



P O R

PARTE DE FERNANDO
LOPEZ MATOS, VEZINO,
DE LA CIUDAD DE
GRANADA.

EN EL PLEYTO,
CON DON BALTASAR
OSSORIO PAREJA, VEZINO
DE DICHA CIUDAD.

*Impresso en Granada, en la Imprenta Real, Por Baltasar de
Bolibar, en la calle de Abenamar. Año de 1658.*



RECTOR

FRANCISCVS

DE

1567

1567

1567

1567

1567

1567

1567

1567

1567



REFERIR El hecho de este pleyto obligació es precisa; ni quisiera en él exceder los límites de lo necesario, ni paliarlo de fuerte que se juzgara afecto el callar, ó

añadir circunstancias favorables à Fernādo Lopez Matos. Con verdad le ajustaré, para que se entienda, se aperciba, y se crea; con que ni toda la relacion será favorable, ni toda contraria, quando la defenſa de la vna parte, y intencion de la otra, han de componer este hecho, *facti narratio, aut tota pro nobis, aut tota pro aduersarijs, aut mixta ex utrisque; sic erit tota pro nobis: contenti simus his tribus partibus, ut iudex intelligat, percipiat, & credat, nec quidquam reprehensione dignum ducat.* Ex Casiodor. in lib. Reth. verbo, de narratione.

2 *¶* Pleyto de buena fe es este, la qual siempre de uemos reconocer; *nec enim prohibentur tutores bonam fidem agnoscere.* Dixo Vlpiano lib. 36. ad edict. in l. quoties 9. *¶* sicut autem, vers. Nec utique, ff. de administrat. tutor. Porque no confesar lo que está prouado, y en si es verdad; es incurrir en la censura de Quintiliano lib. 6. institut. cap. 5. ibi: *Periculosus peccas, dum peccata defendis, & veritatem non amas, & culpam praesertim deprehensam pertinaciter tueri altera culpa est.* Claud. Mamerto de statu anima, cap. 111. Juan Branto en el Senador, lib. 2. c. 6. Martin Maguero de aduocacia armata, c. 15. n. 150.

3 *¶* Segun esta sentençia, reconocer don Baltasar Ossorio de Pareja las pagas fechas por Fernando Lopez Matos à don Manuel Ossorio Calvache, su tio, y tutor, y de su orden negarlas oy, no admite disculpa. *Atque hac est summa delicti nolle agnoscere quem ignorare non possit.* San Ciprian. en el libr. de idol. vanitate. Y Seneca, en la Epist. 51. reconocer las pagas, para no admitirlas quando ciertas, y verdaderas, como lo son las hechas por Fernādo Lopez Matos. *Calumniatoris est officium, si scripta,*

Scripta, et vera non sequor, f. ff. de utilitate propria.
Tiber. Decian. lib. 1. consil. 7. num. 4. Peregrin. lib.
1. consil. 45. num. 11. Calixto Ramirez, de leg. Re-
gia, §. 33. num. 10. Giurb. in consuet. Messanen. f.
in prohem. num. 5. Bobad. libr. 3. polit. capit. 15.
num. 37.

4 ¶ Si los medios por donde don Baltasar
Ossorio de Pareja entró en la administracion de su
hazienda, muerto don Manuel Ossorio Calvache,
su tio, y tutor, los continuara, poco pleyto huuiera:
pues conseguida por él la administracion por Mar-
ço de 57. segun testimonio de Juan Lopez de Yeste,
confiessa à su tio por su tutor. En 24. de Abril, 8. de
Mayo, 26. de Junio, 6. de Março, y 17. de Julio de el
año pasado de 57. por cartas que escriuió à Fernan-
do Lopez Matos, aprueua las pagas, todas fechas en
virtud de orden de don Manuel Ossorio Cavalche
su tutor, que en 3. de Enero de 56. la dió para que à
su hijo don Baltasar de Cayzedo se le diese todo lo
que huuiesse menester, q̄ fueron por entonces 220-
450. reales.

5 ¶ No se si el deseo de cobrar dos vezes
(medio que el Derecho reprueua) ó consejo, pudo
variarse à don Baltasar Ossorio de Pareja, para contra-
dezir las pagas, fechas à su tutor, y de su orden. No la
calidad de menor le disculpa, quando la obligacion
de su sangre le obligaua à mas. *Quia quæ honeste
nobilitate emuntur non debent illicite illicitis operi-
bus vendi.* Diuus August. tit. 10. in Ioann. Y si el
deseo de boluera cobrar le pudiera disculpar, es pre-
cisó censurar por inhonesto el medio que solo se vi-
ste de la conueniencia propia: como notaron los
Doctores en la *l. retrahere, C. ne fiscus rem, quam
vendidit euincat, l. cum tale, ff. de condi. et de-
monstrat. l. Iulian. vbi Gloss. verbo, votum, ff. si
quis omissa causa testamenti, l. ultima, ff. manu-
missis, vndict.*

6 ¶ En 4. de Octubre de 53. a justa Fernan-
do Lopez Matos quantas con don Manuel Ossorio
Calvache, como tutor, y curador de don Baltasar
Ossorio

3
Offorio de Pareja su sobrino, y resulta de deuto
351287.reales, de que se otorgò vale, y le reconoce
el dicho Fernando Lopez en 10. de Julio de 54. Des-
pachase mandamiento de execucion en 29. de Julio
de 55. por auto del Licenciado Herrera Pareja; trae-
se el pleyto ante v. m. y cita se al deudor de remate en
2. de Setiembre deste año.

7 ¶ Oponese de paga en 9. de Setiembre
de el; califase esta con las cartas mencionadas,
reconocimiento que dellas haze don Baltasar Offo-
rio de Pareja, y su primo D. Baltasar Offorio de Cay-
zedo, a quien se pagaron entre otras partidas vna de
221450. reales. Duplicanse alegaciones, presentan-
se varios testimonios, concluyese el pleyto para sen-
tencia, en q se hallan contrarios los dictámenes, el de
Fernando Lopez Matos, de que no ha de auer rema-
te en esta causa; que se pronuncie conforme al man-
damiento de execucion, despachado es el de D. Bal-
tazar Offorio de Pareja.

8 ¶ Las dudas que ha ocasionado este liri-
gio, y pleyto son las siguientes.

9 ¶ La primera es, negar D. Baltasar Offo-
rio, que don Manuel Offorio de Calvache su tío, no
fue su tutor.

10 ¶ La segunda, que auiendo embargado
porel año de quarenta y nueue en Fernando Lopez
Matos veynte y ocho mil y tantos reales, que enton-
zes deuia, no pudo pagar cosa alguna al dicho Don
Manuel Offorio; ni de su orden; porque aunque en
dicho tiempo le fue discernido el cargo de tutor,
por no ser las fianças bastantes, se embargaron los
bienes de la tutela ante Joseph Gonçalez; y que no
constaua auerse alçado dicho embargo.

11 ¶ La tercera, que dado que don Manuel
Offorio Calvache fuera tal tutor, no huuo fee de
paga en las presentadas por Fernando Lopez Ma-
tos, requisito que dicen ser necesario; segun De-
recho.

12 ¶ La quarta, impugnar Don Baltasar Offorio de Pareja las cartas misivas que el mismo confiesa, y aprueua las pagas, pidiendo restitucion, *ex causa pite minoris ætatis.*

13 ¶ La quinta, y vltima es, que la aprouacion que la justicia hizo, por Março de 57. en que mandò dar la administracion de sus bienes à D. Baltasar Offorio de Pareja, fue ambiciosa, y con finiestra relacion ganada, y que así las pagas que se pretendien aprouadas, no lo estàn.

14 ¶ De temer es el discurrir en pleyto, adonde ni la razon con que se pagò por Fernando Lopez Matos, ni aquella con q̄ se impugnà se reconozca por don Baltasar Offorio de Pareja, quãdo en lo q̄ sigue solo se alcanza deseo de cobrar lo que està pagado; desco que quira el premio à la virtud, segun Iuan de Montaigne *de authorit. human. consil. numer. 38. & 39.* Fray Iuan de la Cruz *in Rep. Christiana, cap. 26.* Franciscus Patricius *lib. 4. de Regno, tit. 20. ibi: Euripides continuo dicebat vitium esse dupliciter accipere, quod semel debetur, quia regulæ tollit virtutis premium.* Y si esto bastara, con menos temor entraramos en la defenfa de la causa, quando para impugnar el derecho à Fernando Lopez Matos, se han reconocido falta de autos, entre renglonaduras añaídas, y otras circũstancias que pudierã poner dudoso el animo de v. m. mas como estas diligẽcias extraviadas se hã podido conocer, y quedan subordinadas à la razon del Derecho, cõ ella procuramos satisfazer.

¶ I. DVDA. ¶

15 **S**I El negar don Baltasar Offorio de Pareja la calidad de tutor en su tio don Manuel Offorio Calvache bastara para obtener en este pleyto; de poco vtil fuera la defenfa: *Non negatio, ne factus sum debitor, aut creditor: sed probatione,*
dixo

4
dixo Amiano Marcellin. lib. 18. *rev. gest. in princ.* Cō
que quedando subordinada la negacion de D. Baltasar Ostorio de Pareja à la prouança de q̄ su tío fue su
tutor, se aseguran las pagas que Fernando Lopez Matos hizo à don Manuel Ostorio de Calvache, y
en virtud de creditos suyos.

16 ¶ El primero medio con que se verifica
ca auer sido don Manuel Ostorio Calvache tutor de
don Baltasar Ostorio de Pareja, es el testimonio que
dà Iuan Lopez de Yeste, por el qual parece, que en 5.
de Março del año pasado de 57. por hallarse capaz
para gouernar su hacienda, pide la administracion
della, confessando en el pedimicnto auerla hasta en
tonces gouernado Don Manuel Ostorio Calvache
su tutor: *Vbi adest confessio partus, ibi est relaxatio
omnis probationis.* Dixo Riminald. iun. *conf.* 303.
num. 3. *lib.* 5. *Regina probationum* lallamò Cra-
uet. *conf.* 380. *num.* 12. *Illustrissimam*, Silvan. *conf.*
62. *num.* 1. *efficaciorum.* La l. *cum te*, C. de probatio-
nibus, l. *cum a matre*, C. de reuindicatione, l. *gene-
raliter*, C. de numerata pecunia, cap. *per tuas*, de
probationibus, cap. *si cautio*, de *fide instrumentor-
um*.

17 ¶ Y quando con la confesion se prue-
ua illud quod solum pender à voluntate cōfitentis,
en qualquiera juyzio tiene prelación à todas prouan-
ças, Anton. à Gamma *dec. f.* 165. *num.* 2. Iosephus
Sesse *decis.* 125. *num.* 3. Anton. Monach. *decis.* 55.
num. 25. *Et decis.* 21. *num.* 8. Y se corrobora con cat-
ta del dicho don Baltasar Ostorio, escrita à Fernan-
do Lopez Matos, en 26. de Junio de 1657. en que di-
ze así: *A mi se me ofrece oy la quenta de mi tutela
con mis primos, y me es necessario, v. m. se sirua de ve-
nir presto, y la reconoce en diez y nueue de Setiembre
de 1658.*

18 ¶ El testimonio dado por Luys Qui-
xada, de vna carta de pago que otorgò el dicho don
Baltasar, en que confiesa recibir de don Baltasar su

primo

primero los bienes muebles que de su tutela estauan en poder de Don Manuel Ossorio Calvache su tutor.

19 ¶ Por segundo medio se comprueba la dicha calidad de tutor en Don Manuel Ossorio Calvache, cõ el discernimiento que le hizo el señor don Ceferino Tomas, siendo Alcalde en esta Corte, en 19 de Febrero de el año passado de 49. por ante Luys de Gamez, escriuano de Prouincia, segun cõsta del testimonio presentado, que aunque despues a pedimiento de Gaspar de Espinosa, curador ad litem del dicho don Baltasar Ossorio de Pareja, se embargaron los bienes de la tutela por mandado del Licenciado don Manuel de Coyvera, Alcalde mayor desta Ciudad, y ante Joseph Gonçalez, escriuano del Numero della, y ante quien ya se auian acumulado los autos, y discernimiento que se auia hecho ante Luys de Gamez, por no ser bastantes las fianças que el dicho don Manuel Ossorio Calvache auia dado.

