



179  
13

12

# MANIFIESTO JURIDICO,

por parte de D. Antonio Rodrigo Perez de Tudela, Vecino de la Villa de Tovarra.

SOBRE LA INJUSTICIA, Y NULIDAD, de la sentencia, y autos executivos, que contra este ha seguido la parte de Doña Catalina Valcarcel, por 16J. y mas reales, como poseedor del Vinculo fundado por el Lic.

Rodrigo Perez de Tudela, y Doña Maria Pellizèr.

**S** Eñor, por ser el hecho, el principal cimiento de qualquier papel, porque sobre èl se ha de fundar la calificacion de derechos. *Ex leg. Si ex plagijs §. in clibo ff. ad leg. Aquil.* nos es preciso el exponerle, algo dilatado, porque esta parte tenga el consuelo, de manifestar en su defenta, las legitimas excepciones que de èl nacen, y es como se sigue.

A

SE-



SERIES FACTI.

2 **P**Or escritura de 19. de Agosto de 1687. parece, que Don Pedro Vidal, y Doña Catalina Valcarcel su muger, vendieron à Pedro Sanchez de Castro, 13. tahullas de tierra en la huerta de Murcia, y pago que llaman de la Herrera, en precio cada vna de *quientos reales*, y le obligaron de evicción, con esta clausula, *que en caso que se les moviese algun pleyto à los compradores, lo seguirian los vendedores à su costa, y en todas instancias, Juicios, y sentencias, hasta dexarles en quieta possession, &c.*

3 Por otra escritura, que tambien vè en los autos, de 10. de Mayo de 1709. parece, y consta, que Doña Catalina Valcarcel, avia seguido pleyto contra dicho Pedro Sanchez, sobre nulidad de la venta de dichas tahullas, porque siendo suyas, avia sido compulsada, y apremiada, y por bien de paz, ajustaron, y transigieron el pleyto en esta forma: que Doña Catalina dexasse las tahullas al dicho Sanchez, y este le pagasse à aquella, quatro mil reales, por mas valor de las tahullas, de que otorgaron dicha escritura.

4 Por otro testimonio en relacion, de Ginès Martinez, Notario de la Audiencia Episcopal de Murcia, de 9. de Noviembre 1711. consta: que Antonio Gallàr estudiante, siguiò pleyto sobre obtener colacion de la Capellania que fundò el Lic. Rodrigo Perez de Tudela, y Doña Maria Pellicèr, y que aviendola obtenido, en su virtud, en 4. de Marzo de 708. pidiò, y se le diò possession, como propiedad de su dotacion, de siete tahullas de tierra en dicho pago de la Herrera, (son parte de las contenidas en el numero 2.) sin perjuicio de tercero.

5 Por el mismo testimonio se relaciona, que en 12. de Octubre de dicho año de 708. saliò el dicho Pedro Sanchez haciendo relacion en su pedimento, ante dicho Ordinario Eclesiastico, de la possession dada à dicho Gallàr, y formando articulo de manutencion de possession, fundandolo en la que tenia demàs de veinte y vn años, y al tiempo del litigio, y sin perjuicio del articulo, lo corroborò con la possession titulada por la compra hecha à dicha Doña Catalina Valcarcel, (que diximos al num. 2. y 3.) y por vn otro si, pidiò se le requiriesse de evicción à dicha Doña Catalina, lo que se mandò, è hizo así, y diò traslado del articulo à dicho Gallàr.

6 Este respondiò, que se le devian restituir las Tierras; por ser las mismas de la dotacion de la Capellania, por lo que era despreciable el articulo, y por no ser legitimo el titulo en que fundava su possession, el dicho Sanchez, al que se diò traslado; quien replicò, que se le devia manutencion en su possession, y que sin perjuicio del articulo formado, antes corroborandolo, el titulo era legitimo, y que la possession en èl, y sus autores, venia continuada desde el año de 1603. en que se dezia fundada la Capellania,



nia, y por consiguiente, con mas de 105. años de ella; por lo que tenia prescripcion immemorial, que corria contra el mas privilegiado, lo que servia ( quando otro no hubiera ) de legitimo titulo para adquirir el dominio.

7 Recibiose el Pleyto à prueba ( que hizieron las partes ) y al tiempo de ella *por el dicho Capellan Gallar*, se pidió se hiziesse saber el estado del Pleyto, à *Pedro Cascante vecino de Tovarra*, como curador de los menores de Don Patricio Perez de Tudela, poseedores del Vinculo, de los dichos Lic. Rodrigo Perez de Tudela, y Doña Maria Pellicer, y se dize en el testimonio, se hizieron las diligencias, sin otra expresion; y al mismo tiempo Doña Catalina Valcarcel diò pedimento en dicho Juizio, *pidiendo se hiziesse saber el estado del à Doña Juana, y Don Geronimo Zarandona, de quienes avia comprado dichas tabullas*, para que les parale perjuizio, y se les hizo saber.

8 Concluso el Pleyto, por el Provisor se sentenciò ordinariamente, condenando à dicho Pedro Sanchez, à que restituyesse al dicho Capellan Gallar, las dichas siete Tahullas, con los frutos, y rentos, desde la contestacion de la demanda ( que supone fue el dia 12. de Octubre de 708. en que el dicho Sanchez formò el articulo de manutencion ) à razon de veinte y dos ducados y medio al año.

9 Consta del mismo testimonio, que por dicho Sanchez se apelò en tiempo, y forma de dicha sentencia, que le fue admitida quanto avia lugar en derecho, y que à instancia de dicho Capellan Gallar, se lo notificò al apelante, por primero, y segundo termino, mostrase mejora de su apelacion: en cuyo estado, el referido Sanchez diò peticion, haziendo relación de su apelacion, y concluyendo se le hiziesse saber à dicha Doña Catalina, para que la siguiesse si le convenia, lo que se mandò así, y se le hizo saber. Despues de lo qual, el dicho Gallar pidió se le notificasse à Sanchez, que por tercero termino mostrasse la mejora de su apelacion, se le notificò, *y sin hazer saber dicha tercera rebeldia à Doña Catalina, y termino en ella señalado, ni citarla para cosa alguna*, se declaró por desierta la apelacion, y por pasada la sentencia en cosa juzgada.

10 Despues de lo referido, parece de dicho testimonio, que en 28. de Mayo de 710. pidió los autos D. Catalina, y en 11. de Junio del mismo año, el curador de los menores hijos del dicho Pedro Sanchez, yà difunto, salió pidiendo ciertos instrumentos, jurando avian venido à su noticia entonces, por los que comprobava, que las tahullas eran libres, y no sujetas à la Capellania, y concluyó, que en vista de ellos se condenasse à dicho Gallar, à la restitucion de dichas tahullas, con los frutos, y rentos. Y entre los instrumentos que presentó, y pidió, fue vno donde constava

que



4  
que en el año de 1607. se vendieron dichas tabullas por la Real Justicia, en virtud de real executoria, de esta Real Chancilleria, para el pago de vn credito, y que la expressada venta la aprobò la misma Doña Maria Pellicer fundadora de la Capellania, y el subcessor del Vinculo del dicho Licenciado.

11 Diòse traslado al Capellan, quien excepcionò, no devia responder, porque las tabullas las obtenia en virtud de sentencia passada en cosa juzga, sin que fuesen del caso los instrumentos nuevos, aun en el supuesto de que de Justicia se deviera revocar la sentencia, sobre que hubo sus traslados; y aviendose mandado llevar los autos, citadas las partes, en 29. de Mayo de 711. se proveyò por el Provisor, que dicho Gallàr Capellan, respondiesse derechamente: y en 11. de Junio contestò, el nuevo recurso, y en el pedimento, por vn otro si, pidió se hiziesse saber la instancia à Don Juan de Alfaro, curador de Don Antonio de Tudela, como possedor del vinculo de los dichos Rodrigo Perez, y Doña Maria Pellicer, y no consta se practicasse esta diligencia.

