



P O R

EL PROVINCIAL DE LA  
Prouincia de Castilla la Vieja, y Colegio  
de la Ciudad de Palencia, de la  
Compañia de Iesvs, y otros  
acreedores.

C O N

La Señora Duquesa del Infantado  
Doña Catalina Gomez  
de Sandoval.

S O B R E

*La restitucion de vn censo de sesenta y seis mil du-  
cados, que perteneció à la Señora Doña Maria de  
Mendoza, Marquesa que fue de Villafranca,  
Duquesa de Fernandina.*



P O R

EL PROVINCIAL DE LA  
Provincia de Castilla la Vieja y Colegio  
de la Ciudad de Palencia, de la  
Compañía de Jesús y otros  
secretarios.

C O N

La Señora Duquesa del Infantado  
Doña Catalina Gomez  
de Sandoval.

S O B R E

La refutación de un confesso de fechorías y fechorías de  
cades que perteneció a la Señora Doña Catalina de  
Mendoza, Marquesa de los Villafraques,  
Duquesa de Escalona.





**P**RETENDEN el Provincial, Colegio, y acreedores, que el Consejo se sirva de confirmar en lo favorable la sentencia, que en diez de Março de 81. diò el señor Don Bernauè de Otorala, Cavallero del Orden de Alcantara, y del Consejo, siendo Alcalde de esta Corte, por la qual condenò à la Señora Duquesa à la satisfaciò de quarenta mil ducados de principal, con interesses de à cinco por ciento desde la contestacion de la demanda, que fue en seis de Noviembre de 71. enmendandola, ò passando à expresar, que la condenacion sea, no con limitacion à los quarenta mil ducados, en que se vendiò el censo, sino es à toda la cantidad de que se componia, que era de sesenta y seis mil ducados, y los interesses.

2 A instancia de la Señora Duquesa se ha hecho Memorial ajustado de este pleyto, con que se escusa la molestia de la expresion del hecho; y así solo se tocarà lo preciso del, con relacion al Memorial.

3 A esta causa la hazen graue las circunstancias, no la dificultad; porque à nuestro corto entender, y segun lo afiançará este Discurso, es conocida la razon del Colegio; y para la mayor claridad se fundaràn dos puntos generales, haziendo las subdiuisiones que convengan.

4 Vno, en que se compruebe el no poder dàr derecho alguno à la Señora Duquesa, ni perjudicar al Colegio, y mas interessados el pleyto, en que à instancia del Señor Duque Don Rodrigo de Sandoual y Silva fue condenada la Testamentaria de la Señora Doña Maria de Mendoza, Marquesa de Villafranca.

5 Otro, en que se funde la razon que al Colegio asiste para obrenere, y que en todo se difiera à su intento.

**EXCLVSION AL FVNDAMENTO QUE EN contrario se haze en el primer litigio.**

6 **P**OCO, ò ningun cuidado, puede dàr al Colegio el pleyto, en que la Testamentaria de la Señora Marquesa de Villafranca Doña Maria de Mendoza fue condenada à la satisfacion de los quarenta mil ducados; y lo que en  
vir-

virtud de esta determinacion se executò, referida en el Memorial à fol. 84. y à num. 244. hasta el fol. 107. y num. 311. por auer euidentes medios que le desvanezcan, de que se hará conocida demolltracion.

7. Y en exclusion de ello se propone la nulidad de aquel juicio, por la falta de persona legitima con quien se substanciase, pues del hecho resulta con notoriedad, que la Señora Marquesa D. Maria en la disposicion con que murió, dexò por Testamentarios al Señor Duque de Alva, el Padre Pedro Pimentel, y el Padre Francisco de Salinas, de la Compañia de Iesvs, que quedò vnicamente con la Testamentaria, instituyendo por heredero vniuersal de sus bienes al Colegio de la Compañia de Iesvs de Palencia; y lo que sucedió fue, que el juicio principal ante el Alcalde, y despues en apelacion al Consejo, en el pleyto principal se substanció con los Testamentarios, no con el Colegio de Palencia, ni Prouincia de Castilla la Vieja, porque estos no salieron hasta despues de la executoria; en la execucion de ella, ni fueron citados.

8. De aquí prouiene vna euidente nulidad, pues ya se sabe, que quando ay heredero instituido, los Testamentarios no tienen vezes de heredero. Antonio Virgilio *de legitimat. persona. cap. 31. num. 4. ibi: Executores particulares dicuntur quando alius datus est haeres in testamento, quo casu isti executores non substituent vicem haeredum. Bart. dict. leg. alio haerede, num. 5. ff. de alimentis, & cibarijs legatis, & in leg. haereditas ad statium, ff. de haereditibus instituendis, & in leg. Centurio, num. 21. ff. de vulgar. & pupil. Bald. in leg. praecibus, num. 45. Cod. de impuber. & alijs substitutionib. Calderin. conf. 19. de Testament. Socino Senior conf. 49. num. 3. lib. 4. Alex. conf. 4. num. 16. & conf. 98. num. 10. lib. 2. conf. 12. num. 12. lib. 3. Simon de Pretis lib. 5. interp. 1. dub. 2. num. 103. Alex. Trentacinq. de substitutionib. 4. part. cap. 10. n. 7. Abbas, & Couarrub. in cap. Ioannes, de testamentis, Iacobo à Cañibus de executorib. 2. part. §. Consultis, num. 19. Parisius conf. 74. num. 4. lib. 3. Matienço in leg. 14. glos. 1. num. 7. tit. 4. lib. 5. Noue Compilationis, Cassanatus conf. 28. num. 3. &c.*

9. Y asì ni pueden conuenir, ni ser conuenidos para litigios, porque esta es accion propia de el heredero instituido, Virgilio *ibi proxime*, num. 6. *ibi: Vel à creditoribus conue-*



7  
nuntur, & non possunt regulariter, nec agere, nec conveniri si  
adsunt heredes, nam tunc non habentur loco heredum, glos. in leg.  
firmio, §. Cum ab heredibus, vers. Secundum hoc videtur, ff. quan-  
do dies legati cedit, Bart. in leg. alio, ff. de alimentis, & cibarijs  
legatis, Seraphin. decis. 842. Gratian. discept. cap. 329. Y esta  
diferencia se constituye en el Testamentario particular, y  
el general, ita vt primus, aliquo herede instituto, nequit vendere  
bona hereditaria, nec agere, neque conveniri secus vero secundus,  
vt agnoscit, & late comprobatur Carp. de executorib. testament  
lib. 3. cap. 3. ex n. 5. & cap. 9. tot.

10 Demàs de esta nulidad tan conocida, ay en la sen-  
tencia misma motiuos que concluyen el que aquella no  
puede llamarse executoria, ni obrar cosa juzgada, porque  
los efectos de ella es extinguir el litigio, y fenecerle, sin  
dexar permanencia del, l. g. 2. §. fin. C. de veteri iure enuclean-  
dos, leg. terminato, C. de fructibus, & litium expensis, Franchis  
decis. 374. num. 2. & 364. num. 7. Dom. Valenguel. conf. 40.  
num. 50. & conf. 68. num. 5. y lo que aqui se halla no es el que  
las sentencias diessen fenecimiento, sino es que antes bien  
dexaron preexistencia de pleyto, pues como resulta de las  
sentencias, la primera del Alcalde, Memor. num. 260. fol. 89.  
fue à fauor de la Testamentaria, absolviendola: Y la del  
Consejo, Memor. num. 277. fol. 98. aunque reuocò la ante-  
cedente, fue, ibi: *Reservando à la dicha Testamentaria, su de-  
recho à salvo, para que siga contra quien viere que le conuenga.*  
Y la de remate, Memor. num. 203. fol. 106. B. contuvo, ibi:  
*Dandose primero por parte de dicho Duque la fiança conforme à  
la ley de Toledo, y otra de estar à derecho, y justicia con dicho Pa-  
dre Prouincial, y dicho Colegio de dicha Ciudad de Palencia en ra-  
zon de sus pretensiones, deducidas, y alegadas en este pleyto. Y la  
que en apelacion de esta se diò en el Consejo, Memor. num.  
306. fol. 107. B. fue, ibi: *Se confirma con que la dicha fiança de  
estar à derecho ayà de ser, y sea, y se entienda lega, llana, y abona-  
da, y de pagar juzgado, y sentenciado para todas instancias, así  
con el dicho Testamentario, y dicha Testamentaria de la dicha Mar-  
quesa, como con el dicho Prouincial de la dicha Prouincia de Casti-  
lla, y Colegio de la dicha Ciudad de Palencia, como tal heredero de  
dicha Marquesa de Villafranca.**

B

Bien



juizio de la execucion de la executoria, en que se opuso el Colegio, no puede auer aliento para afirmar que obste excepcion de cosa juzgada; y el no retardar lo executiuo esta oposicion, fue el no constar liquida, y prontamente de la razon de esta parte, de calidad que prontamente hiziesse euidencia de vna notoria injusticia; pues de otra forma no pudiera retardarse lo executiuo, Farinac. *conf.* 85. *num.* 148. *volum.* 1. Hondedeo *conf.* 27. *num.* 42. *volum.* 1. Cancer. *lib.* 3. *variar. cap.* 18. *num.* 27. & 28. Cesar Carena *resolut.* 21. *num.* 30.

