

de quien recibió la confianza guardarla *debet fidem prestare*, y sin constar por escrito se debía cumplir en virtud del antecedente pacto hecho desde el principio, de que avian de ser los emolumentos del officio. para quien quisiese Doña Ysabel, como quien avia de dar, y dio todo el valor: Luego fue necesidad, y obligacion hazer la declaración quando la pidió: no la pidiera sino temiera la variedad referida en el hecho, pues siempre avia corrido en la seguridad de la confianza; pero como esta suele faltar, y no es segura, como dixo Virgilio 4. *Aeneidos: nusquam tuta fides*, y Silia Italico lib. 11. de bello punico:

*Stat nulla diu mortalibus vsquam
Fortuna titubantefides.*

Y entre las demas calamidades, que se originan de la falta de ella que refiere Manilio lib. 3. son los litigios.

Insidiasque fori, caedes in manibus ipsis.

Y porque debe ser inviolable la pusa la antigüedad por compañera de la justicia reverenciandola por Diosa vestida de blanco por la sinceridad, y tapada por lo secreto, assi la pinta Vincencio Cartario de Imaginibus Deorum, qui ab Antiquis colebantur: *Fides enim* (dize) *debet esse tecta, atque secreta, hoc est res, quae alicuius fidei creduntur non sunt villo pacto prodendae*: y aun sus Sacerdotes avian de vestirse de blanco: *albo panno velati Flamines ei ex Numa instituto, sacra faciebant, quemadmodum Livius refert, vt eo intelligeremus fidem omni sinceritate custodiendam esse*. Y assi no solo la veneraron por Diosa, sino que la pusieron en lo mas escondido de el cielo, como dize Cartario: *eam Silius Italicus lib. 11. de bello punico in penitissima caeli parte collocat: cum Herculem fingit eam ita alloquentem*

Ante Iouem generata, decus diuumque hominumque,

Qua sine non tellus pacem, non aequora norunt,

Iustitiae consors, tacitumque in pectore numen.

Y assi no es mucho que faltar a la confianza lo condenara Ciceron in eadem oratione pro sexto Rosio *perfidiosum est fidem frangere, y conuierda la ley 1. ff. de constituta pecunia: fidem fallere, & promissa non adimplere graue est*. Desuerte, que si la fec y palabra antes de declarada por si era bastante, y obligaba. Mucho mas despues de declarada, y assi importa poco que se quiera negar la confianza quando se halla declarada por instrumento publico ante Escriuano, y testigos, a que se debe estar; pues dicho Mariscal cumpliendo con su obligacion, y palabra dada al principio, declaró: que estando el officio para perderse, y caer en conuulso, y no tener con

que

que enterar el tercio a su Magestad, y demas gastos, le pidió a mi parte diez mil pesos, y luego ocho mil, y luego otros vn mil, y otras cantidades, que importan veinte y dos mil y cien pesos, en que se comprehende todo el valor del officio y gastos de titulo, despachos y confirmacion, declara haver sido, y ser el dicho Don Ventura dueño de todo el valor, y de los riesgos: y que si por aver estado en su cabeza el dicho officio, y aver corrido en su vida, y aver despachado el titulo en su nombre, avia adquirido algun derecho, lo cedia y renunciaba en el susodicho. Y por que se ha querido dezir, que esta clausula es cession, ya se ve, que es condicional, y superabundante, y que no dá derecho de nuevo, sino explica el ya dado de preterito, y el mismo instrumento lo dize, pues declara el Mariscal aver sido vn supuesto, y el dicho Don Ventura aver sido, y ser dueño del valor. Además, que conforme a derecho *declaratio nihil novi dat; sed datum significat, l. heredes palam §. 1. ff. qui testam facere possunt*.

