



P O R

DON FRANCISCO ANTONIO
de Soto, y Guzman, Cavallero del Or-
den de Santiago, Marquès de Torre
de Soto, Gentil-Hombre de la Boca
de su Magestad, vezino de la Ciu-
dad de Cadiz.

C O N

DOÑA MARIA GABRIELA DE SOTO, Y GVZ-
man, Marquesa de Torre de Soto, su muger.

S O B R E.

*Que en la restitucion de su dote, y arras, en que ha sido con-
denado el Marquès por sentencia de divorcio: y nulidades, è
injusticia de los Autos de execucion, y de sentencia de remate,
comete fuerza en conocer, y proceder, è à lo menos, en no
otorgar las apelaciones el Provisor
de Cadiz.*



1



N 10. de Junio de 97. pronuuió el Provisor de Cadiz sentencia definitiva de divorcio, en q̄ declaró aver lugar el pedido por la demanda de la Marquesa, contra el Marques, su marido, mandando que separados, cada vno vivieffen honestamente; y al Marques con pena de excomunion mayor, *ipso facto incurrenda*, y otros apercibimientos, à que no le inquietasse, ni tratasse. Y asimismo, à que dentro de 15. dias de como le fuesse notificada la sentencia, restituyesse la dote, dexando à su eleccion el pago, que tenia per la escritura de su recibo, y capitulaciones matrimoniales. Y reserva à la Marquesa su derecho en la restitucion de Arras, sobre el cavimiento en la dezima, para proveer con mayor conocimiento de causa, y sobre las demás pretensiones.

2 En 12. de dicho mes se notificò esta sentencia al Procurador del Marquès; y en 17. cinco dias despues, se le revocó el poder, substituido por D. Thomàs de Ribera, en virtud de facultad de revocar substitutos, considerando que la sentencia se debía notificar en persona al Marquès, y despachar requisitoria, como le despachò, para notificarle la demanda de divorcio, y la revocacion se hizo notoria.

3 Y sin hazer reparo, de ser necessaria nueva notificacion al nuevo Procurador (aun quando no fuesse necessaria la personal) para que corriese el termino de la apelació. En 27. de dicho mes, sin acusacion de rebeldia, ni citacion, se declaró por passada en cosa juzgada, cuyo auto no se le notificò al nuevo Procurador, en quien substituyò el poder, sino al substituyente en 5. de Julio, que ni era Procurador, ni mostradose parte en el pleyto, ni vsado del poder del Marquès, para él, ni aceptandolo mas, que para substituirlo, y revocar substitutos.

4 Y en 8. se le citò, para la requisitoria, que pidió la Marquesa, para que se le diesse testimonio de los bienes de las legitimas, que por las particiones (muchos años antes) hechas ante la Justicia Real, le avian tocado à su marido. Y con esta noticia el dia siguiente 9. el nuevo Procurador por Peticion contradixo la requisitoria, y pidió los autos, y de lo contrario apelò, y protegiò la nulidad, y el auto fue, en-

treguense, aviendo se despachado la requisitoria; y teniendo ya en su poder el día siguiente 10. se despachò la requisitoria, como consta de la fecha della.

5 Y en 12. por petición bolvió à contradézirla, y que se debía mandar recoger, apelò, y protestò la nulidad; y pidió testimonio; y para que se conociese no estava el Marqués renitente en la paga de la dote, hizo dimisión del Oficio de las dos Uaras de Alguacil mayor de los Reales Consejos de Estado, y Guerra, que era el mesmo que por ella avia recibido, estimado en 10000. ds. vell., y prevenido en la escritura de recibo, y capitulaciones, valiesse mas, ó menos, separado el matrimonio en vida, ó por muerte, cumplierse con bolverle, si no quisiesse quedar se con él, cuya elección se le reservó por la sentencia, para que usase della.

