. de primog. lib. 4. cap. 3. num. 8. en que es de advertir, que no solo diò permission para vender, si no para que hiziesse de èl a su voluntad; con que mal se podrá entender, que la intencion de Diego de Ayala, fue para que se boluiesse el oficio a poder del don Pedro Médez, a fin de que se quedasse en el mismo estado, y con el vicio del litigio, porque si esto fuera, no le diera facultad para que hiziesse lo que quisiesse de èl a su voluntad; pues no es dudable, que respecto de esta clausula, pudiera Rodrigo de Santaren quedarse con el oficio, ò venderlo

N a otro

a otro tercero, y no a el dicho don Pedro. Demas, que si fuera esta la intencion del dicho Diego de Ayala, mas vtil, y facile fuera dar la permission con calidad de que lo retrovendiesse a el D. Pedro; y finalmente no consta de esta intencion, ni los instrumentos la dizē; y aunq̄ cōstara, y la ruuiera nihil ad rem, para los efectos que dezimos, obrò el apartamiento de el embargo, y aprouacion, y consentimiento de las ventas; scilicet, de que perdiò el accion, y derecho que tenia a el precio, y a el oficio.

195 ¶ Y que la perdiesse, no es dudable, por la l. si voluntate, ff. sicut, ff. quib. mod. pig. vel hyp. soluit, ibi: Si voluntate creditoris fundus alienatus est, in uerecunde applicare eum creditor desiderat. Dom. Molin. de primog. lib. 4. cap. 3. num. 24. Bald. in l. si ut proponis, C. de seruo pig. dar. l. fin. C. de pact. Tiraquel. ad l. conubi. gloss. 3. verb. contrahere, num. 142. § 143. § in l. si unquam, verb. donatione largitus, quest. 21. n. 279. Noguera. hos citans, allegat. 19. num. 71.

196 ¶ Demanera, que aunque ay otros interesados en el pretense de derecho a este oficio, herederos de Luys Mendez, en quanto a Diego de Ayala, por su persona, y las que representaua el año de 600. que hizo esta suelta, y consentimientos, no es dudable que por los fundamentos referidos le perjudicò, y perdiò toda la accion, y derecho que podia tener: y por esto dezimos, q̄ no es omnimoda la utilidad que nos resulta deste fundamento; pero no dexamos de ponderarle para la comprouacion de lo que fundamos en el primero punto, haziendo reparo de la poca confianza que tenia Diego de Ayala de este derecho; pues con tanta facilidad le remite.

PUNTO TERCERO.

197 **E**L punto de la prescripcion, haziendo recurso a la buena fe que produce el primero, ha de servir de vna vassa muy fundamental para el vècimiento que esperamos en este pleyto, y para discurrir en él con distincion, hemos de proponer dos inspecciones.

PRIMERA INSPECCION.

198 **C**onsideramos, que este pleyto le comēçaron el año de 558. Pedro Mendez, y Diego de Ayala, dos de los herederos de Luys Mendez, con que en quanto a sus dos porciones, y a la de doña Luyza de Cabrera, que tenia renunciadas sus legi-

26
legitimas en el Diego de Ayala, el año de 545. tienen por sí la interrupcion de la litis contestacion, ex l. nota litis, C. de reuindicat. l. bona fide, C. de prescript. long. temp. l. 29. tit. 3. p. 3. Barbof. l. sicut, C. de prescript. a num. 27.

199 ¶ Pero en quanto a las otras tres porciones de los otros hijos de Luys Mendez, que fueron, doña Mayor de Mendoza, doña Ana Portocarrero, y doña Clara de Roxas, que se deduxeron en este juyzio por doña Maria de Ayala (madre de las partes que oy litigan) el año pasado de 633. tiene distinta inspeccion, porque como quiera que el derecho diuide las acciones hereditarias prorata entre los herederos, l. si vnus, ex pluribus cum multis quos citat Dom. Olea de cess. iur. tit. 4. quest. 6. nu. 1. § num. 22.

200 ¶ Inde est, que ninguno de los herederos puede intentar accion, ni derecho, si no es por su porcion hereditaria, ò teniendo cession, ò renunciacion del coheredero, l. 2. C. si pars heredita petatur, l. si ita legatum, ff. famil. heres. cund. Schifordeguero libr. 3. tract. 2. Costa, Thefaur. Parlad. Rodriguez, Curia Philipica, Villadiego, Noguera. & alios quos citat Dom. Olea dict. quest. 6. num. 24.