12 Tambien parece de dicho testimonio, que la nueva instancia, à pedimento del curador de dichos menores, se hizo saber à Doña Catalina Valcarcel, que esta tomo los autos, y se mostrò parte, en cuyo estado quedaron.

13 Tambien consta de los autos, de este pleyto, que por escriptura de 30. de Enero de 1710. Matias Rosique, como curador de los menores de Pedro Sanchez ( tengase presente, que este mismo Rosique, fue el Procurador del Capellan Gallàr, en el pleyto contra dichos menores, de que se habla en este numero ) de vna parte, y el dicho Gallàr de la otra, se transigieron en que este, cediera à los menores, como lo hizo, sus derchos, y acciones, contra Doña Catalina, para reintegrarle del valor de las tabullas, que estos desde luego cedian al Capellan Gallàr, con los frutos, y rentos, en que avian sido condenados.

14 En virtud de todos los instrumentos referidos hasta aqui, el curador de los menores de dicho Pedro Sanchez, ante la Real Justicia de Murcia, pidió execucion por nueve mil quatrocientos veinte y siete reales en esta forma: 6000. reales por el justo valor que tenian las tierras, al tiempo que las restituyò al Capellan, 2400. que le correspondian à dichas 7. tabullas y media, de los 4440. que entregò à Doña Catalina el padre de los menores, por mas valor de las tierras, por la escriptura del num. 3. de este papel; 681. reales, y 28. maravedis de las costas del pleyto, có el Capellan, y 345. reales y 12. mrs. del importe de los frutos, en que fue condenado, por los que le despachò execucion, y aunque se opuso la Valcarcel, recayò sentencia de remate, y por testimonio de 30. de Abril de 1720. consta de la venta de propiedades, que se hizo para el pago del principal, y costas.



5. 181

15 En veinte y cinco de Junio de dicho año, el mismo curador diò peticion, relacionando el Pleyto que avia seguido, para remplazarse del importe de las tahullas, daños, y costas, en que se avian passado diez años, y pidiò execucion por 4000. reales, que dixo importar los frutos, que aviã de aver redituado las tahullas, desde la execucion antecedente, hasta que se hizo el pago de su importe, à razon de 400. reales cada vn año: *precedièdo antes liquidacion*, proveyose à dos reiterados pedimentos, *que pagasse, ò diese razon*, y sin embargo, de que por dos vezes pidiò la Valcarcel los autos, y se le mandaron entregar ordinariamente, à tercera instancia del actor, se despachò execucion por dicha cantidad, que fue sentenciada de remate, por no averse opuesto; y por diligencia de 23. de Abril de 1722. parece se vendieron propiedades para el pago.

16 Con estos autos, sin otro instrumento alguno, por donde constara el pago, lasto, ni cesion de acciones, ni otra liquidacion, Juan Fernando Bermudez Procurador de Murcia, en nombre de dicha Doña Catalina, *sin presentar Poder*, pidiò execucion contra los bienes que quedaron por muerte del Lic. Rodrigo Perez de Tudela, vinculator, y fundador de la Capellania, por 16804. reales, y 17. maravedis, decima, y costas, le mandò despachar, y travò en diferentes casas, y tierras propias de D. Antonio Tudela, por quien es este informe, y à quien se citò de remate, en virtud de requisitoria, inviada à la Justicia de Tovarra, de su domicilio.

17 Oposose esta parte en los diez dias de la ley, pidiendo se declarasse por nula la execucion, por defecto de causa, que la preparasse, *no ser por parte, ni contraparte legitima*, ni averse observado la forma establecida por leyes de estos Reynos, en semejantes Juizios, de que se hablarà en su lugar, y sin embargo de ellas, se sentenciò de remate; de la que apelò esta parte en tiempo, y forma, para esta Real Chancilleria, donde oy pende la resolucion.

18 Antes de entrar, à fundar las excepciones, deve suponerse, como hecho que resulta de los autos, que aviendose recusado al tiempo de la sentencia, por la parte del reo, al Alcalde mayor de Murcia, se acompañò con Don Cosme Alcolea Ruiz, Abogado de dicha Ciudad, con el qual, pronunciò la sentencia, sin embargo de constar en los autos, que el dicho Don Cosme avia sido el Abogado, que despachò el Pleyto en las execuciones seguidas contra Doña Catalina Valcarcel, que vãn en los mismos autos como preambulas, y necessario antecedente de este Juizio.

19 Supuesto este hecho, para proceder con la mayor claridad, siguièdo el consejo de Seneca, *in Epist. 88. Ibi: Quod facilius per partes in cognitionem totius deducimur. Et Ioan. de Rox. in Epitom. succes. cap. 1. n. 8. Ibi: Melius, ac facilius, qualibet res in divisione cognoscitur.* Nos ha parecido hazer-

B

la,



la, del todo de las excepciones, en que esta parte se funda, en dos; en la primera, se propondràn las que provienen de defecto de causa, y meritos para la execucion, y en la segunda, las que nacen de las nulidades del Juizio, por la inobservancia de la forma establecida por derecho en ellos.

### PARTE PRIMERA.

EN QUE SE EXPONEN LAS EXCEPCIONES, QUE PROVIE-  
nen de defectos de causa, y meritos.

#### EXCEPCION PRIMERA.

20 **A**unque es constante, que la sentencia passada en autoridad de cosa juzgada, es medio productivo de la accion executiva, *ex celebr. text. in l. post rem. § 6. ff. de re judicata. vbi Glos. Suar. de Paz in prax. tom. 1. part. 4. cap. 1. in prin. Acev. in leg. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. verb. sententias. Cur. Phil. 2. part. §. 3. n. 5. Bayo in prax. lib. 1. cap. 23. n. 2. & 3. D. Valenc. Conf. 86. n. 33. & alij*, y tambien, que la sentencia pronunciada contra Pedro Sanchez, à instancia del Capellan (de que digimos à los num. 8. y 9.) se declarò por desierta la apelacion de Sanchez, y por passada la sentencia en autoridad de cosa juzgada: *aduc.* en este caso (quando fuera responsable en este juizio Don Antonio de Tudela) no trae meritos de cosa juzgada para con esta parte que informa; por tres eficacissimos fundamentos.

21 El primero resulta de lo mismo que dexamos dicho al num. 9. del hecho, de que aviendo apelado de la sentencia el referido Sanchez, y estando requerido para que por primero, y segundo termino mostrasse la mejora de su apelacion, que no hizo, diò pedimento para que se le hiziesse notorio el estado de la apelacion à Doña Catalina Valcarcel, para que esta la siguiesse, si le convenia, y lo mandò así el Juez, y se le notificò, y que hecha esta yà dueña del juizio, por este requerimiento, *sin notificarle la tercera rebeldia, para mostrar la mejora, ni citarla.* Se declarò por desierta, cuya declaracion por dicha omision, fue incapaz de producir cosa juzgada contra Doña Catalina; ni sus autores, por no aver preparado con ella la desercion. Hermos. (tratando en terminos, de quando el vendedor se hizo dueño de la apelacion, que son los de este caso) *in anot. ad glos. lex 36. tit. 5. part. 5. glos. 8. n. 19. ait Ibi: Hanc questionem de facto habuit, & quia obmisso venditore, causa desertionis appellationis cum emptore fuit agitata, declaravi, non erat locus evictioni, quia sententia desertionis appellationis, venditore non citato, erat nulla, & executio injusta, & non poterat ei nocere: pro quo facit elegans definitio senatus Sabaudie, &c.* Conque siendo este Juizio en consecuencia de aquella desercion, y de la eviccion, por no aver sido citado el vendedor, que lo era Doña Catalina, yà hecha dueña de la apelacion, ni para con ella, ni sus autores, hubo lugar à la eviccion.