20 ¶ La calidad deste embargo se excluye con lo siguiente. Lo primero, que aunque por el año de 49, se impide à don Manuel Ossorio Calvache el que usé de la tutela, por defecto de fianças. Consta por los testimonios presentados, que con decreto del propio juez que le prohibió, y ante el mesmo escriuano ante quien passaron los autos, auerla usado hasta el año de 56.

21 ¶ No es dudable, que estos actos son contrarios, & simul concurrere non possunt, *l. mutuis, ff. pro socio, l. 1. C. de furtis, & inuicem se elicitur & expellunt*. Con que deuenos recurrir a la axioma comun, *quod quoties concurrunt incompatibilia, præualet ultima*. Y assi, aunque al principio huviessse prohibicion, proseguirse a ella acto permissiuo, iste debet præualere, Abbas *conf. 94. incipit in quaestione, num. 3. § 4. lib. 2. Robles de Salzedo de representat. lib. 2, cap. 28. num. 28. Scaccia de comer*

ty. §. 5. glos. 1. n. 77. Tusch. litter. C. concl. 1011.
per

5

per totam, notatur ex text. in l. *si inter*, ff. *de rei iudicata*. Con que hallandose el Alcalde mayor con potestad para poder impedir el que don Manuel Ossorio Calvache no vsasse de la tutela, por mandado suyo, y ante el mismo escriuano proueydes autos q̄ solo convienen à tutor (vt infra videbitur) nulli dubium, que fue visto querer separar el impedimento y sequestro que antes auia mandado hazer.

22 ¶ Duplicase con tantos actos contrarios al dicho embargo la verdad de que don Manuel Ossorio Calvache siempre fue tutor, y curador, que es preciso por necesaria consecuencia confesarle capaz de la administracion de dicha tutela, como parece: lo primero, de vna notificacion que por mandado del Alcalde mayor se hizo à don Manuel Ossorio Calvache en 18. de Julio de 53. como à tutor de don Baltasar Ossorio de Pareja, protestò vn depositario en la l. *si cum plures* 60. §. *locatur*, ff. *locat. no* recibir oro, plata, ni piedras preciosas, hallòse que no obstante esta protesta, y reclamacion auerlas recibido: resuelve el Iuriscòsulro, quod obligatus est, quia per actum contrarium videtur receisse à prima obligatione, ibi: *Cum sciret has res, in ferre passus est proinde eum futurum sibi obligatum dari, cap. gratum, de offic. de legat.* Oldrald. *conf.* 107. num. 10. vers. *Ad certam, et conf.* 302. num. 10. vers. *Et quod dicit*, Bald. *conf.* 489. incipit quia copiose, lib. 3. *Surd. conf.* 371. num. 67. Luego bien se sigue, que aunque el Alcalde mayor auia impedido à don Manuel Ossorio de Calvache el vso de la tutela por el acto contrario subsequente, en que le trata como à tutor, fue visto remouer el embargo.

23 ¶ Siguese à este acto otro de 13. de Mayo de dicho año, que fue vn informe que el Alcalde mayor mandò à don Manuel Ossorio de Calvache hiziera, en razon de los alimentos que doña Ysabel de Burgos, Religiosa en Santa Paula, pedia, para doña Ana, hermana de don Baltasar Ossorio de Pareja,

C

moti-

motiuando el auto, que el tal tutor informasse, a que corresponde auto de 4. de Junio, en que dize: *Don Manuel Ossorio de Calvache, tutor, en virtud del informe que tiene hecho, acuda a doña Ysabel de Burgos con 30. ducados cada año, para la dicha doña Ana, y le señale efectos ciertos para que los cobre.*

24 ¶ *Per actum subsequentem cessat prohibitio contraria procedens*, dixo Signorol. *de homo, decis. conf. 75. nu. 21. Et 22. vers. Præterea non obstant, Cephal. conf. 222. n. 14. vers. Tertio premitto, libr. 2. Crauet. conf. 463. num. 18. Et conf. 605. numer. 5. Et conf. 691. in fin. Surd. conf. 8. num. 28. Et conf. 136. num. 24. Menoch. conf. 375. nu. 28.* quando el acto posterior es de calidad que no puede concurrir con el primero prohibitiuo, es visto quitar la validacional primero, Alexand. *conf. 130. in fin. n. 16. vers. Quia ut dicit, lib. 4.*

25 ¶ No vfe de la tutela don Manuel Ossorio Calvache, y mandari le pague como tutor, y señale bienes de la tutela, para paga de los alimentos de la menor, no pueden concurrir; con que, o se han de quitar del pleyto estos autos, o el de el embargo, alias daremos, quod quis sit legitimis, & illegitimus præfens, & obsens factus, & sanementis, Gloss. verbo, *directo, in Clementin. de testibus, extra de testibus, Cagnol. in l. ubi repugnantia, n. 2. ff. de reg. iuris, Bald. conf. 326. in fin. lib. 2.*

26 ¶ En feys de Março de dicho año de 1653. otorga don Manuel Ossorio de Calvache escritura ante Ioseph Gonzalez, y ante quien passaron los autos del embargo, y los referidos en los numeros antecedentes, y dize assi: *T afsimasmò el dicho Pedro Lopez, declaro auer recebido del dicho don Manuel Ossorio, como tal tutor del dicho don Baltasar su menor, mandamiento del señor Alcalde mayor desta Ciudad, para que le pague los 365. reales.*

27 ¶ Si en los autos de el Alcalde mayor aqui referidos, hallaramos, demas de lo en ellos contenido,

6

tenido vna clausula que dixera, *pague, y informe,* quedando en su fuerça, y vigor los embargos, respecto de auer cobrado muchos bienes de la tutela, y parar en su poder lo procedido, me ajustara a la doctrina de Tiber. Decian. *conf. 13. num. 25. & 26. libr. 2.* que en este caso manet prima sequestratio in suo robore, mas quando no le ay, es querer, y no querer, siédo imposible de facto, & de iure ex vulgari allegatione, in *l. stipuler. ff. de verb. obligat. l. Paulus, ff. que sentent. sine appellat. rescind.* y hablando en precepto, y mandato de Iuez, *Surd. decis. 289. num. 21. Flamin. de resign. lib. 11. q. 13. n. 8.*

28 ¶ Hasta aqui son autos de Iuez, que ra vo potestad para embargar los bienes de la tutela de don Baltasar Ossorio de Pareja, y que no es de creer los proueyera, sin conocimiento pleno de la causa, pues todos fueron ante el escriuano del embargo, y quando con vn auto contrario al embargo bastara para que las pagas fechas por los deudores desta tutela essent legitima, ex dictis, & statim dicendis, los hallamos tan duplicados, y geminados, que a faltar conocimiento de la causa, o a auer se proueydo ante otro escriuano que no tuuiera noticia del embargo, bastara la multiplicidad de los referidos para juzgar se quitado el embargo precedente; por no poder obrar efecto alguno de Derecho, por la repugnancia, y contrariedad de los siguientes, *cap. non prastat, de regul. iur. in 6. cap. considerauimus, de elect. Cald. Pereyr. de potestat. eligend. cap. 13. num. 5. Gratian. discept. forens. cap. 58. num. 6. & seqq. Dionys. Paulus de Vera, quatuor Patriarch. sedium erection. cap. 6. n. 11.*

29 ¶ Siguen se actos en que el escriuano solo hizo diferentes instrumentos, titulado en ellos a don Manuel Ossorio de Calvache por tutor de D. Baltasar Ossorio su sobrino.

30 ¶ En 24. del ullo de dicho año de 1653. ante el mesino Joseph Gonzalez se otorga escritura de

de arrendamiento de vna casa , de la tutela á doña Maria del Campo , y la acetadon Manuel Ofsorio de Calvache , como tutor de su sobrino don Baltasar Ofsorio de Pareja.

31 ¶ En 30. de Agosto de dicho año otorga carta de pago del alquiler de dicha casa , como tutor de los menores hijos de don Fernando de Cabrera , de quien lo es don Baltasar Ofsorio.

32 ¶ Aunque en lo regular las palabras enunciativas no pruevan , vt tenet Dom. Salgad. *in labyrint. 2. part. cap. 10. a num. 33. & vulgariter notum, attamen probant in instrumentis, quando sunt necessaria ad validitatem actus, ex l. optimam, C. de contrahend. vel committend. stipulat. Decius conf. 389. num. 9. & conf. 118. num. 5. & in cap. cum venerabili, num. 22. de except. Valasc. qui alios refert, conf. 89. num. 4.*

33 ¶ Que aqui fuesfen necessarias las palabras del escriuano, en que dize, que don Manuel Ofsorio Calvache era tutor de don Baltasar Ofsorio de Pareja, es cõstante, pues aliàs, ni podia administrar, arrendar , ni percibir cosa alguna de dicha tutela, menos que siendo tal tutor, y de otra forma no podia tener validacion ninguno de los dos contratos referidos , y demas mencionados en el testimonio presentado , con que data necessitate , como queda dicho pruevan.

34 ¶ Demas de los medios referidos , tambien se corrobora la pretension de Fernando Lopez Matos, con actos, y diligencias hechas por don Manuel Chalvache , sin dependencia de nadie , y el primero es de cinco de Março de 53. por peticion que dà don Manuel Ofsorio Calvache , en que confiesa ser tutor de Don Baltasar Ofsorio de Pareja su sobrino.

35 ¶ Y reconociendo que no bastaua solo en vida apoyaresta verdad por los medios referidos en el testamento , debaxo de cuya disposicion

murió,

7

muriò, se halla vna clausula del tenor siguiente, otorgado por ante Iuã Luys de Baños, por el año passado de 57. ibi: *Y dexò por sus hijos* (hablando de los menores) *à don Baltasar, y D. Ana Maria: y por auer quedado menores de edad, à mi se me encargò su tutela, y discernio por la Justicia desta Ciudad, en el officio que era de Joseph Gonçalez, que oy le tiene Juã Lopez de Teste, por donde constarà lo que se me encargò, y recebi de bienes muebles, possessions, y dinero en una deuda que estaua en poder de Fernando Lopez Matos, de que tengo à quenta recibidas algunas cantidades por mi mano, y otras por la de mi hijo don Baltasar Ossorio, en mi nombre, y en virtud de mi poder: todo lo qual mando se ajuste, y se le pague enteramente todo lo que justamente, y legitimamente se les deuiera, rebaxando, y descontando todo lo que yo huuiere gastado en beneficio de la dicha hacienda, y alimentos que he dado, y bestuarios à los dichos mis sobrinos.*

36 ¶ Muchos actos son estos para calificar la calidad de tutor en don Manuel Ossorio Calvache, tanto, con la confesion del dicho don Baltasar Ossorio, decretos de la justicia, insinuaciones del escriuano, y reconocimientos del dicho D. Manuel Ossorio Calvache, asì en lo judicial, como en su testamento, instigado de la verdad, y como quiẽ reconocia la quenta que tenia obligacion à dar, asì viuo, como muerto, memor salutis æternæ. Iuxta illud *Ecclesiast. cap. 2. Melior est dies mortis, quam dies natiuitatis*, porque en el sepulcro halla el alma el verdadero tesoro de la quietud eterna, *Iob 3. c. 21. ibi: Quasi effudientes thesaurum, gaudent que vehementer, cum inuerint sepulchrum.* A esto aludiò el Geroglifico de las naves esculpidas sobre las columnas que Simon Machabeo mandò poner al rededor del mauscolo de su padre, y hermanos, significando, que solo en esta vida se fluctua, y que con el morir se descansa, no despreciando la verdad que para conse

D

guirlo

guirlo es necessaria, *Machab. i. cap. 13. Et 29. Com-
posuit columnas magnas, Et super columnas arma
ad memoriam aeternam, Et iuxta arma naues, Et c.*