116 Conduce alsimismo, que la Testamentaria no se defendió en la forma que debia, y que aora se ha defendido el Colegio; y la sentencia que se dà contra quien legitimamente no se defiende, es nula, Alex. *conf.* 84. *volum.* 3. *num.* 4. Ludouicus Roman. *conf.* 154. *num.* 5. D. Couartub. *practic. cap.* 13. *num.* 5. *versic.* *Hæc sanè*, & *cap.* 15. *num.* 2. *versic.* *Deinde*, San Felice *decis.* 90. *num.* 6. *ibi*: *Quod intellige in sententia lata contra presentem, & se defendentem, sed vbi lata est, contra non presentem, seu se non defendentem, talis sententia contra vnum lata non nocet tertio etiam in consequentiam, quamvis aliter si fuisset lata contra presentem, & se defendentem debuisset nocere, &c.* Y en los casos que dada cõtra vno, perjudica à otro que no litigò, no se entiende esto quando no huvo plena defensa, *leg. si per lusorio*, *ff. de appellationib. leg. ex contractu*, *de re indicata*, *leg. si servus plarium*, §. 1. *delegat.* 1. *vbi Bart. & communiter DD.* Castillo *cap.* 157. *ex num.* 22. D. Molin. *de primogen. lib.* 4. *cap.* 8. *ex num.* 7. *vbi Add. & apud eos plures.*

117 Procediendo esto con tanta seguridad, que aunque la sentencia dada con vno perjudique à otro, no puede en ninguna forma perjudicar al que teniendo derecho no fue citado, si fuesse la determinacion injusta, Decio *in leg.* 2. *num.* 46. *ff. de eaendo*, Bald. *in leg.* 1. *ff. ad legem Corneliam de falsis*, Menoch. *conf.* 501. *num.* 7. Fusarijus *de substitutionib. quest.* 622. *num.* 30. *Add. ad D. Molinam lib.* 4. *cap.* 8. *num.* 3. *versic.* *Quinto limitatur*, optimè Lelio, *Altogrado tom.* 1. *conf.* 90. *numer.* 12. & 25. *Vbi quod ad hunc effectum, non solum non sit necessaria notorietas iniusticie, sed sufficiat quod de ea quomodocumque appareat, etiam per probationes de nouo factas, vt in puncto firmat omnino videndus, Gabriel. conf.* 42. *ex num.* 38. *lib.* 2. &c.

Por-



18. Porque conteniendo injusticia la sentencia, como estas la contuvieron (segun se fundarà en el discurso siguiente) nunca passan en autoridad de cosa juzgada, *leg. 4. §. Condemnatum, leg. si se obtulit 6. §. 6. cap. inter ceteras, de sentent. & re iudicata*, D. Salgad. *de protect. 3. part. cap. 9. num. 18.* Card. Luc. *de alienat. & contractib. prohibitis, discurs. 16. num. 2.* & de Beneficijs, *discurs. 91. num. 25.* Ciriaco *controuers. 665. num. 13.* Capicio *Latro consult. 6. num. 13.* Julio Caponio *discept. 223. num. 32. & 33.* y en propios terminos Lelio Altogrado *tom. 1. conf. 90. num. 26.* Vbi, *quod non egeat reuocatione, & est perinde, ac si lata non esset*; y el efecto de la sentencia se impide, aunque la injusticia no sea notoria, Altogrado *vbi proxime*, Seraphin. *decis. 251. num. 2.* Caval. *decis. 104. num. 1.* Burato *decis. 399. num. 1.* Card. Celso *decis. 123. num. 1.* ibi: *Quia iniustitia non notoria impedit effectum rei iudicate*; y peca aquel que obtiene, atendiendo el orden judicial, y no los meritos de la causa, Ciriaco *controuers. 349. num. 32.* ibi: *Qui attento solum ordine iudicario, omisis meritis defendit, vel obtinet iniuste, peccat mortaliter, & obligatur ad restitutionem*, *suma Angelica in verbo interrogatio in peccatis circa statutum Aduocatorum*, pag. 191. *ergo propter istud periculum cognoscendum est super meritis, &c.* por lo qual es conforme à la equidad, que en tales casos se suscite nuevamente aquella accion, que ya se pudo considerar extinta, *leg. 2. §. fin. de heredit. vel actione vendita, leg. servitutes, §. Si sublatum, ff. de servitutib. vrbano. prædior. leg. fin. §. Planè, ff. de eo per quem factum erit*, por cuyos textos, y otros, dize Ciriaco *controuers. 665. num. 10. & 11.* *Quod vbi equitas suadet actio etiam extincta reuiuiscit, & vbi æquum, & bonum suadet, etiam omnium inefficiente actione, Index providere debet.*

19. Persuade concluyentemente la nulidad, ò insuficiencia de aquel juicio el ver que es elemental principio, que la sentencia que se pronuncia en virtud de causas, alegaciones, ò hecho incierto, es euidentemente nula, *leg. qui testamentum 40. de excusationib. tutorum*, Menoch. *conf. 501. num. 32. lib. 6.* Ciriaco *controu. 186. num. 5. & 6.* D. Valenç. *conf. 64. num. 218.* Cardin. Luca *de iudicijs, discurs. 36. num. 30.* Capicio *Latro consult. 50. num. 54.* y recurriendo al processo se halla en el, que el hecho, y motiuos en que se fundò el Señor Duque

C

Don



Don Rodrigo de Sandoual, num. 13. fueron conocidamente inciertos.

20 Pruebase esto con vèr, que en la demanda, *memor. num. 245. fol. 84.* se afirmó, que auiendo muerto Don Rodrigo de Mendoza, num. 7. ibi: *Siendo Comendador de la Encomienda de Baf-timentos, fue servido su Magestad de hazer merced de la dicha Encomienda à Doña Maria de Mendoza, su hija legitima, y de la dicha Doña Ana de Mendoza, con calidad, que de los frutos de la dicha Encomienda, en los años inmediatos à la muerte del dicho Don Rodrigo, por via de supervinencia, se pagassen todas las deudas contrabidas por el dicho Conde Don Rodrigo, aplicando à esto todos los frutos enteramente que fueren necessarios, y que hasta estàr pagadas no entrasse à gozar de la dicha Encomienda la dicha Doña Maria de Mendoza, ò quien con ella casara, &c.* y prosiguiendo en la incertidumbre de motiuos, se dize en la misma demanda, fol. 85. ibi: *Despues de lo qual el dicho Marquès de Villafranca pareció en el Consejo de las Ordenes, y haziendo relacion de que auia casado con la dicha Doña Maria de Mendoza, pidió el titulo, y colacion de la dicha Encomienda, por la merced que se le auia hecho à la dicha su muger; y auendosi le replicado, que no estauan pagadas las deudas del Conde Don Rodrigo, por vltimo el dicho Marquès ofreció pagarlas como carga Real, y obligacion de los frutos de la Encomienda; y con este allanamiento, y dando fianças de estàr à derecho con los acreedores, se le mandò despachar el titulo, y gozò la Encomienda el dicho Marquès, y despues de su muerte la dicha Doña Maria de Mendoza, hasta que ella murió, &c.*

21 Nada de esto es en la forma que se propuso, y se tuvo presente para juzgar, sino es todo diuerso, ò positivamente contrario; porque auendosi afirmado, que la merced de la Encómienda la hizo su Magestad à Doña Maria de Mendoza, se halla no ser así, sino es que segun parece, *memor. num. 92. fol. 32.* la merced se hizo à Don Garcia de Toledo, Marquès de Villafranca; y auendosi tambien afirmado, que el Marquès Don Garcia, y Doña Maria de Mendoza se auian obligado à pagar las deudas del Conde Don Rodrigo, y especialmente estos 4000 ducados, y que entraron à gozar los frutos de la Encomienda con esta obligacion, se halla tambien no ser así; pues ni Don Garcia, ni Doña Maria su mu-  
ger



ger hizieron tal obligacion, y quien la hizo fue Doña Ana de Mendoza, por decreto del Consejo de las Ordenes, que contuvo, *memor. num. 118. fol. 39. B. ibi: Despachar al Duque de Fernandina el titulo de la Encomienda, sin embargo de las aduertencias del Contador Christoual de Mondragon, obligandose la Duquesa del Infantado, de que si hubyese algunas deudas que pagar de las que dexò por su fin, y muerte Don Rodrigo de Mendoza, su marido, las pagaria, ò estaria à derecho con los acreedores.* Y en el num. 120. esta la fiança, y obligacion que hizo Doña Ana de pagar estos mismos debitos; y del mismo modo consta, que ni en poder de Doña Maria de Mendoza, ni del Duque de Fernandina, su marido, entraron marauedises algunos de los frutos caidos de la Encomienda de Balmientos de Leon de los años que tuvo en administracion, para la paga de las deudas del Conde de Saldaña Don Rodrigo de Mendoza, como se asienta por indubitado, *mem. à num. 70. fol. 27.* y estuvo en administracion treinta y vn años; y segun parece, *memor. num. 103. fol. 55.* las deudas montauan 8377. ducados, y los frutos de la Encomienda de los treinta y vn años de la administracion se estimaron por 12077. ducados, con que sobraron 3777. ducados.

