



# JESVS, MARIA, JOSEPH.

BREVES APVNTAMIENTOS EN QVE SE PRETENDE MANIFESTAR la justicia que assiste à Don Andres de Prados, y Vgarte, vezino, y Regidor perpetuo de la Ciudad de Malaga.

EN EL PLEYTO.

CON D. IVAN MANSO MALDONADO, A QVE HASALIDO D. DIEGO Enriquez coadiubando su derecho, vezinos ambos de la ciudad de Vlez.

**S**Vpuesto el hecho, qué es cierto, y consta del proçesso, passaremos a ponderar los fundamentos de derecho con que Don Andres de Prados pretende manifestar su justicia, y para mayor claridad le dividirá esta alegacion, ò informe en tres articulos. En el primero se disputará, *viz*, si por la venta que se hizo del cortijo de la Mue'a en la forma que consta en el p'rito pasó a el Don Juan Manso, libre de la hipoteca que contra el tenia el dicho Don Andres por la tutela de su muger. En el segundo, si caso que no se extinguiera la hipoteca, será necesario hazer primero, y antes que se proceda contra el cortijo, legitima excusion contra Don Gabriel de la Oliva, fiador que fue de la Doña Ana de Santiago. Y en el tercero, y ultimo, que en caso de no ser necesaria, si por averle hecho *el inventario*, y particion de los bienes de D. Ana de Santiago sin citacion de D. Juan Manso, y D. Diego Enriquez, y por el pago que por estos se alega hizo à D. Andres D. Ana de Santiago su suegra, se confundieron las acciones, y se extingió la que D. Andres tenia contra el dicho cortijo. Y en todos se discutirá con brevedad.

## PRIMERO ARTICULO.

1. **¶** En este primero articulo nos parece, que el cortijo de la Fuente de la Mue'a, por la dicha venta, no se libró de la hipoteca que contra él tenia D. Andres de Prados: y para mayor claridad se ha de suponer que ya se considere por valida, y cierta la obligacion hecha por D. Ana de Santiago, que está a contiunacion de los autos del inventario, y de la cuenta, y particion que se hizo por la muerte de D. Juan Tribiño, su marido, y otorgada en Torrox en 6. de Setiembre 1676. ò no: y que solo subsiste, y es verdadera la obligacion otorgada por la susodicha en 5. de Julio del año de 1674. en que dió por fiador à D. Gabriel de la Oliva, siempre quedó hipotecado el dicho cortijo à la tutela de D. Maria Tribiño, muger de D. Andres, por la obligacion otorgada el año de 676 expressa, y especialmente, como de ella consta en lo siguiente, *obligo sus bienes, y rentas avidos, y por aver, especial y señaladamente todos los bienes que le han tocado y pertenecido à la otorgante en pago de los bienes doales, &c.* Entre los quales no ay duda se comprehende el dicho cortijo, y que semejante hipoteca sea expressa, y especial, no ha avido quien lo dude, y lo dize expressamente la l. 1. tit. 13 p. 1 por la otorgada el año de 74 tacita, y generalmente; pues tampoco se duda que sin embargo de que el tutor no obligue bienes algunos para la seguridad de la tutela, quedan todos los que tier etacitacion: hipotecados à favor de el pupilo, ò menor, con privilegio, y prerrogativa de preferencia à los demas acredores que tuvieren tacita hipoteca, l. vna. §. 1. C. de rei & foris acatione, l. pro officio, C. de administratione tutorum, l. fin. ff. eodem, l. 23. tit. 13 p. 5. y otras muchas, Gutierrez de tutelis, 2. p. cap. 16. ò n. 10. D. Olca tit. 59 p. 19. & alij.

3. **¶** Y no es de reparo que se diga, que al tiempo que Doña Ana de Santiago entró en la tutela, y otorgó la escritura de obligacion en el año pasado de 74. do fuera el dicho cortijo suyo, porque toda via no se le avia adjudicado en la particion que se hizo por muerte de su marido, porque para que se contraiga la hipoteca general, y

que



queden afectos a ella los bienes del deudor, ó obligado, basta que los adquiera. & quod per mactus sit dominium quasi debitori, l. cum sabinum, §. fin. ff. de pignoriibus, por que como la hipoteca, y gravados los bienes, D. Salgado p. 2. cap. 13. n. 7. cum Negulancio, Ioanne Guierrez, & alij. Con que siendo cierto, que el dicho cortijo fue de la dicha Doña Ana, tambien lo es que quedó afecto a la dicha hipoteca general tacita, y tambien que igualmente quedó afecto el dicho cortijo en la vna como en la otra obligacion, porque en quanto a esto tantum officio hipoteca specialis rem quantum generalis, l. qui generaliter. 2. ff. qui possidet, & l. si generaliter, C. eodem.