201 ¶ Y a lo mas que se adelantan los Autores, es, a que si presta caucion de rato el heredero, para el otro coheredero, se podrá proseguir el juyzio en beneficio de dicho coheredero por quien se prestò la caucion: no, empero, para que le dañe, vt cum pluribus tenet Dom. Olea dict. quest. 6. num. 34. § seqq. § num. 33. Y como quiera que aqui Pedro Mendez, y Diego de Ayala, quando comēçaron este pleyto, no prestaron caucion por los demas hermanos, cessa esta limitacion, y nos quedamos en la regla, que ningun coheredero puede intentar la accion hereditaria, si no es por su prorrata.

202 ¶ Y asì la interrupcion de la prescripcion de el que la intenta, no puede aprouechar a los otros, porque dicha interrupcion de prescripcion por la litis contestacion, es ciuil, y personal, que solo aprouecha a el interruptente, a diferencia de la natural que se induce por la posesion, ò otros defectos integrales de la prescripcion, Gloss. in l. nemo, C. de adquir. possess. verb. utramque, ibi: Quia hac ciuiles interruptio, prodest interruptenti tantum. Barbof. magistraliter, l. cum notissimi, §. 1. mod. C. de prescript. numer. 10. ibi: Ultimo pramittendum est interruptionem diuidi in duas species, quedam enim dicitur naturalis, § quedam ciuilis, naturalis dicitur, quando amittitur possessio, § num. 13. Interrumptio autem ciuilis dicitur, quando

quando ex substantialibus prescriptionis nihil de est, & tamē aliquod extrinsece veniens, ius constituit prescriptionem interrupti.

203 ¶ Y en el n. 16. dize: *Quamuis autem interruptio naturalis noceat omnes, ut dictum est, tamen interruptio civilis, tantum prodest illi, qui eam fecit, l. 2. ad finem, ff. de stat. hom. l. infra quatuor, ff. de divers. & temp. prescript. Gloss. in l. mora, C. de rein. ind. Gloss. in l. 2. ff. de usucap. Gloss. in cap. placuit, el 2. §. potest. quast. 16. Bart. in l. naturaliter, nu. 19. & ibi Claudius, Bald. de prescript. 3. part. quast. 4. nu. 46. Parisio cap. illud, de prescript. num. 35. Padilla in l. 2. C. de seruitut. nu. 83. Paul. de Castr. conf. 10. num. 9. & conf. 31. num. 4. lib. 1. Socino conf. 47. num. 17. lib. 3. quos citat Barbof. dict. num. 16. & 17.*

204 ¶ Y aunque aqui vā hablando Barbosa de la interrupcion que se introduce por la citacion: attamen, en el n. 28. dict. §. imò, l. cum notissimi, C. de prescript. 30. vel 40. annorū, dize, que oy no se dà interrupcion, si no es por la litis contestacion, ibi: *Nulla odie interruptitur per solam citationem, sed necessaria est litis contestatio, referunt hanc distinctionem: scilicet, interruptionis naturalis, & civilis.* Carleual tit. 3. disputat. 4. num. 22. & DD. quos citat Dom. Vela differi. 48. n. 16.

205 ¶ A este discurso solo se podrá oponer la distinció que hazen los Autores en la materia de las cosas diuiduas, y indiuiduas: en la qual resuelven, que si la cosa es indiuidua, *quilibet heres potest agere in solidum*, y a el contracto si es diuidua, solo podrá intentar la accion el coheredero por su parte, ò in solidum, teniēdo cession de los demas, de qua distincione loquitur Dom. Clea de cess. iur. tit. 4. quast. 6. num. 27.

206 ¶ A que respondemos facilmente, que para que se diga la materia indiuidua, es menester que lo sea *omnibus respectibus*: scilicet, por la naturaleza de la cosa, por la diuision entre los herederos, por la solucion, y liberacion, sic Anton. Gom. tom. 2. cap. 10. num. 2. in fine, y de este genero son las seruidumbres Reales, ipsē Anton. Gom. dict. cap. 10. nu. 25. ibi: *Seruitus verò Realis rustica, puta iter, actus, via, aque ductus, vel seruitur Realis urbana tantum promissa, est indiuidua omni respectu.* Y lo mismo resuelve en las personales, *exceptu usufructu*, en el mismo num. 25. & seqq. y el señor Castillo con muchos, de usufruct. cap. 31. num. 12. & 15.