22 El segundo fundamento es, porque quando la dicha desercion fuera capaz de perjudicar à alguno, solo seria à los dichos Pedro Sanchez, comprador, y à la dicha Doña Catalina vendedora, con quienes se entendió, y quisieron perjudicarse, dexando declarar por desierta la apelacion, pudiendo continuarla, pero no para los que no asistieron al juizio, à quienes el hecho ageno no puede perjudicar, *ex leg. si vnus ante omnia ff. de Pactis*, & Barbof. *tract. var. Ax. 93. num. 21.*

23 Confírmase esto: por ser constante en el derecho, que el comprador molestado, con la reivindicacion, està obligado à apelar la sentencia, que se pronunciò contra èl, de tal forma, que no puede vsar de la eviccion, si vencido no apelò de ella. Hermos. *Loco proxim. citat. n. 1. Ibi: Emptorem de evictione agere non posse, si victus à sententia contra eum lata, non appellavit.* Con 16. Doctores de la mejor nota, y no solo deve apelar, sino es seguir la apelacion, D. Covar. *var. resolut. lib. 3. cap. 17. n. 9.* Far. *add. ad Covar. lib. 3. var. cap. 17. n. 41.* Rol. *consul. Jur. consul. 57. n. 35.* Guzm. *de evict. quest. 12. n. 16.* & *præ omnibus* Hermos. *additam legem 36. Glos. 8. n. 6. Ibi: Quod si emptor appellavit à sententia contra eum lata, etiam in casibus, in quibus non tenebatur appellare, tenetur appellationem prosequi.* Y en el mismo numero, Ibi: *Et adeo tenetur appellationem prosequi, quod si eam non prosequatur, vel renuntiat; non possit agere de evictione.*

24 En dicho Juizio el comprador apelò de la sentencia contra èl pronunciada, luego deviò proseguirla ganando la mejora, y no dexarla desierta, hasta executoriar el juizio en todas instancias, para que pudiera perjudicar à los autores, con la cosa legitimamente juzgada, y vsar del recurso de eviccion, que de otra forma no pudo, como queda fundado.

25 Y aunque, por lo que toca al dicho Sanchez, en alguna opinion, se pudiera dezir, que cumpliò con apelar, y hazerlo saber à Doña Catalina Valcarcel su autora, para que la prosiguiesse por ser de la obligacion de esta, el recibir el Juizio en el estado que estuviesse, y continuarlo en todas instancias, hasta dexar à dicho Sanchez, su comprador, en quieta possession, à que estava ligada por la Escritura de venta, ( como sentamos en el hecho num. 2. ) lo que no tiene duda, es, que la apelacion se deviò proseguir, yà lea por el comprador, ò yà por el vendedor, porque no ha de estar en la facultad de estos, y en particular de Doña Catalina, el desamparar la instancia de apelacion, siendo citada para seguirla, y deviendo; en el juizio de los que no lo fueron, causando por el desamparo vna executoria. ●

26 Yà hemos dicho, y fundado, que aun en el caso, en que no tiene obligacion à apelar, si se apelò, se deve proseguir la apelacion, cuyo caso versa en èl de ser la sentencia justa contra el comprador; conque con su-  
perior



perior razon se deverà proseguir, quando la sentencia es injusta, como lo fue la pronunciada por el Provisor, contra dicho Sanchez comprador.

27 Consta desde el num. 5. hasta el 8. inclusive del hecho, la serie de la causa, y que se reduce; à que aviendo aparecido el Capellan Gallar, có colació de la Capellania fundada por Rodrigo Perez de Tudela, y Doña Maria Pellicèr, cuyo Capellan fue el primero de la Capellania, que no avia tenido efecto en mas de cien años, con el motivo de ser propiedad de su dotacion, pidió, y se le dió possession de las 7. tahullas y media, sin perjuizio de tercero, que es la que causa los efectos de vna simple citacion; que en consecuencia de ella, incontinenti salió Pedro Sanchez, formando articulo de manutencion, de la possession que tenia al tiempo del litigio, ( en que se le turbava ) y demàs de 21. años, y entre este, y sus autores demàs de 105. años, corroborandola con el titulo de su compra, y con la prescripcion immemorial, y que aunque el Capellan excepcionò del dominio, siempre insistió en la manutencion el dicho Sanchez; y siendo constante, que este remedio es perjudicial al juizio de propiedad, y que basta solo para obtener, el poseer porque se posee, y deve mantenerse *ante omnia*, siempre que la possession no es precaria, clandestina, ni violenta, *at tradita per Gom. in coment. ad leg. 45. taur. n. 168. & sequent.* No teniendo, como no tenia, estos vicios, la possession de dicho Sanchez, y siendo tan legitima, titulada, y antiquada, fue iniqua, è injusta la sentencia del Provisor, en que le condenò à restituir las tahullas, y no resolvió el articulo formado manteniendole, como era de justicia, y por lo mismo fue justa la apelacion, y no tiene duda que en qualquier Tribunal superior ( si valen las disposiciones de derecho ) se avia de aver revocado la sentencia, y mantenido à dicho Sanchez en su possession.

28 De que se sigue, sentado el *bonum jus* que asistia al comprador, por su obligacion, como dexamos fundado, y la dicha Doña Catalina, por la de recibir la causa en qualquier estado, *continuarla en todas instancias, hasta fenecerla*, devieron seguir la apelacion, hasta lograr la manutencion de possession, que en el menos recto Tribunal de Justicia, huvieran conseguido; y el aver perdido, y desamparado estos medios, culpablemente, no ha de ser motivo para perjudicar à los autores, que con la buena causa estavan libres de semejante recurso de eviccion. De lo dicho en este numero, y el antecedente, se deducen dos consecuencias, incontrovertibles, por las que no tiene lugar el recurso de eviccion, aduc contra el mediato autor de Doña Catalina.

29 La vna, de que es constante, que mediante la possession que tenia el Pedro Sanchez, tan titulada, y legitima, y con la de sus autores, de mas de cien años, y articulo de manutencion de ella formado, y ser de



de justicia la manutencion, lo que por notorio en el derecho, se omite el fundar, vastando la autoridad del Gom. citada, fue injusta notoriamente la sentencia del provisor, en que condenò à la restitucion de las tahullas, desentendiendose de tan justificado articulo, y por lo mismo, por razon de dicha sentencia, no ay accion ni recurso de eviccion. El Doctilissimo Ros: *Consult. Juris. consult. 7. num. 37. Ibi: In super, non solum vt evictio nascatur, neesse est iudicio rem evinci, sed etiam vt iudicium legitime fiat, & secundum legum prescripta sententia proferatur; namque si Iudex per sordes, vel imprudentiam iudicat, evictionis actio non dabitur, sive quia Iudicis culpa venditori nocere non debet, sive quia parum diferat iudicio non fieri, & perverso iudicio fieri. Ita, Text. in leg. si per imprudentiam ff. de evict.* No puede ser mas terminante, y por lo mismo, se concluye el defecto de recurso de eviccion.

30 Y la otra, porque aviendole apelado, de que sirviò, Señor, el interponerla sino se siguiò, ni por el comprador, ni el vendedor? igual es el no apelar, que el apelar, y no seguir la apelacion, *in select. decis. Rot ad mat. labir. Cred. Salg. decis. 113. num. 2. Ibi: Paria enim sunt non appellare, & devito tempore appellationem non prosequi, vt est text. in leg. final. §. illud. etiam C. de tempore appell. & dixit Rot. in Aquiliana jur. patron. 4. Iunij 1646. Coram. Emin. Cardi. Corrad.* Conque siendo de la obligacion del vencido, el apelar, como queda fundado, y mas de vna sentencia injustissima, de que no podia nacer recurso de eviccion, no cumpliò con interponerla, y no seguirla, y por lo mismo incurriò en la culpa de no apelar, cuya pena es, no poder vsar de la eviccion como dexamos fundado.