4. ¶ Tambien suponemos por cierto, que el comprador de hipoteca, siue à debitor, siue ab alio posteriori creditore pignus, uel hipoteca emat. En lo regular de la disposicion de derecho no queda libre, y puede ser contenido por el acreedor hipotecario anterior, hipotecaria actione, ut rem dimittat, aut seruat, D. Gregor. Lopez in l. 54. tit. 5. p. 5. glos. fin. in fin. D. Castillo lib. 4. cap. 61. n. 72. D. Olea tit. 4. q. 2. n. 19. D. Salgad. in labyrinth. p. 3. cap. 10. n. 14. Porque vna vez adquirido al acreedor anterior el derecho de la hipoteca sin hecho suyo, no se le puede quitar, debitorum 15. C. de pignoriibus, l. si debitor 12. C. de districtione pignorum, D. Olea de actione pignitiam, dicto loco cum multis.

5. ¶ Supuesto lo referido, solo ay la duda en el que compró la hipoteca en publica subhastacion, y qe vendió a instancia, y promiesso de los acreedores, y para hazerles pago: y en este caso es necesario proceder con distincion, ó se vendió la hipoteca a instancia de los acreedores anteriores, y en este no ay duda que la hipoteca pasó libre al comprador de las demas hipotecas de los acreedores posteriores; porque estas como el mismo hecho de la venta se extinguieron, l. 1. & l. cum prior, ff. de distract. pignor. l. 1. C. si anterior credit. pignor. uend. Fontanel. decis. 225. n. 5. Guzman de euiditionibus, q. 34. n. 24. Carlev. de iudicijs, tit. 3. q. 21. n. 9. & q. 21. n. 9. D. Salgad. p. 1. labyrinth. cap. 21. n. 1. D. Olea tit. 4. q. 2. n. 20. D. Larrea decis. 75. n. 12. Y queda el comprador seguro, y libre de las molestias de los demas acreedores, DD. supra citati.

6. ¶ Mas quando se vendió la hipoteca en publica subhastacion a instancia del acreedor posterior, y para hazerle pago entonces, se duda entre los DD. si los Acreedores anteriores podrán inquietar al comprador, mediante la accion hipotecaria, ó totalmente tendrán recurso contra el precio de la hipoteca vendida; y nos parece mas fundada en derecho la opinion de los que figuen, que sin embargo de averse vendido la hipoteca en publica subhastacion, pueden inquietar los acreedores anteriores a quien estava afecta, é hipotecada al comprador: lo vno, porque desto se figuriera; que el derecho que el acreedor anterior tenia adquirido, lo perdiera, y se extinguiera sin hecho ni contenido suyo, lo qual es contra la regla vulgar, id quod nostrum est, & c. ff. de regul. iuris. Y lo otro, porque los vnos acreedores, mayormente los posteriores, no pueden perjudicar a los otros, y con mayor razon siendo anteriores, l. & sum haredem, §. hodie, cum leg sequenti, C. de pantiis. Y fundado en estos textos, y con la autoridad de Scraph. y otros Grat. tom. 1. dicept. 37. n. 34. defiende, que el acreedor anterior tiene eleccion para proceder, ó contra el comprador de la hipoteca, ó contra el precio.

7. ¶ Fontanela en la decis. 223. n. 5. hablando en semejante especie; air, non esse denegandam actionem, a el acreedor anterior, y mas privilegiado contra el comprador de la hipoteca, para que pague, ó dexe la hipoteca, y dá la misma razon, quia per venditionem non fuit sublati ipsius hipoteca. Y lo mismo dize, y defiende Acosta de privilegijs creditor. reg. 3. limit. 3. n. 58. Y el señor Olea con estos mismos, l. & sum haredem, §. hodie, cum leg sequenti, C. de pantiis. Y fundado en estos textos, y con la autoridad de esta misma opinion, y doctrina por mas segura, y conforme a la disposicion de derecho en el tit. 4. q. 2. n. 20. & sequentibus.

8. ¶ Corrobora esta doctrina, y opinion con otro no leve fundamento; y es, que la hipoteca es de tal naturaleza, que no se disuelve, y extingue, sino es que enteramente esté pagado el acreedor, ut ait text. in l. si rem alienam §. omnis ff. de pignoratit. actione, & l. lega. §. etiam, ff. de pignoriibus, & l. haredes 25. ff. familia haredesunda, & alijs quam plurimi, & ita defendis Negulanc. de pignoriibus, §. p. membr. 10. n. 50. Rodriguez de

*manus redibus, lib. 2. q. 1. 62. 34. & Gregorio Lopez in l. 14. tit. 13. p. 5. g. of. vltim. a.* Que se indiere precisamente, que aunque la hipoteca se venda en publica subhastacion, no por esto passa libre al comprador de la hipoteca conrada a favor de los acreedores anteriores, pues no se les dá satisfacion con el hecho de venderse. Luego en questo caso, siendo cierto que el dicho cortijo se vendió por acreedor posterior, puede no ser dudado lo que dice Don Diego Enriquez, y que su precio no se convirtió en pagar a D. Andres, es sin duda, que sin embargo de la dicha venta, quedó afecto, é hipotecado a la renta de su muger.