37 ¶ Aora entiendo la doctrina de Bartul.
y otros à quien refiere Sebastian de Medicis, in tra-
ctatu mors omnia soluit. 3. part. num. 28. Quod
declaratio facta tempore mortis idē operatur, quod
declaratio iurata facta in iudicio presenti parte, pro-
bat Mascard. de probat. cōcl. 1003. n. 10. Cephal. cōf.
225. num. 8. lib. 2. Menoch. de presumpt. lib. 5. pra-
sumpt. 5. in fin. Y sin juramento quiso Farinac. que
la declaracion sola facta tēpore mortis, sit sufficiens
probatio in praxi, *quæst. 73. num. 101. Cum nemo
presumatur in peccato, Et mendacio mori, §. fin.
Instit. de iniurijs, Crauet. cōf. 158. num. 7. Y notã
los Doctores, in l. si quis decens, §. Titia, ff. de leg. 3.
l. qui testamentum, ff. de probat.*

38 ¶ Si à los actos judiciales solo atende-
mos, y se carga la consideracion en los 300. reales q̄
se señalaron de alimentos à doña Ana, menor, her-
mana de don Baltasar, y à los 365. reales que auia de
auer Pedro Lopez; lo qual todo se mandò pagasse
don Manuel Ossorio Calvache, como tutor, eran
bastantes por lo vulgar de la l. Barbarius Philipp. ff.
de offic. Prætoris. Quando aquila verdad se califica,
asimismo cō el titulo que à estos decretos dà el De-
recho, de que se consideren por actos legitimos, y
que reducen el acto à estado, *quod habeant vim
scriptura publica.* (Que es lo que dizen de contrario
ser necesario en la dacion de la tutela: y por quitar
el escrupulo se vea à Valasco de iure emphyteotico,
quæst. 7. num. 17. que preuino el caso en las palabras
siguientes, ibi: *Quod quamuis requiratur scriptura
a notario confecta, ut probet sufficiet tamen si priua-
tus apud acta, scribat per confessionem, vel respon-
sionem suam, Et subscribat, habebit enim vim pu-
blici instrumenti.*)

39 ¶ Y bolviendo à la primera parte de la
propo-

propoficion. Surd. en la *en la decif.* 106. num. 9. refiere las palabras figuientes, ibi: *Et pro decreto iudicis semper prefumitur, l. ab ea parte. ff. de probat.* Alciato de *presumpt. regul. 3. presump. 10.* Mench. *illu- strum quest. cap. 29.* Franciscus Beccius *cons. 52. n. 13. & 111.* *Et ideo non est credendum, quod iudex tutelam ei decreuerit quin prius cognouerit si iure data erat.*

40 ¶ Hallase impedido el vfo de la tutela endon Manuel Offorio Calvache, por el año de 49. hazense con el autos por el año de 53. como tutor, con que es necesario confessar en el fusodicho la ealidad de tal, y á faltarel conoimciento pleno que huvo en él, por la noticia particular que tenia Joseph Gonçalez, escriuano ante quien auian passado los embargos, no es dudable que fue, respeto del segundo discernimiento que auia auido, vt infra videbitur.

41 ¶ Surdo en la *decif.* 231. num. 20. ibi: *Sexto interuenit, hoc casu iudicis decretum, & cum non posset aliter confirmare contractum, nisi legitimi curatoris auctoritas interuenerit, presumitur fecisse, quod de iure debuit, l. Herennius, §. Gaia, ff. de iur. l. 2. C. de offic. iudicis, cap. in presentia, de probationib.* Et quando decretum iudicis interuenit presumitur, omnia solemniter acta, *Speculat. in tit. de empt. & vendit. §. nunc dicendum, num. 5.* Bald. in l. quęcunque, §. fin. ff. de publiciana in re. *actione. Alexand. in l. sciendum, num. 14. 20. & sequentib. ff. de verbor. obligat. & cons. 125. num. 5 lib. 1.* Alciat. in tractat. de *presumpt. regul. 3. presump. 18. num. 1.* Cephal. *cons. 34. num. 3.* Infinitos ad hoc cumulat Menoch. *omnino videndus, in dict. tractat. de presump. presumption, 75. libr. 2. num. 12.* Ubi proprie loquitur quando, vt in casu nostro solemnitas fuit explicitę enunciata in actis.

42 ¶ Y hallandose tantos actos duplicados, como quedan referidos, asi judiciales, como
extra:

extrajudiciales, es innegable poderse afirmar fal-
tar la calidad de tutor en don Manuel Ofsorio Cal-
vache, cum talis qualitas verificetur cum obser-
vantia actuum subsequutorum, *Surd. cor. f. 275.*
num. 22. tom. 2. Es decis. 233. n. 10.

43 ¶ Y aunque se quiera insistir que la da-
ción de tutela necessita de autos judiciales, y que por
la razon del *cap. fin. de censibus*, es precisa escritura,
no es dudable que se puede verificar tambien con
testigos, y aunque son muchas las declaraciones, y
distinciones de los Doctores, solo me valgo de vna
limitacion, que es bien especial para este caso.

44 ¶ De que los autos judiciales que no
parecen, que baste para su validacion prouança ex-
terna, es constante ex vulgaribus. A qui paso à la cõ-
fession de don Baltasar Ofsorio de Pareja, con la ley
cum te. C. de transact. ibi: Tamen si de fide contra-
ctus confessione tua constet scriptura, qua probatio
nem rei gesta continere solet necessaria non est. Tex-
to es este que habla de vn menor que contraxo, y
faltó la escritura, y confesó ser cierto preceder el
trato que con ella se auia de prouar, y dize el Empe-
rador, que basta la confesion, aunque falte la escri-
tura para que el acto sea valido, *Azcued. in l. 6. tit. 6.*
lib. 5. num. 17. Recopilat. Gamma decis. 43. num. 2.
Menoch. remed. 4. adipiscende, num. 103. Surd. de-
cis. 10. num. 13. Mascard. de probationib. conclus.
1236. nu. 5. Caldas de potestat. eligendi, capit. 7.
num. 19. Valasco de iure emphyteotico, quast. 7.
num. 27.

45 ¶ Omito los demas actos que quedan
ponderados, por no repetir paso a la prouança de te-
stigos, adonde muchos concluyen aver oido publi-
camente, que don Manuel Ofsorio Calvache fue tu-
tor de don Baltasar su sobrino, y de vista, en virtud
de censuras, y ratificado en este juyzio, el Licencia-
do don Antonio de Morales, Abogado en este Cor-
te, que de pone, que auiendo despachado el pleyto,
como

como tal viò en el vna pieça, en la qual estava vn au-
to del Licenciado don Manuel de Oliuares, Alcalde
mayor que fue desta Ciudad, en que daua lugar al di-
cho don Manuel Ossorio Calvache, para que conti-
nuasse la tutela, la qual pieça no se halla oy en los
autos.

46 ¶ Bien acredita la certeza deste discurs-
so, y el ser tutor don Manuel Ossorio Calvache, de-
mas de lo referido, con faltar en los autos que passa-
ron ante Ioseph Gonçalez treze hojas, segun el testi-
monio presentado. No discurro contra el escriua-
no, ni aprueuo el cuydado de la parte en quitarlas,
porque este mirò su cõueniencia por cobrar de Fer-
nando Lopez Matos, pudiendo hazerlo de quien le-
gitimamente le deue, y à quien ha pedido la quenta
de la tutela que estuuò à cargo de su tio.

47 ¶ Cierro el discurso con vna cautela
bien dispuesta por parte de D. Baltasar Ossorio. Pen-
diente este juyzio ante Francisco Rodriguez Viñas,
en 25. de Setiembre deste año, acude ante el Alcalde
mayor desta Ciudad, que era don Antonio Vazquez
de Guzman su suegro, haziendo relacion de la litif-
pendencia mencionada dize, se aparta del pleyto de
quantas, y particion, por lo que mira à la cantidad
sobre que es este litigio, y que no quiere pedirla à los
herederos de don Manuel Ossorio Calvache su tu-
tor, que pende ante Iuan Lopez de Yeste: admite se
el apartamiento, y presenta testimonio en este juy-
zio de el.

48 ¶ Hasta el dia del apartamiento pedia
dicha cantidad à don Manuel Ossorio Calvache, co-
mo su tutor, el apartarse es, porque lo fue luego: por
necessaria consequencia se ha de confessar auer sido
tal tutor, y mas quando queda pidiendo el resto de la
tutela à los herederos del dicho don Manuel Oss-
orio Calvache, y siendo, como es, este apartamiento
contrario al acto que dexaua hecho D. Baltasar Of-
sorio, pues en vna parte niega la calidad de tutor en

su tio, y aora lo confieffa con el apartamiento cita-
do, no deue tener lugar segun Derecho. *Quia pro-
testatio contraria facto uero non releuat protestan-
tem, l. cum in plures, §. locat. ff. locati*, Polidor. Rip-
pa obseruat. 194. *per totam*, Oldrald. *conf.* 107. n. 10
verf. *Ad sextam*, & *conf.* 302. numer. 10. verf. *Et
quod dicit*, Surd. *decif.* 70. numer. 8. & *decif.* 246.
num. 4.

49 ¶ Tambien es constante no auer lugar
dicho apartamiento, quia est acquisitum ius à Fer-
nando Lopez Matos, por la eleccion de deudor que
hizo don Baltasar Ossorio, intentando el de quantas
con los herederos de su tutor, *l. si liberum 16. C. de
fideiussoribus*, ibi: *Liberum fuit antequam lis ad-
uersus omnes fideiussores contextaretur unum eorū
eligere, creditori, si modo ceteros minus idoneos exi-
stimaret, at tunc post liti contestationem peti-
tionem diuisam iuris ratio non patitur*, l. *Reos
principales*, C. *de eodem*, ibi: *Contra quem egeras
primo post illum ad alium reuerti (cum nullus de
hū electione liberetur) licet*, l. 2. *ff. de duobus reis*,
Gratian. *disceptat. forens. cap.* 252. num. 12. & *de-
cis.* 4. num. 72. plures Dom. Salgad. *in labyrint.* 1. p.
cap. 17. a num. 1. que resuelve tercicrta esta opiniō,
quando los deudores non sunt in solidum obligati,
que es el caso en que estamos, & num. 10. ibi: *Indi-
stincte recepta est, quando obligati in solidum plu-
res sunt rei debendi, aut fideiussores*. Y asfi enticnde
la l. generalster, C. *de fideiussorib.* Y la l. 1. §. *si apud
duos. ff. de positi.*

50 ¶ Y asfi, auicndo elegido don Baltasar
Ossorio por deudor à los menores hijos de don Ma-
nuel Ossorio su tio, y tutor, no puede recurrir con-
tra Fernando Lopez Matos, ni apartarse de aquel
juyzio, segun lo vulgar de la l. *si mulieri*. La l. *fin. ff.
quod metus causa*, Surd. *conf.* 377. n. 3.

51 ¶ Por vltimo fundamento de esta pri-
mera duda es de ponderar en que juyzio cabe, que
acumu-

acumulados los autos, todos al oficio de Joseph Gõ-
 çalez, fechos los embargos de la tutela ante el mes-
 mo don Manuel Ossorio vsasse el oficio de tutor, no
 siendolo, lo consintiesse el escriuano, confessando
 en los autos, y escrituras que era tutor, recibiendo
 declaraciones como à tal, con que es cierto huvo
 discernimiento, ò el embargo que estaua hecho se
 leuantò.

52 ¶ Todo el discurso que se ha hecho en
 esta primera parte parece preuino Pedro Surdo en la
decis. 231. num. 3. his verbis ibi: Nec potest ratifi-
cationi vitio nullitatis obiici, eo quod non constet
eum qui se gessit pro domina Margarita curatore
quique auctorauit in eo contractu fuisse decretum,
curatorem à iudice, quando quidem eum talem fuis-
se probatur ex multis.

53 ¶ Primò, ex assertione notari oportet:
Qui in instrumento ratificationis dicit, quod
ille fuit datus curator, hac autem assertio, licet non
plenè probet, tamen facit inditium, ut voluit insi-
mili Bald. in Rubric. C. de fide instrument. num. 2.
Alexand. conf. 110. lib. 2. Decio in dict. Authent.
si quis in alio quo, num. 29. in fin. Mencionados que
 dan los decretos del Iuez, en que llamò tutor à Don
 Manuel Ossorio Calvache citadas las escrituras en
 que el escriuano lo refiere.