6 Deste escrito se le dió traslado à la Marquesa, sin hacer caso de la contradición, y apelación, ni mandar recoger la requisitoria: llevó los autos, y en 16. se dió cumplimiento por la Justicia, y el testimonio que presentó, sin responder al traslado, ni aceptar la dimisión en pago, y pidió ejecución por toda la dote, y arras, y cantidad de 5500 ds. de gastos de Camara de cinco años, y medio à 1000 ds. cada año, que su marido le avia ofrecido darle, además de quedar obligado al sustento de su casa, y familia, cuya pretensión no estava expresada en la sentencia, ni condenado en ella.

7 Y con efecto, como lo pidió, se le despachò mandamiento de ejecución, así por 10800 ds. de la dote, y 6000 de arras, y 5500. por gastos de Camara, y dado los pregones de la via executiva se citó de remate à D. Thomàs de Ribera, que avia revocado el poder al procurador del pleyto de divorcio, y substituidolo en Marcos de Taboada, que ya se avia mostrado parte, y presentado los alegatos referidos, y nuevamente lo presentó, formando articulo de que la citación avia de ser en persona al Marqués, apelò, y protestò, y dado traslado à la Marquesa, se proveyò auto sin citación de partes, en que se declaró por bastante el poder, y que se le encargassen de los diez días de la ley, y se le encargaron.

4
8 De cuyo auto apelò, y solo se le admitió la apelació en el efecto devolutivo. Y despues, en 18. de Octubre alegò, de que debia ser en ambos efectos, y opuso, expressando todas las nulidades que se avian causado desde la sententia, y en su execucion, y pidió que la Marquesa declarasse, y que se suspendiesse, à lo menos el termino del encargamiento, hasta la determinacion de las nulidades, ò que declarasse la Marquesa, y se despachassen las requisitorias que pidió; y quando no huviesse lugar, se opuso à la execucion, como tercero de mas de 175... ps. escud. en que era acreedor el Mayorazgo que poseia el Marqués, y alegò otras excepciones que à su tiempo se explicarán.

9 Y el proveimiento solo fue dár traslado, sin mandar que antes declarasse la Marquesa, de que apelò, y pidió testimonio, y que no se innovasse, y protestò el Real auxilio de la fuerça, y sin perjuicio dello inltò en que se suspendiesse el termino, y que declarasse la Marquesa, y se despachassen las requisitorias, y se mandaron despachar, sin suspenderle; y el dia que se le entregò la vna, tuvo la noticia de aver pedido autos à pedimiento de la Marquesa, y el siguiente, expressando lo referido, pidió se le entregassen, para que el Abogado del Marqués, que por ausencia del que le avia defendido avia enttado, con vista dellos, informasse de su justicia, y el proveimiento, fue mandar ponerla con ellos, y pronunciar sententia de remate el mismo dia.

10 De que apelò luego, pidió testimonio, protestò la nulidad, y el Real auxilio de la Fuerça, y para que se declare, la ha cometido en todos los proveimientos, y procedimientos el Iuez Eclesiastico, motivandola las nulidades, ò injusticia, ò inordinacion dellos, ò denegacion de las apelaciones, en los efectos que por derecho tienen lugar: se verá que todo ha concurrido en este pleyto, assi para en la de conocer, y proceder (como faltando en ello) en no aver otorgado las apelaciones.

11 Y para mayor claridad se divide este informe en quatro discursos, en el 1. suponiendo la sententia de divorcio no notificada. En el 2. en el que lo estuviesse, y en el de estado de su execucion, que no la tenia por la dote, ni menos por las arras, y gastos de Camara, porque se despachò. En el 3. en el de citacion de remate de que precissamente debia

5
debía ser al Marqués en su persona, y no en la de su Procurador. En el 4. que (considerandose deudor) por la tercera del credito de su Mayorazgo, la via executiva se convirtió en ordinaria, sin poder passar à sentencia de remate.

DISCURSO PRIMERO.

Probando no estar notificada la sentencia, ni passada en cosa juzgada legitimamente, y estar en estado de apelar de ella el Marqués.