22 Vease, pues, sino teniendo esto en el hecho replica alguna, y asentarse por indubitado en el memorial, si puede auer quien tenga aliento para pretender, que subsista determinacion dada con supuestos tan inciertos, siendo en derecho indubitada su nulidad, *ex iam dictis supr. num. 19.*

23 No solo hubo incertidumbre en los moriuos, que el Señor Duque propuso para vencer, y en cuya virtud venció, aunque con las referidas reservas, sino es que tambien dixo, y se corrió con el concepto de no auer Doña Ana de Mendoza, *num. 6.* dexado bienes algunos de que pudiese satisfacerse la obligacion de la redempcion de censo de los 4077. ducados; siendo assi, que como resulta, *memor. num. 131. fol. 45.* agregó despues à su Casa, y Mayorazgo las Casas principales, y Accesorias de San Andrés desta Villa de Madrid; y *memor. à num. 132. fol. 45.* consta agregó la heredad del Fresno, la huerta de Eras, Casa, y Bolque de Buitrago, y otras cosas; y *memor. num. 143. fol. 51.* tambien consta instituyó por su heredero à su nieto



to el Señor Don Rodrigo Diaz de Vivar, *num. 12.* y que aceptó la herencia, que fue muy quantiosa, obligandose à pagar todos los debitos de Doña Ana su abuela, y el Conde Don Rodrigo su marido; y por los pleytos que se refieren, *memor. à num. 194. fol. 66.* y escrituras, *à num. 220. fol. 87. B.* de que despues se hará mas expressa mencion en el discurso siguiente, consta los muchos bienes que quedaron de la Señora Doña Ana de Mendoza, *num. 6.* y las obligaciones que hizieron sus herederos de pagar sus debitos, y los del Conde Don Rodrigo, su primer marido; de genero, que por declaraciones, confesiones, testamentos, escrituras, sentencias, y transacciones se halla, que las partes que piden poseen gran suma de bienes, que quedaron de Doña Ana de Mendoza, que importan muchas mayores sumas de ducados que la partida, que con el supuesto de no auerlos dexado la deudora, cobraron, y todo fue negar en aquel pleyto, que no auian quedado bienes algunos, con cuyo errado supuesto se dieron las sentencias.

24 Bien se ha reconocido por los Abogados de la Señora Duquesa, quan debil defenfa fuera valerse de la cosa juzgada del iuzio antecedente; pues aunque la opusieron, pretendiendo no auer de responder, oponiendola en fuerza de dilatoria, *memor. num. 320. fol. 108.* se mandò respondiessen derechamente, y contestassen dentro de tercero dia, sobre que huvo executoria, *memor. num. 324.* y en conformidad desta executoria se contestò llanamente la demanda, *memor. num. 326.* sin infitir mas en la cosa juzgada, ni valerse della, haziendo el iuzio legal que debieron, ò de que no merecia estimacion; ò de que opuesta yà en fuerza de dilatoria, y tomado sobre ella perfecto conocimiento, y desestimada, no quedò facultad para valerse despues della, como no se valieron en fuerza de peremptoria, Ripa *in leg. qui Romæ, §. Duo fratres, num. 58. de verbor. obligationib.* Lanceloto *de attentatis, 2. part. cap. 17. de attent. null. pendent. num. 151.* & ex Paulo de Castro, Magon. Ripol. & alijs Fermosino *in rubrica de exceptionib. quæst. 6. num. 1.*

25 Con que parece quedar del todo hecha euidencia, de que no ay executoria, ni sentencia alguna, que excluya al Colegio de obtener en este litigio, si tuviessse ( como sin disputa alguna tiene conocida razon para obtener.)

Fun-



7  
FUNDASE LA RAZON QUE AL COLEGIO

asiste para obtener, y que en todo se diferencia  
à su intento.

26 **P**OR dós causas se pretende en contrario este obligado el Colegio à la redempcion de los censos de 409. Ducados, impuestos sobre la Casa del Infantado. Vna por obligacion propia, que se pretende hiziesse Doña Maria de Mendoza: Y otra, porque siendo obligada Doña Ana de Mendoza su Madre, se transfundiesse en Doña Maria esta obligacion, por auerla dado en dote el credito de quatro mil ducados, que tenia en los frutos de la Encomienda de Balfimentos, que auia gozado el Conde Don Rodrigo su marido, y que estavan destinados para la satisfacion del debito de los quatro mil ducados: Y siédo estas las dos causas, y no otras, por donde en contrario se pretende obtener, se halla que ninguna de ellas meréce estimacion.

27 Por lo que mira à la primera, se satisface con facilidad con solo la consideracion, de que pretendiendose que Doña Maria de Mendoza hu viesse hecho obligacion por si, ò Don Garcia de Toledo, Marqués de Villafrañca, su marido, si bien, aunque este la hu viesse hecho, no serviria de nada para el efecto presente, deberà quien alega, mostrar, y justificar esta obligacion, como fundamento de su intencion, *ex leg. penultima, §. D. cere, ff. ne quis eum qui, leg. 2. ff. de probationib. Bart. in leg. 1. C. si a luerus creditorem, Ciriaco controuers. 5. num. 44.* y tal obligacion no ay, ni se hallarà en el processo; porque aunque se afirmò en el primer pleyto, en la demàda que se puso, Memor. num. 245. fol. 84. que Don Garcia de Toledo, y Doña Maria de Mendoza, Marqueses de Villafrañca, auian hecho obligacion de la paga de este debito, yà se dixo supra num. 21. que es incierto; porque quien la hizo, y de que consta Memor. num. 118. y siguientes, fol. 39. B fue Doña Ana de Mendoza, Duquesa del Infantado.

28 Respecto de lo qual, si el que pretende la obligacion, la debe justificar, y aqui no solo no se justifica que la hiziesen los Marqueses de Villafrañca Don Garcia de Toledo, y Doña Maria de Mendoza su muger, con cuyo supuesto se

puso la demanda, sino es que consta la hizo Doña Ana de Mendoza, falta vna de las dos causas porque contra el Colegio se aya dingido la accion.

29 Por lo que mira à la segunda, de que la obligacion de Doña Ana se transfiriese en Doña Maria su hija, se halla fer este ineffecto fundamento, y en el ay que discurre en dos modos; el primero, si satisfizo Doña Ana aquella obligacion; ò aya fundamentos para que la misma Señora Duquesa, ni por si, ni como poseedora de sus Casas, pueda pretender cosa alguna; el segundo, si aun quando no la satisficicse, y tuuiesse la Señora Duquesa, y sus Estados derecho para conuenir à Doña Ana, este le puedan exercer contra Doña Maria su hija.

30 En lo respectiuo al primero, se ofrece proponer, que si en la Casa del Infantado se huuiesse incluido bienes, ò de Doña Ana, ò de Don Rodrigo su marido, equiuales à los 420. ducados, despues que hizieron la obligacion de depositar eatorze cada año, por lo pactado en 18. de Enero de 1582. tendrà manifesto conuencimiento la pretension contraria, y se le podrá dezir, *quod petis intus habes, leg. si quis ex argentarijs, §. Prohibet, ff. de edendo, leg. cum Clericis 23. C. de Episcop. Audien.* y se le exclairà de la pretension deducida por la conocida regla, de que *quem de iure tenet actio, eundem agentem repelit exceptio, l. g. veadu autem, de exceptionib. leg. exceptione doli, ff. de exceptionibus, latè Barbofa axiom. 85. num. 3. apud quem plures*, y tam bien de la *leg. cum à matre, C. de rei vindicatione, leg. ex qua persona, de regulis iuris, Dom. Molin. de primogenijs, lib. 4. cap. 1. num. 28.*

31 La satisfacion de esto pende del hecho, y de referir en el, ajustandose al Memorial, las grandes sumas, que vinculandolas, y agregandolas, entraron en la Casa del Infantado de bienes de Dona Ana, y de D. Rodrigo, que son las siguientes.