54 ¶ Secundò, extat dispositio domini
 Nerei, qui affirmat se fuisse presentem, es vidisse,
 atque audiuisse, quando fuit decretus tutor. De oy-
 das muchos testigos que deponen ser tutor dicho
 don Manuel. De vista D. Antonio de Morales.

55 ¶ Tertio, Dom. Julius, qui iudex erat
 affirmat, quod credidit illum à se datum fuisse cu-
 ratorem, quia alter ipse non approbasset contractum,
 nec permisisset nominari, pro tali curatore si talem
 non prius contigisset. Et ibi: Et quis adeo impru-
 dens est notarius qui audeat affirmare talem fuis-
 se curatorem, si tamen datus non fuit certe id cadere

non potest in sanam hominis mentem. El Iuez le rrianda à don Manuel Oссорio, como tutor. El escriuano lo escriue, passando los autos de todo ante el, quis dubitauit, quod vocaretur tutor à iudice, si vere talis non esset.

56 ¶ En el num. 10. profigue el discurso, his verbis: *Quinto, in terminis diuturnitas temporis, qua facit presumi omnes solemnitates ad actum interuenisse, l. si filius, C. de petitione hereditat. Baldo, Angel. Immol. Roman. & alij, in l. qui in aliena, ff. de acquirend. heredit. infinitos citat Gabriel communium oppin. libr. 1. tit. de presumpt. conclus. 1. num. 1. vbi infert singulariter ad multas solemnitates alios addidi, cons. 28. num. 15. & ibi præcipue: Autem hoc procedit, quando solemnitas ipsa reperitur enunciata in actu, & pars reperitur iuxta eam in possessione per ea, qua proponit Menoch de presumpt. libr. 3. presumpt. 132. Año de 1649. se haze vn discernimiento à D. Manuel Oссорio Calvache, no reuoca, ni anula, hallase continuando esta tutela año de 1653. y sigüentes nunca despojado de ella. Luego no admite duda el que huuo auto, y licencia para continuarla.*

57 ¶ Sexto, ibi: *Interuenit etiam hoc casu iudicis decretum, est enim is ordinarius iudex in huiusmodi contractibus, & actibus, & cum non posset aliter confirmare contractum, nisi legitimi curatoris auctoritas interueniret presumitur fecisse, quod de iure debuit, l. Herennius, §. Gaia, ff. de iust. l. 2. C. de offic. ciuili. iud. dict. cap. in presentia, de probationib. Libra el Alcalde mayor, para que D. Manuel Oссорio pague como tutor, à no ser tal, no pudiera pagar, firma las libranças Joseph Gonçalez, escriuano ante quien se auian hecho los embargos. Luego bien se sigue ser tutor don Manuel Oссорio, pues el, ni el escriuano librarán, y firmarán, ni Don Manuel, no siendolo, pagará, y la razon que çan los Doctores ad hoc, vt ex tali decreto, quis iudicetur esse*

11

esse tutorem, est quia decretum, quando mandat aliquid fieri, habet vim sententiæ diffinitivæ, l. nec quidquam, §. ubi decretum, ff. de offic. pro Consul. Et legat. l. item, §. si Decuriones, ff. quod cuiuscunque universitat. nom. Marius Anguifola conf. 107. n. 13. libr. 1.

58 ¶ Septimò, concurrir assertio ipsius domina Margarita, qua in instrumento ipsius illum dixit esse suum curatorem, qui acum iudicis decreto, et temporis longinquitate probat verè illum talem esse, et interminis voluit Ancharran, conf. 222. column. 1. in fin. vers. In casu autem nostro, ubi agit de liberatione facta à curatore nomine minoris, quem tamen non constabat curatorem esse, et cum sequitur Crauet, in tractat. de antiquitat. part. 3. §. penult. num. 13. fol. 272. Qui et si consideres, quod obligatio fuerat, cum eadem persona contracta tamen. Ancharran. Non solum ea ratione, sed etiam ex assertione, et facit fundamenta separata. Bien repetidamente en cartas, y peticiones repite D. Baltasar Ossorio Pareja, ser su tutor don Manuel, como queda ponderado, con que nihil est in facto, quod rem possit dubiam facere.

59 ¶ Hasta aqui Pedro Surdo, que fatisface à los fundamentos que se opusieron de contrario, y resuelve, que se determinò en el Senado Mantuano, pro tali tutore, declarando por legitimos todos los actos que avia hecho, durante tutela, & cura, aunque faltava la escritura de discernimiento.

II. DVDA.

60 **D**ISCERNIDO El cargo de tutor à don Manuel Ossorio Calvache, de la persona, y bienes de D. Baltasar, y doña Ana, hijos de don Fernando Ossorio de Cabrera, por el año pasado de 1649. ante Luys de Gamez, se acumularon estos autos à los que passauan ante Joseph

F

Gon-

Gonçalez, adonde por pedimiento del curador ad litem, se mandaron embargar todos los efectos de dicha tutela, por dezirse no ser bastantes las fianças dadas por el dicho don Manuel Ossorio, y que pues no hubo nueuo discernimiento, ni se alçò el embargo, que las pagas fechas à don Manuel Ossorio, no fueron legitimas, por lo vulgar de la *l. siego, ff. de negotijs gestis, l. eius qui, in princip. vbi Gloss. ff. rebus credit.*

61 ¶ La resolucion desta duda pende de la determinacion de la precedente, porque si en ella se ajustò que don Manuel Ossorio Calvache fue tutor, y curador del dicho don Baltasar Ossorio, cesa la razon de mala paga que se pretende.

62 ¶ Y confirmase lo referido, con que don Manuel Ossorio, segun la prouança fecha, y confesion de don Baltasar Ossorio de Pareja, asi in principio ipsius tutelæ, como en la resolucion della se npre reconociò al dicho don Manuel por su tutor, pidiendole la cuenta, y que se le diese la administracion de sus bienes, ajustandonos à lo individual desta duda, es constante que don Manuel Ossorio Calvache contraxo con Fernando Lopez Matos, entre los quales se otorgò la cedula en virtud de que se procede, con que re vera, aunque non effect tutor, la paga era legitima, ad quod facit doctrina Surdi, *conf. 43. num. 2. ibi. Nam est si ex contractu vnus alij queratur actio, tamen recte soluitur ei cum quo celebratus fuit contractus, Est conf. 150. num. 104.* Adonde refiere à muchos, exemplificando el caso en el hijo que contracta en el Religioso, y esclauo, cuya accion se adquiere al padre, Prelado, y señor; *Surd. decis. 129. n. 9.*

63 ¶ El señor Salgad. *in labyrinth. 2. part. cap. 9. num. 63.* resuelve, que todas las vezes que se paga aquel, cum quo contractu fuit, que la paga es legitima, quamuis non sit verè dominus, ibi: *Quoniam Prelato intruso, tollerato tamen solutio facta*

ta (quamuis nulliter) debitorem liberat habentem iustam causam credendi eum esse verum Pralatū, Ruinus conf. 150. num. 7. libr. 1. ex Bartul. in l. si urbana, num. 4. ff. de condit. indebit. Dum distinguit, quod si emphiteuta, vel conductores conduxerunt ab illo Prelato successo liberantur, Alex. conf. 120. num. 7. lib. 5. & conf. 103. num. 17. lib. 1. Decius conf. 407. num. 1. Crotus conf. 24. n. 14. libr. 1. Tusch. lit. S. concl. 336. n. 6.

64 ¶ Carolo de Grafsis de exceptionibus, except. 25. num. 92. & num. 94. dicit: Recte solui tutori, qui non fecit solemnia, quando a principio contractus, cum eo gestus fuit, etiam si tempore solutionis verteretur in super eius electione, & denominatione, qua omnia refert, & sequitur Pirrus Maurus Aretin. in tractat. de solut. cap. 5. num. 27. & sequentibus, & Dom. S. algad. dist. loco, num. 36. ad fin.

65 ¶ No es dudable que a don Manuel Offorio Calvache, se le discernió el cargo de tal tutor, año de 1649. y no consta de los autos que se le quitasse la tutela; antes hallamos continuarla, según los testimonios presentados, como tambien porq̄ el Alcalde mayor no tenia potestad para quitarfela, l. 3. C. de confirmando tutore, Gutierrez. de tutel. l. 1. p. cap. 2. num. 26. ibi: Illud tamen hic advertendum, necessario duximus nempe, quod antequam tutor iste confirmetur potest alius a iudice dari, & hic datus non poterit reuocari. Et ibi: Non enim debet, quod ratione, & secundum leges ab initio actum est ex alio euentu reuocari: non potest. Solo se halla, como queda varias vezes repetido, que se mandaron embargar los efectos de ella por falta de seguridad.

66 ¶ Luego recte ad intentum, pues don Manuel Offorio erat vere tutor, y por el embargo q̄ se hizo a Fernando Lopez, demos quod sit tutor putatiuus, por tolerancia del juez, y escriuano, de cuyo mandato, y por quien se hizo el embargo, confien-

sienten, cobre, pague los alimentos, otorgue escrituras, se hagan con el actos de verdadero tutor, la tolerancia dicha asegura las pagas que se le hizieron, y sino siendo verdadero tutor, se le pagò por Fernando Lopez, como los demas deudores de la dicha tutela le pagaron la paga fecha por dicho Fernando Lopez, sera legitima no disuene la ponderacion precedente del Prelado, pues en el tutor corre la mesma razon, Guttier. *de tutel. part. 3. capit. 8. n. 8.* Gratian. *discept. forens. tom. 4. c. 601. n. 6.* Caldas Pereyr. *conf. 8. n. 26.*

67 ¶ Item, la accion intentada contra los herederos de don Manuel Ossorio Calvache, est accio tutelæ, pues de presente no ay otra que pueda intentar, ni seguir don Baltasar: esta, non datur, nisi contra tutorem ex vulgaribus. Luego por necessaria consequencia se sigue que fue su tutor, & vt talis solutionis ei facta legitima, pues de otra suerte, en la accion de tutela que tiene intentada, auia de separar tiempos, como son, desde el dia del discernimie to, hasta el dia del embargo, y desde dicho dia, hasta que murió dicho D. Manuel, no ha separado tiempo alguno, antes ha pedido la cuenta de todo tiempo, aunque legitime, vt tutor non obstanti sequestratione, las pagas fueron legitimas, cum ab oppofitis valeat, argument. text. Riminald. *conf. 677. n. 31. lib. 6.* Mascard. *de probationib. conclus. 312. num. 17.* Menoch. *conf. 97. num. 67. Et conf. 147. num. 47.* Surd. *conf. 450. num. 40.* Euerard. *in topic. loco 75.*

68 ¶ Si Fernando Lopez Matos, sin estar embargado pagara alguna cantidad deste dinero, sobre que se litiga, a don Manuel Ossorio Calvache, no auiendo se le discernido el primer cargo de tutor, fuera mal pagado sin duda alguna, ex l. i. ego, *ff. de negot. gest. l. cum quis, §. 1. ff. solut. l. qui hominem, §. si mille, ff. eod. l. asson in l. non solum, num. 1. ff. solut. matrim. Crottus conf. 85. n. 14.*

Def-

69 ¶ Despues de discernido el cargo, se embargò esta deuda, con que podemos alargar la consideracion, de que dexò de ser tutor totaliter D. Manuel, que es el caso mas apretado, y fauorable à don Baltasar Ossorio; pues en este caso adhuc, las pagas fechas por Fernando Lopez fueron legitimas.

70 ¶ Y presupongo, lo primero, que si otro tercero fuera nombrado, y no don Manuel Ossorio Calvache, no fuera necessario auto de desembargo à este nueuo tutor para cobrar, porque basta ua solamente licencia del luez para administrar los bienes del menor, cuya tutela se le encargaua, con que en estos terminos hallamos, que don Manuel Ossorio fuit habitus pro tutore, hasta que se murió, como se manifesta de las ponderaciones, y autos que se ajustaron en la primera duda en este tiempo en que no fue tutor, siendo tenido por tal se le pagò, con que las pagas son legitimas, y libran al deudor.