12 **S**uelen encadenarse las nulidades, y agravios como los errores, que vno (no remediado al principio) causa muchos; y quanto mas distantes del primero, son mayores como las olas mas apartadas del centro que las produce; y es la empressa 65. que exorna politicamente Saavedra, porque *Vitium paruum in principio totam massam corrumpit, & radix infecta arborem, & fructum inficit, & exclusa radice excluditur omne quod ab ea dependet*; como que *si structo fundamento corrumpit edificatum*, Valasc. Axiom. iur. liter. R. n. 29. & 30. D. Salg. de protect. 4. p. cap. 14. n. 20. & 21.

13 Y es principio cierto de que *nullum, & non factum idem est, & nullum producit effectum*, y que *intimatio, vel citatio nulliter, vel non legitima idem est quod non facta & reddit processum nullum* d. D. Salg. de Retent. cap. 12. §. vnic. n. 32. & 33. Themud 1. tom. decis. 7. n. 5.

14. Ni es disputable que la sentencia no notificada no se puede executar, ni dar por pasada en cosa juzgada, y que la parte agraviada siempre està en termino para apelar, y que lo que se executar es nulo, y atentado, y se debe reponer *cum damnis, & interesse, & sine hac repositione, & restitutione non est audiendus attentans in causa*: y que lo mismo es averse interpretado apelacion, que estar *intra tempus ad appellandum, vt late docent cum plurib.* Pegaf. Resol. cap. 15. an. 33. ad 42. Calder. 2. tom. decis. 53. n. 11. Pichardus 2. tom. Manduct. precepto 16. Y facil le huviera sido à la Marquesa la Requisitoria para la notificacion, como lo fue para la demanda, y obviar esta nulidad.

15 Esto supuesto, todo el pleyto, y processo de la execu-

cucion se funda en la sentencia notificada, y probandose que no lo está, queda destruido quanto se ha actuado, porque *de non ente ad ens non fit extensio, nec transitus. Et omisso principio non potest fieri transitus ad extremum*; y consiguientemente resulta la nulidad, y atentado.

16 La sentencia de divorcio tiene tres partes, y cada vna se regula por distinta, por ser sus capitulos separados, y no dependientes vnos de otros. En la primera, en que declara el divorcio, no se puede dudar es penal por la separacion, como tambien por la pena de excomunion mayor, y demàs censuras conque se commina, y es monitoria en quanto à que viuan honesta, y Christianamente.

17 Y esto habla con la persona del Marquès, y no con la de su Procurador, y así se le debió notificar: por la razon que trae D. Salg. Laborinth. 1. p. cap. 4. § 3. n. 25. ibi: *Igitur cui non conveniunt verba dispositionis, nec ipsa convenit dispositio.*

18 Y la que pone Guazzino, de Defens. Reor. defens. 35. cap. 10. n. 1. ibi: *Lata sententia requiritur ad eius essentia, ut parti, contra quam fuit lata intimetur. Capic. decis. 139. n. 4. late Moscatelo in pract. de appellationib. Gless. potest. n. 3. Vbi tenet quod debeat intimari quamvis pars fuerit personaliter citata ad sententiam, & non sufficeret fuisse factam intimationem procuratorum.*

19 Y la excomunion mayor es la mas grave pena que ay en la Iglesia de Dios, y se equipara à la de muerte, *ut cum plurib. docet Cortiad. 4. tom. decis. 234. an. 4.* y no puede incurrirse sin ser notificada en persona. Bichio decis. 289. n. 8. D. Salg. de protect. 2. p. cap. 5. n. 53. ibi: *quia excommunicatio fitur in personam.*

20 Por lo que mira à la segunda parte, de condenar al Marquès à la restitucion de la dote dentro de 15. dias de su notificacion, dexando à su eleccion el pagarla en dinero, ò en los bienes en que la recibió; tampoco habla con su Procurador, ni pudiera, dependiendo del arbitrio, y eleccion del Marquès, que sin noticia de esta condenacion, mal podía executar, ni deliberar en su cumplimiento.

21 Ni por carta la pudo tener, porque las del correo de Cadiz à Burgos por Madrid tardan 15 dias en recibir las, que sale en Domingo, y aquel correspondió al dia 16 de Junio, porque el Miercoles antecedente 12 fue notificada

al Procurador, y en 17 revocadole el poder; ni ménos pudo darla el que lo revocò, ó el substituto que subrogò; y en 17 de dicho mes fue el auto, en que se declaró en cosa juzgada, que ni aun estava pasado el termino de los 15 dias de de la notificacion.

