

JESUS,
MARIA, JOSEPH.

Ne scribam vanum, duc Pia Virgo manum.

P O R
DOÑA CATALINA DE LÓPEZ,
viuda, vezina de la Ciudad de la
Coruña.

C O N
DON ANTONIO DE OCA Y
Cadorniga, Duño de la Casa de la
Mezquita, vezino de Betanços.

S O B R E
DIFERENTES BIENES DE EL COTO DE
Osseyro.

P R É T E N D E Doña Catalina, se
confirman los autos hechos por
vn Recetor Executor de cierta
Carta Executoria de esta Chan-
cilleria, hechos en el año de
656. y que se le absuelva, y de
por libre de los pedimientos, y
pretensiones introducidas por dicho Don Antonio, sobre la
recuperacion de ciertos Casares, y bienes del Coro de Osseyro.

2 A dos medios reduce Don Antonio su pretension para la recuperacion de estos bienes. En el primero, que el remate, autos antecedentes, y subiguientes à el hechos por el Recetor, fueron nulos, asì por no se aver observado las solemnidades de Derecho, como por aver auido en el remate lesion enormissima. En el segundo, que quando no huviera nulidad, que por la equidad se le deben dar los bienes, pagando el importe del remate con reditos, por entenderse hecha la adjudicacion, como prenda pretoria. A cuyos fundamentos procuraremos satisfacer con brevedad, probando no aver auido nulidad, ni lesion en el remate, ni ser practicable el remedio de la equidad en el caso que se controvierete.

PUNTO PRIMERO.

NO HUVO NULIDAD, NI LESSION EN EL remate, ni en los autos antecedentes, y subiguientes.

3 **N**O se duda, que Doña Constança das Mariñas, antes que fundasse Mayorazgo de sus bienes, otorgò el Censo que diò motivo al remate, de mancomum con Basco de Meyrans, à cuya seguridad hypotecò por primera hypoteca, el Coto de Osseyro, y sus bienes, y que por aver cessado los deudores en la paga de reditos, se siguiò pleyto en la Audiencia de Galicia, y en esta Chancilleria por los Dueños del Censo, contra los poseedores de hypotecas, y D. Diego de Oca, como padre de su hijo, y como poseedor de dicho Coto de Osseyro, y mas que fueron de dicha Doña Constança; y todos fueron condenados à la paga de los reditos, y reconocimiento del Censo: a cuya execucion fue Recetor de la Audiencia de Galicia. Y aviendo procedido contra bienes de Basco de Meyrans, y pareciendo ser de dificil exaccion, à pedimiento del actor se procediò contra los de Doña Constança, que da motivo à la execucion que oy se impugna.

De

4 De este hecho resulta, que para con los Dueños del Censo, è hypoteca del Coto de Oñeyro, y demas bienes de Doña Constança, se debe reputar como si la referida no huviera hecho Mayorazgo de ellos; pues es proposicion indubitada, que el deudor fundando Mayorazgo, *in nihilo detrahit, nec minuit ius creditorum*, antes bien se venden, y distraen sin impedimento alguno, de la manera que si Mayorazgo de ellos no huviera. *Leg. Debitorem 15. Cod. de pign. Leg. Debitorum 25. Cod. de pact. D. Molin. libr. 1. capit. 10. num. 4.* abundè *D. Salgad. in Labyrinth. 3. part. cap. 12. num. 1. § 2.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 40. num. 18.* Fufario *de Substit. quest. 541.*

5 De esta resolucion se deduce, que el Dueño de el Censo puede pedir *solidum* à qualquiera de los correos de deber, y poseedor de hypoteca, sin que se le pueda oponer que ay otros bienes en que se puede hazer el pago, ò que ay otros correos de deber. *Leg. Reos, Leg. Generaliter, Cod. de fideiussor. Leg. Creditoris 18. de distract. pign. D. Salgado in Labyrinth. 1. part. cap. 17. à numer. 10.* Noguier. *allegat. 4. num. 27.* idem *Salgad. 3. part. cap. 14. num. 21.* idem *Noguier. alleg. 7. num. 45.*

6 Y aunque diga vno, que el emolumento del contrato pervino solo al Confocio; pues aunque esto puede mirar para el lasto contra los bienes del principal, no emperò es correspondiente à el acreedor, quien puede elegir al que le pareciese. *D. Olea de Cess. iur. tit. 5. quest. 3. num. 2. § tit. 5. quest. 5. numer. 17.* Parlador. *Quotid. lib. 2. cap. fin. 5. part. §. 11. num. 48.*

7 De cuyos principios se infiere, no ser aplicable à este caso la question que disputan *Molina lib. 4. cap. 7. à num. 17. § in principio, Salgad. in Labyrinth. 2. part. cap. 5. num. 16.* Addent. *ad Molin. lib. 4. cap. 7. num. 6.* *Castill. lib. 4. cap. 26. num. 32.* y otros que citan con ocasion de la *Ley 2. Cod. de pign.* de que primero se ha de hazer el pago en los bienes libres, que en los Vinculados; pues esto procede, quando se hypotecan los bienes Vinculados con Facultad Real, por ser

ser *ex natura Facultatis*, la obligacion de los bienes Vinculados subsidiaria, y el Mayorazgo quasi fiador de indemnidad, de cuya substancia es ser primero la excusion en los bienes libres, lo que no sucede quando el Mayorazgo es posterior à la hypoteca, pues no disminuyendose el derecho del acreedor en todo, ni en parte *quemadmodum*, antes del Mayorazgo tenia el acreedor el libre arbitrio de distraer vna, ù otra hypoteca, le tiene despues *alias* por el Mayorazgo *ius suum dimnueretur*.