207 ¶ Y en este caso solo, scilicet, de ser la cosa indiuidua omni respectu, es en el que hablan los Autores, que dizen puede el coheredero intentar la accion in solidum, vt videre est per

27
per Virg. de legit. persona, cap. 20. num. 37. Mastrill. decis. 199. Dom. Valenc. illustr. iur. libr. 2. tract. 4. cap. 7. Dom. Olca, qui eos citat, dict. quast. 6. num. 27. resolviendolo assi, ibi: *Quoties id, quod petitur indiuiduum est, vnus heredum absque aliorum cessione, in solidum recte agit veluti, si ageret pro constitutione seruitutis: seruitutes enim praediorum, tam urbanorum, quam rusticorum indiuidua sunt, neque pro parte promitti, peti, constitui, aut amitti possunt, & c.*

208 ¶ Ad verò, las cosas, que aunque por su naturaleza no tienen comoda diuision naturaliter, pero en el pacto, en la diuision, ò en la solucion lo pueden tener ciuilitèr, como es la casa, el esclauo, el cauallo, el fundo (y por mayor razon el oficio de que aqui se trata) estas por ningun modo se tienen por indiuiduas: antes si, por indiuiduas *omni respectu*; y assi lo resuelve Anton. Gom. dict. cap. 10. num. 6. ibi: *Secundo casu principaliter, quando in contractu, vel obligatione, continetur, & deducitur aliqua res particularis, seu integralis in specie, vel in genere, vel alternatiua: vt homo, equus, domus, fundus, vel quelibet alia res mobilis, seu immobilis, & c.* Talis contractus similiter est diuiduus omni respectu, ipsius contractus, quia sicut potest deduci in contractu tota res, ita qualibet eius pars quotitiua, & c. Similiter, & secundo iste contractus est diuiduus respectu distributionis, & diuisionis inter heredes, actiue, & passiuè, & c. tenent etiam Petr. Greg. libr. 5. syntagmat. cap. 3. num. 8. Eginar. lib. 1. de indiuiduis, cap. 3. & lib. 2. cap. 2. Duar. in l. 2. §. & harum, ff. de verbor. obligat. & li. 1. disputat. cap. penult. Spino in specul. test. gloss. 13. in princ. num. 15. & 16. Dom. Pichard. §. si finium. Instit. de offic. iud. & capit. 8. in materia indiuiduorum, quos citat Ayllon, ad Anton. Gom. dict. cap. 10. num. 8.

209 ¶ Conque esta objeccion, si se opusiere, es de ningun fundamento, y nos venimos a quedar en terminos seguros, de que para las tres partes, ò mitad de este oficio, corrió la prescripcion sin interrupcion, desde el año de 558. que murió Luys Mendez, y tomó la posesion de este oficio el Capitan Pedro Mendez, hasta el año de 633. que las deduxo en juyzio Don Francisco Ordoñez, y doña Maria de Ayala su muger.

210 ¶ Sic igitur, para en quanto a estas tres partes de seys, ò mitad del oficio, bastanos la prescripcion ordinaria de 10. años entre presentes, y 20. entre ausentes; conque se prescriuen las cosas inmuebles, ò incorporales (como lo es este oficio) asistiēdo cō titulo (como lo tenemos aqui del dueño verdadero, en la renunciación de Luys Médez) y cō buena fee (q̄ esta se presume

fume mientras no se prueua lo contrario, vt eum multis tenet Barbof. cap. fin. de prescript. nu. 14.) la qual conclusion se prueua de la l. vnica. C. de vsucapion. transformanda, l. 2. Et l. emptor, l. penult. Et fin. C. de prescript. long. tempor. y expressemente de la l. 18. tit. 29. part. 3. ibi: *Ende e agora queremos hablar de las otras cosas que son rayzes, ò incorporales, como, ò en que manera se pueden ganar por tiempo, è por ende dezimos, que si algun home recibe de otro alguna cosa, en buena fee de aquellas que se nõ puede mouer, asì como por compra, ò por cambio, ò por manda, ò por alguna otra razon derecha, que si fuere tenedor de ella 10. años. seyendo en la tierra el señor de ella, ò 20. seyendo en otra parte, que la puede ganar por este tiempo, Et c. Notat Dom. Gregor. dist. l. 3. gloss. 1. Dom. Couarr. regul. possessor. part. 1. §. vnico, num. 2. Parlad. rer. quotid. lib. 1. cap. 1. §. 10. nu. 4. Dom. Vela dissertat. 48. num. 9.*

211 ¶ De que inferimos, que hallandonos aqui cõ posesion, sin interrupcion en quanto a estas tres partes, no solo de 10. años, si no de 75. que corrieron desde el año de 558. que entrò a poseer el Capitan, y murió Luys Mendez, hasta el año de 633. que se deduxeron en juyzio, tenemos lo que nos basta, y sobra para su prescripcion.