71 ¶ Ita in terminis Dom. Salgad. dict. loco, num. 33. citando la l. eius qui in Provincia 41. ff. si certum petatur: profigue asi, ibi: Per quem affirmant DD. quod debitor soluens et, qui communiter tenebatur, et reputabatur procurator domini creditoris ad pecunias erigendas liberatur, quia in rei veritate procuratur non sit, nec de mandato doceatur. l. si quis seruus. ff. solut. Socin. corf. 32. num. 2. lib. 1. Menoch. conf. 573. num. 14. lib. 6. Terraequel. ad leg. connub. glos. 8. num. 148. Curtius Luemor, conf. 310. num. 95. lib. 3. Mascard. de probat. conclus. 10. n. 28. et 649. n. 28. Pirrus Maur. in tract. de solut. c. 15. n. 26.

72 ¶ Bien al proposito es la decis. 147. de Affictis, que por corta, y tan del caso es preciso referirla toda, ibi: Quidam gerebat se pro tutore, et non erat, quia non fecerat solemnia deposuit res, et bona pupili penes aliquem publico instrumento mediante, in quo stipulatus fuit dictas res restitui, sibi

vel pupillis demum pupillis factis maioribus agunt
contra depositarium deposita: ius dicit, quod bona
ipsa restituit tutori, & probat per scripturam pri-
mam verificatam replicant illi, qui fuerant pupilli,
quod ille non erat tutor, & per consequens mala fuit,
& facta solutio fuit determinatum, quod ille depo-
sitarius potuit restituere res depositas per eum qui
non erat legitimus tutor eidem, quia & non mona-
cho qui mutuauit, potest ei solui licet actio sit quae si-
ta Monasterio, ut notat Bart. in l. si locus, C. de
pact. l. cum qui, in princip. ff. solut. & in l. no ideo,
ff. nouat. f. ciunt ea, qua notat Bart. & Scribentes,
in l. si urbana, ff. condit. in debit. Et sic ille deposita-
rius, consequutus fuit liberatione, ab illis pupillis
effectis maioribus saluo iure recuperandi res illas
ab illo asserto tutore. Et in terminis Ioann. Guttier.
de tutel. 2. part. cap. 17. num. 20. citando la decisio
referida.

73 ¶ En la cedula, en virtud de que se pro-
cede, lo primero que don Manuel Ossorio estipula
es, de que a el, como a tutor, se le ha de pagar, no era
tutor, contraxo con el Fernando Lopez Matos, a el
le paga, corre la liberacion sin duda, segun lo especial
de la discusion citada.

74 ¶ Lo mesmo consta del texto in l. de-
bitores 28. ff. solut. ibi: Debitores solvendo ei, qui
pro tutore negotia gerit liberantur, si pecunia in rem
pupilli prebenit. Estas vltimas palabras interpreta
Vrsil. in add. ad decis. 142. Ut non procedat id est,
quod non sit necesse in utilitatem pupilli versam,
quando satis tutor, qui recepit fuit qui contraxit,
citando a Iasson in dict. l. si urbana, ff. condition. in
debit.

75 ¶ De manera, que es conclusion cierta
de Derecho, que el tutor putatiuo puede cobrar qua
uis in utilitatem pupilli res, non sit versa si talis tutor
fuit, qui contraxit, & contra vero, si non contraxit no
liberatur debitor, y pues aqui don Manuel fue el que
con-

14
contraxo, y estipulo que à el se le auia de pagar fin de
el año de 1653. solutio est legitima.

76 ¶ Item, en este caso corr¹ pondera-
cion mas adelante, pues don Manuel Ossorio dexó
bienes bastantes para la paga deste debito, con que
non fuit minor læsus in aliquo, pues si contra don
Manuel ay alcance, cum vsuris tenetur, & non est
facta deterior conditio minoris, quia pauperior nõ
est factus, quia solutũ non amisit, pues ay de que co-
brar de su tutor: y assi, dize Caldas Pereyra in l. sicu-
ratorem, verb. læsis, n. 57. que se deniega restituciõ
al menor, y obra qualquier remedio ordinario.

77 ¶ No obsta, de que en la cedula del de-
bito, y en virtud de que se procede, Fernando Lopez
diga, que lo ha de pagar como à tal tutor, porque pa-
ra pagarle, bastò, demas de lo referido, quod habitus
esset pro tutore, vt docet Dom. Salgad. vbi supra,
num. 33. ibi: *Et publicè pro tali habebatur, & uti
verus administrator negotia agebat gubernabat,
& publicè administrabat, quod sufficit ad excusan-
dos debitores ad contrahendum cum eo.* Et ibi: *Qui
non coguntur indagare intrinsecam, & latentem
conditio nem eius an fuerit verus, vel in iustus pos-
sessor, nec ad id eius titulum inuestigare.*

78 ¶ Basta la buena fee, y estimacion de
la persona, ser auida por tal, assi en lo publico, como
en lo judicial, como queda advertido, para que la pa-
ga sea legitima.

79 ¶ No es menos ponderable en este ca-
so la conclusion de la cedula, sobre que se litiga, en
la qual, don Manuel Ossorio Calvache adiectus fuit
solutioni, ibi: *Pagare para fin deste año al dicho D.
Manuel Ossorio Calvache los 35287 reales que
de todas cuentas deuo à los menores hijos de don Fer-
nando Ossorio de Cabrera.* Y estando adiectus so-
lutioni las pagas que se hizieron, seran siempre legi-
timas, l. euro procuratoris, in princ. vers. Interdum,
ff. solut. ibi: *Interdum tamen, & non procuratori
rectè*

recte soluitur, ut puta cuius stipulationi nomen insertum est, l. si ita stipulatus sim, ff. eodem, l. sed et si, §. si mihi, ff. constit. pecun. Et contingit liberatio ipso iure, §. si quis alij, vers. Planè solutio, Institut. de inutilib. Strac. de adiect. part. 3. num. 2. Conque si la obligacion principal fue de pagar à don Manuel Ossorio Calvache, y este se hallaua contratando, vt tutor nulli dubium quin solutio ei facta liberet debitorem.

80 ¶ Estos protutores (que assi los llaman los Doctores) qui minorum negotia gerunt, absque eo, quod sint tutores, quiso el Derecho estu viesien obligados à todo aquello que estan los verdaderos tutores, quia tenentur de neglectis, vt in l. si pupilli, §. sin. in princip. ff. de negotijs gestis, l. 34. titul. 12. part. 5.

81 ¶ Tenentur etiam de non gestis, segun la l. 1. vers. Sed utrum, ff. eo qui pro tutor, vel curat. negotia gessit, Gutierrez de tutel. 2. part. capit. 17. num. 4.

82 ¶ Contra sus bienes ay la tacita hipoteca, que por preuilegiada, es vno de los casos en que los bienes tacite sunt hypothecati, l. dabimus, §. 1. de priuileg. credit. Gloss. fin. in l. pro officio, C. de administrat. tutor. Socin. conf. 85. n. 9. libr. 1. Anton. Fanut. de pignorib. in 4. membro, 3. part. num. 97. Ripa in dict. l. dabimus, §. 1. num. 9. Petrus Surdus de aliment. art. ultim. quest. 44. nu. 6. Gregorius Lopez in l. 23. Gloss. de los guardadores, tit. 13. part. 5. Cavalcan. de tut. n. 225. Gutier. de tutel. 2. p. c. 16. n. 13. Et c. 17. n. 17.

83 ¶ Por vltimo, contra estos pro tutores concede el Derecho à los menores, todos los preuilegios que le competen contra los verdaderos tutores, l. dauimus, §. 1. cum Gloss. ff. priuileg. credit. Arcin. conf. 29. column. 1. Bacta de decim. iut. c. 20. num. 3. l. 1. vbi notatur, ff. eo qui pro tutor. Arcin. conf. 29. solum. 1.

Tum

¶ Túm sic, si don Manuel Ossorio pro-
cedió en esta tutela, tanquam tutorem putatiuum,
y contra él, á los menores les compete el mesmo de-
recho que contra los verdaderos tutores, es preciso,
quod prius agatur contra tutorem putatiuum, sicut
si verus esset tutor.

85 **¶** Quod fulcitur ex vulgari iuris regu-
la, quod prius agatur remedio ordinario, quam suc-
cediario, aquel se concedç á los menores, contra los
bienes de su tutor, y este in subsidium, despues de fe-
cha la excursion contra los bienes del deudor.

86 **¶** La primera parte desta proposicion
se saca del texto en la *l. quadam, in principio. ff. de
adendo*. Y hablando de menores es el texto en la *l. in
causa 17. ff. de minoribus*, Mauric. *in tractat. de in
integr. restitut. cap. 11*. Sphorcia *in eodem tractatu,*
part. 1. q. 17. Caldas Pereyr. *in l. securatorem, verb.*
per quod pristinum, num. 16. & verb. *implorare,*
num. 9. C. de in integr. restitut. Paz *ad leges stylis, l.*
171. num. 1. Barbol. *in l. quia tale, num. 63. ff. de
soluto matrimon. Zazius lib. 1. responsor. capit. 20.*
Menoch. *de recuperanda, remed. 15. num. 12.* Mor-
la *in emp. iur. part. 1. tit. 5. quest. 3. n. 2.* Alphanus
colect. 755.

87 **¶** Luego mientras no constare que la
parte de don Baltasar Ossorio de Pareja (hablo en lo
regular del Derecho) ha procedido á la cobrança de
el alcance de su tutela contra los bienes, y herederos
de don Manuel Ossorio, ò ya se considere como tu-
tor legitimo, ò ya como putatiuo no podrá recurrir
contra los deudores de su tutela que pagaron á el tal
tutor.

88 **¶** Bien prueua la pond'acion referi-
da, assi en la primera, como en la segunda parte, to-
el titulo, *ff. de eo qui pro tutore, vel curatore negotia
gessit, specialiter la 1. eiusdem tituli, ibi: Nam
quia plerumque incertum est, utrum quis tutor an
verò, quasi tutor pro tutore administrabit intellã;*

id circo in utrumque casum actionem scripsit, ut siue tutor est, siue non sit, qui gessit actione tamen tenetur. Adonde el Jurisconsulto primero dá la accion contra el tutor putatiuo, que no contra aquel con quien contraxo. Lo mismo consta del §. *quare* del mismo texto, ibi: *Pro tutore negotia impuberu gessit tenebitur, §. sed et si prius, §. si qui quasi tutor,* con todos los demas textos siguientes del mismo titulo. Iuan Gutierrez *de tutelis, 2. part. cap. 17. num. 1.*

89 ¶ Revalidase mas lo referido, con auer don Baltasar Ossorio pedido cuenta, y particion de los bienes de su tutela, sin exceptuar cosa alguna (menos las partidas liquidas que huviessse contra D. Manuel Ossorio) con que es visto querer primero hazer la excursion contra él, para no poder retroceder contra las acciones subsidiarias que pudiera intentar, Paz *in practic. tom. 1. part. 5. cap. 2. num. 2.* Pues solo se pueden duplicar, y variar los juyzios, quando per viam exceptionis opponuntur, vt interminis docet Dom. Salgad. *de Regia protect. 4. part. cap. 7. num. 101.* Parlador. *lib. 2. rerum quotidia- nar. cap. 10. num. 8.* Y assi auiendo en este caso el mismo elegido vna vez la accion de proceder contra el verdadero deudor, que era don Manuel Ossorio, no puede vtialia actione, ex doctrina Iassonis, *in l. nulli prorsus, num. 3. vers. Imò plus, C. de iudic. Surd. cons. 80. num. 36.*

90 ¶ A que no obsta el apartamiento que consta auer hecho de presente don Fernando Ossorio, de que se aparta de qualquiera derecho que tenga de la partida, sobre que se litiga, contra los herederos de Don Manuel Ossorio Calvache; porque auriendose adquirido derecho á Fernando Lopez Matos, por el pedimiento fecho por don Baltasar Ossorio contra su tutor, y sus herederos, no puede sy elegir nueua accion, doncc illa finita sit (hablo en ca caso que Fernando Lopez Matos pudiera estar obli-

obligado in subsidium) *in leg. qui potest* 174. §. *quod quis*. ff. *de regul. iur.* ibi: *Quod quis si velit, habere non potest; id repudiare non potest.* Quiso don Baltasar Ossorio cobrar de su tutor lo que podia: a parte de este derecho por cobrar lo que no podia, sin el apartamiento estê elegida vna vez la accion, y la persona contra quien agebat, no pudo repudiarlo, ibi: *Id repudiare non potest.*

91. ¶ La razon pende de lo que notan los Doctores en la l. 1. C. *de pact.* *Quod ius competens de futuro* (que era el que podia tener don Baltasar, caso que se le concediera la accion subsidiaria) *sub aliquo euentu non potest renuntiari.* Ad quod facit textus in l. *si ita scriptum* 45. §. *si sub condit.* ff. *de legat. 2.* ibi: *Si sub conditione, vel dic certa nobis legatum sit ante conditionem, vel diem certam repudiare non possumus, nam nec pertinet ad nos antequam dies veniat, vel conditio existat.* Con lo qual, hallandose don Baltasar con derecho de presente contra su tutor, y sus herederos la renunciacion, para no proceder contra ellos, no puede perjudicar al tercero contra quien de presente no tenia derecho alguno.