22 Ni bastara la noticia extrajudicial, porque *non nocet in præiudicialibus habita alio modo, quam per intimationem* D. Valé-
 çuel. *consil.* 155. n. 6 1. § *consil.* 350. n. 6 2. y en terminos de que no palle en cosa juzgada la sentencia no notificada en persona, Turretus 1. tom. *consil.* 87. *idem videmus de sententia quia nd hoc vt faciat rem indicatam ob non appellationem interpositam, non sufficit scientia simplex illius sententiae, sed requiritur scientia tenoris sententiae.* -- § *Supra* n. 1 1. ibi: *Quoniam respondetur quod illa notificatio siue scientia non afficit quoniam debet fieri formiter cum omnibus solemnitatibus.* - § n. 12. § 13 ibi: *Et ratio est secundum Jacob. Nouel. Quia illa intimatio dicitur esse de forma actus: que forma debet adimpleri in forma specifica.* Card. de Luc. de *indic. discus.* 36. n. 26. *Index debet procedere cum uclis non autem per notitias extrajudiciales.*

23 Y en caso semejante Guazzino de *defens. reor.* 33. cap. 27. n. 14. ibi: *Ac etiam sciat advocatus, quod non potest agi de contraventione exilij, ante quam reo condemnato fuerit intimatum exillium, licet de eo habuerit cognitionem, vt consuluit.* Modern. Farinac. in *consil.* 93. n. 10 Ubi firmat; quod ubi monitio, seu intimatio est necessaria non sufficiat scientia ad incurrendam pœnam, & ideo caveant Iudices, vt statim latâ sententia faciant condemnato dictum exillium intimare.

24 Y sin esta notificacion, ò intimacion personal, que haga fuerça el Eclesiastico en executar la sentencia docet Salg. de *protect.* 2. p. cap. 5. n. 53. & melius de *retent.* 1 p. cap. 3. n. 27. § 2. p. cap. 24. â n. 10. Bichio *decis.* 289. n. 8.

25 Porque no se puede dudar de la nulidad que procede de exceso de persona ad personam, y siendo este â principio, es con arentado in executione: D. Salg. de *protect.* 4. p. cap. 8. n. 4. § 7. § cap. 14. per tot.

26 El termino de los 15 dias para la restitucion de la dote, aun quando en persona le huviesse sido notificada la sentencia al Marqués (y no fuesse opuesto al legal, como se dirâ adelante) fue riguroso, porque debia ser el compe-
 ten=

rente para deliberar, y responder, consintiendo, ò apelando. Sabello *Alphabet. iur. verbo Terminus. n. 10. & 14.* y dize, que *habetur pro non dato, & executio interim consumata dicitur attentata; quinimò lex ipsa tali casu supplet, statuendo tempus congruū.*

27. Ni estando ausente, y tan distante el Marqués (y no interpelado) se le pudo juzgar constituido deudor *in mora*, que no la a y *sine culpa debitoris*, ni en el ausente, vt docet Pichard. *in tract. de mora à n. 10. latè.* Y aun antes de la noticia extrajudicial se declaró en cosa juzgada la sentencia, quando el fin de la revocacion del poder fue por esperar su respuesta para apelarla, ò que lo embiasse especial para cõsentirla, como era necesario, vt *dictum est n. 22.* Sabello *verbo Procurator. à n. 1. & d. Turret. consil. 87. n. 17.*

28 Pues el dado, y substituido era para la defensa en quanto al divorcio, y con la calidad de apelar de autos, y sentencias en su perjuizio, y consentir solamente las en su favor *& datum sub conditione. sub contraria videtur ademptum* Valasc. *Axiom. iur. liter. D. n. 16. & liter. C. n. 102. ibi: Conditio inducit formam; quia ommissa, dispositio non sortitur effectum.*

29 Y siendo tan perjudicial la sentencia, no pudo vno, ni otro Procurador consentirla, ò no apelar, que es lo mismo. Bich. *decis. 621. n. 8. ibi: Sententiam acceptare dicitur, qui non appellat ab ea;* y su omision no puede dañar al ausente *ex causa necessaria, & subueniendus est, & si Procuratorem reliquerit.* Mathieu *de re Crimin. controversia 77. n. 71. & 73.* que trae el caso, de que aunque se aya substanciado el pleyto con el Procurador del ausente, se le debe en persona notificar la sentencia de pena pecuniaria de ella.