31 El tercer fundamento, consiste, en la nueva instancia establecida por los mismos herederos del Sanchez comprador, contra el Capellan, sobre la restitucion de las tierras, con formal demanda, contestada por este, y mostradose parte Doña Catalina Valcarcel, (sobre lo mismo, cuyo pedyente Pleyto, sobre dicha restitucion, (de que se dixo en el hecho à los num. 10. 11. y 12.) obsta en gran manera, para que se pueda vsar de la eviccion, mediante, el que dè su resolucion, depende el que se restituyan, ò no las tahullas; y de esto el que aya lugar, ò no à la eviccion, fundado *ex toto titulo juris vt lite pendente nihil innovetur.* Y en estos terminos, la contumacia en el vendedor, y comprador, que asistieron al Juizio, el no seguir esta instancia, es obice para que puedan vsar de la eviccion, Hermos. *Terminanter ad leg. 36. tit. 5. part. 5. Glos. 6. num. 3. in medio Ibi: Quod quamvis ipse venditor contumax sit indefendendo, quod praeponderat culpa emptoris, & ideo non habet regresum de evictione.*

32 El exemplar, Señor, de aver pagado Doña Catalina Valcarcel, el desembolso, y daños causados à dicho Pedro Sanchez, en ambas execuciones, no puede ser exemplar, ni producir cola juzgada, para que aya de go-



vernarse la decission de la causa presente, por las milmas reglas: yà por que los Juicios executivos no producen cola juzgada, capaz de poner en exercicio la accion de eviccion. Hermos. *ad leg. 32. tit. 5. part. 5. gloss. 1. n. 200. amplia 3. Non sufficere sententiam latam in Judicijs executivis, in quibus non potest dici succubuisse emptorem, cum non faciat rem judicatam.* Y yà por que el comprador Sanchez, se puede dezir, (aunque no en nuestra opinion ya fundada) que cumpliò con apelar de la sentencia, y hazerla saber à Doña Catalina, quien le deviò sacar à paz, y à salvo; y que por no averlo hecho, pudo usar de la eviccion: pero no para que la omision, y culpa de estos, y su dolo, aya de perjudicar à los demàs autores, que no ayan sido citados, como no lo fue esta parte, quando se le deviera tener por autor.

33 Y sobre todo, està evidentemente fundada, la ninguna causa que puede aver, productiva de accion executiva, contra esta parte, y se acabará de fundar, con mayor extension, en las demàs excepciones, y por lo mismo no se ha de hazer argumento de las execuciones antecedentes, porque *non quid factum sed quid juris attendendum est. Ex leg. nemo C. de sent. inter. & Rot. decis. 252. n. 2. part. 1. in posthum. Farin. alias part. 3. no olvidando, el que para con los autores, como quiera que se considere, para usar del recurso de eviccion, la causa deve ser fenecida, y continuada, vna vez apelada, en todas instancias; Hermos. *ad leg. 32. tit. 5. part. 5. Glos. 1. n. 290. Ibi: Et causa debet esse finita in gradu appellationis etiam, & à num. 291. Emptor re evicta per sententias agit de evictione contra venditorem, & producit sententiam latam contra se in prima instantia, & in causa appellationis.* Conque no aviendo esto, cessa la razon del recurso, y la causa motiva de el.*

34 No deviendo passarse en silencio lo que resulta al final del num. 10. del hecho, de que la primera venta fue hecha có la aprobacion de Doña Maria Pellicèr fundadora de la Capellania, y de que en el ultimo caso de refundirle todos los recursos en el primer actor, & per consequens, en la dicha Doña Maria, y sus herederos, no trae esta parte causa alguna de succession particular, ni vniversal, de la susodicha, por lo que aun en este ultimo caso no devia ser reconvenido Don Antonio Tudela, si los sucesores, ò particulares poseedores de los bienes de dicha Doña Maria.

#### EXCEPCION SEGUNDA:

35 **E**sta se funda en el exceso de la plus petition, por las dos razones, *re, & causa*, que oy la pena correspondiente, es *tradita per Pichar. lib. 4. instit. de action. tit. 6. §. si quis agens 337 n. 2. Ibi: Plus vero petens re, aut causa in expensis condemnabitur.*

36 La primera parte resulta del hecho, à num. 14. y suponiendo que Doña Catalina pide lo mismo, que supone pagò, aunque injustamente, se



despachò la execucion, no solo por los 6000. reales del justo valor, que tenian las tahullas al tiempo de la restitucion al Capellan, sino es 2400. reales mas, que entregò à Doña Catalina, el Padre de los menores, por mas valor de las 7. tahullas y media.

37 El valor, Señor, de las tahullas, que desembolsò Pedro Sanchez, quando las comprò de Doña Catalina, fueron 3750. reales à 500. reales cada tahulla ( se dixo al num. 2. ) à demàs de esto, desembolsò 2400. reales por mas valor de las tahullas, por la escriptura del num. 3. conque todo el precio de ellas por el desembolso fueron 6150. reales, esta cantidad con cortíssima diferencia, fue la que se supone valian las tahullas al tiempo de la restitucion, y esta, se pidió à Doña Catalina, pues porquè razon, el comprador ha de reintegrarle del justo valor de las tierras, al tiempo de la restitucion, en que se incluye, no solo el precio de la compra, si el aumento de la segunda escriptura, y aliunde de esto, adelucrarle de 2400. reales mas el comprador, sin causa para ello? No parece se puede aquietar à ello racional entendimiento.

38 Mas claro, ò los 2400. reales de la segunda escriptura, eran legitimo mas valor de las tierras, ò los diò el comprador por transgír el pleyto relacionado, en el num. 3. si lo primero, alcanzando los 6000. reales, que valian las tahullas al tiempo de la restitucion al Capellan, à cubrir los dos precios del desembolso, con los 6000. reales quedò pagado el comprador de el todo de la cosa vencida, porque no ay razon paraque se reintegre de ambos desembolsos, y aliunde del exceso que ay de los 3750. de su primera compra, hasta los 6000. de su legitimo valor, al tiempo de restituir las: porque esta cantidad, fue lo mas que valieron, y no valiendo mas, no pudo importar el precio 8400. reales; conque por razon de precio se le pidió mas 2000. y mas reales. Y si lo segundo, aviendo sido para liberarse del pleyto, deve imputarse asi mismo el comprador, y deve ser de su cuenta, el aver comprado bienes dotales de Doña Catalina, compulsã, y apremiada, porque no ay derecho en que fundar, que su culpa, la ayan de pagar los que no las vendieron, con la calidad de bienes dotales.

39 *Causa petitur plus* en este Juizio, porque Doña Catalina pide los 4000. reales ( del hecho à num. 15. ) de los frutos que aviã de aver producido las tahullas, desde el dia en que fuerò vencidas ( digamosle asi ) hasta el en que pagò al dicho Sánchez el todo del precio de ellas: y prescindienonos por aora de la question, si el dinero produce frutos, ò usuras, es lo cierto, que aunque Doña Catalina huviesse devido pagar à los herederos de dicho Sanchez, los expressados frutos, de ninguna manera los deve, ni puede, repetir de ninguno de sus autores.