9. § Y aunque esta opinion no fuera tan cierta, y fundada, si en textos, como en razon, y autoridades [ que si es ] y lo fuera, que solamente tenia recurso el acreedor anterior contra el precio de la hipoteca vendida, esto se debe entender, y limitar si *presumitur* no empero si fuere consumido, porque en este caso, aunque la contumpeccion aya sido haziendo pago a acreedores posteriores, no tiene precision de proceder contra el precio, y los acreedores que lo percibieron; y tiene salvo el derecho, para proceder contra el comprador, ita Carval de iudicij, lib. 3. disp. 22. n. 12.

10. § Secundo, se ha de limitar la referida opinion, y se debe entender, quando la venta, y subhastacion se hizo perfectamente, y con toda la solemnidad necesaria, porque no concurriendo estas circunstancias, aun estando el precio en ser toda via, el acreedor anterior tenia su accion illela contra la hipoteca: ita Carval ubi supra, ibi: *Illud tamen oportet assumadverte, quod creator venit ad iudicium post factam executionem in bonis debitoris ad instantiam creditoris posterioris, & venditionem factam subhastatione rite, & recte, & nulla interveniente collatione equum est ne molestet emptor bonorum sui debitoris, &c.* Y siendo cierto que en nuestro caso la venta de dicho cortijo no fue rite, & recte hecha, como se fundará en el segundo articulo, aun en terminos desta segunda opinion puede Don Andres, como marido de su muger, intentar legitimamente, la accion hipotecaria que tenia contra el dicho cortijo, contra D. Juan Manso, como su poseedor, sin embargo de la dicha venta.

11. § Oponese de contrario, contra lo fundado, que toda via sin embargo de que sea cierto todo lo alegado, toda via quedó libre el dicho cortijo de la hipoteca a favor de la renta de la muger de Don Andres, porque este tuvo noticia del juicio ejecutivo, que se siguió por D. Diego Enriquez contra Doña Ana de Santiago su muger, y de como se sacó al pregon, y almoneda, que esto se presume de que el Procurador de D. Ana de Santiago, y quien por esta siguió el juicio, lo participaria al Don Andres, y su muger, y que mediante esta noticia, no aviendosalido al juicio, ni aviendo contradicho la venta, es visto lo consintió, y que remitió la hipoteca que tenia dicho cortijo tena,

12. § A esta objecion se responde, lo uno, queda noticia de qualquier acto, ó caso, no se presume, sino se prueba clara, y abiertamente, *l. verius. ff. de probatio in casu presumitur, de regul. iuris in 6.* Roland. a Valle *conf. 79. tit. 1. lib. 1. D. Valenc. Ve azq. conf. 25. tit. 1. v. 58.* Con que no estando probada, no se debe presumir: ademas, que aunque dicramos por cierto que Don Andres tuvo noticia de la dicha venta, y del juicio en cuya virtud se pasó a ella, no basta esta noticia para inducir contentimiento, Bartol. in *l. que deus, n. 19.* Juan Gutierrez. in *cap. quomodo pactum, de pactis, n. 59.* D. Valenc. *conf. 139. n. 240.* Porque si, gun todos estos, para inducir aceptación, ó contentimiento en algun acto, es necesario no solo noticia, si tambien ha de estar presente a el. Y principalmente corre esto en la enagenacion de hipoteca, y así lo manifesta claramente la dicha *l. si eo tempore*, traída de contrario, ibi: *Cum presentes essent, si eo tempore (dize el Emperador Diocleciano) quo pradium distrahatur, programmata admitti creditores cum presentes essent, ius suum executi non sunt possunt videtur obligationem pignoris amississe.*

13. § Y tambien lo dize expressamente la *l. 37. tit. 13. p. 5.* ibi: *Franquear non puede iniquum homo el seruo, ni la serua que huviere empeñado a otro, a dafio, y menoscabo de aquel que la tenia a peños de mienta que fuere esse empeñada, mas si acciesse que lo aforraffe estando delante de aquel que lo tenia peños, y no contradizte, valdría el aforramiento.* Y