8 De lo referido ansimismo se deduce, que la opinion de Molina *lib. 1. cap. 10. num. 4.* en que dize, que à los acreedores del testador, se pague primero de los bienes libres, despues de los frutos, y *in subsidium* de los bienes Vinculados, ò procede en los terminos del *lib. 4. cap. 7. num. 2.* ò procede en la distraccion que haze el heredero; no empero, quando ay acreedores hypotecarios, que *urgent pro vna ex hypotecis distrahendis*; pues como à estos el Fundador no les pudo poner gravamen, no pudo precisarles à distraer vnos bienes, y dexar otros: en estos terminos se entiende la *Ley Pater filium, de legat. 3.* y se entiende, Giurba *decis. 31. num. 3.* optimè ad rem Fufar. *de Substit. quest. 541. num. 20.* que asì limita lo que avia dicho; en el *num. 19.* dà la razon, ibi: *Quia debitor non poterat Fideicommissò impedire, quin creditores subhastarent bona illa particulariter alteri relicta, & alienari prohibita.*

9 Tambien se deduce, que para todo el litigio de que dimanò la Executoria, no avia motivo para impugnar la hypoteca en Don Antonio de Oca, ni se puede dezir que hubo omision, ni fraude para instaurar nuevamente el juicio, ad tradita per Molin. *lib. 4. cap. 8. num. 7.* Castill. *tom. 6. cap. 157. num. 22.* P. Molin. *tract. 2. disp. 647. num. 5.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 53. num. 57.*

10 Supuesto lo referido, el Executor de la Executoria, à quien por las sentencias se cometiò el pago de lo que al Dueño del Censo se debia, por quitar la duda de opiniones que propone Salgad. *de Reg. 4. part. cap. 5. à num. 6.* figuiendo

3

do lo que dize este Senador *numer. 9.* tratò de citar à Don Diego de Oca, para que despachò requisitoria à la Villa de Madrid, para todos los efectos contenidos en la sentencia, y sus apendices, bastando para este efecto vna sola citacion, vt asserit Salgad. *dict. cap. 5. num. 12.* Azebed. *in Leg. 19. tit. 21. lib. 4. num. 28.* y en subhastacion, *Posth. de Subhast. inf. pect. 23. num. 4. § 25.* Luc. *de Iudic. discurs. 40. num. 60.* y aviendo precedido esta citacion, no es necessaria en la causa otra alguna; pues la citacion es *ad totam executionem*, y hecha vna vez, sino comparece el citado por si, ò su Procurador, se substancia con el como contumaz. *Vanc. de Nulit. ex defect. citat. num. 101.* D. Salgad. *de Reg. 3. part. capit. 3. num. 37. § 38.* Gonçal. *in reg. 8. gloss. 9. in anot. num. 74.* ni en los modos de executar los instrumentos quarentigiados se requiere mas que vna citacion, vt ait Salgado *4. part. cap. 5. numer. 12.*

11 En este punto propone Don Antonio de Oca las nulidades. La primera, que al tiempo de la citacion estaba Don Diego en Madrid, por Procurador de Cortes del Reyno de Galicia, y que como tal no tuvo obligacion à comparecer, ni se pudo proseguir la execucion. La segunda, que procediendo la execucion de Carta Executoria, de la manera que de instrumento quarentigio, Salgad. *dict. cap. 5. num. 23.* debió citar de remate despues de los proclamas dados à los bienes, y que asimismo no se pudo començar por bienes raizes, aviendo muebles, y que estos proclamas debieron ser de nueve en nueve dias, sin poderse restringir à que asimismo añade otra, que para el remate debió preceder rassaçion de bienes, y que estos se remataron en mas caudal que la deuda, y mas bienes que aquellos que en los proclamas se contenian.

12 Respondiendo *sigilatim* à estas nulidades, dezimos no aver auido alguna, antes bien que el Executor observò todo el orden judicial, no solo no restringiendo los terminos, sino que los amplió aun mas que la execucion de Carta Executoria permite; sin que obste que Don Diego de Oca se

hallasse en Madrid al tiempo, y quando se le notificò la requisitoria del Receptor, assi porque no consta mas que por su attercion, el que estuviere en ella por Procurador de Cortes por el Reyno de Galicia, antes bien resulta lo contrario; pues en las Cortes de dicho año fueron Procuradores por Galicia, Don Joseph Pardo, Regidor de Betanços, y Don Mauro de Mendoza, Marquès de Villa-Garcia, y Regidor de Santiago, como resulta del quaderno de Millones, *folio mibi 153. & 155.* como porque aunque se conceda a los Procuradores de Cortes, el Privilegio de no poder ser conuenidos *in patria*, durante la ausencia por causa de las Cortes. *Leg. 2. §. legatis de Iudic. Leg. 10. ff. de legation. Leg. 4. tit. 3. partit. 3. Leg. 10. & 11. tit. 7. de los Procuradores de Cortes, lib. 6. Recopil. vbi Azebed. num. 4. Oter. de Offic. lib. 2. cap. 9. num. 38. Petr. Barbof. in dict. Leg. 2. §. legatis, num. 77. D. Vela dissert. 29. à num. 14.*

13 O Empero este Privilegio no tiene lugar en los pleytos comenzados antes de la legacion, *Leg. penult. §. fin. ff. de legation. maximè quando de la dilacion se sigue grave perjuicio al actor, como era el suspender la execucion de la Carta Executoria, vt conciliando eam Legem, con la Ley 32. §. item si quis de recept. arbitr. D. Vela dissert. 29. num. 29. vers. Nec enim ea Lex, en cuyo sentido se debe entender. Faria ad Covarrub. Practic. cap. 5. num. 12.*