SEGUNDA INSPECCION.

212 COnsideramos en esta segunda inspeccion, que las tres porciones que tocaron a Pedro Mendez, y à Diego de Ayala por su cabeça, y la de doña Luysa de Cabrera: ò todas, y el derecho omnimodo a el officio (si se desprecia lo discurrido en la primera inspeccion) cõsiguieron interrupcion de la prescripcion, ò perpetuacion de la accion, por la litis contestacion, l. sicut, Et l. final, C. de prescript. 30. vel 40. annorum.

213 ¶ En esta consideracion, pues, los efectos de la perpetuacion de la accion, son, el darle vida por 40. años, aunque la cosa, ò la accion, aliàs, requiriese menor tiempo, esta es conclusion indisputable, y se prueua de la l. final, C. de prescript. 30. vel 40. annorum, l. 1. §. exceptio, C. de annali except. c. placuit 15. §. hoc 16. quast. 3. tradit expresse Barbof. in l. final, C. de prescript. 30. vel 40. annorum, nu. 4. ibi: *Perpetuatio actionis nihil aliud est, quam extenso vita actionis, vt duret vsque ad 40. annos, tenent Aretin. conf. 30. Iasson l. nam, Et postea, §. si is qui, ff. de iur. iur. Immol. in l. naturaliter, ff. de vsucap. Barbof.*

bof. de prescript. l. 4. part. 6. in princip. Gutier. 3. part. cap. 1. n. 10. de iuram. confirmat. Bart. in l. fin. ff. de eo per quem fact. est. Guido decis. 416. num. 4. Iasson conf. 34. libr. 1. Tiraquel. de retract. §. 1. gloss. 10. num. 75. Pater Molina de iust. Et iur. disputant. 78. quos omnes citat Barbof. dist. l. final, num. 4. Et 6.

214 ¶ Resuelve lo mismo Carleual de iudic. tit. 3. disputat. 4. num. 21. ibi: *Perpetuatio autem prorogat vitam actionis mediante litis contestatione, Et facit actionem que erat breuis vita, vel durabat 30. annis, aut minori tempore, reddi perpetuam, id est extendi vsque ad 40. annos, & præter eos citat Paul. in l. naturaliter, ff. de vsucap. & Parlad. libr. 1. rer. quotid. cap. 1. §. 14. ex num. 6.*

215 ¶ Si, pues, aunque demos perpetuada esta accion por la litis contestacion: attamen, si esta perpetuacion solo se entienda a 40. años, y aqui passaron sin que se prosiguiesse este pleyto, desde el año de 531. hasta el año de 633. q̄ son 70. años: figuiesse, que tenemos lo que nos basta, y sobra, para que la perpetuacion de la accion estè prescripta.

216 ¶ Y no podrá obstar a lo discurrido en este punto, si se dixere, que por la litis contestacion *inducitur mala fides, l. sed si lege, §. si ante, ff. de heredit. l. certum, C. de reinindic. cum vulg.* y que auiedo mala fee, no corre ninguna prescripcion, ni aun la inmemorial, por el c. fin. de prescript. vbi notant DD.

217 ¶ Porque se responde, que el c. fin. de prescript. solo prohibe la prescripcion con mala fee positiua, esta es la verdadera, y que induze pecado: y asì lo supone el Texto, ibi: *Omne quod non est ex fide peccatum est, Et ibi: non habeat conscientiam rei aliena; quod cum multis probat Barbof. in d. Rubric. de prescript. 30. vel 40. annorum, ex n. 52. cum seqq.* Ad verò la mala fee que induze la litis contestacion, es ficta para otros efectos, vt resoluit Gloss. in l. 2. C. de fructib. Et litium expensis, vbi Bald. & Salicet. Bart. in l. illud, ff. de petit. hered. Anguisola cõf. 7. n. 18. libr. 3. Barb. d. l. fin. C. de prescript. 30. vel 40. annorum, num. 39. qui eos citat.