fundado en estos textos D. Salgad. *labyrinthi*. p. 3. cap. 2. n. 111. dize, que es necesario que el acreedor esté presente, y lo mismo Carleval de *iudicijs*. *adisp.* 22. tit. 3. Y muchos quieren, que no solo se hallen presentes, sino que pidan la venta de la hipoteca, y así lo dá a entender D. Salgad. p. 3. c. 2. in *labyrinthi*. d. n. 108. & Carleval vbi supra, n. 8. in *fin.* Y otros, que no solo es necesario se hallen presentes a la venta, sino que no la contradigan pudiendo, D. Covarruv. in *rubric. de testam. 3. p. n. 13. & 14. Matienç. in 17. tit. 10. lib. 5. Recopil. glof. 2. n. 14.* Burgos de Paz *conf.* 25. n. 2. & D. Valenç. Velazq. *conf.* 119. n. 141. Con que siendo cierto que don Andres no se halló presente a la dicha venta, ni pudiendose hallar, por vivir en la ciudad de Malaga con su muger, y familia, y averse celebrado la venta en la de Velez, aunque dicieramos por cierto [que no lo es] que tuvo noticia de la dicha venta, no por esto podemos dezir prestó consentimiento para ella, *ut in simili* ait D. Valenç. vbi supra, *conf.* 119. n. 141.

14 ¶ Y aunque dicieramos por supuesto cierto, que bastara la noticia de la venta de la hipoteca, para que no aviendola contradicho, quedara libre, todavia con la que tuvo Don Andres de Prados, no bastó para que se entienda que por ella remitió la hipoteca, porque para esto no basta qualquier noticia, *unde cumque habita*, sino que es necesario citacion judicial, y que mediante ella tenga la noticia, *ita Clement. causam de elect.* ibi: *Legitimè intimata l. cum postulasset ff. de anno infecto. Rosa Rom. decif. 283. n. 1. p. 2. divers. Sacrar. Palat.* Y expresamente lo dize la *l. si eo tempore. C. de remiss. pignor.* ibi: *Programmate admoniti creditores.* Y siendo cierto que D. Andres, y su muger en su presencia no fueron citados judicialmente, no se puede afirmar que la dicha noticia, *aliquid de habita*, le pudo perjudicar, ni que por ella fue visto remitir la hipoteca que tenia con el dicho cortijo: y consequientemente, que si le quedó salva, e ieta por todos medios la accion hipotecaria por la tutela de su muger, contra él, y D. Iuan Manfo Maldonado como su poseedor.

#### SEGUNDO ARTICULO.

15 ¶ En este segundo artículo afirmamos, que no es necesario que proceda legitima excusion contra Don Gabriel de la Oliva, fiador que fue de D. Ana de Santiago en la obligacion que hizo el año de 1774. sino que directamente se puede proceder contra el dicho cortijo, y D. Iuan Manfo como su poseedor.

16 ¶ Para probar esta conclusion es necesario traer a la memoria la obligacion otorgada por D. Ana de Santiago el año de 1776. porque segun esta obligacion, quedó dicho cortijo expresa, y especialmente hipotecado, con pacto de no enagenar, ibi: *Para que siempre estén afechos, y obligados a la paga de los dichos doscientos y treinta y un mil trecientos y quarenta y quatro reales y diez maravedis, sus rentas, y ganancias, hasta el dia de su real entrega, y que no passa Señorío alguno a tercero poseedor, aunque sea con la carga de dicha hipoteca.* Y que el referido pacto sea absoluto, no ay quien lo dude, ni tampoco que el mediante el dominio de la hipoteca, no passa al comprador, *l. si creditor 7. § fin. ff. de distract. pignor.* Porque la venta hecha contra el pacto *est ipso iure nulla.* Y así lo dize expresamente la dicha ley, ibi.

17 ¶ Y fundado en el mismo texto, es corriente que el instrumento en que ay hipoteca con pacto absoluto, se puede executar contra el tercero poseedor, porque mediante la nulidad de la venta, y no transferirse, por esta razon, dominio en el comprador, no se juzga que la cosa hipotecada salió del dominio del deudor que la hipotecó, y así se sigue la execucion como contra los bienes del principal. *Parlador. lib. 2. rerum quo sidianar. cap. fin. 4. p. § 5. n. 16.* Felician. *de censibus. tom. 1. lib. 3. cap. 4. ex n. 6.* Avendaño *de censibus. cap. 85. ex n. 2. & 8.* Rodriguez *de annis redditibus. lib. 2. q. 9. ex n. 54.* D. Salgad. *de Reg. protel. 4. p. cap. 8. & Carleval de iudicijs.* Respeto de lo qual, no nos parece puede aver duda atendida esta escritura, que sea necesaria hazer excusion primero contra el fiador, que proceder contra el dicho cortijo; porque siendo cierto que está especialmente hipotecado, y con pacto absoluto, y que mediante él fue nula la venta, y no pasó el dominio al dicho D. Iuan Manfo, y se considera en el de D. Ana de Santiago, procede

Don Andres legitimamente en virtud de su accion hipotecaria contra el dicho cortijo como contra bienes de Doña Ana su suegra, principal obligada, sin que en manera alguna le pueda oponer la referida excusion.