14 No ay duda que la execucion de la Executoria es sumaria, y breve, y que en las de esta calidad cessa el Privilegio de la legacion. *Leg. Sed & si 28. §. 2. de Iudic. D. Vela dict. dissert. 29. num. 8. & 41. Barbof. in dict. §. legatis, num. 195.* Y aunque en estas acciones que piden celeridad, dixo el señor Vela *num. 41.* que durante la legacion, solo se concedia la mision en possession, *ex primo decreto*, sin que durante ella se pudiesse passar a la venta de bienes, ni mision en possession, *ex secundo decreto*, lo qual prueba *ex Leg. 26. & 27. ff. de Iudic. Empero num. 53. vers. Vera, & vers. Dixi regulariter*, distingue, el que si la causa porque ha de proceder la mision en possession, *ex primo, vel ex secundo decre-*

to,

ro, procede de accion personal, *tunc non potest expediri secundum decretum*; pero si procediese de accion Real, *potest de veniri ad venditionem bonorum*, ex *Leg. 4. §. si forte, ff. de damn. infect.* y la venta sera valida, aunque tendrà el beneficio de restitucion *intra annum. Leg. 1. Leg. 8. ff. ex quib. caus. Maiorat.*

15 No se puede dudar, que además de la causa estãr comenzada mucho antes de la legacion, y que la execucion de la Carta Executoria *celeritatem petit, Et est tempore peritura*, y que el actor tenia à su queata vn Recetor para su execucion, se trataba de vna accion Real hypotecaria, proveniente de la hipoteca contrahida por Doña Constança das Mariñas; de fuerte, que procedian todas las limitaciones que conciben los Auctores al *§. legatis*, de la *Ley 2. de Indic.*

16 En quanto al modo de proceder en execucion de Carta Executoria, aunque debe aver las subhastaciones, y citaciones que en la execucion de instrumento publico; empero quando se nombran Juezes Executores, con termino limitado, pueden, y deben restringir los terminos, para hazer el pago dentro del que se les asignò. *Gloss. in capit. de Causis, de Offic. de legat. Rodr. de Execut. cap. 5. numer. 80. Hermosill. in Leg. 52. gloss. 5. tit. 5. part. 5. num. 14.* Y como en las execuciones de instrumento, no ay mas citacion que vna, que es la de remate, assi tambien en la de Executoria, ay la citacion *ad totam causam*, y compareciendo se le oye *sumatim* sobre excepcion de paga, y si no se procede al remate de los bienes, *Leg. à Divo Pio, ff. de re iudic. Salgado de Reg. 3. part. cap. 3. num. 33. 4. part. cap. 5. num. 22.* sin que aya dos citaciones, à no ser en los Adelantamientos, por la especialidad de la *Ley 36. tit. 3. lib. 4. Recopilat. Azebedo in Leg. 19. tit. 21. lib. 4. numer. 96.* que dize lo contrario de lo para que le cita el señor Amaya in *Leg. 1. num. 12. Cod. de iur. Et fid. bast. Fisc.*

17 Esto mismo executò el Recetor, citando à Don Diego de Oca, dando pregones à los bienes; por no aver comparecido, ni alegado, ni probado paga, se procediò al re-

re-

remate; cuyo estilo es el inconcuso que se observa en execucion de Carta Executoria, como apendice de la sentencia de revista, hasta cuya execucion *lis finita non dicitur*, D. Olea de *Cess. iur. tit. 3. quest. 11. num. 25*. D. Salgad. de *Reg. 4. part. cap. 14. num. 256*. Y aunque como llevamos dicho, pudo el Recetor abreviar los terminos de los pregones prevenidos por la *Ley 19. tit. 19. lib. 4. Recopilation*. no lo hizo, dandolos en el Coto de Osleyro, y en la Coruña, iuxta tradita per Azebed. en la *Ley 4. tit. 5. lib. 7. Recopilat. num. 16. § 17*. Hermosilla in *Leg. 52. gloss. 4. tit. 5. partit. 5. numer. 10. § 11.*

18 No consta que huviesse bienes muebles en que hazer el pago; circunstancia precisa para observar lo dispuesto en la *Ley à Divo Pio, §. in venditione, de re iudicat. Leg. 3. tit. 27. partit. 3*. Hermosilla in *dict. Leg. 52. gloss. 5. num. 19*. Posth. de *Subhast. inspec. 28. numer. 54*. Y antes bien como la obligacion solo era por razon de la hypoteca, y no por razon de la persona, fuera exceso si se vendieran otros bienes, que los obligados à la seguridad de la deuda, que eran las hypotecas del Censo de Doña Constança.