32 Consta lo primero, Mem. à num. 131. fol. 45. que Doña Ana de Mendoza, casada yà de segundo matrimonio con Don Iuan Hurtado, hizieron agregacion, y incorporacion en su Mayorazgo del Infantado de las Casas principales, y accedias de San Andrés de esta Villa de Madrid, con expresion de

que



que valian mas de cien mil ducados, y que no tenían otra carga, que sesenta mil maravedis de censo cada año à favor de Don Diego Gudiel de Vargas.

33 Asimismo parece, Mem. à num. 136. fol. 48. B. que la misma Doña Ana incorporò en el mismo Estado del Infantado, como bienes suyos propios, por escritura otorgada en Guadaluara en diez de Diciembre de 1630. en que intervino el señor Don Rodrigo Diaz de Vivar, num. 12. la viña, y heredad del Fresno, huerta de Eras, casa, y bosques de Buerago, ciento y cinquenta mil vides.

34 Tambien consta, Memór. num. 190. fol. 64. B. que en diez de Agosto de 633. el señor Duque Don Rodrigo Diaz de Vivar, num. 12. otorgò escritura en Guadaluara ante Diego de Yanguas, por la qual, en consideracion de los muchos bienes, que la Señora Doña Ana su Abuela le dexava en su testamento, se obligò à pagar todos los acreedores suyos en ambos fueros, de conciencia, y justicia, ora fuesen suficientes, ò no los bienes que le dexaba.

35 En el mismo dia, y año diò la Señora Doña Ana poder para testar al Padre Fray Alonso de Iesus Maria, Religioso Carmelita Descalço, Memór. num. 139. y siguiente, fol. 50. B. en que haze relacion de que dexa memorial de sus deudas todas, de la escritura que tiene hecha su Nieto de satisfacerlas, y que para este efecto le dexa todos sus bienes libres, derechos, y acciones, servicio de plata, tapizerias, colgaduras, dorseles, pinturas, armeria, Oratorio, libreria, heredamientos, viñas, huertas, bosques, casas, y otras cosas; y en el residuo, porque considerò auia de auerle, instituyò à sus hijos, y nietos por herederos.

36 En virtud deste poder se otorgò el testamento, Memór. num. 143. fol. 51. en el qual se expressa, entre otros debitos, la obligacion que esta Señora, y Don Rodrigo, su primer marido, hizieron de pagar los quarenta y dos mil ducados, que dàn motiuo al pleyto, porque auian de reservar los catorze mil cada vno de los tres primeros años, que sucediesen en los Estados: Y en la clausula num. 153. hablando de la obligacion de la escritura, que el Señor D. Rodrigo Diaz de Vivar, su Nieto, auia hecho de la satisfacion de debitos por los bic-



bienes que le dexava, dize: *Los quales en grande suma, y cantidad montan, y exceden à las que yo debo.*

37 Parece tambien, Memor. à num. 194. fol. 66. que el Señor Duque Don Rodrigo de Sandoval y Silva, num. 13. como marido de la Señora Doña Catalina de Sandoval (Duquesa al presente del Infantado) puso demanda en 31. de Enero de 46. al Señor Duque del Infantado Don Rodrigo Diaz de Vivar, en que expresando, que la Señora Doña Catalina su muger es heredera única, y en quien han recaído los derechos de sus Abuelos Don Rodrigo, y Doña Ana de Mendoza, pide se condene à dicho Señor Duque Don Rodrigo Diaz de Vivar à que restituya grandes cantidades, y que se declaren bienes libres las casas de San Andrés en Madrid, tapizerias, pinturas, bienes muebles, la Villa del Fresno, Oficios de Guadalupe, huertas, viñas, montes, casa, y bosque de Buytrago, Villa, y casa de San Galindo, la rata de la renta de los Estados, y otras cosas expresadas en la demanda. Mem. num. 197.

38 Defendiendose el Señor Duque Don Rodrigo Diaz de Vivar, num. 12. alegando varias razones, y que estos eran bienes de Mayorazgo; y concluso el pleyto se dió sentençia en primero de Octubre de 53. Memor. num. 200. en que se condenò al Señor Duque Don Rodrigo Diaz de Vivar, num. 12. declarando las casas, y los demàs bienes por libres, y diuisibles, mandando hazer la restitucion en el modo que de ella consta, que por no dilatar no se expresa.

39 Teniendo este estado esta materia, murió el Señor Duque Don Rodrigo Diaz de Vivar, num. 12. instituyendo por heredera à la Señora Duquesa Doña Maria de Mendoza y Guzman, su muger, por quien, segun parece Mem. à num. 202. se aceptò la herençia, se pidió se hiziese el inventario, y que se le diese posesion de los bienes, y con efecto se le mandò dar, y consta à num. 206. que la tomò de las casas de S. Andrés, y accessorias, y por pedimento, y auto, Mem. num. 211. y 212. se diò despacho para tomar posesion de los demàs bienes fuera desta Corte; y tambien se fue prosiguiendo en el inventario, y se hizieron otros diferentes actos.

40 Consta asimismo, Memor. à num. 220. fol. 87. B. que auendose suscitado nuevos pleytos entre el Señor Duque

Don



Don Rodrigo Gomez de Silva, y el Señor Don Alonso Perez de Guzman el Bueno, como heredero de la Señora Duquesa Doña Maria de Mendoza y Guzman, su hermana, se convinieron, y otorgaron escritura de convenio, y transacion en cinco de Julio del de 1662. ante Juan de Burgos, Escriuano del Número de esta Villa, que ratificò la Señora Duquesa Doña Catalina Gomez de Sandoval, que oy litiga, en onze de Agosto del mismo año, que en substancia contuvo, *El que quedassen para el Estado del Infantado, con las cargas de dichos censos, las Casas de San Andrés, sus mejoras, y accessorias, Villas, y Casa de San Galindo, tres tapizerias, que estauan depositadas en Agustín Ximenez; el heredamiento, y buertas de Eras, casafas, y mejoras del bosque de Bytrago; la Villa del Fresno, y su heredamiento; los heredamientos de Maluque, y Manaxar; barca de Maluque; armeria; Casafas de Guadalupe, el oficio de Alferrez mayor; Regimientos, Alcayde de la Fortaleza; Alcaldes de Padrones; y los demás bienes, y oficios sobre que se litiga: esto con las cargas que sobre si tenian; y assimismo los bienes que en el inuentario se dize estar empeñados, y todos los demás bienes que pareciesen ser del dicho Duque Don Rodrigo, assi juros, medías annatas de ellos, sueldos contra la Real hacienda, y otros derechos, y acciones contra qualquier personas de qualquier estado, y calidad que sean; todo lo qual quede para dichos Duques, con talidad, que por todo ello, quede à su cargo el pagar todas las deudas del dicho Duque Don Rodrigo de Vinar en lo que alcançaren, prefiriendo las del Mayorazgo por los empeños causados por D. Rodrigo, à otros qualquiera acreedores: y por razon de las Casafas que dicha Doña Maria auia viuido, y auia debido pagar la Duquesa, se baxarian siete mil ducados, &c. Y al Patriarca se le dexan todos los bienes de Doña Maria de Mendoza, porque la transacion solo se haze de los bienes del Duque Don Rodrigo su marido, y no de los suyos.*

41. Constando pues con tan indubitada certeza, que quedaron bienes de tan excessiuo valor incluidos en el Mayorazgo, y Casa del Infantado, de los que pertenecieron à Don Rodrigo, y Doña Ana de Mendoza, que fueron los que contraxeron la obligacion de los quarenta mil ducados, con la obligacion, y carga de pagar esta, y todas las demás deudas, que declaró la misma Duquesa Doña Ana; reconocerà qualquiera

E  
pru-



prudente juicio la conocida razon del Colegio, y la injusticia de la pretension contraria, pues no se puede por vna parte querer que aquellos bienes, de los que hizieron obligacion, se queden incorporados en la Casa del Infantado, y por otra pretender que se satisfaga los quarenta mil ducados de la obligacion, siendo assi que es proposicion elemental (de que nadie duda) que no se puede fundar Mayorazgo sin pagar debitos, y que à los debitos de los fundadores estan obligados los bienes de que se funda Mayorazgo, y se pueden libremente enagenar para la satisfacion, por estar obligados à ella, ex la c. aductis à D. Molina de *primogenijs*, lib. 1. cap. 10. per totum, vbi Addentes, & lib. 4. cap. 6. num. 1. Dom. Olea titul. 1. quest. 1. num. 38.

42 Y assi este Mayorazgo que pide, tiene en sí los bienes obligados à lo mismo que pide, que no puede ser intento mas injusto, tanto mas siendo los bienes tan quantiosos, que exceden en muchas sumas al pretensio debito.