92. ¶ Y solo esta renunciacion pudiera tener lugar, quando Fernando Lopez fuera citado para ello, calidad que falta en este negocio, para lo qual se vea a Alvaro Valasco, *tom. 2. consultat. 135. an. 10.* interminis Mendez de Castro *in practica, lib. 3. cap. 2. num. 60. l. fin. §. item si produxerit*. ff. *naui caupones, et stabularij*. Gloss. in l. *alimenta*, C. *de negotijs gestis.*

93. ¶ Menos obsta el testimonio presentado por parte de don Baltasar, por el qual se manifiesta auer hecho protesta en la petition, en que pidió cuenta a su tutor, de que se la pedia con protesta cion de pedir las partidas liquidas contra quien huviesse lugar en derecho, y se las detuiesse ad quod multipliciter satisfit.

Primò,

94 ¶ Primò, porque esta protesta està en-
tre renglonada, y no salvada: y auendosi en la mis-
ma peticion protestado el pedir lo liquido contra
don Manuel Ossorio, à lo vltimo della no se auia de
hazer la protesta de que se vale el dicho don Baltasar
en medio de la dicha peticion, y sin salvarse, como
están otras en la misma peticion.

95 ¶ Por lo qual nullius est momenti ta-
lis protestatio, vt tenet interminis Azeuedo in l. 3.
titul. 25. libr. 4. Recopilat. num. 49. Mascardo de
probationib. concl. f. 1264. num. 16. Alexand. conf.
14. num. 4. lib. 5. Et nulla ipso iure. Y mas individ-
ual para las interlineaduras, que es esta de nuestra
peticion, à que los Iurifconsultos llamaron, *super in-
dictiones*, in l. 1. §. 1. ff. de his qua in testamento de-
lentur. Menoch. de arbitrarijs, cas. 187. n. 40.

96 ¶ Item, si conforme a Derecho, esta
protesta le bastaua, caso que fuera cierta, y hecha en
tiempo, para poder proceder contra Fernando Lo-
pez Matos (antequam facta esset excusio) ad quid
se apartò segunda vez por peticion que presentó an-
te Iuan Lopez de Yeste, y don Antonio Vazquez su
suegro, despues de començado este juyzio, no pu-
diendo hazer dicho apartamiento, cession, ni muta-
cion de accion, l. 13. tit. 7. partit. 3. Afflictis decis.
354. n. 22. Iacobus de Arena de cessione iuris, n. 7.
Sebastian de Medicis de casibus fortuitis, part. 1.
9.7. n. 27.

67 ¶ Ex quibus clare constat, que las pa-
gas fechas por Fernando Lopez Matos fueron legi-
tima, pues in rei veritate, por el señor don Ceferino
Tomas don Manuel Ossorio Calvache factus fuit
tutor, por don Manuel de Oliuares se le diò segunda
licencia, ó discernimiento, como consta de la pro-
uança, y à saltar lo referido habitus fuit pro tutore,
y como pariente mas proximo, y à quiè de derecho
tocaua legitimè fuit habitus pro tutore, & quamuis
falsus tutor, se deue cobrar de sus bienes, y en esta for-

ma lo intentò don Baltasar, con que òy no puede variar el juyzio, ni la accion, y mas quando es notorio los muchos bienes que dexò de que pagar todo el dicho debito, omitiendo la falta de autos, y demas defectos que quedan referidos.

III. DVDA: 22

98 **E**L Mayor connato de don Baltasar Oso-
rio es, de que las pagas hechas por orden
de su tío, y tutor, no tienen fee de paga, y
que así no se han de hazer buenas à Fernando Lo-
pez Matos, fundado, por dezirse fer esta necessaria
para que perjudique al menor.

99 ¶ Reprovò el Derecho la demasiada su-
tileza en las causas, por repugnar à la Sabiduria, *l. pe-
nult. C. ad Senat. Consult. Trebellian. ibi: Nec sub-
tilitas ad perniciem reuertatur, l. si seruum, §. sequi-
tur, et §. quia, ff. de verbor. obligat.* Mastrillo de
*magistrat. lib. 2. cap. 2. num. 87. Bobadill. lib. 1. po-
litic. cap. 6. num. 16. litter. C. Mieres de maiorat. 2.
part. quest. 6. num. 4. et sequentib.* Con que siendo
verdaderas las pagas que por orden de don Manuel
Osofrio Calvache hizo Fernando Lopez Matos, es-
tar estas aprouadas de presente por don Baltasar Oso-
frio de Pareja por los medios que quedan referidos;
y aunque solo estuvieran verificadas por coniectu-
ras, bastara para suplir la fee de paga, que se pretende
fer necessaria, ita in terminis Gratian. *disceptat. so-
rensi. cap. 873. num. 7. ibi: Ita ut etiam in hoc suffi-
ciant coniectura, et presumptiones ad inducendam
talem numerationem ex confessione facta per tuto-
rem de recepto secundum quas ita debet iudex arbi-
trari.* Idem Tiraquell. *de retractu conuentionali,*
§. 4. glos. 6. num. 13. in fin. vers. Et ita etiam notat,
*fol. 557. post Alciat. in l. 2. §. ultim. ff. si certum pe-
tatur.*

100 ¶ Conque querer de presente el dicho don Baltasar Ossorio oponerse contra las dichas pagas, por ser solo hechas per confessionem de recepto est deuiare à via recta, & quaerere eam, quæ ex circuitibus vtilius redditur, siendo contra la buena razon, y politica, vt tenet Redin. in proœmio Digest. num. 15. fol. 47. Bellus de re militar. part. 9. tit. unico, num. 10. Couarruv. libr. 1. variar. cap. 3. nu. 16. Pues ni aun en las causas publicas parece licito anteponerla conveniencia propia à la verdad que se conoçe: *Omnis quidem utilitas publica fidei debet ratione compleri, quia totum vitiosum geritur, ubi conscientia puritas non habetur*, Casiodor. lib. 7. variar. cap. 32.

101 ¶ Con que es preciso ajustar la resolucion de los Doctores, quando las mas dellas son extra casum nostrum, presuponiendo por constante, como queda dicho, la declaracion que don Manuel Ossorio Calvache haze en su testamento, en que confiesa con particularidad auer cobrado. El reconocimiento que judicialmente haze don Baltasar Ossorio de Cayzedo, afirmando sub iure iurando, auer cobrado de Fernando Lopez Matos, de orden de su padre, 22450. reales, la aprouacion que de esta, y de otras pagas haze, por carta de 26. de Junio del año pañado de 57. don Baltasar Ossorio de Pareja.

102 ¶ La disputa de los Doctores an confessio de recepto facta à tutore noceat minori suscito, Bartulo. y Iuan de Platea in l. 2. C. de conueniendis fisci debitoribus, lib. 10. Gregor. Lopez en la l. 60. titul. 18. part. 3. glos. 5. Iuan Gutier. de iuramento confirmatorio, 1. part. cap. 50. Surd. decis. 229. Gratian. de septat. forens. cap. 873. num. 4. & cap. 767. num. 56. Menoch. conf. 31. num. 35. & conf. 479. num. 1. Los quales refieren otros muchos, que por no dilatar omito, de stos referida la resolucion, se alcançará la de los demas, y asistir à Fernando Lopez Matos la de Derecho, y ser las pagas, sobre que se libra legítimas. La

103 ¶ La primera razón que reconoce por paga legitima la que se haze al tutor quamuis adfit confessio de recepto, es la del texto en la *l. Lucius 46. §. tutela, ff. de administrat. tutor. ibi: Tutella iudicio tutor Conuentus edidit librum rationum, & secundum eum condemnatus soluit; postea cum a debitoribus paternis quorum nomina in libro rationum non erant exigere vellet pupillus, & prolata, sunt ab ijs apocha tutoris. Quasitum est vtrum aduersus tutorem an aduersus debitores actio minori competat? Paulus respondit; si tempore administranda tutela tutori tutelam gerenti debitores soluisent, liberatos eos ipso iure a pupillo.*

104 ¶ De partidas de que vn tutor no se cargò en la cuenta, ni las auia escrito in libro rationum, tratò el menor de cobrar de los deudores. Preguntado el iurisculto. *Quid iuru?* Respondiò, que si tenian carta de pago de el tutor, *liberatos esse.*

105 ¶ La primera razon que se faca de el texto es, que la carta de pago simple del tutor, sin fee de paga, inducit liberatione debitoris. Vt patet ex dictis, & ex gloss. verb. *apocha, in dict. §. tutela, Iuan Gutierrez, de iuramento confirmatorio, 1. part. cap. 50. num. 7. ibi: Et subdit gloss. in verb. apocha, scilicet, in quibus de debito fuerat tutor confessus se recepisse, l. quod si forte, §. curator quoque, ff. solutionibus, l. 1. C. si aduersus solutionem, Tiraquell. de retractu lignagier, §. 1. gloss. 13. num. 22. & sequentibus.*

106 ¶ La segunda ponderaciones, quod debitores, en la especie del texto referido, cõsequuntur liberationem quamuis tutor, en la cuenta no se aya cargado de las partidas de que el dendor muestra carta de pago, ibi: *Quorum nomina in libro rationum non erant.* Y la razón que dà Alexandro in *l. 2. §. fin. ff. de rebus credit. Et sic etiam petatur ad hoc, ut confessio de recepto in tutore praeter liberatione est,*

*est, quia habet mandatum generale à lege vt adm-
nistret, & accipiat bona minoru. Citando la glos.
in l. mandatò generali, ff. procuratoribus, Felin. in
cap. fin. circa finem, de prescript. Surd. decision. 229.
num. 23.*

107 ¶ Sien la especie desta segunda con-
sideracion, el tutor que ocultò las partidas prestat li-
berationem debitori, quando este muestra carta de
pago simple, en que el tutor confiesse se recepisse à
maioritate rationis, quando no oculta las partidas,
y las manifiesta el deudor, deue conseguir libera-
cion; y mas quando en este caso se halla con la carta
de pago presentada, y por don Baltasar Ossorio de
Cayzedo en este juyzio; declaracion fecha por Don
Manuel Ossorio de Calvache en su testamento, en
que declara auer cobrado de Fernando Lopez Ma-
tos.

108 ¶ Obiter, es de advertir q̄ la causa de
la disputa de los DD. an confessio de recepto noceat
tutori, solo ha lugar por euitar el fraude, mas quãdo
no le ay cessat tunc disputatio, vt ex citandis videbi-
tur, y de la ponderacion siguiente.

109 ¶ La tercera ponderaciõ que los Do-
ctores sacan deste texto, y en especial Iasson *in l. 2.
§. fin. num. 20. ff. de rebus credit.* de que se entienda
conditionaliter, ibi: *Si tempore administranda tu-
tella tutori tutelam gerenti debitores soluisse.* Iun-
tando la dicciõ, *si*, con el verbo, *soluisse*, ita quod
sit sensus la confessio de recepto nocet minori, si la
paga fue cierta, & è contrario non noceat confessio
si solutio non fuit vera adhuc, en este sentir, y inter-
pretacion son seguras las pagas de Fernando Lopez
Matos, pues consta con verdad auer pagado por or-
den de don Manuel Ossorio de Calvache.