19 Aunque no es necessario, que los bienes que se toman para la execucion no excedan el debito, ni por ello se viciè la execucion, Azebed. in *Leg. 19. tit. 21. lib. 4. num. 41*. Hermosilla in *dict. Leg. 52. gloss. 6. num. 22*. Alfaro de *Offic. Fiscal. gloss. 34. num. 33*. empero usando el Recetor del arbitrio que se le concede por la *Ley Quamvis de distraction. pign. Leg. Magis, §. non passim de reb. eor. de qua Hermosill. dict. num. 22*. Luc. de *Iudic. discurs. 40. numer. 49*. Posth. de *Subhast. inspec. 28. num. 26*. hizo aberiguacion de los que se necesitaban para el credito, y de los bienes que eran primera hypoteca de el, los quales sacò al pregon para hazer el pago de lo que se mandaba por la Executoria, pudiendo vender toda la hypoteca, aunque su valor excediesse de el credito, y cumpliendo depositando el residuo, vt ex pluribus Posth. *dict. inspect. 28. num. 30. § 52.*

20 En las ventas que se hazen en publica subhastacion,

ad-

5

admitiendo posturas, y aviendo licitantes, no es necesario preceda la rassacion de los bienes subhastados; antes bien, haziendose *cum praconijs*, & *alijs solitis*, es valido el remate, y *ex capite Nullitatis non potest rescindi*. *Leg. Creditor* 4. *Leg. Quae specialiter* 9. *Cod. de distract. pign. Leg. fin. Cod. de iur. dom. impetr.* Gratian. tom. 1. *Disceptat. cap. 7. numer.* 23. *Posth. de Subhast. inspect.* 47. *num. 3.* Hermosill. *in Leg.* 52. *tit. 5. part. 5. gloss. 7. num. 14. in medio.*

21 La razon es, porque el comprador no está obligado à comprar por la mayor estimacion, y si fuera preciso que el comprador la diera, no huviera licitante que quisiera comprar los bienes, y no siendo en concursos, ni concurrido los requisitos que previene la *Authent. Hoc nisi si debitor. Cod. de solut.* no está obligado el acreedor à recibir su credito en bienes rassados. *D. Salgad. in Labyrinth. 1. part. cap. 22. num. 2.* *Guzm. de Eviction. cap. 22. à num. 72.* *Gutierrez de Iur. confirm. 1. part. cap. 29.*

22 Y aunque por la *Ley Si quos, Cod. de rescind. vendit.* y por la *Ley 6. tit. 11. lib. 5. Recopilat.* quieren algunos Autores preceda la rassacion, extendiendo esta Ley à debitos particulares, cuya extension niegan otros, vt videre est apud *Posth. dict. observ. 47. à num. 91.*

23 Esto se entiende, quando los bienes se han de adjudicar al acreedor, porque no ay licitante, no empero quando ay licitadores; en cuyo sentido se debe entender *Salgad. in Labyrinth. 1. part. cap. 22. num. 48.* sic distinguens con *Gratian. dict. cap. 7.* *Hermosill. dict. gloss. 7. num. 14. in medio,* y aun en este caso dize *Posth. dict. inspect. 47. numer. 109.* que como la *Ley Si quos*, solo se introduxo para evitar los fraudes, de que las cosas no se adjudicassen por precios viles, è infimos; la adjudicacion sin rassacion *non statim*, es nula, fino que *venit rescindenda in casu*, que el deudor probasse, que los bienes se huviesßen vendido en precio infimo.

24 Y aunque el señor Amaya en la *Ley 1. Cod. de fide, & iur. hast. Fisc. num. 9.* fue de sentir, que en la subhastacion de bienes, debe preceder la rassacion; empero *Gratian.*

à quien cita *cap. 686. num. 3.* § 4. habla en terminos de el Estatuto amerino, y supone lo contrario *iure communi*; y para que se requiera la cassacion *pro forma*, no trae ningun texto el señor Amaya; y aunque se requiriese, no es precisa la formal cassacion de Peritos, sino que basta la aberiguacion, è informacion sumaria que baste, *ad Iudicem informandum, & instruendum*, para que sepa el valor de los bienes, y las posturas que debe admitir, y las que debe repeler, *vt asserit Cardin. de Luc. de Iudic. dict. discurs. 40. num. 61. vers. Eam verò*, lo qual executò el Recetor, haziendo aberiguacion, è informandose de los llevadores de los bienes, para saber la cantidad que se avia de subhastar, y què posturas avia de admitir.

25 De todo lo qual se deduce, que en citacion, aberiguacion de bienes, pregones, posturas, y remates, procediò el Recetor conforme à Derecho, y estilo de execuciones de Cartas Executorias, sin que contra ello se pueda alegar nulidad alguna; por lo qual recurre Don Antonio de Oca à dezir, que en la subhastacion hubo lesion bastante para rescindir el remate, pues no la aviendo, no puede *nec iure, nec ex equitate, vt infra dicemus*, recuperar los bienes.

26 No dudamos que la *Ley 2. Cod. de rescind. vendit.* segun la mas comun opinion, tiene lugar en las ventas que se hazen en publica subhastacion, Hermosill. *in Leg. 56. gloss. 4. num. 13.* § 96. *tit. 5. D. Salgad. in Labyr. 3. part. cap. 10. num. 5. D. Olea de Cess. iur. tit. 4. quest. 3. numer. 6.* empero para este efecto debe probarse, que la cosa vendida valia la mitad mas de lo porque se subhastò al tiempo de la subhastacion, y que este remedio se deduzga dentro del quadriennio prevenido por la *Ley 2. Posth. de Subhast. insp. 59. numer. 40.* § *seqq.* Felician. *de Censib. tom. 2. lib. 2. capit. 3. numer. 4.*

27 Por lo qual no se puede admitir, que para rescindir la subhastacion, basta qualquiera lesion considerable como de sexta parte, que dixo remissivè Carlebal *tit. 3. disput.*

24. *num.* 17. pues esta opinion no es admisible, sino en aquellas partes en que ay costumbre de admitirse, como es en Napoles. *Luc. de Empt. & vendit. disc.* 16. *num.* 4. Y aunque en el *disc.* 54. à *num.* 10. fundò la opinion contraria, *num.* 18. parece la lleva quando la venta se haze à acreedor licitante, no empero quando es à tercero.