18 ¶ Contra esto se opond de contrario, que la referida escritura, es supuesta, y fabricada por don Francisco Tribiño, cuñado de don Andres, porque en la realidad no se otorgó por D. Ana de Santiago, y asila obligacion, é hipoteca en ella contenida, es de ningún momento. A que se responde, lo vno, que la presuncion está en contrario, porque no se presume que ninguno cometa falsedad, dolo, ni otro delito, *l. merito ff. pro socio. & l. quoties, § qui dolo, ff. de probationib. Covarr. in cap. quamvis pactum, l. p. §. 3. n. 2. Menoch lib. 3. presump. 86. n. 5. & presump. 122. n. 3. & D. Valenc. conf. 83. n. 71.* Lo otro, porque está plenissimamente probado, que la dicha escritura la otorgó la dicha D. Ana de Santiago por ante Garcia de Ledezma, por ante quien fueca otorgada en la probanza fecha por Don Andres el año pasado de 86. a la 2. pregunta.

19 ¶ Y no es de reparo la probanza hecha de contrario, en orden a que está escrita por mano de Don Francisco Tribiño, porque aunque sea cierto, siendo tambien que está firmada de Garcia de Ledezma, que es el Escrivano, y que está justificado, aua de la probanza de contrario, principalmente de la deposicion de Juan Navarro, Po tero, Escrivano publico de la ciudad de Velez, que es testigo presentado por Don Diego Enriquez: y *contra producentem*, queda sin duda cierto el otorgamiento de dicha escritura, pues no la ay en que el testigo *contra producente*, prueva plenissimamente contra el que lo presenta, *Genoa decif. 13. n. 55. & decif. 106. n. 6. Sarm. lib. 3. select. cap. 11. n. 8. Valenc. conf. 121. n. 149.*

20 ¶ Ademas, que siendo la probanza de contrario denegativa, no puede hazer peso, ni controposicion a la probanza de afirmativa hecha por Don Andres mayor parte, quando D. Francisco Enriquez tiene, contra si la presuncion del iudicamento de los testigos, como tiene probado plenamente Don Andres.

21 ¶ Y calo que dicamos por nula la dicha obligacion, y por supuesta [que no lo es] todavia no es necesaria excusion atendida la otra escritura, otorgada por D. Ana el año de 674. en que dió por fiador a don Gabriel de la Oliva. Y para esto es necesario recordar como la venta y remate de dicho cortijo se celebró sin aver precedido aprecio, y que despues de averse celebrado, fue quando se apreció. Esto supuesto, nos parece que la referida venta, por la falta del referido aprecio, antes del remate, contiene nulidad, y la fundamos en el texto de la *l. si quis, C. de rescinden. vendit. Si quis* (dize el texto) *debitorum mole depressis necessitas publica rationis adstringit prepias distrahere facultates: rei qualitas, & redituum quantitas estimatur: nec sub nomine subhastationis publice locus fraudibus relinquuntur, ut possessionibus viliori precio distractis, plus exactor ex gratia quam debitor ex presso consequatur.* Por el qual claramente se dá la forma que se ha de tener en las ventas judiciales, y se manda que preceda aprecio, *ibi: Rei qualitas, & redituum quantitas estimatur.* Porque manda, la dicha ley, que se hagan las dichas ventas, precediendo la solemnidad del aprecio, y quando la ley manda, que alguna cosa se haga con la solemnidad en ella contenida. *Firmam importat, cap. cum dilecta 22. de rescriptis, Zephala conf. 171. n. 11. D. Valenc. conf. 173. n. 38. & forma pratermissa actus, seu contractus vicarius, l. cum hi, §. eam transactionem, ff. de transactionibus, Avmon Cravica conf. 12. n. 2. & conf. 177. n. 5. Rolando à Valle conf. 72. n. 64. lib. 3. & D. Valenc. Velazquez, loco supra citato, n. 39.* Con que justamente afirmamos, que la venta de dicho cortijo, por no aver precedido el aprecio fue nula.

22 ¶ Contra esto se dirá de contrario, que aunque es cierto, que a la venta del cortijo no precedió aprecio, que despues se apreció y pagó la cantidad en que se apreció mas de la en que se avia rematado, con lo qual se sanó el defecto que avia antes del remate, por la falta de aprecio. A que se responde, que el aprecio que sobrevino al remate, no puede sanar el defecto, y nulidad que tenia, por no aver precedido; porque quando en algun acto, ó contrato se requiere alguna solemnidad por forma, es necesaria

rip que intervenga en el, donde no es nulo, y no sana la nulidad sobreviniendo la solemnidad, *text. expiessus in l. obligari, § tutor, ff. de authorit. & consensu tutor. & S. tutor, Instit. de authorit. tut.* En los cuales se requiere por forma en qualquiera obligacion, y contrato, para que el pupilo, y menor quede obligado, que esté presente el tutor, y se haga con su autoridad: y deciden que quando no intervino en el contrato la autoridad del tutor, es nulo, y que no se convalida el contrato, aunque despues sobrevenga su autoridad, y consentimiento. Luego en nuestro caso, la nulidad que causó en el remate, y venta de dicho cortijo, la falta de aprecio, y no la puede sanar el aprecio que despues se hizo, ni el pago de la cantidad en que se aprecio mas de la en que se avia rematado.