Y assi auu quando cessaran todos los dichos fundamentos, el punto principal es, que se debe estar a la declaracion, y propria confession, la qual ni aun admite prueba en contrario. Dexo lo regular que se pudiera traer por ser adecuada al proposito la ley generaliter 13. *C. de non numerata pecunia* que habla del que confessa averla recibido por antecedente causa, a quien no se dá licencia para probar contra lo mismo que ha confesado: *generaliter sanximus, dize la ley, vt si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscumque pecunijs, como si dixerá en diferentes partidas, ex antecedenti causa descendentibus, por averlo pactado assi en la misma declaracion, eamque causam specialiter promissor edixerit, confessando con especialidad la confianza decide: que ya no tenga licencia para probar lo contrario: non ei iam licentia sit causa probationem stipulatorem exigere*. No se necesita de mas prueba, pues lo confiesa *cū suis confessionibus acquiescere debeat*, dando por razon el texto: *nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucidè protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere*: luego, para que se esté a el trato, y a la confianza no es menester mas que su propria declaracion de no aver sido, ni ser dueño del valor, y emolumentos, y aver entrado en el officio en confianza, y por su vida, y que ya no lo puede negar, ni reclamar, ni probar lo contrario, pues debe estar a su confession.

Dize la contraria, que fueron supuestas aquellas primeras escrituras, y digo yo lo mismo: pues por tales las manifiesta la vltima

de

de declaración à que debe estarfe, y eran opuestas à la verdad del pacto en que se cortia desde el principio, y lo tienē confesado el Mariscal, y ya no puede negarlo: porque aunque lo mismo se negaba en el caso de compra de officio que trae Noguero en dicha alegacion 20. y por aver sido en confianza se valian de lo escrito, y de el nombre, y despacho del titulo, que se retenia, como aqui sucede, sin quererlo entregar contra lo prometido, y sin embargo trae en el n. 24. la ley 4. C. *si quis alteri, vel sibi emerit*, en cuya especie aviendo hecho compra vno en cabeza de su suegra, y retener ella el titulo atēnida à el nombre para pretender el dominio, decide el texto: *quamvis instrumento emptionis Socrus nomen inscripseris, tamen si possessionem tenes, dominus effectus es ob eam rem frustra calumniam mulieris, quamvis ipsa contractus tabulas habeat, reformidas.* Y assi importa poco, que el Mariscal retenga el titulo, si tiene confesado, que no le toca, y mi parte ha sido, y es el verdadero dueño del valor, y emolumentos.

Sin que obste lo que de contrario se alega de simulacion, y q̄ es prohibida en derecho, como prueba Noguero en toda la alegacion 10. y reconocida, habla en simulacion de fee de entrega, y en materia de cambio simulado; pero para que reconozca la contraria, que no todas las simulaciones están prohibidas en derecho, ni repugnan las confianças, bastaba para probarlo todo el titulo, *si quis alteri, vel sibi emerit*, y las herencias fiduciarias, de que se haze mención en distintos textos, y los fideicomissos que tuvieron origen de la confianza, y solo se prohibe la simulacion, que es con daño de tercero, y de ella resulta engañarse otro distinto de aquel, que la contraze. Y assi por causa, y fin honesto admite la simulacion de contrato Francisco Marco en la decission 46. tom. 1. quando *fit simulatio contractus de persona ad personam, ut quando quis non vult nominari in contractu; sed contrahit per interpositam personam, licet de eius pecunia, an queratur actio illi, qui facit contrahere per interpositam personam, & in effectu quando fit ex causa honesta, ut solent honestiores non pati sua nomina instrumentis inscribi, tunc valet contractus l. pupillus §. sane ff. de aut. tut. l. 4. §. si ab ignoto, & §. unde quari poterit ff. de manumission. y en el n. 40. dize: nomine accommodato, ut quando tacite recipitur instrumentum pro alio, tunc adquiritur actio vere personae, & non fictae, secundum Baldum in l. cum precibus in fin. C. de probat, pro quo facit tex. in l. si quis C. plus valere, quod agitur, quam quod simulatē concipitur.* Sin que las ficciones, simulaciones, ni cumulación de contratos sean reprobados, quando tienen justificacion, y fin honesto, como prueba Scacia

11
cia de commercijs §. 1. quæst. 7. p. 1. n. 88: *Confirmatur hæc responsio, quia tollerantur fictiones, seu cumulationes contractuum, quando non gravant, & habent iustitiam, & finem honestum, ut in fictionibus, & simulationibus contractuum super censu, de quibus scripsi supra quæst. 1. num. 174. exemplificatione 1. & patet etiam in societate officij.* Desuerte, q̄ no toda simulacion, ni ficcion es prohibida; antes si permitida por causa honesta, como aqui intervino, sin perjuizio de ningun tercero, ni del Mariscal: pues desde el principio recibio todo el valor, y tuvo la conveniencia de valerfe de las dos tercias partes, que solo le tocaban, sacando el dinero del riesgo, y de las contingencias de perderlo todo.