28 La razon es, porque si la lession en sexta parte contra la subhastacion se admitiera, con facilidad se retractara la venta judicial, quando dependiendo los precios de la estimacion, no faltaran quienes alegassen aver avido lession en el contrato, mayormente quando *favore subhastationis, & nequis sub fide Iudicis decipiatur iura clamant. Leg. fin. Cod. si propter public. pensitat.* *Salgad. in Labyrint.* 3. *part. cap.* 10. *num.* 2. & 3.

29 Discurriendo por lo referido, Don Antonio de Oca no deduxo esta accion dentro del quadriennio prevenido por la *Ley* 2. y aunque lo huviera hecho, no ha probado en ninguna de las maneras la lession. Lo vno, porque es preciso que la lession se pruebe al tiempo de la adjudicacion, sin que baste antes, ni despues. *Leg. Si voluntate, Cod. de resc. vend. Posth. de Subhast. inspect.* 60. *num.* 9. Hermosilla in *Leg.* 56. *tit.* 5. *part.* 5. *gloss.* 5. *num.* 1. Mantic. de *Tacit. lib.* 4. *tit.* 20. *num.* 52. Giurb. *decis.* 105. *num.* 2. Es la razon, porque los precios de las cosas, se varian con el tiempo. *Leg. Pretia rerum, ad Leg. Falcid.*

30 Y no solo se requiere esto, sino que se pruebe el valor al tiempo del contrato, y algun tiempo antes, y otro despues. *Posth. dict. inspect.* 60. *num.* 23. & *seqq.* Hermosilla. *dict. gloss.* 5. *num.* 21.

31 Y para probar la lession no basta que los testigos digan el valor de los bienes, sino dan razones individuales por que lo saben, expressando, y distinguiendo los bienes, deduciendo las cargas, y los aumentos que el poseedor huviesse hecho en ellos, sacando vn precio fixo sin confusion; y no lo haziendo asi los testigos, no se prueba la lession, y se presume no la aver, *Posth. dict. insp.* 60. *num.* 78. Hermosilla.

in Leg. 56. glos. 6. tit. 5. part. 5. numer. 62. & seqq. Gratian. Discept. cap. 461. num. 24. Fontanel. decis. 60. num. 16. & decis. 61. num. 8. & seqq.

32 Aplicando este hecho à nuestro caso, los testigos solo deponen del año de 1677. en que se pidió la mision en possession por Don Diego, y no del año de 656. en que se hizo el remate; y aunque es verdad, que algunos testigos, con ocasion de la pregunta correspondiente a la lesion, dicen valian lo mismo quando se hizo el remate; esta deposicion es vaga, y confusa, por no designar el año en que se hizo el remate, mayormente distando 21. años de él al de 77. à que correspondió la pregunta; en cuya distancia, yà por las mejoras hechas, y yà por el tiempo, pudo aver subido el valor de los bienes; y siendo cierto, que en la prueba de la lesion no basta la presuntiva, sino que se necesita concluyentissima, Posth. dict. insp. 60. num. 2. ni basta la deposicion confusa, sino que debe ser muy clara, y distinta, Posth. num. 44. deduce, que la deposicion de los testigos no concluye, ni prueba el valor de los bienes al tiempo de la subhastacion.

33 A que se llega, que los testigos confiesan, que los compradores hizieron mejoramientos en los bienes subhastados, cuyo valor no deducen para facer el verdadero que renian los bienes al tiempo del remate; porque no se puede conocer con las deposiciones qual fuesse el precio legitimo de dichos bienes al tiempo del cõtrato, à que se añade el que en la subhastacion huyo muchas posturas, y algunos las hizieron sobre las que tenian hechas; y si la que se hizo por los ascendientes de Doña Cathalina huviera sido en precio tan baxo como dize Don Antonio de Oca, no dexaran los postores hazer otras sobre la hecha por los ascendientes de Doña Cathalina: de que se arguye, que el remate fue en precio justo, y legitimo, ex his quæ tradit Luc. de Iudic. disc. 40. num. 65. & consequenter, no aver avido en el remate nulidad, dolo, ni lesion.

PUN-

PUNTO SEGUNDO.

NO COMPITE LA RECUPERACION
de los bienes, nec ex iustitia, nec ex equitate.

34 **P**Robado el que en el remate no hubo nulidad, dolo, ni lesion, es consiguiente necesario aver pasado el dominio de la cosa subhastada en el comprador; pues el tercero licitante en quien los bienes se remataron, adquirió el dominio perfecto irresoluble, *quamvis debitor pretium ei offerat, Leg. Creditor 7. de distract. pign. Leg. Rata 7. Cod. de rescind. vendit. Carleb. tit. 3. disp. 24. num. 1. § 2. § 14. Gutierr. lib. 2. Practicar. quest. 161. num. 5. Salgad. in Labyrinth. 3. part. capit. 10. numer. 2. Guzm. de Evict. quest. 34. numer. 40. Hermosill. in Leg. 52. gloss. 1. num. 1. tit. 5. part. 5. D. Amay. in Leg. 3. Cod. de fid. § iur. hast. fise. num. 47.*

35 Lo qual no solo tiene lugar quando vn tercero distinto del mismo deudor compra los bienes, sino quando estos se adjudican al acrehedor por el precio de su deuda, en estos terminos lo supone Carleb. *dict. disp. 24. num. 1. Avendañ. de Censib. cap. 108. num. 4. Parlad. lib. 2. cap. fin. 5. part. capit. 16. num. 5. Rodrig. de Exec. capit. 6. numer. 14. Gutierr. dict. quest. 161. num. 2. ubi asserit, que los nueve dias que al deudor se conceden ad retrahendum res immoviles venditas, vel insolutum datas non procedit de iure communi, sed de Consuetudine Hispania.*