40 Pues en el cierto supuesto, de que los daños, y intereses, y estos fru-



frutos, bienen en consecuencia de la accion de eviccion, es preciso formar este dilema: ò Doña Catalina fue legitimamente reconvenida por los herederos del comprador, y devió estar à la satisfacion del principal precio, daños, è intereses, ò no? Si lo primero, incontinenti devió pagar el principal, y costas, con lo que no huviera avido retardacion en reintegrar al comprador, ni huviera avido por ella frutos que deducir, y por lo mismo, Señor, la culpa de Doña Catalina en no pagar lo que devió, y por ella acrecer reditos, deve ser de su cuenta, huviera pagado incontinenti, como queda dicho; y no entreteniendo el pleyto 10. años, q̄ fueron los que se deduxeron de frutos; y si lo segundo, no siendo responsable Doña Catalina al recurso de eviccion, menos lo será quien ni es autor suyo, ni se le ha hecho saber el pleyto, ni le consta nada de èl, en tiempo, y forma, como despues se dirà. Ademàs de que, à quien hizo saber esta execucion de frutos Doña Catalina para que le parasse perjuizio? à ninguno de sus autores, conque à ninguno le puede perjudicar como despues se fundarà. Ni por donde podrá repetirlos de Tudela, quando ni es su autor, ni haze Doña Catalina en virtud del recurso de eviccion, si por el derecho Real, perteneciente al Capellan, como se dirà, en la siguiente excepcion segun alegò? De esta forma, solo deverà cobrar lo que se diò al Capellan, que son los derechos que pudo ceder, y en ellos no entran ni pueden estos frutos.

41 Ademàs de que, aviendo fundado al num. 30. que ninguna causa executiva produce cosa juzgada, veale al num. 15. del hecho, y se encontrará la ninguna justificacion de dicha execucion de frutos, que con violencia se convirtió de causa ordinaria en executiva, siendo la contumacia de Doña Catalina el vnico motivo, aunque sin meritos, para que recayesse sentencia de remate, que no apelò.

### EXCEPCION TERCERA:

42 **A** Viendose opuesto por Don Antonio de Tudela en esta execucion, el que esta parte no era autor, ò vendedor de Doña Catalina, y que así no tenia accion esta, para reconvenirle de eviccion, por ser esta accion personalísima, del comprador al vendedor, se respondió por Doña Catalina, que no hazia por razon de la personal accion de eviccion, sino por razon del derecho real, perteneciente al Capellan, contra las propiedades de los fundadores, y contra Tudela, como possedor del Vinculo que tambien fundaron, y se haze preciso el satisfacer à la replica, y fundar la excepcion.

43 Y dando de varato, que vna vez que el Capellan se reintegrò de las tabullas, tuviesse derecho Real, alguno, que ceder à otro, que omitimos disputar, y concediendo tambien, que el Capellan, vna vez pendiente la



nueva instancia, que se instaurò, y digimos à los num. 10. 11. y 12. tuviessse algunos derechos que transferir, mas que los litigiosos que ventilava, y como tales penden oy, sin ser capaces de producir cosa juzgada, no tiene duda, que aun cesando todo esto, devia Doña Catalina legitimar su execucion, al ingreso de ella, con vna escriptura de pago, lasto, y cesion de acciones, por que estas no se transfieren como Reales, directas, sin el pccial particular cesion.

44 Pruebalò, (en el supuesto hecho) el que para reconvenir el comprador Sanchez, à su autor, Doña Catalina, fue necessario, que el Capellan le cediesse sus acciones, y derechos, à los herederos de Sanchez, contra Doña Catalina; conque paraq̄ esta, pudiesse reconvenir à otro, necesitava de la misma cesion de dichos herederos, contra esta parte, quando deviera ser reconvenida, la que no ha traydo, y por lo mismo, aun por este solo capitulo, no lo ha podido executar.

45 Pero mas à nuestro intento el Doct. M. Sr. Olea, de cesion. juris tit. 6. quest. 9. n. 6. Ibi: Cum igitur legitimatio personæ adeo in judicijs requiratur, maxime quando quis non suo nomine, sed nomine qualificato comparet, quia agens, vt talis (id est vt cesonarius) deuet ostendere se esse talem: & num 8. & quoties cesonarius agit executive, adversus devitorem cesum, ante omnia, instrumentum cesionis ostendere tenetur, nec aliter, quam eo ex examinato, Judex præceptum executivum expediet.

EXCEPCION QUARTA.

46 **N**O tiene duda, que no aviendo tenido, como no tiene Doña Catalina derecho Real alguno exequible, que exercitar, por representacion del Capellan, por defecto de formal cesion, la unica accion que podia poner en exercicio, en el calo negado, de que tubiera lugar, sin obstar lo antes fundado, era la de eviccion, y esto manifestamente se hará constar, no averla podido tener, ni tenerla contra Don Antonio Tudela: para lo qual es de suponer, lo mismo que dexamos sentado al num. 7. del hecho, de que la Doña Catalina, huvo las tabullas de los Zarandonas, por titulo de venta, y que por el mismo testimonio citado al num. 4. y siguientes, consta passaron por diversas manos, y compradores relativamente: Y tambien en dicho numero 7. que la Doña Catalina, hizo saber el estado del pleyto, con el Capellan, à Doña Juana, y Don Geronimo Zarandona sus autores.

47 Esto supuesto, es constante, que por ser la accion de eviccion personal, *non sequitur fundi possessorem*, ni passa activa, ni pasivamente à singular subcessor: *ex leg. final. §. si. ff. de contra. emptione, cum similibus*, por cuya razon, no puede Doña Catalina vlar del recurso de ella, contra otro, que su autor, esto es los Zarandonas, requeridos, y denunciados. Y por otra



razon igualmente eficaz : de que siendo diversos los titulos de adquisició, y contratos, y del mismo modo los contrayentes, con razon de cada vno nace su nueva propia accion de evicción, y por lo mismo, el ultimo comprador, quando la cosa pasó por muchas manos, no puede vsar de ella, contra el autor de su autor, si solo contra su inmediato. Razones dectilissimamente alegadas por Ant. Gom. tom. 2. *variar. cap. 2. num. 46. versic. item etiam quero*. Conque en este caso, quando Tudela fuera, que se niega, autor de los autores de dicha Doña Catalina, no podia vsar de la evicción contra este, si solo contra su inmediato Zarandona.

48 Y deseando satisfacer à todo lo que se ha respondido, y puede responderse por Doña Catalina, nos hazemos à cargo de la limitació de esta regla, tocada por el mismo Gom. *præ omnibus* en el lugar citado, de que el ultimo comprador, puede vsar de la evicción contra el autor de su autor, quando en todos los contratos, de vno en otro particular subcessor, se fueron cediendo con la cosa, los derechos, y acciones à ella pertenecientes. Pero preguntamos : donde consta de estas subcessivas cesiones ? en todo el pleyto, ni parte alguna de èl, se encontrará semejante documento.

49 Ni basta el que las partes expresassen, ( y esto fue en la vltima instancia, que oy pende, y sentamos à los num. 10. 11. y 12. ) las manos por quienes pasó la cosa, si que era necessario, estubieran todos los contratos, desde el primer vendedor, hasta el ultimo comprador vencido, ò à lo menos, testimonio de las tales especificas cesiones, para poder reconvenir al primero, porque las cesiones, son de hecho, y no se presumen sino se prueban. *Ex leg. in bello §. factio ff. de captiv. & postlim. revers. leg. 1. C. de probat. cap. cum Ioan. §. verum. de fide instrum. cum similib.* Pero mas terminante, con lo que diximos al num. 43. *ex autoritate*, D. Olea, *de ces. jur. tit. 6. quest. 9. num. 8.* sobre que en vn juicio executivo, *ante omnia*, deve cõltar de las cesiones, conque no es del caso la limitacion de la regla, quando no consta de los documentos en que esta se funda.