Sexto. que para ser dueño del valor, y emolumentos del officio, que no es personal, y se sirve por teniente, no tiene prohibicion, ni la muger, ni el eclesiastico, ni el pariente.

FVERA de la justificacion, que contiene el averle dado el dinero desde el principio, hubo causas honestas, que movieron à hazer dichas simulaciones, y aquellas quiere oy ojeptar la contraria, diziendo: que no podia obtener el officio la dicha Doña Ysabel por ser muger, ni el dicho Don Ventura por ser hermano de el Theforero, y por ser Sacerdote. Y escierto, que nada de esto movió à ello, quanto reconocer que entonces era menor, y no saber su Madre la resolucion de su estado, y entender, que siempre estaba segura la declaracion del Mariscal, y aun sin ella la verdad de la confianza, en que tuvo utilidad, porque no tenia para el entero, y logró el dinero libre de los riesgos: pues si el susodicho huviera fallecido aun aviendo renunciacion hecha en tiempo y forma, era necesario otro entero de tercio, y aun de otros, y de estas contingencias se libraba, y assi le pareció no tener ninguna repugnancia, el q̄ guardaria el secreto de la confianza dicho Mariscal, y que ella, ó su hijo, ó quien quisiese podian ser dueños del valor, pues lo avia dado, y de los emolumentos, pues aquel los producía.

Y para que se vea, que conforme à la naturaleza de estos officios vendibles qualquiera prohibicion no trata del valor, sino de el exercicio que es precindible este de aquel: porque el exercicio mira à la persona, y assi basta idoneidad en el Teniente, y en cuya cabeza está el officio, como se cōsideró en el caso de ser dueño de el va-

lor el Monasterio de Carmelitas Descalços del santo Desierto del officio de Enfayador, y fundidor mayor de la Real casa de Moneda, sin embargo de las contradiciones hechas por el señor D. Juan de la Rea Fiscal del Consejo Real de las Indias, que lo era quando hizo la alegacion fiscal 86. Y dize en el n. 32. refiriendo lo alegado por parte del Convento: *Et quoties substitutus admittitur nominandus à Monasterio, eius incapacitas cessare videtur quo ad officia publica, cum in feudis, quando potest per substitutum exhiberi servitium clerici, & Monasteria feuda habere possunt.* Pruebalo la ley Real 6. tit. 26. partida 4. ibi: *De manera que no pudieffe servir el feudo, no lo pudieffe aver, & ibi: que no lo pudieffe servir por razon de las ordenes que huvieffe.* Desuerte, que prohibiendo la ley, y el derecho, que no puedan tener feudos los Eclesiasticos, ni suceder en ellos, la excepcion, que se admite de esta regla es, sino los pueden servir. Y por esso dize el Padre Thomas Sanch. in summa lib. 7. cap. 15. num. 36. que la prohibicion se entiende del feudo, *quod statui Religioso repugnat ratione servitij, quod ab ipso non potest exhiberi.* Desuerte, que solo están prohibidos para el exercicio, como lo prueban Innocen. Hostiense, el Abad Panormitano y otros muchos Autores que refiere Thomas Sanchez en el lugar citado, y prosigue en el n. 37: *Tunc autem servitium personale in feudo petitum poterit per alium exhiberi, quando in eo non eligitur industria personæ secus quando eligitur l. inter artifices ff. de Solutio nibus.* Desuerte, q̄ quando no se elige la industria de la persona, ni es personal servir el officio, si no se sirve por substituto, no tiene incapacidad, ni el Clerigo, ni el Religioso, ni la muger para obtener en su cabeza el officio à semejaça del feudo; mucho menos le tiene para el valoren officio q̄es vendible, y se sirve por Teniente: y aunq̄ las antiguas leyes mādaban q̄ los officios se sirviessẽ personalmẽte, y no por substituto, como consta de la ley 6. tit. 2. lib. 7. de la recopilacion, q̄ manda que los Escrivanos no sirvan por substituto sus officios, y la ley 18. tit. 3. lib. 7. que ningun oficial ponga otro sin licencia Real con ella se abrio passo á lo q̄ antes estaba prohibido, y cõ esto se dio mayor valor à los officios que no apetecieran los que podia comparlos, vnos por impericia, otros por no servirlos, y otros por no serles decente su exercicio, ó no ocuparse, y todo esto cessa cõ la facultad de Teniente en quien se suple la inhabilidad, ó incapacidad del que corre por oficial aunque sea de especial pericia como enfayador, y no de puro ministerio para el exercicio. Y teniendo como tiene facultad Real este officio, como otros de servirse por Teniente, dexa de ser personal, y assi no huyo embaraço en dicho officio