36 Reconociendo esto Don Antonio de Oca, recurre à que en España està recibida la equidad de que ofreciendo el deudor la cantidad por que los bienes se remataron con intereses, se le restituyen los bienes con frutos, *ex Leg. fin. §. fin. ff. quod met. caus. de qua Escob. comput. 14. D. Olea tit. 5. quest. 1. num. 29. Carleb. dict. disp. 24. num. 9. Salgad. in Labyrinth. 1. part. cap. 10. num. 13. Felic. de Cens. tom. 2. lib. 1. cap. 3. num. 10. Cevall. quest. 633. à num. 6. & aliquam plures ab his citati.*

D

Y

37 Y mucho más quãdo se apela de la execucion, y se lleva à Tribunal Superior, que aunque se confirme la sentencia, se fuele dar termino para que pagando la cantidad se buelvan los bienes, Gutierr. *dict. quest. 161. num. 2.* Cevall. *ubi supr. num. 31.* Cur. Philip. 2. *part. §. 22. numer. 19.* Hermosilla. *in Leg. 52. gloss. 7. tit. 5. part. 5. num. 28.* y Cevallos, y Hermosilla añaden procede lo referido aunque estè la cosa en poder de tercero, por cuyas doctrinas pretende Don Antonio de Oca la recuperacion de los bienes que estan en poder de Doña Cathalina.

38 Esta equidad de España se impugna por Leotardo de *Vsur. quest. 40. num. 66.* diziendo, que *statim*, que los bienes se adjudican à el acrehedor, aviendo precedido las solemnidades *in iure* necessarias, se transfirió el dominio en el por la dacion *in solutum*, y verdadera venta hecha por el Juez *nomine debitoris*, supliendo el hecho de la parte, y sus frutos, que percibe son procedidos del dominio, y no del credito: de suerte, que passados aquellos terminos, que *adluendum* se conceden en algunas Regiones, como en España de tres, y nueve dias, queda en el acrehedor el dominio irrevocable, y que solo se puede practicar quando la adjudicacion *deficit in forma*, pues entonces no passò el dominio en el acrehedor.

39 Ni prueba lo contrario la *Ley 1. Cod. de dolo*, pues esta habla entre fiador, y deudor, el qual *potest experiri a fione de dolo* contra el fiador que compra los bienes *in causam indicati*, *Leg. 59. §. 1. ff. mandat.* pues *in dolo esse videtur fideiusor qui ex fideiussione commodum percipere vult*, ni tampoco se prueba de la *Ley à Divo Pio, §. si pignora, ff. de re indicat.* pues *aliud est* adjudicarse los bienes *in solutum*, *aliud est* darse *in pignus pratorium*, para irse haziendo pago de la deuda.

40 *Quidquid sit*, y admitida la equidad de España, no puede practicarse en nuestro caso, pues esta equidad solo tiene lugar quando los bienes se adjudican à el acrehedor, ò à tercero con beneficio de traspasso, y este los cede à el

acre-

acrehedor, no empero quando se rematan en vn tercero *nomine proprio*, que ni es acrehedor, ni fiador, ni tiene dependencia con ellos.

La razon de diferencia consiste en que quando se rematan en tercero se celebra verdadera venta, sin que aya motivo por que se pueda discurrir prenda pretoria. *Leg. à Divo Pio 15. §. si post addictum, ff. de re iudic.* quando empero se adjudican à el acrehedor, aunque puede entenderse dacion *in solutum*, y verdadera venta, *Leg. 1. Cod. si in causam indicat.* el acto se puede interpretar à prenda pretoria, segun el *§. si pignora* de dicha *Ley 15.* y como *favore debitoris fit plenior interpretatio*, *Leg. Arrianus de oblig. & act.* y à el acrehedor no se sigue perjuizio, pues solo su intento es cobrar el credito, y esse se le dà, *nihil mirum*, que en el acrehedor à quien se adjudican los bienes se considere *ex æquitate* prenda pretoria, y que lo contrario se estime en el tercero licitante.

42 A que se llega, que el acrehedor à quien se le adjudican los bienes *principaliter agit* de asegurar su credito, siendo lo secundario la adquisicion del dominio de la prenda; y aunque *secundum deficiat*, con la oblacion del credito logra el fin principal de su intencion; pero el tercero licitante, que en la exaccion del credito no tiene interès alguno, *solum agit* de la adquisicion del dominio, fiado en la subhastacion judicial, y si esta no fuese segura, no solo no huviera seguridad en los dominios contra la *Ley 1. de Vsubap.* sino que ninguno se invitara à licitar; pues realmente no hazia otra cosa, que prestar el dinero al deudor, con la dilacion de la paga para quando el quisiere; y asì *nihil mirum*, que la equidad no se practique en el tercero licitante, por militar à su favor otra equidad contraria, *ne invito dominio adquisito privetur*, *ex Leg. Invitum, Cod. de iur. deliber.*

43 Y que dicha equidad tenga lugar solamente en el acrehedor à quien los bienes se adjudican *directè, vel simulatè*, en cabeza de tercero cedente, que dezimos cabeza de hietro. *Leg. Qui sub imagine 10. Cod. de distract. pign.* por ser lo

mis-

mismo adjudicarse à el acrehedor, que à persona supuesta, Carleb. tit. 3. disput. 24. num. 7. es claro.