50 Ademàs de que, quando cessara tan superior fundamento, y gozara Doña Catalina la prerrogativa ( no concedida ) de que se presumieran las cesiones, para poder reconvenir al primer autor, es necessario que preceda el averles denunciado, y requerido, cada vno de los compradores, à su inmediato vendedor. Hermol. *ad leg. 32. Glos. 4. artic. 2. tit. 5. part. 5. num. 32.* Ibi: *Si enim res per plures manus transiit, vnusquisque suo auctori in mediato, deuet denunciare, in infinitum, quo vsque ad primum venditorem deveniatur, alias ille venditor, cui non est denuntiatum, non tenetur*, y al num. 34. *Primus emptor, qui rem alteri vendidit, suo auctori, litem motam, super re à se vendita, non habet denunciare, nisi ei, à secundo emptore, denuntiatio sit facta.* Es constante, que solo se denunciò por Doña Catalina à sus inmediatos



vendedores, que lo fueron los Zarandonas, y no à otro alguno : luego ni ha podido, ni deuido vsar del recurso de eviccion contra otros, que los dichos Zarandonas, esto, en el caso negado, de que estubiesse avil en quanto à las cesiones.

51 Respondese à esto por parte de Doña Catalina, que yà se le hizo saber el estado del pleyto del Capellan, al curador de esta parte, y que està denunciado: pero es preciso examinar, què denunciación fue esta, por quien se hizo, y à quien? Què denunciacion, y por quien, consta à los num. 7. y 11. que fue à pedimento del Capellan, por el derecho que suponía tener contra los bienes del Vinculo, fundado por los dichos Rodrigo Perez de Tudela, y Doña Maria Pellicèr, de quien fallamente suponía à esta parte poseedor, para en el caso de que el dicho Capellan perdiessè el pleyto, tener preparado el recurso contra dichos bienes, y su llamado poseedor, à reintegrar su Capellania.

52 Con que quando se huviesse hecho esta denunciacion, que no consta de los autos, no fue para el recurso de eviccion de Doña Catalina, ni su comprador, por ser el vn remedio ex diametro opuesto al otro, por distintos respetos, y por distintas personas, si ya no es, que la denunciaçion pedida por el Capellan, quiera la otra parte, sea el sanalotodo de sus repullas, porque no se concive, que vna misma denunciacion, sirva, hecha por el Capellan, para el caso que este pierda el pleyto, y para el calo en que gane, à su contrario.

53 A quien se hizo, del num. 7. aunque no consta como devia, se dà à entender, que fue à Pedro Calcante, curador de esta parte, y al num. 11. se pidió se hiziesse à Don Juan de Alfaro, curador del mismo, lo que no se hizo, sin constar de la curaduria, y lo que es mas, induciendose la falsa suposicion de curador, por los dos tan distintos que se nombran, no pudiendo serlo mas que vno, y con la suposicion de ser esta parte subcessor del vinculo de Doña Maria Pellicèr, siendo falso, por no traer causa suya, particular, ni vniversal, y siendo los subcessores de esta, los en el ultimo caso responsables, por aver aprobado la primera venta, num. 10. y lo que no es menos, no constando que la Doña Maria Pellicèr, y Rodrigo Perez su marido, en la fundacion de la Capellania, se obligassen de eviccion à favor de ella, y sus subcessores: porque no estandolo, como desde luego se presume, pudo, y tubo facultad, para vender las tierras de su dotacion, como lo hizo, mayormente, no aviendo tenido subsistencia la tal Capellania, hasta cerca de cien años, despues de su muerte, que es en lo que se fundò la nueva instancia entre el Capellan, y ultimo comprador, expressada al num. 29. y sobre todo, no siendo por ninguno de los compradores la denunciaçion, no fue *suo auctori* como queda fundado.



54 Conque con lo dicho hasta aqui, queda con la mayor evidencia fundado, el ningun derecho, ni accion exequible, que resida en Doña Catalina, para con esta parte, ni por razon del derecho de eviccion, ni por otro Real, cesible por el Capellan, de viendose notar, el fraude conque se executò la cesion, y translacion entre el Capellan, y los menores de Pedro Sanchez, pues constando que en el pleyto entre estos, fue Procurador del Capellan Matias Rosique, en la translacion, concurriò como curador de los menores el mismo Rosique, de que se deduce, la colusion entre el Capellan, y su Procurador, para solicitar el logro de las tahullas, y el que no se continuara la apelacion, pues el curador de dichos menores, que por obligacion la avia de continuar, y no consentir el despojo, fue el que lo concertò, y ajustò, lo que basta para que no tenga recurso de eviccion, terminante el Ros. *consul. jur. cons. 57. n. 36.*

#### EXCEPCION QUINTA.

55 Esta consiste, en que quando cessaran todos los fundamentos alegados, y hubiera estado avil Doña Catalina, para vsar del derecho executivo, este prescriviò, y lo perdiò, quedando sin el, al tiempo que lo ha querido exercitar, para lo que es de suponer, que los pagos que por congetura se deducen, hizo Doña Catalina, por las dos execuciones contra ella seguidas, que es lo que oy pide, el primero, fue en 30. de Abril de 1720. y el segundo, en 23. de Abril de 1722. Veale à los num. 14. y 15. y esta execucion se intentò en el año de 735. de forma, que la vna à 12. y la otra 14. años que le concluyeron.

56 Es constante, que el derecho de executar, corre desde el dia en que se pudo vsar de el, y deducirlo en juizio, *ex leg. in rebus versic. omnis autem C. de jur. Dot. Ibi: Ex eo tempore opponatur, ex quo possint acciones movere, & D. Vel. ad eam in disert. jur. disert. 26. num. 3.* Doña Catalina pudo vsar del recurso desde el dia que se supone pagò, que son los citados al num. antecedente; luego desde dichos dias, corre dicho derecho, y su prescripcion.

57 Desde los dias, en que se supone hizo los pagos, hasta el tiempo en que pide, por el vno han pasado doze años, y por el otro catorze, y el derecho de executar prescribe à los diez, *ex leg. 63. Taur.* Luego el derecho de executar, en Doña Catalina, prescriviò, y por lo mismo es nula la execucion, por defecto de cosa, ò derecho exequible, y *ad summum*, pudiera tener vna accion ordinaria, y essa contra su autor.

58 Y esto procede con tan superior razon, que aunque se quisiera dezir, que el derecho de executar, era en Doña Catalina, vn derecho real de hipoteca, executoriado, y transferido por cesion del Capellan, que na-



da de esto ay, aunque se ha querido fundar en ello, la parte de la referida, avia prescripto la accion executiva, terminante el Aceb. alleg. 63. Taur. que odie est 6. tit. 15. lib. 4. recop. num. 4. Ibi: Sed, & si ad sit executoria super illa obligatione, vel hypotheca, vel etiam si actio ad devitum, & eius obligatio sit mixta, realis, & personalis, adhuc enim, tunc, in his casibus, & quolibet eorum, jus exequendi decenio præscribitur.

## PARTTE SEGUNDA.

EN QUE SE FUNDAN LAS EXCEPCIONES, Y NULIDADES, que provienen por la inobservancia de forma, establecida en estos juizios.

### EXCEPCION PRIMERA.

59 **E**Sta consiste, en que se reconviene à Don Antonio de Tudela, como subcessor del Vinculo fundado por el Lic. Rodrigo Perez de Tudela, y Doña Maria Pellicèr su muger, fundadores tambien de la Capellania, sin que en todos los autos desde la cruz, hasta la fecha, se encuentre el mas leve documento, que justifique, ni la existencia del llamado Vinculo, ni el ser esta parte su poseedor, este defecto, se excepcionò en los 10. dias de la ley, pero sin embargo de no satisfacerse à el, no fue bastante para que se dexasse de poner sentencia de remate, siendo suficiente excepcion, no solo para que no recayesse, sino es para que no se diese el precepto de exequendo.