43 Reconociendose la fuerza de estas razones, y que no ay en lo legal satisfacion que darles, se eligió el medio de defender, que todos estos bienes eran del Mayorazgo antiguo de la Casa del Infantado: assumpto no solo dificultoso, sino imposible, porque la prueba de el vinculo de vnos bienes se haze por vna de tres maneras, que son, ò por exhibicion del instrumento, ò por testigos que depongan de su tenor, ò por la posesion in memorial, como se halla establecido en la ley 41. de Toro, que dize, ibi: *Mandamos, que el Mayorazgo se pueda probar por la escritura de la institucion del, con la escritura de la licencia del Rey que la dió, seyendo tales las dichas escrituras que hagan fee, ò por testigos que depongan en la forma que el derecho quiere del tenor de las dichas escrituras; y assimismo por costumbre inmemorial, probada con las qualidades que concluyen los passados aver tenido, y possedido aquellos bienes por Mayorazgo; es à saber, que los hijos mayores legitimos, y sus descendientes sucedian en los dichos bienes por via de Mayorazgo, caso que el tenedor de el dexasse otros hijos, ò hijos legitimos, sin darles los que sucedian en el dicho Mayorazgo alguna cosa, ò equivalencia por suceder en el; y que los testigos sean de buena fama, y digan que assi lo vieron ellos passar por tiempo de quarenta años, y assi lo oyeron dezir à sus mayores, y ancianos;*  
que



que ellos siempre así lo vieran, y oyeran, y que nunca vieron, ni oyeron dezir lo contrario, y que de ello es publica voz, y fama, y común opinion entre los vezinos, y moradores de la tierra.

44 En lo respectiuo al primero, y segundo medio de instrumento de fundacion, o testigos, que depongan de su tenor, no los ay, y es de la obligacion del que dize auerle el exhibitile, *cap. contra morem, vbi glosa in verb. Non ostenditur, disti. Et. 100. cap. cum persone, de priuilegijs in 6.* y por este texto comúnmente los repetentes, y sobre el Barbosa, *num. 2.*

45 En lo que toca al tercero, no es necesario otra cosa para el convencimiento, que ver la mañosa disposicion de las preguntas, y deposicion de los testigos, que mejor que aqui se podrá dezir, se reconocerà con verlas Mem. *num. 350.* y en la septima pregunta, *num. 369.* que es donde se articula la inmemorial, no ay testigo que la deponga, porque todos se remiten à lo que tienen dicho en las preguntas antecedentes, de que constarà por instrumentos, y solo Don Luis de Saavedra quiere estenderse algo, pero ninguno concluye los requisitos ni de la ley 41. de Toro, ni del cap. 1. de prescriptionib. in 6. y alli la Glosa verb. Memoria.

46 Sobre no auer hechose por la otra parte prueba alguna, que sea de estimacion, ay el constar con evidencia del proceso positiuamente lo contrario; y no es justo hazer defenfa con vn fundamento tan ageno de la verdad, pues las Casas principales, y accessorias de esta Corte, fueron bienes libres de la Señora Marquesa del Cenete, en que no ay disputa, y se las donò à Don Rodrigo de Mendoza su hijo, Mem. *num. 184.* donde la Duquesa del Infantado Doña Ana de Mendoza dice: *Don Rodrigo mi señor tuvo por donacion de la Marquesa del Cenete, su Madre, y mi Abuela, las Casas que tenemos en Madrid à la colacion de S. Andrés, que oy están incorporadas en el Mayorazgo con facultad Real; y estas se incorporaron en el Estado del Infantado por la misma Duquesa Doña Ana de Mendoza, que tambien incorporò todos los demás bienes suyos propios, que estas Casas, y bienes constò por sentençia que eran bienes libres, y que por el vltimo conuenio se declarò esto mismo en todos los bienes, dexandolos al Mayorazgo, y Casa del Infantado, con expressa obligacion de la paga de estos censos, so-*

Y

bre



bre que es el pleyto; todo lo qual consta cō la indiuidualidad,  
y expresion ya dicha à num. 32.

47 Respecto de esto, no parece puede auer aliento para  
insistir en ser los bienes del Mayorazgo antiguo por proban-  
ça iamemorial, quando consta lo contrario por instrumen-  
tos, que hazen rem notoriam, *Clementina sepè, de verbor. signifi-  
leg. cum præcibus, C. de probationibus, gloss. in leg. ancille, Cod. de  
furtis, leg. emancipatione, C. de fide instrumentorum, cap. cum dilecti,  
de donationibus, cap. cum accessissent, de constitutionibus*, latè Pareja  
*de instrument. edit. titul. 1. resolut. 3. §. 1. à num. 3.* por confesiones  
de las mismas partes, contra quien no se puede admitir prue-  
ba en contrario, por ser esta la mas eficaz, *leg. generaliter, §. Et  
siquidem, ff. de rebus creditis, leg. vltim. C. de fideicom. leg. vnica, C.  
de confessis, D. Valenç. conf. 62. num. 62.* Y de aqui nace, que no  
se dà concordia en la diuersidad, ò contrariedad de las depo-  
siciones de los testigos, y confesion de la misma parte, Ioan.  
Andr. in *cap. cum tu, lit. B. versic. Talis concordia, de testib. plures  
& plura refert Farinac. 2. part. prax. crimin. quest. 6. de opposit.  
contradicta test. num. 99.* y procede lo que en otro caso semejante  
dixit Dom. Valenç. *conf. 100. num. 29. ex lib. 2. Regum, cap. 22.  
Geffunenſes in illo processu contra se tullisse sententiam, indignum, que  
esse, quod quadam amphylipsi contrarium ad præsens dicere conen-  
tur.*

48 Sin ser necessario recurrir para la possession de inme-  
morial à constar de principio, que es el que la destruye, *leg. si  
arbiter 28. de probationib. leg. 2. §. Idem Labeo, ff. de aqua plur. ar-  
cend. Velazquez in leg. 41. Tauri, glos. 1. num. 11.* D. Molina de  
*primogenijs, lib. 2. cap. 6. num. 100. & seqq. D. Valenç. conf. 46.  
num. 15.* y auer no solo rumor en contrario, que bastaua, D.  
Crespi obseruat. 14. num. 55. ibi: *Immo rumor solus, quia interrup-  
pie possessionem, & sufficit tribus testibus probari*, Amaya in apo-  
logia pro Conchenſis Collegij statuto, que est in fine libri trium poster,  
*lib. Coñcis, num. 24. & cap. placuit 15. §. Hec, de prescriptiomb. 16.  
quest. 3.* Farinac. de testibus, quest. 63. num. 257. fino es a çtos po-  
sitiuamente contrarios, y modernos, que tambien excluyen  
la inmemorial, como en terminos de auer instrumento por  
donde conste de la libertad de bienes, lo funda el señor Molin  
*lib. 2. cap. 6. num. 60. vbi Addentes.*

ad

Y



49. Y sobre todo, lo que yá se ha dicho, y es inescusable el repetir, que el título porque oy están estos bienes en la Casa del Infantado, es por la transacion, y vltimo, y principal título, Mem. à num. 220. don de num. 232. se expresa, que por las agregaciones, y incorporaciones yá dichas quedan para el Mayorazgo, y con la obligacion de la paga de los censos.

50. Y así parece à nuestra cordedad, no avrà quien pueda poner la mas leve duda, en que este dada euidente satisfacció al primer medio de pedir, pues en el Mayorazgo, y Casa del Infantado están incorporados, y agregados los mismos bienes de los que se obligaron à la redempcion de los censos.

51. Quando faltara el medio de defenfa antecedentemente discurrido, y fundado con tan euidentes consideraciones en hecho, y en derecho, era del mismo modo incontrolable la razon de la Prouincia; y no solo es segura, sino es que passa por su parte à proponerse la cenocida injusticia de este litigio, sin que se discurra motivo de la mas leue estimació por donde pueda auerse dirigido la accion cótra la Marquesa, y por consequencia contra la Prouincia, como su heredera.

52. Por dos causas, y no por otra alguna, pueden mouerse acciones contra qualquier persona; la primera, porque ella aya hécho propia obligacion; la segunda, porque aunque no sea la obligacion propia, ha sucedido en el derecho de quien la contraxo, transfundiendo en propia la obligacion agena; y siendo estos dos los modos que ay en la posibilidad ciuil para dirigir acciones, ninguna concurre en el caso presente.

53. No el primero, porque segun yá se dixo supra à num. 23. de la Marquesa de Villafranca no ay obligacion alguna; y aunque se propuso por motiuo en la demanda del pleyto, que la Marquesa, y su marido se auian obligado à la redempcion destes censos, como de ella consta, Mem. fol. 84. num. 245. en el fol. 85. ibi. Por vltimo el dicho Marqués ofreció pagar las deudas como carga Real, y obligacion de los frutos de la Encomienda, y con este allanamiento, y dando fianças de estar à derecho cõ los acreedores, se le mandó despachar el título, &c.