44 Pues en este sentido, y con esta distincion se explican los AA. Españoles, pues Escob. comput. 14. habla de acrehedores *ex causa iudicati bona possidentibus*, el Señor Covarr. lib. 2. cap. 11. num. 3. haziendo mencion de la restitucion *ex gratia loquitur quando adductio facta fuit supposito licitatori ad hoc, ut eadem bona statim creditori tradat*; pues para que proceda contra tercero, dize, que es preciso, que aya lesion en el precio; el Señor Olea tit. 5. quest. 1. num. 29. loquitur en terminos de bienes adjudicados à deudor, Carleb. tit. 3. disput. 24. num. 14. § 16. § num. 7. loquitur en terminos de deudor; pues siendo hecho el remate en estraños, *nisi ex capite nullitatis, vel lesionis*, dize no se puede retractar el remate, Gutierr. lib. 2. quest. 161. num. 3. siguiendo à Covarrub. admite la equidad, quando la licitacion se hizo à tercero, con beneficio de traspasso.

45 Cur. Philip. 2. part. §. 22. num. 19. § 23. habla, ò quando fue nula, ò quando hubo nulidad en la subhastacion, dolo del comprador, ò los bienes se adjudicaron à el acrehedor, ò à persona supuesta en su nombre, Parlad. lib. 2. cap. fin. §. part. §. 16. num. 7. citando à Covarr. sigue su mismo dictamen, y habla en sus mismos terminos, en este sentido se entiende Paz in Prax. tom. 1. 4. part. cap. 3. num. 48. § 50.

46 Esta distincion con mas claridad se propone por Felician. de Censib. tom. 2. lib. 1. cap. 3. num. 4. en donde proponiendo todas las especies, y casos, dize, que si los bienes se remataron en tercero licitante, no tiene lugar el remedio de equidad, sino que el comprador adquiere dominio irresoluble de los bienes licitados; y en el 5. y 6. dize, que solo se practica quando la adjudicacion es à el acrehedor, ò à tercero supuesto; el Señor Salgad. in Labyrinth. 1. part. cap. 10. distinguiendo ansimismo todos los casos, dize en el num. 14. que si se adjudicaron los bienes à el acrehedor, ò à persona supuesta, *quandocumque* tiene lugar la equidad, y restitucion de bienes con frutos, pagandose deuda con interesses. Y en el

num. 16. que quando se adjudica à estraño, ò à el acrehedor, como estraño, no tiene lugar esta equidad, dà la razon Guzm. de *Evict. quest. 22. num. 52.* y es mas estrecho el caso en que respondió el Señor Valençuel. *tom. 2. cons. 156. à numer. 12. § 189. à num. 62.* Azeved. *in Leg. fin. tit. 21. lib. 4. Recopil. numer. 125. loquitur*, quando la adjudicacion se hizo a el acrehedor, ò a persona supuesta.

47 Y aunque Cevall. *commun. quest. 633. num. 6.* dize, que el remedio de equidad *habet locum contra tertium possessorem*, con decisison de esta Chancilleria en causa propria, y refiriendole Hermos. *in Leg. 52. gloss. 7. tit. 5. part. 5. numer. 28.* No se pueden entender estos Autores quando el tercero poseedor fue licitante, y los bienes se remataron en el, sino quando los bienes se adjudicaron a el acrehedor, y este pasó a venderlos, y el deudor *vult experiri adversus hunc tertium possessorem*; pues como este no puede tener mas derecho que tenia el acrehedor vendedor, y la equidad estime, que en este acrehedor no pasó dominio, sino tan solamente prenda pretoria, *quemadmodum* el deudor *adversus creditorem poterat experiri potest etiam adversus tertium possessorem*, no se aviendo disminuido por esta venta el derecho del deudor, lo qual no sucede quando el tercero posee *nomine proprio*, por aver sido licitante, y en quien se remataron, en que *vt diximus* milita distinta razon, y distinguieron Felician. y los demás Autores.

48 De fuerte, que aunque si los bienes se huviesfen adjudicado a el acrehedor, y este los gozasse, ò aviendolos vendido, los llevasse vn tercero poseedor, deribando *causam mediatae, vel immediatae* del acrehedor, pudiera tener lugar el remedio de la equidad, no empero quando el remate se hizo en tercero licitante, en quien nunca se puede considerar prenda pretoria, segun los Autores referidos, ni practicar-se el que quando quiera el deudor dar el precio en que se remataron, tenga obligacion el comprador a restituirlos.

49 Ni es de momento, que Don Antonio de Oca huviesse apelado del remate; pues los Autores referidos ha-

E blan

blan en vno, y otro caso, ademàs, que quando dicen, que apelandose de la sentencia de remate *solent Iudices. Supremi* confirmarla, y dar tiempo al deudor para pagarla, y recuperar los bienes *eadem equitate attenda*, procede quando la apelacion se introduxo *non fraudulenter*, ni con pretexto para conseguir por medio de ella la restitucion graciosa, sino quando *rite, & rectè* se interpuso la apelacion, y en tiempo oportuno; pues las diligencias afectadas, y protestadas *non prosunt* à los que de ellas se valen, atendiendo *potius* à la realidad, que no à la figura. *Leg. 23. de liber. & posthum. dict. Leg. Qui sub imagine, Cod. de distr. pign. Leg. sed & qui §. ff. ex quib. caus. mai.*