60 Porque es corriente, sin la menor controversia, que en los juizios executivos, el actor deve justificar, y legitimar la persona del reo; de forma, que no basta que diga que N. es heredero de N. sino es que deve probar primero que lo es. Hontalb. de jur. superven. quæst. 14. num. 4. Ibi: Non solum ex parte sua, sed etiam ex parte rei, ita ut, si hagat contra alium, uti heredem, vel fidei vorem, deveat ante omnia ostendere reum talem esse. Idem Carle. de jnd. tit. 2. disp. 4. num. 21. Parex. de instrum. edit. tit. 6. resol. 2. num. 25. Azeb. in leg. 19. tit. 21. lib. 4. recop. D. Caltr. in sua miscelan. discept. 2. num. 15. Mier. de mayorat. part. 4. quæst. 16. num. 4. & 5. & alij, & præ omnibus Mag. D. Olea, deces. jur. tit. 6. quæst. 9. num. 1. & sequent. Conque no aviendo justificado la Doña Catalina, que esta parte es poseedor de tal Vinculo, concurriendo el negarlo este, en el discurso de la execucion, ex hoc capite, es nula esta, desde su origen, por faltarle la formal circunstancia, de hazer constar en su ingresso, ser parte formal el reo reconvenido, lo que procede taliter, que no necesita el reo de oponer esta excepcion, si que al Juez de oficio la deve atender, y examinar, Hontalv. loco citat. num. 9.

### EXCEPCION SEGUNDA.

61 **E**Sta, consiste en no estàr pedida la execucion por parte formal, y se sentò en el hecho al num. 16. que Juan Fernando



Bermudez, procurador, en nombre de Doña Catalina Valcarcel, *sin presentar poder*, pidió la execucion: consta de la oposicion que hizo Tudela, en los 10. dias de la ley, que pidió se declarasse por nula la execucion, por no aver legitimado su persona el Procurador, ni presentado poder, lo que excepcionò en 2. de Septiembre de 35. y en 1. de Octubre de dicho año, replicò el Procurador Bermudez, que constava el poder de los autos, y aviendo replicado Tudela, que no avia tal poder, y que era nula la execucion, despues de estàr mandados llevar los autos, para sentencia, sin citacion de Tudela, presentò dicho Bermudez, *vn testimonio de poder, de fecha de 5. de Octubre, posterior à todos los alegatos, y replicatos, y sin aprobacion de lo hecho.*

62 Con las mismas doctrinas antecedentes, de la primera excepcion, en esta segunda parte, se corrobora, y comprueba, la insanable nulidad de la execucion, por defecto de actor, parte formal; por no serlo el Procurador sin el poder, que deve constar *ante omnia* en ella, y solo, Señor, para que se tenga presente, con la menos justa reflexion, conque se sentenciaron de remate estos autos, por el Alcalde mayor de Murcia, y su acompañado D. Colme Alcolea, aunque fatiguemos la atencion de V. S. ha parecido conveniente, sin otras autoridades, exponer à la letra, la que haze el Doct. Sr. Olea en el lugar citado, num. 5. Ibi: *In Judicijs tamen executivis, existimarem, aliud dicendum esse: scilicet, Judicem non solum posse, sed teneri denegare preceptum executivum, si executio à persona legitima non petatur, aliasque pœnam incurrere, & ad interesse teneri: moveor ex leg. 34. tit. 4. lib. 3. recop. in qua precipitur Judicibus, vt quoties coram eis, alicuius instrumenti executio petitur, examinet prius, an mereatur executionem; quod si contra fecerint, & sine justificatione præceptum executivum expediant, quadrupli pœna puniuntur cuius legis regie decisio, æque admittenda est, sive executio inique decernatur, ex eo quod instrumentum non habeat paratam executionem, sive quod ad instantiam partis non legitime, executio sit expedita, cum vno, & altero casu, reus æqualiter graveatur.*

63 No tiene otra respuesta, este tan grave cargo, para con los que le han juzgado, que el que antes de la Sentencia se presentò el testimonio de poder, y prescindendonos, de que à esta parece no le constò, ni se le citò para ello, ni pudo examinar si era, ò no, legitimo, y oponerle vicios, lo que bastara, para que no se deviera estimar por la judicial rectitud; aun era nula la execucion, por defecto de mandato, por que vna vez que el reo lo excepcionò, en la execucion, no se pudo combalidar la nulidad, con la siguiente presentacion. El mismo Sr. Olea en el lugar cit. n. 50. Ibi: *Vnde recte Jacobus Cancernius tertia part. var. cap. 17. n. 498. in fine resolvit, quod licet acta facta per Procuratorem, QVI REVERA MANDATVM*



*HAVEAT, quod in actis non produxerat, nulla sit, si adversa pars opposuisset defectum mandati, ideo ut non sustineatur ex sequenti mandati productione, ut late diximus n. 26. & 27. Y lo mismo el Señor Salg. de reg. prot. part. 4. Cap. 7. n. 127. & seq.*

64 Y nos queremos, Señor, hazer cargo tambien, de que el Sr. Olea, es de este dictamen, quando al reo se le sigue considerable interès, de que se declare la nulidad. Y siendolo, en el dictamen de tan gran Doctor, el relevarse del perjuicio el reo, de la captura de la persona, en defecto de fianza de saneamiento, sequestracion de bienes, ò solucion de decima, tocadas en dicho lugar à num. 47. no solamente se le sigue este interès, si el de libertarle, vltra de la decima, de vn pago, en que se le ha condenado con notoria violencia, y poca justicia, à nuestro parecer, segun las excepciones opuestas, no aviendo meritos, no solo para executarle, pero, ni para hazerle contestar vna demanda ordinaria, por no traer causa de Doña Maria Pellicèr, primer vendedora, y quando alguna tragera de el Lic. Rodrigo Perea, por vltimo recurso, y parcialmente, se le podria reconvenir ordinariamente por lo que le tocara. Y esto examinado el dolo de no aver seguido la causa, de cuyo origen sale el recurso de eviccion. Què mas daños, Señor? No los encuentra esta parte superiores, y si, los que se añaden de venta de bienes, que se hazen en publica subasta, con notorio detrimento de su caudal.

65 Por estas justissimas dos excepciones solas, contemplò esta parte, sobra van meritos para declarar el Ordinario la nulidad, hecho à cargo, Señor, de que las leyes, se establecieron para ser oblevadas; pero faltò la observancia de la principal, que es, de que aquellas se observen; bien conociò el celebre Jurisconsulto, à quien se fiò el examen de las leyes de los Lacedemonios, de orden del Senado Romano, para mejorar por estas, las suyas, en lo que le pareciesse digno, que las del Imperio Romano eran celebres, y bien dispuestas, y que el desorden, consistia en ia inobservancia. Y así respondiò al Senado, llevandole diferentes generos de prisiones, diciendole: que aquellas leyes eran las que faltavan para observancia de las proprias; que eran las mas santas, y arregladas.

66 No quisieramos dezir cosa, Señor, que traucendiesse los preliminares de la moderacion, con que se eeve hablar de vn Juez, y vn asociado; pero no se puede disimular ( ni hablando de aquel que en la inculpada tutela, ò cumulo de negocios, pñede encontrar la disculpa ) el que el Don Cosme A Olea, asociado, mas defocupado, no examinasse ( à nuestro parecer ) como devia la causa, pues al primer passo, huviera encontrado los meritos, no solo para no sentenciarla de remate, sino es para no averla sentenciado, y escusadose.