12
cio de Enfayador mayor, para que lo tenga vn Monasterio corriendo para los enteros de tercios en la cabeza y vida de D. Sebastian Carrillo; y aunq̄ de contrario se niega este simil por dezir, que oy se ha cogido otro tẽperamento por muerte del susodicho, para que cada quinze años se entere el tercio, esto no es del caso, ni quita el simil. Lo primero, porque en la vida de aquel corrio; y lo segundo, por q̄ el nuevo tẽperamento no quita q̄ continue el Gõvento con el officio en persona fãta antes se pudiera cõsiderar mayor embaraço; pues no ay persona en cuya cabeza corra; pero como esto era para los riesgos de la vida, y consiguientemente los enteros de los tercios, pues el Monasterio nunca muere Doctores in auth. ingres. si C. de sacrosanctis Ecclesijs por vna y otra causa se hizo regulacion arbitraria de lo incierto de la vida, la qual, aunque no tiene medida natural y physica, la puede tener legal, come consta de la ley *hereditatum computationi 68. ff. ad legem falcidiam*, que haze computacion de las edades para los alimentos, y si tiene la edad computacion presumptiva, la puede tener arbitraria, y reducirse lo incierto de la vida, en cuya cabeza se pusiesse á quinze años. Y de todo lo dicho se prueba que ni los Religiosos, ni Eclesiasticos son incapaces de ser dueños del valor, y emolumentos de los officios vendibles, y consiguientemente, que ay distincion entre la persona que exerce, y la en cuya cabeza està, y la del dueño del valor, y emolumentos, para lo qual no tiene incapacidad vn Eclesiastico, aunque la tenga para que corra en su cabeza, ó que lo exerça, en que podia correr la razon de indecencia, y mas quando *officium distinguitur ab exercitio* como prueba Matienso in l. 12. tit. 12. lib. 5. recop. glos. 1. n. 4.

Como tampoco son incapaces las mugeres de pertenecerles el valor, y emolumentos; porq̄ aunq̄ conforme à la ley 2. ff. de regulis iuris: *femina ab omnibus officijs civilibus, vel publicis remota sunt.* Esto es en quanto al exercicio *propter honestatem*; pero no son incapaces del valor, ni de tener parte en los officios, y emolumentos, como lo prueba Matienzo en la ley 5. tit. 9. lib. 5. recopilacionis, glosa 4. con Antonio Gomez, el señor Cobarrubias, y otros en terminos de los officios vendibles, y que el precio y estimacion de ellos se debe comunicar entre marido y muger, y en el n. 4. refiere las razones de dudar, que puso el señor Cobarrubias lib. 3. variarũ, cap. 19. num. 4. Lo primero, porque eran indivisibles. Lo segundo, porque la muger era incapaz de tenerlos. Y en el n. 5. satisface à ellas diziendo, que tambien el derecho de Patronato es indivi-

duo-