218 ¶ De que se sigue, que en los terminos generales de la mala fee que induze la litis contestacion, es la mas comun, y verdadera opinion, que esta nõ impide la prescripcion de 40. años, de la perpetuacion de la accion que induze la l. final, C. de prescript. 30. vel 40. annor. y asì lo resuelven Panorm. in c. illud, de prescript. n. 19. Felino d. c. illud, n. 10. Balb. de prescript. 3. p. 6. princip. n. 7. Medin. de restit. q. 16. Gomez in reg. de trim. Et semis, q. 22. Balbo. de prescript. 3. p. 6. princip. q. 4. princip. Dom.

Dom. Covarr. *reg. possessor*, 2. p. §. 22. n. 7. Baptist. Bob. *in tract. de statut. verb. prescript.* Barbof. qui hos citat, & sic resoluit, *d. l. fin. de prescript.* 30. vel 40. *annorum*, nu. 38. ibi: *Horum tamen opinio videtur verior, quia correctio legis vitanda est, neque obstat ratio contraria opinionis: quia illa mala fides inducta per litem contestationem, non est vera mala fides, sed tantum est ficta inducta per legem ad quosdam effectus.*

219 ¶ Y solo limitan algunos Autores esta doctrina, quando antes de cessar, y dormir el pleyto, se huvieran presentado instrumentos, ò prouanças, por las quales constará de la mala fee verdadera, vt tenent ipse Barbof. *d. n. 39.* y dize fue de la mente de Claudio, en la *l. naturaliter*, nu. 34. y de Decio *in l. 2. C. de adendo*, num. 58.

220 ¶ Esto es (como diximos) lo que procede en los terminos generales de la mala fee que induze la litem contestación: ad verò, quid erit en el caso de este pleyto, que començò a dormir en ocasion que Pedro Mendez, y Diego de Ayala se hallauã con tan leue, y insubstantial prouança, como se reconoce de la que hizieron ante el inferior: y la consciencia del Capitan Pedro Mendez, que començò esta prescripcion, con su renunciacion pura, y con toda la seguridad que le podian dar los fundamentos en que hemos discurrido en el punto primero: y finalmente con vna sentencia del Iuez inferior en su fauor (porque despues de ella començò a dormir el pleyto.)

221 ¶ Por lo menos nadie negará que la sentencia del Iuez, aunque sea la del inferior, no produze buen derecho, y en consecuencia, buena fee, siquidem probat *l. si instituta, §. de inofficiosa, ff. de inoffic. testam.* & quod notant plures DD. quos congerit Dom. Castillo *tom. 3. c. 27.* Y como quiera que sea, menos se podrá negar que estaria dudoso, y que tendria justa causa de dudar, quando tenia vna sentēcia à su fauor: en este caso, pues, es comun resolucion de los Autores, que el que está con duda, si la cosa es loya, ò no se dize estar en buena fee, y así lo afirman en los terminos del dicho capitulo final los DD. siguientes.

222 ¶ La Gloss. en el mismo *c. final*, verb. *nulla*, ibi: *Item, quod si dubitat an res sit sua, & habet iustam causam dubitationis, aduc dicitur bona fidei possessor.* Abbas, *ibidem n. 40.* Paris. *n. 48.* Iasson *in l. 3. §. gener. ff. de acquir. possess. n. 17.* Balb. *de prescript. 2. p. 3. princ. q. 2.* Nauarro *in c. si quis autem, de poenitent. dist. 7. nu.* Sarmient. *select. c. 10. n. 5.* Menochio *de arbitrar. casu 225. n. 17.* Menchac. *illustr. cap. 77.* Agust. Barbof. hos citans *d. c. fin. de prescript. n. 15.* tenent etiam Paulus *in l. 1. C. de*

C. de acquir. possess. n. 5. Cepola *in l. venditione, C. de usufruct. pro empt. n. 37.* Beroyo *in c. de quarta, de prescript. n. 3.* Alciato *in l. bone fidei, ff. de verbor. signific. nu. 3.* Federico Scoto *tom. 1. respons. lib. 5. respons. 18. n. 18.* Balb. *de prescript. 3. p. 6. princip. in princ. n. 3.* Petrus Barbof. hos citat, *in Rubric. C. de prescript. 30. vel 40. annorum, num. 34.*