110 ¶ Primò, con la declaracion que judi-
cialmente ha hecho don Baltasar Ossorio de Cayze-
do, en que confiesse auer recibido las cantidades cõ-
tenidas en el recibo, presentado de ordẽ de su padre,
decla-

declarando los efectos en que di tribuyò el dinero en el contenido, que fueron 22450. reales, el qual prueua plenamente Caputaquer f. decif. 267. Gratian. f. renf. cap. 151. num. 23. & cap. 111. num. 23. & fequentib. Menoch. de arbit. casu 99. numer. 13. Ioseph. Ludouic. conclus. 7c. vers. Fallit primo, quia agit de facto proprio. Y así su declaracion basta solamente en este caso.

111 ¶ Secundo, se confirma con la carta de veynte y seys de Junio del año passado de 57. escrita por don Baltasar Ofsorio de Pareja, á Fernando Lopez Matos, cuyas palabras son las siguientes: *Quedo entendido como diò á mitio, ó á mi primo, con credito suyo, 22450. reales, y la letra de dos mil reales que v. m. diò por su letra al Duque de Infantado, y los 5800. reales que v. m. diò á mi primo por mi orden, á mi se me ofrece oy la cuenta de la tutela con mis primos, y me es necessario, v. m. se sirva de venir presto, y traer los vales de mi primo, y tío, y sino, remitirlos al señor Pedro Lopez Matos, porque me baran falta muy presto.*

112 ¶ En carta de 6. de Março de dicho año, escrita por el mismo don Baltasar á Fernando Lopez, confirma, y aprueua la certeza de las pagas mencionadas, ibi: *Necessito de los recibos, que me dará v. m. remitir á quien fuere seruido, para que yo cobre la cantidad de sus herederos del dicho mitio, q̄ necessito de poner cuidado en esto, tanto por cobrar, como por sauer el dinero que tengo para reparar mis posesiones.*

113 ¶ Estas cartas reconoce don Baltasar Ofsorio de Pareja en 19. de Setiembre deste año de 58. con que dellas salen dos ponderaciones. La primera, el quedar prouada la paga con el reconocimíento dicho, como con el fecho por don Baltasar Ofsorio de Cayzedo. Lo segundo, que don Baltasar de Pareja elige por deudor á los herederos de mitio, con que queda aprouada la paga, sin que se pueda recla-

mar, argument. text. in l. Pomponius, ff. de negotijs gestis, Viuianus decif. 98. num. 12. lib. 1. Giurba decif. 24. num. 29. Surd. conf. 18. num. 2. Et cor. f. 351. num. 41.

114 ¶ Ni puede obstar a lo referido la restitucion que pide don Baltasar Ossorio de Pareja contra dichas cartas (como abaxo se vera) antes della facta vna consecuencia llana, que pofsee el Derecho concede el beneficio de la restitucion, porque el acto, contra el qual la da, es cierto, y valido, pues contra el acto nullo, y invalido, no se admite, l. in cause 13. ff. de minoribus, notatur in l. si vero 12. §. adolescens. ff. mandati, Et in cap. 2. de offic. iudicis, Rebuf. in tractat. de in integrum restituit. gloss. 2. num. 10. ibi: Non restituitur si contractus est nullus incertus aut imbalidus. Con lo qual, si don Baltasar Ossorio de Pareja pretende cobrar segunda vez de Fernando Eopez Matos, fundado en la restitucion que tiene pedida por el acto, solo de auerlo intentado, se verifica auer sido cierta la paga, pues de otra suerte no pudiera intentar la restitucion, argument. textus in l. 4. §. condemnatum, ff. de re iudicat. l. neq. vllam, §. si quis absentis, ff. de petit. hereditatis, cap. ad dissol. vendum, de desponsat. impuberum; Narbona in l. 10. gloss. 5. num. 15. titul. 6. lib. 1. Recopilat. alter de atate, & qualitate anno 10. cum dimidio, quest. 10. num. 39. Gratian. disceptat. forens. cap. 777. numer. 8. Et 34.

115 ¶ Y assi siguiendo la opinion de Iafson, de que el §. tutelle; se deue entender condicionalmente, id est, si sol. uissent. Y aqui esta verificada la paga, demas de la confesion de recepto, fecha por don Manuel Ossorio de Calvache, con los reconocimientos fechos por yno, y otro don Baltasar, como parece de los autos, & in terminis tenet Ioannes Gutierrez, dict. loco, num. 7. ibi: Ita demum liberari debitor pupilli exhibentes apochas tutoris de recepto. Si sol. uerint hoc, est si probatum fuit eos sol. uisse.

Y mas

20
Y mas en terminos lo trae Zazio *libr. 1. responsorū,*
respons. 21. citado per gloss. verb. *apocha, in dict. §.*
tutella.

116 ¶ En la *l. fin. ff. de infortia action.* se
disputo la question presente, y resuelve el Iuricon-
sulto, quod valeat confessio de recepto, contra el se-
ñor, qui in mensa nummularia possuit libertum. Y
en la *l. qui seruum. ff. de interrogatorijs actionibus,*
se resuelve lo mismo con el §. 1. de la *l. proinde. ff. ad*
legem Aquiliam, y se nota en la *l. qui testamentum*
27. ff. de probationib.

117 ¶ Los Doctores todos que disputan
la materia, tienen por constante, quod confessio tu-
toris noccat minori, sin que sea necessario fee de pa-
ga, quando esta se prueua por otro medio alguno, aũ
que sea por cõjecturas, como que da dicho, ita in ter-
minis Abbas Panormit. *in cap. ultim. num. 44. de*
prescript. Inimola num. 26. Paulo Parisio num. 54.
ũterque ibi Angelus conf. 245. num. 8. Belamera de-
cis. 695. verb. confessio, column. 1. Rot. in nouis.
titul. de confessis, decision. 3. Afflictis decision. 168.
num. 4.

118 ¶ Yaunque algunos Doctores hizie-
ron distincion entre la confessio del tutor, ad obli-
gandum ipsum minorem, aut ad liberandum eius
debitorem, resuelven que en este segundo caso va-
let confessio de recepto, vt videre est apud Craucta,
conf. 494. num. 20. verif. Neque obstare, ibi: Paulus
de Castro in dict. consil. 34. lib. 1. Voluit referre
an fiat confessio obligandi causa, quando tutor con-
fitetur pecuniam, mutuam accepisse, & non nocet
an liberatione debitoris, & illa probet.

119 ¶ Pedro Surdo indistintamente aprue-
ua la opinion de Craucta en la *decis. 229. num. 23.*
ibi: *Quia confessio de recepto facta a curatore no-*
cet minori, vt voluit gloss. in l. Lulius, §. tutela, ff.
de administrat. tutor. Bald. & Angel. in l. obstauit,
C. de nouat. Angel. in l. a Diuino Pio, §. sed si emp-
tor,

tor, ubi etiam Immola, ff. de re iudicata, Bald. in l. omnes, §. fin. C. de quadrienni prescript. Immola in l. si debitorem, ff. de noationibus, Castrensis consil. 294. num. 2. lib. 1. Immol. in l. quod stipulatus, in fin. ff. de solutionibus, Cumanus cor. f. 24. §. consil. 31. Barbacia cons. 16. in 2. dubio, volum. 3. §. cons. 54. column. ante penultim. volum. 4. Curtius iunior, in l. 2. §. observari, num. 9. C. de iuramento calumnie, §. cum hac parte transit, Straca de adiecto, part. 3. num. 126. ubi sequendo Immolam, §. Alexandram, in leg. 2. §. creditum, numer. 8. ff. si certum petatur. Restrigit se ad aliam solutionem, §. videtur admittere quid confessio probet, quia tutor, §. curator habent generalem administrationem, cum libera a i. re, Antonius ab Alexandro in d. §. quod observari, column. 2. quæ citat, §. sequitur Felin. in cap. fin. c. fin. ubi dicit hoc esse verum, quando confessio tenet ad liberandum.

120 ¶ De dicho se facia por razon verdadera, que aunque fue disputable entre los Doctores, an confessio de recepto per iudicet maiori, fundados en la l. certum §. sed an §. ipsos, ff. de conf. sis, ibi: Procuratores, vel tutores, vel curatores facteri sufficiat videamus? Et non puto sufficere. Leyendose la primera parte de el, se hallara que el Iurisconsulto habla quando el menor en juyzio, preguntado respondiò por el tutor, ò curador, ibi: Non puto sufficere, porque como es acto personal, el menor es el que ha de responder por si.

121 ¶ Con lo qual, aunque fuera cierta la opinion de los Doctores, que es tan varia, que solo en la razon de vnos à otros toma fuerça, tiene la parte de Fernando Lopez la asistencia del derecho, como queda dicho, y à faltarle esta, le assiste la comun de todos, de que prouado el deuito, aunque sea por conjeturas, vale la confesion de recepto, hecha por el tutor. Y parece, que en este caso à faltar tanta asistencia de derecho, demas de la equidad que

con el queda ponderada hallar don Baltasar Ossorio de Pareja bienes bastantes en los herederos de Don Manuel Ossorio de Calvache su tutor de que poder cobrar, para que así de presente figa el juyzio de cuentas que tiene intentado.

122 ¶ Considerando también ser muy posible de que resulte alcanzado el dicho don Baltasar Ossorio de Pareja en la cuenta, y acreedores contra el los hijos de don Manuel de Calvache su tutor. Con que hallandose oy don Baltasar Ossorio de Pareja siguiendo esta causa, en virtud de la cedula que Fernando Lopez Matos otorgò à favor de su tio, como varias vezes queda ponderado, es preciso aya de passar por todas las calidades della, y en especial, por la de la calidad de la paga, fecha al dicho D. Manuel Ossorio Calvache su tio; tercero con quien se contratò, y causarfe de la paga, à el fecha liberaciõ, como demas de lo dicho lo nota el señor don Antonio Cabreròs *de metu, lib. 2. cap. 24. num. 4. ibi: Generaliter est notandum ei esse solvendum, cum quo obligatio est contracta, vel eius consensu alteri aliter enim solutio non liberat, l. qui hominem 34. §. si nullo, l. si quis offerenti, §. 58. ff. de solutionibus, l. inuito 11. C. de solutionibus, Petr. Gregor. lib. 21. sit tagmat. c. 18. n. 20.*

123 ¶ Con que hallandose en este caso D. Manuel Ossorio Calvache parte formal, por aver contratado, legitima, por ser tutor habil para administrar la tutela, por ser tal tutor, como por los autos que con el hizo la justicia, reputandole por tal las pagas que se le hizieron, y de su orden à otro tercero son legítimas, con que no puede perjudicar à Fernando Lopez Matos la confesion de recepto, q̄ es el vnico medio en que se funda don Baltasar Ossorio de Pareja, quando tiene reconocidas las pagas por las cartas que quedan citadas.

124 ¶ Y quando las pagas estan verificadas con medios tan relevantes, como queda ponderado,

rado, aunque el caudal del menor quedasse de todo punto dissipado, y impossibilitado de poder cobrar de los bienes de su tutor, la verdad de la paga acreditaua la verdad con que se procediò; siendo así que bastauan solamente indicios para su verificación, como demas de lo dicho consta del texto en la *l. in ditia certa* 19. *C. de rei vindicatione*, ibi: *Inditia certa, qua iure non respuuntur non minorem probationis, quam instrumenta continent fidem*, & tenet Cancero. *variar. lib. 2. cap. 6. num. 2* 19. Petrus Suro. *decif. 103. per totam*. Y el mismo Cancero en el *num. 1* 19. refiere por esta parte vna decision del Senado de Catalunia en el *num. 120*. con que por todos medios queda justificada la pretension de Fernando Lopez Matos.

III. DVDA.

125 **M**VCHA Fuerça deuen tener las cartas presentadas en este pleyto, y reconocimientos fechos por D. Baltasar Offorio de Pareja, pues le obliga a valer se del remedio de la restitucion, *aut sua facilitate, aut dolo aduersarij. l. si dixerit, l. si dixerit, l. si dixerit, C. de integritate*. En esta duda, aunque la primera parte del texto pudiera tener lugar, la segunda no corre, pues don Baltasar no fue el que contraxo, *nec l. si dixerit*, pues tiene de quien cobrar, que son los bienes de su tutor. Con todo, porque esta quarta tiene connexidad cõ la quinta, y vltima, en ella será preciso incluir la resolucion de las dos, tanto por esta causa, quanto por no alargar mas el discurso.