23. § Y caso que esta nulidad no bastará, contiene otra mayor la dicha venta, y remate, y esta nace de la nulidad de la escritura otorgada por Don Francisco Tribiño, por si, y en nombre de D. Ana de Santiago su madre, y en virtud de su poder a favor de Don Pedro Enriquez, Padre de Don Diego, a cuyo pedimiento se vendió el dicho cortijo de los 40 R. que está en los autos, porque el dicho contrato, y prestamo, que se contiene en esta escritura, es usurario.

24. § Que sea usurario, é ilícito el dicho contrato, está plenissimamente probado por la probança de Don Andres, principalmente a la segunda pregunta, en la qual deponen conclavemente los testigos, que fue pacto entre D. Pedro Enriquez, y Don Francisco Tribiño, que de la cantidad que le prestara le avia de dar treze por ciento de usuras, é intereses, y que a cuenta de ellos el D. Francisco Enriquez y su madre, pagarán muchas, y muy considerables cantidades, assi en dinero, como en azucar. Y principalmente se prueba lo referido de las deposiciones de D. Gabriel de Oiva, y de D. Francisco de Llerena y Medina, ambos testigos instrumentales de la escritura del prestamo de los 40 R. y la deposicion de Don Juan Mendinez, que todos tres confesaron (entre otras cosas, y demas de dezir cada vno, se le remicieron a D. Pedro Enriquez, y a Don Diego el hijo a cuenta de dichos intereses, muchas cantidades por D. Francisco Tribiño, y su madre) dicen: *Que se hallaron presentes al otorgamiento de dicha escritura de prestamo, y al entrega, y reciba de la cantidad prestada, y que esta fue treinta y cinco mil reales, y que le obligaron el D. Francisco, y su madre a pagar al D. Pedro Enriquez quarenta mil, incorporando en esta cantidad intereses de a treze por ciento de los treinta y cinco mil reales que realmente recibieron.*

25. § Supuesto la usura, y que esta está probada, no solo como bastava, por ser de dificultosa probança, sino concluyentissimamente, no ay duda que la dicha escritura de obligacion, y contrato en ella contenido es nulo, y por notorio se emite el probarlo, y sien todo lo en su virtud hecho, y executado, quanto se siguiere del es nulo, *l. non dubium, C. de legibus, l. si Procurator, ff. de doli excepti. D. Valenz. Velazq. conf. 181. n. 29. & alij.* Luego siendo como es la obligacion, y contrato contenido en la escritura de prestamo nulo, lo es tambien la execucion que su virtud se siguió, y el remate, y venta que se hizo de dicho cortijo, como se quita todo de la dicha escritura.

26. § Fundada la nulidad, assi de dicha escritura como de la dicha venta, y remate, no parece que queda duda, en que no es necessaria excusion contra el fiador, porq̃ no la queda enq̃situlo en virtud de q̃ posee D. Juan Manfo, es nulo, é invalido; q̃ por él no se transfirió el dominio de dicho cortijo, y quedó en el de D. Ana de Santiago, y assi como en los bienes desta se debe considerar. Y con siguiente se corre todo lo que queda dicho en quanto al poseedor, ó comprador de hipoteca con pacto absoluto, y que procediendo Don Andres contra el dicho cortijo, procede como contra bienes de D. Ana de Santiago, principal obligada a la tutela de Don Andres.

### TERCERO ARTICULO.

27. § En este articulo defendemos, que por no aver citado a D. Diego Enriquez para el inventario, y particion de los bienes que quedaron por la fin, y muerte de Doña Ana de Santiago, ni por la supuesta ocultacion que por D. Juan Manfo, y D. Diego Enriquez se alega hizo D. Adres de Prados, no se extinguió la accion hipotecaria que tenia contra dicho cortijo.