223 ¶ Y en tanto grado proceden estas doctrinas, dando medio entre mala, y buena fee, que dizen, que quando la prescripcion es longissima de 30. años, ò 40. bastan para justificar la buena fee qualesquiera causas, aunque sean injustas, y temerarias, sic Barbof. *dict. Rubric. num. 53.* *Quod bona fides sufficiens ad prescribendum longissimo tempore inducitur ex iniuriis, & temerariis causis, quia hac cause excusant a dolo, l. igitur, §. 1. ff. de liberali causa,* y cita por esta doctrina à Bald. en la *l. final, C. ubi cause statos.* Iasson *conf. 46. lib. 3.* Mascard. *de probat. lib. 2. conclus. 224. num. 17.* & *conclus. 228. num. 4.* & *conclus. 1002. num. 5.* & *1214. num. 19.* Afflictis *decis. 40. numer. 11.* Anton. *Rub. conf. 75. num. 4.* Anton. *Natta conf. 527. numer. 17. libr. 3.* Boerio *decis. 42. num. 35.* Ripa *in cap. cum Ecclesia, num. 100. de caus. poss. & propr.* Gomez *§. ex maleficis, Inst. de actio. n. 28.* Angul. *conf. 11. lib. 3. num. 1.*

224 ¶ Y finalmente es asimismo conclusion comun, y cierta en esta materia, del *cap. fin. de prescript.* que en este medio de la mala, ò buena fee, aunque el poseedor se incline a el mejor derecho del que litiga cõ él. fortè, porque le asistã mas fuertes presumpciones: attamen, si no son tan solidas, que le inclinẽ totalmente a la mala fee verdadera: aduc, se dirà poseedor de buena fee: y así lo resuelven el Padre Vazquez *in part. 2. tom. 2. num. 1. disputat. 66. artic. 42.* Salas *in part. 2. quast. 21. tract. 8. disputat. vnica. sect. 23. nu. 231.* Bonacin. *de restitut. disputat. 1. quast. 2. punto 2. num. 6.* Patèr Thomas Sanchez *in precept. Decalogi, tom. 1. lib. 1. cap. 10. num. 9.* & *lib. 2. cap. 23. nu. 179.* Agustín Barbof. qui hos citat, & sequitur *dict. cap. final, de prescript. num. 15. in fin.*

225 ¶ Luego con omnimoda seguridad quedamos en este punto de la prescripcion; ò consideresse no comprehendir la interrupcion de Pedro Mendez, y Diego de Ayala, las partes de sus coherederos, ò que las comprehenden, porque este pleyto despues de ella, estuvo sin proseguirse 70. años, quando

bastauan 40. y porque no nos puede obstar la mala fee de la litis contestacion, por ser civil, y no hablar de esta el *cap. fin. de praescriptionibus*: y porque bastando la duda, etiam con irracionales causas, o aunque se tuviesen por mas racionales las contrarias: no solo ay esto, si no que ay vna buena fee possitiua, y formal, asistida de vna sentencia, y de tantos, y tan concluyentes fundamentos, como referimos en el dicho punto primero.

QVARTO PUNTO.

226 **E**n este quarto punto, tambien seremos breues, porque no esperamos ha de llegar el caso de discurrir en su duda para su determinacion. Y para entrar en él, es necessario hazer supuesto, de que las otras partes han prouado la simulacion, y confianza, y que no nos asisten los fundamentos del primero punto, ni que ay prescripcion, que es todo lo q̄ hemos impugnado, y que juzgamos no se podia despreciar, *nisi conuenientibus oculis*.

227 ¶ En este caso, pues, todavia no podia caer la determinacion sobre la restitucion de el oficio, si no sobre el precio del: *ad quod notamus*, que en la respuesta a vna de las posiciones de el Capitan Pedro Mendez: Diego de Ayala (de quien deriuau su derecho las contrarias) responde, que oyò dezir, que el oficio se renunciò para que el Capitan lo vendiesse, y lo diessè a vna de sus hermanas, y si no lo vendiesse, lo renunciassè en vno de sus hijos. *Memorial num. 46.*

228 ¶ Tambien se aduertte, que en la petition que presentaron los dichos Diego de Ayala, y Pedro Mendez su hermano en esta Corte, en 24. de Nouiembre de 572. diziendo agrauios de la sentencia de el inferior. *Mem. num. 85.* concluyen pidiendo, fuesse condenado el Capitan a la renunciacion de el oficio, o a que pagasse 11500. ducados de su precio. Y el Capitan contestò este pedimento diziendo, no tenia obligacion a renunciarle, ni a pagar cantidad alguna.