54. Esto es absolutamente incierto, y contra el hecho de

la verdad, porque de la Marquesa ninguna obligacion ay, ni menos de su marido, pues segun se dixo supra numer. 21. à quien el Consejo ordenò que hiziesse la obligacion, fue à la Duquesa del Infantado Doña Ana de Mendoza; y el decreto del Consejo, Memor. num. 118. fol. 39. B. fue, ibi: *Mandar despachar al Duque de Fernandina el titulo de la Encomienda, sin embargo de las aduertencias del Contador Christoual de Mondragon, obligandose la Duquesa del Infantado, de que si huviesse algunas deudas por pagar de las que dexò por fin, y muerte Don Rodrigo de Mendoza su marido, las pagaria, ò estaria à derecho con los acredores; y la fiançay la obligacion fue hecha por la misma Señora Duquesa Doña Ana, como de ella parece, Memor. num. 120 fol. 40.*

55 Con que por lo que mira à la obligacion propia, ni de Don Garcia de Toledo, Marqués de Villafranca, ni de la Marquesa su muger, no ay en el processo cosa alguna, y lo que ay es contrario, como le ha propuesto.

56 Si es expreso el convencimiento por el hecho, en el punto de obligacion propia, aun es mas evidente en el derecho el no aver en la Marquesa de Villafranca transfusion de obligacion de la que hizieron Don Rodrigo, y Doña Ana, de que se hará manifesta demostracion.

57 El caso que en contrario se propone para obtener, es dezir, Don Rodrigo, y Doña Ana estuvieron obligados à pagar estos quarenta y dos mil ducados de censos; estos no los pagaron, quedaronse debiendo; debianse pagar de los frutos de la Encomienda de Bastimentos, diò Doña Ana destos frutos mismos quaréta mil ducados en dote à su hija Doña Maria, Marquesa de Villafranca; esta los cobrò, murió el Marqués su marido; en satisfacion del dote le constituyeron un censo sobre el Estado de Villafranca ( que es el que se le quitò à la Prouincia, y enagenò por el Señor Duque Don Rodrigo de Silva.) Luego este censo està obligado à satisfacer la obligacion de Doña Ana, y Don Rodrigo.

58 Este discurso parece idea, ò fantasia, que propone la voluntad, no la razon; y debiendo susistir todo este quento como se propone, y tener susistencia en hecho, y en derecho, en vno, y en otro tiene conoeida falencia.

En



59 En hecho, porque es engaño dezir, que los quarenta mil ducados ofrecidos en dote à la Marquesa le dieron, y de los frutos de la Encomienda, porque no ay la mas leue prueba de que se entregassen, y pagassen; y es de estrañar, que tan fríamente se supongan en el hecho los fundamentales medios para obtener, quando no los ay.

60 Ni obtará si se dixere, que baste el ofrecimiento, porque nadie ignora no ser lo mismo prometer, que dàr, y mas en materias de dote; y à lo que se atiede, no es à lo posible, sino es à lo que precisamente se executò, Card. Thulco *lit. F. conclus. 2. 3. num. 1. & lit. D. conclus. 497. num. 68.* Craueta *conf. 189. num. 7. vers. Quartus casus*, Agustín Barbofa *axioma 93. numer. 15.*

61 Y sobre no probarse en contrario, como era de su obligacion, la paga desta cantidad, ay vna razon que excluye al parecer con euidencia el que se pagasse, porque se supone que fue de los frutos de la Encomienda, y estos frutos estavan en administracion, y el Administrador constituido en obligacion à redimir los censos con ellos, y la presumpcion de derecho es, cumpliria con la obligacion, *l. g. 2. c. de offic. iud. in iudicium*, Menoch. *lib. 2. presumpt. 85.* Gratian. *discept. 7. num. 31.* D. Larrea *decis. 98. num. 40.* Y así primero se debe creer, que si huviessse dinero se redimiran los censos, que no el dexar de redimirlos, y entregar aquel efectivo caudal para el dote de la Marquesa de Villafranca.

62 A que persuade la razon, porque la Señora Duquesa Doña Ana, que era quien tenia el credito de los quarenta mil ducados, era la misma que estaua obligada à la redempcion de los censos; y fuera error grande presumir, que el Administrador auia de pagar al deudor, pues nunca llegara el caso de que Doña Ana pudiesse percibir de la Administracion estos quarenta mil ducados hasta que redimiesse los censos à que estaua obligada; y así reconocerà qualquiera prudente juicio quan grande error es venir à repetir de Doña Maria, madre de Doña Ana, lo que no se justifica que percibiesse, y que por todo el contexto del pleyto consta que no percibió los quarenta mil ducados; y en realidad, para obtener la Compañia, no es necesaria mas defensa que esta.

63. Auicndo empezado à hablar el Abogado de la Señora Duquesa, empezó à hazer vn discurso, que fue dezir, que la Señora Marquesa de Villafranca no tenia accion para pedir, porque auicndole dado en dote los quarenta mil ducados de los frutos de la Encomienda, cobrase los, ò no los cobrase, no podia pedir nada: si los cobrò, por auerlos cobrado; sino los cobrò, porq̃ debió hazer las diligencias, queriendo incluirse en la controuersia de la *ley uoluen 4. de heredit. vel act. vendit.* y de la *ley si mandauero 22. §. Interdum sff. mandati*, con las de la materia.

64. Este discurso pareció al Consejo, y con razon se traño de la causa y fuera del pleyto, porque la Marquesa de Villafranca, y el Colegio, que representa su derecho, no vienen à pedir aquesta cantidad, que era quando podia entrar la disputa de si cobrò, ò si debió hazer diligencias; y lo que dicen es, que no estubo la Marquesa obligada à la redempcion de los censos, para venir à conuenirla; ni esta fue obligacion suya, sino es de su madre, como està mostrado en el hecho, quien la satisfizo con la inclusion de tantos bienes en el Mayorazgo de la Casa del Infantado, que por la hipoteca especial, y general estavan obligados à la redempcion, y que assi fue injusticia el considerarla obligada à la redempcion de estos censos, y quitarla su hacienda para redimirlos; y lo que pide es, que lo que indebidamente se le quitò se le restituya.

65. Y assi fue error conocido el discurso que en contrario se intentava hazer, por ser otro el pleyto, y otra la causa, y razon; y aunque fue se el que se ideaba, tuuiera mal partido la otra parte; porque para entrar repitiendo de la Marquesa de Villafranca los quarèta mil ducados consignados en los frutos de la Encomienda de Bastimentos, debiera comprobar primero, como fundamento preciso, el que los huuiese recibido, punto en que no nos detenemos por no conducir en ningun modo para la causa.

66. En derecho aun es mas conocida la insufistencia del motiuo, y ni à la vista de la causa por los Abogados de la Señora Duquesa se propuso fundamento alguno legal con que comprobar la accion contra la Marquesa de Villafranca; ni nuestro cuidado, que por auer sido grande pudiera suplir las vezes del caudal, halla que calidad de accion sea esta.

-noia

Si



67 Si se estuviera aquí en terminos de que Don Rodrigo, y Doña Ana à la obligacion de satisfacer los quarenta y dos mil ducados de censos huviesen hipotecado especial, ò generalmente alguna cosa en que cayesse hipoteca, y que esta huviesse passado hipotecada à su hija la Marquesa de Villafrañca, y se hallasse en su poder, estaua bien que contra ella, por possèer la cosa, se intentasse accion real hipotecaria; pero no siendo esto asì, no cabe en buena, y recta jurisprudencia el convenirla.

68 Como nuestro discurso no alcanza fundamento para que en fuerça del se aya podido convenir à la Marquesa, ni à sus bienes, discurre lo que puede imaginarse; y asì propone, que si pretendieren intentar auocacion de este dinero, que se supone se pagò à la Marquesa de lo ofrecido en dote por los que estavan obligados à la redempciõ del censo, serà error conocido, porque no se està en terminos de auocacion, los quales son vnicamente quando el deudor que tiene dos acreedores, paga al de inferior grado, dexando al del primero; y esto es inaplicable aquí, porque no es acto de tener dos acreedores, y pagar à vno, dexando de pagar al otro; sino es auer vñdo de vn acto libre de dár vna cantidad à su hija con la libertad que tiene qualquier dueño de la cosa de disponer del, *leg. in re mandata*, vbi Glosa *C. mandati*, *leg. quoties*, *C. de donationibus que sub modo*, *leg. cum lex*, *ff. de pactis dotalibus*.