50 No ay duda, que la apelacion interpuesta de los autos del Recetor fue mas de 24. años despues del remate, y despues del juizio de mision en possession, tomandola por pretexto para conseguir dicha restitucion *ex gratia*; pues despues de passado el termino legal desde que se notificò à Don Diego de Oca el remate, y recobro de los bienes, quedaron dichos autos firmes, y validos, sin poderse apelar de ellos; pues la sentencia de que en tiempo oportuno no se apela, *ipso iure* passa en autoridad de cosa juzgada. *Capit. Cum dilectus de elect. cap. personas 4. de appellat. cap. quo ad consultationem de sent. & re indicat. D. Salgad. de Reg. 3. part. cap. 18. à num. 92.*

51 Y aunque Don Antonio de Oca diga, que la omision del padre en no apelar no le puede perjudicar, por venir *iure proprio*, como poseedor del Mayorazgo de Doña Constança, ex his quæ tradunt *Molin. lib. 4. cap. 8. num. 9. & 10. D. Castell. lib. 5. cap. 157. num. 20.* empero para esto era preciso, que se alegassen en contrario razones tales, que Don Diego debiesse proponer en juizio, y fuessen bastantes para à nular el remate, y no pudiendo alegarlas, pues el debito à que fue condenado era claro, liquido, y constava de él por Carta Executoria, no se puede considerar minusplena defensa.

52 Dizese en contrario, que los bienes vendidos son par-

parte del Coto de Ofseyro, que Doña Constança das Mariñas quiso fuesse Cabeza de su Mayorazgo; y consiguientemente interessando la causa publica en la conservacion de los Mayorazgos, aunque para los reditos del Censo se pudiesen vender dichos bienes, y aun la jurisdiccion del Coto, Noguea *allegat.* 36. *num.* 20. empero no se debe començar por la Cabeza del Mayorazgo aviendo otros bienes de que se poder satisfacer la deuda, D. Molin. *lib.* 4. *cap.* 5. *numer.* 4. Fufar. *de Subst. quest.* 541. *num.* 14. *§* 16. Mier. *de Maiorat.* 4. *part. quest.* 3. *num.* 161. D. Salgad. *in Labyrinth.* 3. *part. capit.* 4. *à num.* 65. Cardin. de Luc. *de Iudic. disc.* 40. *num.* 49. *§* 50.

53 Porque se responde el que no se vendiò la Jurisdiccion, sino solamente bienes particulares; y los Autores referidos hablan en la distraccion de la Jurisdiccion, y Territorio, no empero quando *aliqua membra venduntur*, como en nuestro caso, vt videre est ex Molin. & Salgad. *Secundò*, porque Fufar. y Peregrin. *de Fideicommiss. artic.* 40. *num.* 26. *loquuntur*, quando la venta se haze por el Fiduciario, ò Fideicommissario; no empero quando se haze *instantibus creditoribus*, vt colligitur ex traditis ab eodem Fufar. *dict. quest.* 541. *num.* 20. *Tertiò*, porque Salgad. y Molin. hablan quando los bienes de Mayorazgo estàn hypotecados con Facultad Regia, *quo casu* se debe començar por los bienes libres, y en su defecto por los vinculados de peor calidad, sin llegar à la Cabeza del Mayorazgo aviendo otros bienes, por entenderse asì subsidiaria la obligacion, *vt quanto minus detrahatur Maioratui*; pero en nuestro caso precediò la deuda à la fundacion, y es el Coto de Ofseyro la primer hypoteca de dicho Censo, à que no pudo perjudicar Doña Constança en manera alguna por su Mayorazgo posterior, *vt supra dicebamus*: de suerte, que no se aviendo distraido Jurisdiccion alguna, sino tan solamente Caserías, y comprehendidas en la primera hypoteca del Censo antes de la fundacion, ni aun aviendose articulado, ni probado de que avia otros bienes, que commodamente se pudiesen vender, no se

se arguye, que el Executor estendiò el arbitrio abusando de el en la venta de los bienes subhastados, ni que la subhastacion huviesse sido nula, ni aya motivo para privar al comprador poseedor del dominio, que por el remate consiguiò, y que ha tantos años conservò:

Ex quibus espera Doña Cathalina de L... se confirmen los autos del Executor, y se la absuelva del pedimento, y demanda contraria. Salvo, &c. D. V. D. C.

Lic. D. Juan Antonio Garcia Rujarez.

Porque se responde el que no se vendió la Jurisdiccion, sino solamente bienes particulares, y los Autores referidos hablan en la dilatacion de la Jurisdiccion, y Tercio, no embargo quando algunas mandamos, como en nuestro caso, se viden en ex Molina & Salgado. Segundo, porque Fugar y Perceguin de Fideicomiso, articulo 40. n. 20. quando la venta se hace por el Fideicomiso, ó Fideicomisarios, no embargo quando se hace instantibus creditibus, ut colligitur ex n. 1. ab eodem Fugar. dicit. quod. 241. n. 20. Tercio, porque Salgado, y Molina hablan quando los bienes de Mayorazgo estan hipotecados con Facultad Regia, que caso se debe començar por los bienes libres, y en su defecto por los vinculados de peor calidad, sin llegar a la Cabeza del Mayorazgo aviendo otros bienes, por ende, no embargo asi subsistia la obligacion, et quanto minus de Mayorazgo, pero en nuestro caso precedió la donacion de la fundacion, y es el caso de Olheya la primera hipoteca de dicho caso, a que no pudo perjudicar Doña Constancia en manera alguna por su Mayorazgo posterior, et supra dicitur, que si fuere, que no se aviendo dilatacion Jurisdiccion alguna, sino tan solamente Cateas, y comprehendidas en la primera hipoteca del caso antes de la fundacion, ni aun aviendo vinculado, ni probado de que avian otros bienes, que commoventer se pudiesen vender, no