229 ¶ Esto supuesto, y que el mismo Diego de Ayala el año de 598. auiendo vendido el dicho Capitan este oficio a Rodrigo de Santaren, le embargò su precio. Se sigue, el que parece, que en el caso que hemos negado, y no esperamos que huviessè condenacion, auia de ser en el precio, o por lo menos alteratiua à la eleccion de los Reos. La

230 ¶ La duda primera que se puede ofrecer, es, el que en la primera instancia solo se pidió la renunciacion de el oficio, lo qual no obsta. Porque se responde, que el libelo, y la accion se pueden mudar, *etiam post litem contestatam*, y aun desistirse de ella, consintiendo la parte. *l. in delictis, § si detracta, ff. de noxalibus*, ibi: *Donec prius iudicium agitur licentia est agenti, si eum de scientia domini arguenda poeniteat: tunc ad noxalem causam transire: cum multis Dom. Pichard. § si quis aliud, Inst. tit. de action. Fachineo lib. 11. controuersiar. cap. 93. Barbosa in l. non potest, ff. de iudic. num. 31. § 32. Pinelo in l. 2. C. de rescind. vendit. 3. part. cap. 3. num. 24. 25. § 26. Azcued. l. 10. tit. 17. lib. 4. Recop. num. 7.*

231 ¶ De que se sigue a el contrario por las mismas doctrinas, que doña Maria de Ayala quando salò a este pleyto el año de 633. no pudo bolver a variar, insistiendolo solo en la restitucion de el oficio, porque lo contradixo la parte coligante, y para que se pueda variar, es menester que lo consienta la otra parte.

232 ¶ Siendo esto así, si por el segundo fundamento (que ponderamos) no se huiera de restringir la condenacion (en el caso negado que suponemos) precisamente a el precio; por lo menos auia de ser alteratiua, conforme a la demanda: *Quia in alternatiuis debitoris est electio, l. plerumque, ff. de iur. dotum, l. non utique, § qui stichum, ff. de eo quod certo loco, § huic autem. Inst. de act. cap. in alternatiuis, de regulis iuris in 6. l. 13. tit. 11. part. 5. Monteracueba decis. 48. num. 1. Caldas Perreit. de nomin. emphit. lib. 2. quest. 10. num. 52. Fontan. de pact. nupt. claus. 15. gloss. 8. part. 13. à num. 67.*

233 ¶ Pero atendiendo a el sequestro que hizo Diego de Ayala el año de 598. del precio del oficio, en Rodrigo de Santaren, y aprouacion de esta venta, vt probabimus *supr. nu.* fue visto apartarse de qualquiera accion, y derecho que tenia à el dicho oficio, y reducirlo à el precio, vt optimè probat text. in *l. si fundum, ff. de legat. 1. ibi: Presente. Et assignante eo, cui si de commissum debeatur, placet non fundum, sed pretium eius restitui debere: optimè Gutierrez lib. 1. pract. quest. quest. 113. Illa enim manus inestio super pretia in modum sequestri (vulgo, embargo) habuit eundem effectum, ac ipsius pretij petitio. Bart. in dict. l. si fundum, ff. de legat. 1. Tiraquel. de retract. linag.*

linag. §. 11. gloss. 9. na. 137. Surd. & alij quos refert Grat. discept.
704. *num. 47.*

234 *¶* Ex quibus omnibus, parece indubitable la justicia de don Joseph Mendez de Sotomayor, que defendemos, por hallarse asistida de vn titulo, calificado en tantas circunstancias como hemos ponderado, que quando no tuviera mas que el alcance vltimo, en que no ay cartas de pago (pues estas fueron hasta el año de 552.) y dieramos por satisfechas con ellas todas las legitimas de el Capitan, y sus frutos: este es bastante para fanear el fumo precio que dieron a dicho oficio de 11500. ducados; pues ay toda seguridad para que fuesse dicho alcance vltimo de 211. ducados, y notoriedad, y euidencia para que fuesse de cerca de medio cuento de maravedis; y esto con el realce de la posesion de 110. años, con juridicos, y legitimos medios de prescripcion. Y assi constantemente esperamos determinacion en todo fauorable. *Salva in omnibus, &c.*

*Licenciado Don Joseph de
Moratalla Ortiz.*