Y para

28 ¶ Y para prueba de lo referido se ha de suzoner, que nadie se presume que ha hecho ocultacion, ni ha cometido dolo, ni otro delito, *d. l. merito, & l. q. quoties & d. d. supra in 2. art. alleg.* Y tambien que por esta razon la presuncion de derecho está a favor del inventario, y del que lo hizo, porque el inventario se presume hecho sin dolo, y que el difunto no dexó otros bienes más que los en él contenidos, *l. vltima S. licentia, C. de iure delib. erandi, Menoch. lib. 6. pr. sump. 61. n. 6. Burgos de Paz conf. 43. n. 16. & D. Valeng. conf. 183. n. 70. & Rota Rom. decis. 800. n. 19. vñ. l. 1. divers. p. 1.*

29 ¶ Sentado que el inventario se presume integro, y siendo cierto que el inventario que se hizo por muerte de D. Ana de Santiago, se hizo de orden, y mando del Corregidor de la ciudad de Velez, y con asistencia del Eserivano, no ay duda que está hecho con toda la solemnidad, y requisitos de derecho, y no se puede dezir ni alegar contra él. *D. Salgad. in labyrinth. p. 2. cap. 1. n. 38. Escobar de ratiocinijs, cap. 9. n. 22. Noguero. alleg. 19. n. 100 & 101. & alijs ab eis relatis.* Porque aunque por la *l. fin. C. de iure delib. erandi,* y la *l. 5. tit. 1. p. 6.* son necesarias algunas solemnidades, y entre ellas que se citen los legatarios. Y a los acreedores (como querian algunos) *in defectu nem obierunt,* y todas las solemnidades del inventario se han reducido a la costumbre, *vt ait Gregor. Lopez in d. l. p. Riceris decis. 66. p. 1. Capic. decis. 101. n. 8. Rota Rom. decis. 629. p. 1. divers. & Noguero. d. alleg. 19. n. 101.*

30 ¶ Y en España, y otras Provincias, y Reynos, no ay costumbre de citar a los legatarios, v los demas que tienen interese a los bienes del difunto, para hazer el inventario, *Parlad. l. b. 2. n. r. quot. 2. cap. fin. p. 5. l. 18. Noguero. alleg. 19. n. 102. Valas. consult. 52. n. 22. Cancer. tom. 3. variat. cap. 2. n. 66. usque ad 69. Fontanel. de pact. nupt. tom. 2. claus. 7. gloss. 3. p. 2. n. 45.* Por lo qual, por el defecto de citacion para el inventario, no se puede dezir se faltó a la solemnidad, y requisitos de derecho, aviendose hecho con asistencia de Juez, y Eserivano, como queda dicho.

31 ¶ Lo referido corre, y se entiendo en caso que D. Andres tuviera obligacion a hazer inventario, porque lo cierto es que no la tuvo, porque D. Andres, y su muger, y demas sus hermanos no fueron herederos de D. Ana de Santiago, antes si renunció a la herencia, como consta de los autos, con que saltando la qualidad de heredero, y no dandole otro titulo por donde esté obligado a hazer inventario, en D. Andres se ve, y es notorio no tenia obligacion a hazerlo.

32 ¶ Pruevale demas de esto, porque D. Andres no percibió bienes, ni caudal de D. Ana de Santiago, porque *de dicto ere alieno,* no hubo alguno, y en estos terminos, aun caso que hubiera si lo heredero, no tenia obligacion a hazerlo, assi como el acuministador, que aunque está obligado a hazer inventario, *si ad eum nil pervenit causa auctoris tractatus,* no está obligado hazerlo, *Parca de iuris. instrument. tit. 5. ref. 3. n. 56. D. Salgad. labyrinth. p. 2. cap. 1. n. 43.* Y lo mismo sucede en el curador de los bienes del ausente, dad por el juez, que aunque tiene obligacion de hazer inventario, ceta esta obligacion, sino percibe los bienes del ausente el curador, *Grat. discept. forens. cap. 21. n. 25. & 35. Anton. Amari. resolut. 34. n. 30. & D. Salgad. vñ. supra. n. 43. in fin.* Luego lo mismo debe correr en el heredero que renunció la herencia, ó no percibió bienes de ella, como lo es don Andres.

33 ¶ En quanto a que no se citasse a D. Juan Manó, ni a Don Diego Enriquez para la particion, no puede aver reparo: lo vno, porque esta se hizo de los bienes contenidos en el inventario, y arreglandose a él, y si fue bien hecho el inventario, como que lo probado, tambien lo es la particion. Y lo otro, que el reparo que podia aver, es si los bienes se apreciaron para hazer la particion en menos de su justo valor, lo qual no sucedió, pues antes se apreciaron en más de ocho mil reales, más de lo q valian, lo qual está justificado con el aprecio que se hizo a pedimiento de los dichos D. Juan Manó, y D. Diego Enriquez, con que el defecto de citacion en la particion, no puede ser de ningun embarazo.