69 Y en bien rigurosos terminos Mello de *indutijs debitorum*, *question 23. presertim num. 2.* por toda la qual funda, que aun los deudores que tienen acreedores, que le han dado espora, durante el termino de ella pueden hazer enagenacion de qualesquiera bienes suyos, y que no pueden vindicarse de los compradores; sino es que la enagenacion se aya hecho fraudulentè, *re & consilio tam ex parte alienantis*, quam accipientis, §. *Item si quis in fraudem*, *Instituta de actionibus*, *leg. ait Praetor*, §. *1. cum seqq. leg. si quis cum haberet*, *ff. qua in fraudem creditorum*, *leg. videamus*, §. *In Fabiana*, *ff. de usuris*; Mantica de *conventionibus*, *lib. 13. tit. 38. num. 9.* Pereira *decis. 49.* Gratiano *discept. 502. num. 32.* Y si aun en bienes, y en enagenacion de ellos procede esto, no ay capacidad para accion alguna contra Doña Maria por dezir se le diò dinero.



170 Fuera de que aun concediendo voluntariamente el estarle en los terminos de auocacion, y auer posibilidad para aplicarlos à este caso, queriendo hazer igualdad de la paga de yn acreedor, dexando otro de mejor derecho, à lo aqui sucedido ( que no cabe en lo posible ) aun tampoco procedia la auocacion, porque esta que prouiene de la *ley pecuniarum*, C. de *privilegio fisci*, procede vnicamente en el fisco, mas no en lo respectiuo à otras personas, y en dinero, que no existe, ni se halla en ser, sino es que se gastò sin mala fee; y esta es la proposicion admitida, y recibida en los Tribunales, y particularmente en España, porque de otra forma fuera confundir todo el mundo, y inquietarle con pleytos, de cuyo sentir han sido innumerables Autores; y en comprobacion de esta opinion, disputando la question modernamente, Iuan Bautista Andreolo *controuers.* 351. y quedando con ella, en el *num.* 17. dize, *ibi: In praxi non esset recedendum à sententia negante auocationem, quia aequitati, & Reipublice quieti nititur, & consult, &c.* en el *num.* 1. refiere por de su opinion sesenta y seis Autores, y entre ellos al Señor Couarrub. *pract.* cap. 29. Gutierrez *pract. quest.* 100. lib. 3. Gregor. Lopez, Matienço, Parlador, Marinis *lib.* 1. *resolut.* 71. Arias de Mesa, Zeuallos, el señor Salgad. *in labyrin.* part. 1. cap. 10. *num.* 82. *ibi: Priorem autem equiorem multomagis communem, & multorum Hispanorum, & exterorum Tribunalium praxi, & usu receptiorem, & libentius amplectam, prout DD. in eacitati affirmant, itaque ab ea non recedam, quia aequitati & Reipublice quieti nititur, & consult, vt scilicet non nisi fiscus, & hypothecarij privilegium habentes valeant pecuniam solutam, & rem cessam vel insolutum datam consumptam bona fide auocare ceteri vero hypothecarij privilegio carentes nullatenus, &c.*

71 Con esta misma opinion corre, teniendola por indubitada, el Card. Luca de *credit. discurs.* 46. *num.* 6. & *discurs.* 52. *num.* 3. *ibi: Quatenus vero perinet ad secundum scribens pro reis conuentis deducebam conclusionem hodie in foro passim receptam, quae dicitur originata ex decis. 196. de Afflictis, vt scilicet, quidquid de stricto iuris rigore, ac in sensu antiquorum in disputatina ratione dici valeat fauorem creditorum anteriorum contra posteriores super auocatione pecuniae per debitorem soluta, quamvis de presenti non extant, saltem conditione ex lege attamen ex quadam aequitate fundata in*



ratione comertij, & communis vsus, quoties agatur de pecunia que verè non extet, vel quod ratione cautionis de restituendo, aut ratione male fidei habenda sit pro extrante, ideoque dici valeat bona fide consumpta, etiam per illam remotam ac impropiam consumptionem, que resultat à comixtione, seu confusione cum reliquo patrimonio, adeò vt nò detur eius identifica existentia, non competat auocatio predicta, &c. Y en el num. 7. ibi: Proceidit etenim vbi debitor in bono statu constitutus suorunq; bonorum liberam habens administrationem, debitum soluit, alias legitimum adeò vt nulla concurrat fraus, vel collusio cum tunc ratio comertij alias impediendi, ita probabiliter exigat quodque alias esset mundum litibus in voluere, &c.

72 Es formal para el intento la doctrina de Fontanela claus. 5. glos. 8. part. 6. num. 22. donde con autoridades de muchos afirma, quod non datur auocatio, si dos fuit in pecunia constituta, y estermiante la decis. 86. de Afflicti. que repite el mismo Fontanel. claus. 5. glos. 8. part. 7. num. 74. ibi: Ex his ego etiam incluso in illam Vrsul. ad Afflicti. decis. 86. num. 6. in fin. conciliationem, de qua sup. hac ead. glos. 8. part. 6. ex numer. 21. cum seqq. in hoc, quod quoties dos consistit in pecunia, & eam bona fide recepit maritus, & consumpsit, non habet locum auocatio, quam filij facerent, aut facere vellent pretextu illius inofficiositatis, aut alias constante matrimonio, ipse enim verè vt dictum est, reputatur creditor causa onerosa, filij item in hisce rebus considerantur etiam vt creditores: iustum est ergo, quod omnes stent regulis de huiusmodi creditoribus quoad has auocationes loquentibus, atque ita interpretarer eam opinionem que communiter, vt diximus, tenet posse liberos agere de inofficiositate, aut alias contra maritum etiam constante matrimonio, quando filie fuit dos inofficiosa constituta, & hoc modo aliquantulum temperatur rigor ille, & magna asperitas quorum ratione omnes irruunt in Afflicti. alioquin doctissimi viri, & vix nemini fecundi, & sui Senatus opinionem, de qua in sæpe citata decisione Neapolit. 86. quamvis non consentiunt Barbof. & Molfes. in loc. iam allegat. dict. part. 6. numer. 26. Huic conciliationi, ego enim cum supra firmissimè resolutis per DD. in materia auocationis pecunie, que æque in isto casu, atque in alijs locum habere debet, eis respondeo, & satisfacio, quibus non video optimam posse dari, aut reperiri euasione, & sic prout teneo, videtur etiam mihi tenere Borguini. Canal. decis. 29. numer. 38. part. 3. &c.

Pal-



73 Passa este Autor en el num. 75. à fundar, que nunca llega el caso de la auocacion de cantidad dada en dote, por la dificultad de justificar que era excessiua, y fraudalenta de parte de quien la daba, y de quien la recibia, al tiempo que se promete, y que la necesidad de dotar excluye el fraude; y aqui consta por toda la serie de la causa quan grande fue la hazienda de Don Rodrigo, y Doña Ana, y las grandes sumas que incluyeron en el Mayorazgo, ibi: *Que dicta hucusque sunt in hac materia reuocanda donationis per patrem in fauorem filie facte pro dote in fraudem creditorum, tempus respiciunt constantis matrimonii, ut vidisti, in quibus resoluiumus ex disposit. leg. si fraudator, in §. Si à socio, quod nisi maritus, cui dos est constituta, fraudis particeps cum socio fuerit, non est locus reuocationi, hæc occasionem præbent dubitandi, num è contrario, si finitum sit matrimonium, intelligamus, quod contrarium procedat, & procedere debeat, idest quod reuocatio habet locum? Respondemus breuiter in hoc non esse dubitandum, si re vera in fraudem creditorum dotatio probetur facta, prout multis in principio tractatus huius articuli probauimus, sed nunc aduertimus, quod arbitror esse summè in hac materia scire necessarium vix dari posse casum, in quo hæc prædicentur vel prædicari valeant, idque ex defectu probationis fraudis, quando quidem dotatio ipsa hæget præsumptionem pro se, quod non fuerit in fraudem factas quando enim alie alienationes ex aliquibus circumstantijs præsumuntur, quod præ se fraudem ferant, hæc tamen, quæ sit pro dote, cum alijs quæ ex alijs causis necessarijs fiunt, in eisdem terminis, & cum eisdem circumstantijs fraudalenta non præsumitur, quia necessitas alienandi tollit præsumptionem fraudis, prout in terminis dotationis Iacob. Menoch. de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 124. num. 15. & 67. Mart. Antonin. Peregrin. de iur. fisc. titul. de publicat. bonor. num. 177. Prosper. Farin. tract. de simulat. & falsit. quæst. 164. §. Necessaria, num. 107. &c.*

74 Estan dificultoso, ò imposible, el repetir, ò auocar cantidad, que se diò, y que no existe, que siendo assi que no ay en el Derecho materia mas aborrecida, que la vsura, castigando con notables penas al vsurario, estando para la satisfacion de lo mal lleuado hipotecada toda su hazienda, es sin embargo segura propoficion, que si el vsurario diessè à su hija en dote alguna cantidad en dinero, no se puede auocar, doctri-

na



na que fue original de Bald. en la leg. *rem quam, in fin.* Cod. de iur. dot. de Angel. in leg. *Lutius Titius in fin.* ff. quibus mod. Marfil. singul. 67. Abb. in cap. cunctu, de usur. num. 14. Vrsil. ad Afflicti. decis. 86. num. 1. ibi: Nota, obsecro ultra eos pro istis facere eas, que notat Angel. in leg. *Lucius*, ff. qui potior. in pign. habeantur. loquens de usurario, qui dedit amplam dotem filie sue in pecunia, quod debitores, cum quibus ipse usuras exercuit non valent dictam dotem, tam à viro, quam ab eius vxore renouare, quod secus fuisset, si effect extortus fundus à prefatis usuris, seu raptis, &c.