67 En ella misma, Señor, consta, que hizo como Abogado, pidiendo la execucion en nombre de los menores de Pedro Sanchez, contra Doña Catalina Valcarcel, y si fue del dictamen de que tenia lugar la eviccion, como podia dexar de ser de dictamen, de que Doña Catalina tenia el mismo recurso? O juzgarlo así, ò cometer vn prevaricato.

68 Esta es la razon, porque al que fue Abogado en vna causa, se le prohíbe por derecho el que pueda hazer en ella como Juez; porque es preciso, que tenga afeccion à su dictamen, y por lo mismo, es nula la sentencia, sin que sea neccessario recularle, y no està libre de crimen, digno de que no lo disimule la rectitud de este superior Tribunal de defagravios, todo se funda, ex Abendañ. in cap. pretor. 23. num. 10. in medio. Ibi: *Vel quando Judex in illa causa fuit Adbocatus: nam ratione precedentis advocacionis, nec poterit de causa cognoscere vt leg. eos. C. de appellat. notat Bald. in leg. apertissime C. de judit. neque si fecerit, erit liber à crimine. vt in leg. 10. tit. 4. part. 3. & per illam legem cum denegatur tali judici iurisditio, si protulerit sententiam, illa erit nulla; neque est opus recusatione. Idem Aceb. in leg. 13. tit. 15. lib. 2. recop. unum. 4. & Sabel. suma divers. tom. 1. §. Adbocatus num. 15.*

69 Solo pudiera responder Don Cosme, que esta execucion, es otra, aunque và en la misma causa, y que por esto no le deve comprehender la pena; pero no satisface: yà por que el motivo de la prohibicion es la sospecha de afeccion à su dictamen, Menoch. de arbitr. libro 1. quest. 73. num. 4. Ibi: *Sic Advocatus repelitur à munere judicandi, ob suspicionem afectionis leg. ultima insine C. de Aseforib.* Con que teniendo explicado su dictamen, de que se cumplio con el primer pleyto, origen de la eviccion, y que hubo lugar al primer recurso, precisamente, avia de ser afecto à su mismo dictamen, como queda dicho para el segundo, y yà porque siempre que la vna causa, es conexas, y dependiente con otra, quando en la primera hizo vno como Abogado, le es prohibido el hazer como Juez en la conexas, ò dependiente (esto, quando se contemplaran distintas causas, que en nuestro dictamen es vna misma, con orden subcesivo continuado, entre todos los que son responsables à ella, teniendo vna misma entidad, y principio.) y lo toca elegantemente, el Abil. in cap. pretor. Cap. 3. Verbo Abogados num. 3. Ibi: *ex Philip. Franc. intelligit hoc verum in causa, in qua fuit Advocatus; secus autem in alia, causa: nisi forsam est conexas, vel dependens ab illa in qua fuit Advocatus, & ex Joan Andr. & Abb. con que por todos terminos, devio elevarse del profiquo munore judicandi, para que no le presumiesse, que avia de persistir en su animo, como lo cantò el Perfico en su latira 6.*

*Velle suum cuiumque est, nec voto vivitur vno.*

### EXCEPCION TERCERA.

70 **E**sta que consiste, Señor, en no averse trabado la execucion;



en bienes muebles ; no se empeñò la pluma en la defenfa hecha en los 10. dias de la ley , por parecernos , que sobran motivos con los alegados, para obtener la nulidad, y absolucion, pero oy, aun que sea intempestivamente, se propone à la consideracion de este Superior Tribunal, para que se vea con la obcecacion, que se ha procedido, atropellando todas las formas de derecho.

71 No tiene duda, que la execucion que se travò en bienes raices, sin hazerlo primero en los muebles, es nula , por ser contra la forma establecida en la ley 3. tit. 27. part. 3. ley 17. tit. 21. lib. 4. recop. cur. Philip. 2. part. 5. num. 3. y 4. Yà nos hazemos cargo, de que es opinable, el que por este defecto de esta forma, se declare, la nulidad, todas las vezes que por el reo no se apelò, de la trava, y consintió en alguno modo, el progreso de ella.

72 Pero ascendiendo à mas, no tiene duda, de que quien deve nombrar los bienes, es el deudor, y en su defecto el acreedor, ò executor, pero en verdad que à Don Antonio de Tudela, no se le hizo requerimiento ninguno, ni supo de la execucion, hasta que se le citò de remate en Tovarra, que es su domicilio, en virtud de requisitoria, y que se deva observar, aquella forma, resulta de la misma Curia en el lugar citado num. 1.

73 Y conquè motivo, se travò en esta Ciudad, en las casas, y tierras de Don Antonio Tudela? De las mismas diligencias resulta, que como bienes del Vinculo, fundado por el dicho Lic. Rodrigo Perez de Tudela, y Doña Maria Pellicèr, suponiendolos, especiales hypotecas, pues contra ellos, se pidió la execucion, pero en los autos, ni consta que los fundadores de la Capellania, que fueron los del supuesto Vinculo, hypotecassen bienes ningunos, especial ni generalmente à la seguridad de la Capellania, ni que se obligassen de eviccion; antes lo opuesto; esto es, que no tubo subsistencia, pues la fundadora de ella, vendió las tahullas, y se dixo al num. 10. y le era libre el revocarla, y no constando tampoco, que bienes algunos de los executados, fuessen del llamado Vinculo de dicha Doña Maria, antes à mayor abundamiento, harà constar Tudela, que lo rebocò, y no tubo subsistencia; no se descubre el fin de hazer esta trava como hypotecas, responsables, por lo que no lo son, y sin constar, que lo sean, tacita, ni expressamente en virtud de especial, ni general gravamen. Todo esto, Señor, deve probarlo el que quiere executar, antes de pedir la execucion, porque mal se podrá pedir execucion, contra tales hypotecas de vn censo, sin que primero conste, del censo, y las hipotecas, y por lo mismo, no basta el que la señale la parte actora, como se hizo en este caso.

74 Mucho queda que dezir, Señor, y se omite, por no fatigar la bien



ocupada aprehension de Vñ. y su rectísimo superior Tribunal, pero no se puede dexar de notar, el fraude conque por Doña Catalina se ha venido, à querer executar à Don Antonio de Tudela, no teniendo contra èl, ni accion real, ni personal, cesa, ni por ceder exequible, ni ordinaria, y que teniendo de nunciado à sus legitimos autores, en tiempo, y forma, que los son Doña Juana, y Don Geronimo Zarandona, Vecinos de Murcia (como se dixo al num. 7.) y abil, y preparado, su recurso, por razon de la eviccion, con vtil, personal accion, para reintegrarle del delembofso (quando en otro concepto aya lugar à ella, que en nuestro dictamen, no le ay, si no se evaquan las excepciones opuestas en la primera parte de este informe) se dexa este medio, tan proporcionado, y cercano, y le vaya amolestar al otro; esto, Señor, produce sospecha, ò con fabulacion entre la susodicha, y su autor, ò temor, por ser persona poderosa el dicho Zarandona, y le à parecido mejorar de causa, mejorando en las circunstancias del reo.

75 Por todos los expressados motivos, y excepciones, espera, Don Antonio Perez de Tudela, obtener de la venigna piedad de este Superior Tribunal, favorable decision, mandando declaràr por nula dicha execucion, condenando en costas à dicha Doña Catalina, que se restituyan à esta parte las propiedades, que se le hubiessen vendido, con los frutos, y rentos, y que la dicha Doña Catalina vñe de sus derechos contra dichos Zarandonas, como le combenga; así se espera, salvo I. O. T. S. A. de este estudio Murcia, y Enero 8. de 1736. años.

Lic. D. Francisco Curcio.