126 ¶ Son las que prometimos en el principio deste alegato, no auer lugar la restitucion con talas cartas reconocidas por don Baltasar Offorio de Pareja, y que asimismo no valió la potestad que la justicia le diò para que administrara su hacienda.

127 ¶ Habi considerò el Derecho al menor

nor, a quien estaua dada la administraci6n de sus bienes de derecho; consta del texto en la l. 1. *C. de ijs qui ueniam etatis*, ibi: *Etiam si minus idonea rem suam administrare uideantur in integrum restitutionis auxilium impetrare, non posse manifestum est; ne ij, qui cum eis contrahunt principaliter auctoritate circumscripti esse uideantur.* Morla in *emporio iuris*, part. 1. tit. 5. in *praludis*, nu. 9. *ccif.* 4. Gomez tom. 2. *variari*. cap. 14. num. 2. Rebut. ad l. *Gallicas*, tom. 2. tract. de *registris*, artic. 1. num. 33. Caldas Pereira, in l. *securatorem*, verb. *Implo-rare*, num. 47. & verb. *Minoribus*, num. 1. ad *finem*, & verbo; *Infra*, num. 22. Molin. de *iustitia* & *iure*, tract. 2. disput. 224. num. 25. verbi: *Quo loco*. Boer. *decif.* 350. num. 4. por autoridad del Superior por no ser decente, que los contrayentes con que contrataua fuesen engañados.

128 ¶ Y assi dado que don Baltasar pretenda usar de restituci6n. *ex cap. minoris etatis*, aut *ex cap. laesionis*. no debe tener lugar en este caso.

129 ¶ Lo primero, valele para dicha restituci6n por dezir, que quando se le di6 la administraci6n de sus bienes, por capaz; no tenia diez y ocho años, y que assi, que fue ambiciosa la facultad que se le di6 para gouernar su hacienda. Bien responde el Emperador a esta ambici6n en la l. 2. *C. si minor maiorem se esse dixerit*, ibi: *Si is qui minorem nunc se esse assererat fallaci maioris etatis mendacio te deceperit; cum iusta statuta iuris errantibus, non etiam fallentibus minoribus, publica iura subueniant, in integrum restitui non debent.* Si engañ6 al Iuez don Baltasar, para conseguir la administraci6n de su hacienda, no pida restituci6n contra los actos que haze, si no contra su engaño, in idem est text. en la l. 3. del proprio titulo, l. 6. tit. 19. part. 16. Menoch. de *presumpt.* lib. 2. *presumpt.* 51. num. 41. Gutier. in *Authentica Sacramenta puerum*, num. 56. *C. si aduersus venditionem*. Afflic. *decif.* 396. num. 12. Con

¶ Con que sien la especie del texto, y Autores citados, el menor que contrac, dicens se maiorem non restituitur, menos la consigue, quando engañando al juez cõsigue facultad para poder cõtraer, porq̃ si tuvo capacidad, sagacidad, y industria para engañarle, no puede vfar de dicho remedio, *l. in consilio. C. qui, & aduersus quos, ibi: Dili gēs pater familias fuerit actibusq̃ publicis induftrium se docuerit, et la sum eum per atatem verosimile non sit, vbi Barb. in collectanea.*

¶ No es decente tener capacid. ad para solicitar testigos que acrediten su edad, don Baltasar Ossorio de Pareja, y querer contra los actos, y aprouaciones, que haze restitucion, cum turpe sit Patricio, viro ius in quo versatur ignorare, *ex l. 2. §. quintus mucius, ff. de origine iuris, Boer. decis. 350. num. 6. Mauric. de restitutione, cap. 223. Caldas, in l. securatorem, verb. la sis, num. 35.*

¶ Sigue se a lo referido, que la aprouacion que hizo don Baltasar Ossorio de Pareja, en virtud de las cartas mencionadas, y reconocimiento judicial, que fue despues de habilitado por mayor, y en este caso la *l. 1. y 2. C. si maior factus ratum habuerit. Decio consil. 232. column. 3. Alex. consil. 117. lib. 3. Cornuus consil. 36. lib. 2. & consil. 207. lib. 3. Caldas in l. securatorem, verbo, la sis, num. 82. Baldus consil. 54. & 184. lib. 2. Castrenf. consil. 180. in fin. lib. 1. & consil. 36. num. 2. lib. 2. Le oc negò la restitucion, aut quia animus eius dolosus est, & arbitrium non sequitur imperat̃is, sed sua potius explicat voluntates, Casiodor. lib. 1. varias rum, cap. 13.*

¶ Y q̃ se le deniegue la restituciõ al menor, quando por el estatuto municipal, reputatur pro maiori, & factus est habilis ad contrahendum, como se reputa en nuestra España, para que pueda gouernar, y administrar sus bienes aunque re vera sca menor, porque en este caso efficitur habilis, como lo notò Angelo en *l. unie. C. de momentanea posses-*

23

sessione, num. 4. Paul. de Castr. in l. momentanea, num. 3. Et 4. C. qui legitimam personam, Bald. in l. cum lege. ff. de arbitris, Alexad. in l. more, in fin. ff. de acquirenda hereditate. Iasson in l. sciendum, n. 33. ff. de verb. significat. Boer. decis. 350. Roland. à Valle consil. 7. num. 17. lib. 3. plures Caldas in l. procuratorem, verb. implorare, n. 49.

134 ¶ De lo dicho se haze iñcion a lo que dexamos notado, de que elegida vna vez la accion por D. Baltasar Ossorio de Pareja, no puede variar, sino que deue hazer execucion contra el tutor, y sus bienes; porque en este caso no quiso el Derecho gozassen del beneficio de la restitucion; porque solo concedió remedio, para que pudiesen cobrar de los bienes de aquel, cuius factio lasi inueniebantur; prout est tutor, & procurator, *l. properandum, §. fin. C. de iudicijs, l. cum mandato, ff. eodem. Gratus conf. 67. in fine, lib. 1. Beroio conf. 120. num. 24. lib. 1. Fulgos. conf. 150. column. penultim. vers. Superest adlegata. Abbas conf. 77. column. 2. in fine, lib. 2. Curtius iunior in l. si ex falsis, numer. 13. C. de transactionibus: in terminis Caldas Pereyra in l. si curatorem, verb. ampliare, num. 33. Con que si D^o Baltasar Ossorio de Pareja se considera lesó en las pagas fechas a don Manuel Ossorio Caluache, pues cobró lo que no podia, segun pretende, contra él, y sus bienes deue seguir su derecho, y para la cobrança de lo que pretende.*

135 ¶ Por todos medios quiso don Baltasar Ossorio de Pareja excluirse de el remedio de la restitucion en el caso presente (dado que legitima-mente la pudiera pedir, como luego se vera) pues reputado por mayor, segun el auto que don Antonio Vazquez su suegro proueyó, en que le dá facultad para que administre, y cobre sus bienes escrivie a Madrid, aprouando, y calificando las pagas, segun las cartas mencionadas, y reconoeidas por él, con q̄ succede la regla de la *l. fin. C. si maior factus ratiun*

habuerit. Adonde el menor non restituitur, etiam si laesus, quando factus maior tam per legem, quam supplementum etatis si factus talis ratum habuit, siue tacite per quinquenij lapsum, siue expresse, como en este caso, Decio conf. 232. colum. 3. Alexan. conf. 117. lib. 5. Cornuus conf. 36. lib. 2. Et conf. 207 lib. 3. Roman. conf. 54. Paul. Paris. conf. 49. pertotiu, lib. 1. Bald. conf. 54. Et 184. lib. 2. Paul. Castrenf. cõ sil. 180. in fin. lib. 1. Et conf. 36. num. 2. lib. 2. Caldas in l. securatorem, verbo, Laesis, n. 82.

136

¶ Pro coronide es de reparar, que no ay acto ninguno en este pleyto, contra el qual no ay a pedido restitucion don Baltasar Ossorio de Pareja, y solo noto, que no la ha pedido contra el acto ambicioso que en sus alegatos dize ser aquel por el qual su suegro le haze habil para gouernar su hazienda, siendo asi que contra esta licencia, y facultad de poder vsar, seu venia administrandi, era contra la que auia de auer intentado, y pedido el remedio restitutorio, por ser constante de todos los Doctores ser validos todos los actos hechos por el menor, postquam habitus fuit pro maiori, menos en el caso de que contra la misma venia, y facultad pida restitucion, vt notauit glos. in l. C. de ijs qui veniam atatis, Caldas. Pereyra in l. securatorem, verbo, Laesis, num. 85. Adonde cita a Bartulo, Baldo, Fulgolio, Rebuffo, Mauricio, Cino, Paulo de Castro, Siliceto, Carol. Ruino, Cornuo, y otros: adonde disputado la materia, asienta por constate no gozar el menor del beneficio de la restitucion, si no es que primero la pide, y se le concede: quia probat se esse laesum, por que entonces podra correr la restitucion contra los contratos, y aprouaciones que hizo despues, que fue tenido por mayor, y de otra manera no se le concede remedio ninguno extraordinario.

137

¶ Que esten aprouadas todas las pagas hechas por Fernando Lopez Matos: aemas de lo

lo referido es de notar, que don Baltassar Ossorio de Pareja entre las alegaciones que haze, es dezir, que las cantidades pagadas a su tutor, y curador, no fueron por cuenta de el debito sobre que se litiga, si no por otras que Fernando Lopez tenia con el dicho D. Manuel Ossorio.

138 ¶ Esta circunstancia no está prouada, con que de ella sacó por consecuencia verdadera, q̄ no pudo ser la paga si no por cuenta del debito, que estáua contraido, & solutio siempre se entiende hecha in duriores causam, Gabriel Pereyra *decis.* 85. nu. 1. & in simul facta animo compensandi, *l. etia,* §. si debita, de bonis libertor. *l. creditorem* 85. delegat. 2. Costa in cap. si pater 1. part. verbo, *Legauit,* num. 19. de testament. Barbof. in *l. si cum dotem,* §. si pater, nu. 1. ff. solut. matrim. Caldas lib. 1. forens. *quæst.* 16. Castillo *quotid.* libr. 1. cap. 47. numer. 6. Mantica *de coniectur.* lib. 10. tit. 2. Con lo qual las pagas fechas por Fernando Lopez Matos à don Manuel Ossorio de Calvache, y de su orden es cierto en tenderse hechas por cuenta de el debito que deuia, pues no se ha prouado otro alguno.

139 ¶ De lo dicho corre con seguridad, la pretension de Fernando Lopez Matos; pues consta ser tutor legitimo de don Baltasar Ossorio de Pareja, don Manuel Ossorio Calvache su tio, ser el principal contrayente auer seguido este juyzio dō Baltasar, con las calidades intentadas por su tio, no gozar de priuilegio de menor en este caso, no auer pedido restitucion contra la licencia que se le dió para administrar sus bienes, que es lo principal que se deuia auer inrentado, y pedido estar prouadas las pagas, y reconocidas por el dicho don Baltasar, auer comenzado este juyzio contra los herederos de su tio, y ser preciso continuarlo con ellos, tener los susodichos bienes bastantes de que poder pagarle en caso que alcance en las cuentas de la tutela, pues es muy contingente que don Baltasar sea el alcan-

çado; pues le alimentò su tío todo el tiempo que fue
su tutor; or le reparò su hazienda, hizo con el, y con su
hermana, gastos extraordinarios de mas de los di-
chos alimentos, no ser justo, dado que fueran incier-
tas las pagas fechas por Fernando Lopez Matos, q̄
niego, hasta tanto que estuuiera hecha la cuenta, y
reconocido a lo menos el alcance, y que era difícil
su exaccion por falta de bienes. Mas faltando todo
esto, parece se assegura la pretension de Fernando
Lopez, para que se reuocque el mandamiento de exe-
cucion, y se le hagan buenas las pagas fechas. Et ita
operatur. Salva in omnibus, &c.