34 ¶ En quanto a que don Andres de Prados esté hecho pago de la dote antes que

que muriese D. Ana de Santiago su suegra, como punto, y cosa de hecho, hemos de estar a lo probado en quanto a él por las partes, y Don Andres en su vltima probança, en la quarta pregunta, tiene justificado con mucho numero de testigos, todos confeses, que no está enteramente satisfecho de la dote de su muger, y que se le está debiendola cantidad que consta deste pleito. Y aunque por D. Diego Enriquez se ha querido justificar, que al tiempo, y quando se casó recibió enteramente la dote que le ofrecieron, no solo no la ha justificado, sino que de su probança resulta justificado lo contrario, y la intencion de Don Andres.

35 ¶ Principalmente de la deposicion de Miguel de Ledezma, Eserivano publico, y del numero de la ciudad de Velez, y por ante quien se otorgò al tiempo que Don Andres casò con su muger: la escritura de promessa de dote, que dize, que Don Andres no recibió bienes ni cantidad alguna, por cuenta de la dote, y que por esta razon se otorgò la escritura de promessa en la conformidad que está, con que aunque no huviera mas que este testigo, que es *contra producente*, probava plenissimamente D. Andres su intencion. *Genua decis. 13. n. 15. & decis. 166. n. 6 Sarmient. lib. 3. c. 1. l. 1. cap. 11. n. 8. D. Valenc. Velazq. conf. 121. n. 149. Cravet. de antiquit. tempor. p. 1. n. 155.*

36 ¶ Sin que sea de reparo las deposiciones de Francisco de Bustamante, Pedro de Salva, Barrilero, y otros testigos, porque ademas de estos no pruevan en contraposicion del referido testigo *contra producentem*. Y quando esto faltara, todavia no probavan cosa alguna, pues miradas las deposiciones de dichos testigos, los bienes que se contienen en sus deposiciones, que el D. Andres los conduxo de la ciudad de Velez a la de Malagados, ò tres años despues de contraido el matrimonio. Y los demas, vnos dizen de oydas: *Que los Tribiños, y Don Andres eran vnos quatro ò cinco hombrics, que ivan de tropa. & pasaron por la Playa de Velez hazia Malaga, y q̄ llevavan tres, ò quatro cargas de traftos de poco valor, q̄ expresan, lo qual dizen avria succedido quatro meses antes que hixieran la deposicion, y que no ha visto si ivan mugeres, y los otros deponen que ivan mugeres, y que avria siete, ò ocho años que avia succedido el passar dicha tropa con dichas cargas. De cuya variedad resulta, no deberteles dar credito alguno.* *l. cos. ff. ad leg. Cornel. de falsis, cap. bono. de elect. l. 45. in fin. tit. 16. p. 3. vbi Gregor. Lopez, Valenc. conf. 121. n. 139.* Mayormente quando ay la presuncion del inducimiento, por la provança tan concluyentissima que ha hecho D. Andres con testigos de fecho proprio, a quienes solicitó, y pretendió inducir D. Diego Enriquez, para que depusieran a su contemplacion, los quales pruevan tambien plenissimamente.

37 ¶ Alegate tambien por Don Francisco, que las quantas que se formaron de la tutela de la muger de D. Andres, se hizieron considerables agravios a D. Ana de Santiago, y sus bienes, de los quales, el que parece que tiene justificacion en el hecho, es aversele hecho cargo a D. Ana de Santiago de las vsuras, é intereses pupilares de mas de treinta mil reales que importaron los bienes muebles. A que se satisfaze, que aunque es cierto, tambien lo es, que los dichos bienes eran pertenchos de los Ingenios de fabricar azucar de Torrox, de los quales salió brevemente, porque luego los vendió, y quando lo hiziera, lo debió hazer, y emplear su producto en bienes raizes, y fructiferos, q̄ es la obligacion precisa de los tutores, y curadores, donde no se debe hazer cargo de los intereses pupilares, como si los huviera empleado, y huvieran realmente redivuidos. *l. si tutor 16 ff. de administr. tutor.* Por la qual se dispone, que el tutor ha de vender los bienes muebles, y emplear dentro de seis meses en bienes raizes el dinero, y producto, donde no queda obligado a los intereses. Y en caso q̄ solo ay necesidad de emplear el dinero, lo debe hazer dentro de dos meses, y assi lo dispone *d. l. si tutor, vers. vsura. ibi: Atutoribus, &c.* Y lo mismo se dispone por las *l. l. 1. c. de usuris pupillar.* y esta opinion la siguen Gutierrez, Greg. Lopez, y el Sr. Valenc. Velaz, y es comun en que no se duda. Con q̄ se segun esta disposicion, justamente se le hizo cargo a D. Ana de Santiago, y sus bienes de las vsuras, é intereses pupilares de la cantidad que importaron los dichos bienes muebles, y consiguientemente no hubo agravio.

38 ¶ Con que por todos medios nos parece tiene fundada su justicia D. Andres de Prados, y esperamos favorable determinacion. Salva semper in omnibus, &c.