75 Es doctissimo el conf. 63. de Federic. de Senis, cuya especie es, n.r. ibi: *Quidam usurarius nihil habens in bonis nisi quod extorsit per usurariam prauitatem, tradidit nuptui filiam suam Titio hoc scientis, pro cuius filia sue dotem dedit genero suo mille, & deum patres, & marito defunctis, dos fuit eidem dominæ per heredes mariti restituta, nunc queritur cum hereditas patris ad plenam restitutionem usurarum non sufficiat, an dicta domina de suis dotibus teneatur facere satisfactionem prædictam in foro conscientie, siue in foro humano, &c.*

76 Y por todo el defiende, que los acreedores del padre no tienen accion contra la hija por la cantidad, que por razon del dote le pagaron los herederos del marido; y dize en el num. 2. ibi: *Item non obstat, quod dicitur, quod mulier recepit pecuniam cum suo opere, nam pecunia, quam recepit ab heredibus mariti, non erat onerata, nec debita, nec austricta his, qui soluerant usuras patri dominæ, licet persona patris esset obligata, & posito, quod bona usurarij fuit tacite obligata soluentibus usuras, non tamen bona illius, qui recepit pecuniam ab usurario, & maxime iste maritus, postquam istam pecuniam, quam recepit, à socero cum suis immiscuit, quia per mixtionem, & consumptionem facta fuit pecunia mariti, posito, quod maritus esset personaliter obligatus creditoribus soceri, & sic responsum est ad decretalem cum tu, &c.*

77 Concurrè con esto, que el censo que diò la Casa de Villafranca à Doña Maria, no fue por la dote, que lleuò al matrimonio, sino es por el derecho de heredera de su marido el Marques de Villafranca, transgigiendo los derechos, que tenia contra esta Casa, como consta Mem. à num. 121. fol. 41.

78 Como tambien, que para auocar, ò repetir es necessario hazer primero excusion en los bienes del principal deudor,

H

dor,



dor, por ser este remedio subsidiario, y estando como están en la Casa del Infantado los bienes de Don Rodrigo, y Doña Ana, que eran los obligados, cessa la accion, porque en ellos se ha de hazer el pago, ita ex Castill. Noguier. Fontan. Grat. & alijs, D. Salgad. in labyr. part. 1. cap. 10. num. 75. ibi: *Sed cum hac limitatione, ut is qui habet ius auocandi à tertio, illud exercere non potest, nisi prius excusso principali debitore, &c.*

79 Pero segun se ha dicho, toda esta es question ociosa, porque se supone lo que no ay, de que los quarenta mil ducados, consignados en los frutos de la Encomienda de Bastimentos, los cobró Doña Ana, no auiendolos cobrado, siendo forzoso, para intentar la repericion, el justificar la efectiva entrega, sin que bastasse la escritura del ofrecimiento, por lo literal del texto en la *leg. 1. C. de dot. caut. non numer. ibi: Dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit, & ideo non ignoras ita de munit te ad petitionem dotis admitti posse, si dotem à te re ipsa datam probatura es, &c.* Y para el expreso convencimiento de la pretension contraria, y que le falta el fundamento para pedir, se propone, que los frutos de la Encomienda estaban para redimir estos censos, y para dar los quarenta mil ducados de la dote; y pues los censos no se redimieron, ni basta dezir que estava alli el dinero destinado para la redempcion, y tampoco ha de bastar para dezir, que se los entregaron à la Marquesa los quarenta mil ducados, el que estaban destinados para entregarcelos.

80 A estos fundamentos se añade el de la prescripcion, pues quando se hizo el ofrecimiento à la Marquesa Doña Ana de los quarenta mil ducados de los frutos de la Encomienda de Bastimentos, fue el año de 1609. segun consta Mem. num. 88. fol. 31. quando se puso la demanda primera, fue el año de 1666. Mem. num. 244. fol. 84. con que auia y à passado mas de cinquenta y siete años, y en este tiempo nadie negará que no estè prescripta la accion, si alguna pudiera auer, aunque la cõsideren real, y de la calidad que se quisiere, *leg. sicut in rem, Cod. de prescript. 30. vel 40. annor. Ciriaco controuers. 181. numer. 78. & controuers. 692. numer. 52. Marinis lib. 1. variar. resolut. cap. 27. numer. 10.* y esto no solo por derecho ciuil, sino es por el Canonico, como se prueba del *cap. ad aures, cap. illud,*



*illus, cap. iudicantem, de prescriptionib. Authent. quas acciones, Cod. de Sacrosanctis Ecclesijs, Card. Luca de Iudicijs, discurs. 21. num. 20. & discurs. 38. num. 3. & de heredes, discurs. 33. num. 13. donde afirma procede con mas facilidad la prescripcion contra tertium qui reuera non sit creditor, sed ob alienam obligationem ex quadam iuris rigurosa subtilitate possit molestari, &c.*

81 Y en terminos de dote, que indebidamente se diò en la mas rigurosa opinion, que no se pueda intentar accion pasados treinta años, Mangil. *de imput. quest. 93. num. 47. & seqq.* Vilcont. *ad Franch. decis. 170. Surd. conf. 148. in fine, Fontan. de pact. clausul. 5. gloss. 8. part. 2. à num. 47. & seqq.* Merlin. *de legit. lib. 2. tit. 1. quest. 21. num. 45.* Cabaleri. *decis. 256. num. 5.* Boffo *de dot. cap. 14. num. 12.*

82 Y assi, ò porque no se justifica que Don Rodrigo, y Doña Ana efectiuamente entregassen los quarenta mil ducados de los frutos de la Encomienda de Baltimentos; ò porque aunque constasse de la efectiua paga, fue esto que libremente le pudieron executar, y que passò sin grauaamen, y sin capacidad de hipoteca, por ser dinero, ò porque no se està en terminos de auocacion, ò porque quando se estuuiera en ellos, no se dà del dinero nõ extante, y cò buena fee consumido; ò porque aunque se diera huviere capacidad, y lugar para la auocacion, no se puede intentar despues de tanto numero de años, y està prescripta; parece quedar hecha euidència de nõ auer accion alguna contra la Marquesa de Villafranca, y sus herederos.

83 De donde prouiene la conocida razon de la justificacion de la sentencia del Alcalde, y que se debe confirmar con la enmienda de que como la condenacion fue de quarenta mil ducados de principal con sus reditos, sea de los cinquenta y seis mil ducados, con los reditos del censo sobre el Estado de Villafranca, que fue el que se enagenò, y vendiò en virtud de la executoria del primer juicio, cuya pretension es muy ajustada a los terminos de la razon; porque reuocada la sentencia, en cuya virtud se hizo la enagenacion, debe el acreedor à cuya instancia se hizo, si està la cosa en su poder, restituirla con frutos; y aun en el sentir de muchos, el tercero en quien se hizo la enagenacion, que refiere, y figue Giurba en

la



la observ. 53. en el num. 15. pero nadie niega, ni pudiera, que la restitucion ha de ser de todo lo que se quitò al deudor, con los intereses, leg. cum ex causa, ff. de appellat. leg. Cirograph. §. 1. de administrat. tut. leg. 1. Cod. si vendito pign. agatur, ibi: *Quanti tua interest restituere tibi eundem creditorem imbebit*, &c. Azebed. in leg. fin. tit. 21. lib. 4. num. 139. D. Salgad. de procel. Reg. part. 4. cap. 14. num. 6.

84. Con que auicndose quitado à la Compañia con injusticia cierta, y conocido agrauio, y supuestos inciertos en el hecho el censo, que era de cinquenta y seis mil ducados, ò se le ha de dàr este mismo censo, ò cinquenta y seis mil ducados en dinero, con los intereses, aunque el se huviessè vendido en quarenta; porque la venta, como se ha dicho, para con el Señor Duque, que convino, fue injusta, y nula, y causò al Colegio cinquenta y seis mil ducados de daño, y la postura fue simulada, porque el censo era para el Señor Duque Don Rodrigo de Sandoval; y como es notorio, este le redimiò la Casa de Villafraanca, y diò por el capital cinquenta y seis mil ducados efectiuos.

Por estas consideraciones esperan el Colegio, y los acreedores han de obtener determinacion fauorable: *Salua in omnibus, &c.*

*Lic. D. Juan de Alcantud.*

*Lic. D. Gabriel de Espinosa*

*Ribadeneira.*