30 Manfrella *observat. 1. tom. ad decis. lib. 1. Reg. Capici. Latio observat in decis. 59. n. 7. ibi: Observo secundo n. 3. Procuratorem acceptando decretum; principali non præiudicare, ne appellare valeat: licet decem dies ad appellandum; lapsi sint ita pariter scribunt* Marin. *de legitim. person. cap. 16. n. 53. Odd. de integr. restit. p. 2. q. 69. n. 24. & Vestr. in Prax. lib. 7. cap. 3. n. 24. Nec in principalis præiudicium; renuntiare appellationi.* Donad. *de renuntiat. cap. 19. n. 151. Christin. in decis. Belgic. 17. n. 9. vol. 1. & vol. 2. decis. 107. n. 17. Thor. in comp. decis. verb. Procuratores an possint. tom. 1. Papon. in lib. 19. tit. 5. arrest. 8. & tit. 41. arrest. 1. Borrell. loc. cit. lib. 2. tit. 3. n. 1359. de Luc. ad Franch. in observat. 579. n. 1. & novissimè*

visimè Reg. de Philip. in differtat. Fiscal. 2. n. 78. & 79. el
31 Y ya que se supuso parte al Procurador para la no-
tificacion, revocado el poder, se debió considerar lo era, ò
el que lo revocó, ò el en quien lo substituyó para notificarle
asimismo la sentença, aunque tambien se le notificasse
al Marqués, respeto de deber ser à ambos, y à diferente fin
vt docet Motillo, Prax. Civil. verb. sententia. n. 20. in fin. ibi: no-
tificanda est sententia principali parti cuius est omnis illi parere. 3. Et
etiam Procuratori vt valeat sua remedia oportuna opponere.

31 Y el auto en que se declaró por passada en cosa
juzgada en el mismo dia que se cumplan los 15 desde la
notificacion hecha al Procurador (y que á los 5 le estava
revocado el poder) para la restitucion de la dote, si solo
fuesse en quanto al divorcio, no era tan malo; pero en quã-
to à la condenacion de ella, que ni aun podia tener noticia,
vt dictum est n. 2. ni ser deudor moroso, vt dictum est n. 27.
además de ser manifesta la nulidad, es notoria la injusticia,
aviendose proveído sin conocimiento de causa, ni citacion
nueva, aviendo mudança de Procuradores. D. Salg. de prote-
ction. 3. p. cap. 9. á n. 207.

33 Ni despues, siendo tan perjudicial dexarlo de no-
tificar en persona al Marqués ex textu in Clement. Sapè de
verbor. signific. Casador. decis. 4. n. 2. de sequest. possess. & fruct.
Puteus lib. 1. decis. 373. in princip. Paul. Emil. decis. 117. n. 1. p.
1. Graf. decis. 139. aliàs 9. de dol. & contumat. Rot. divers. decis.
265. n. 3. decis. 277. n. 3. p. 3. lib. 3. D. Valenc. Uclazq. conf. 157
n. 74.

34 Y no aviendose hecho, no le pudo cortar termino
para apelar del quia regulariter ignorantibus tempus non cur-
rit. Abb. in cap. cum qui. de reg. iur. in 6. Bart. in l. Scimus. §. 1. C.
de iur. deliber. Dec. in dict. cap. cum qui. n. 4. Curt. Sen. conf. 8. n. 2.
Barbat. conf. 8. col. 3. vol. 1.

35 Et interminis est text. in l. 1. §. fin. ff. quando. appell. sit. l.
1. C. de tempor. appellat. cap. concertationi de appellat. in 6. l. 2. tit. 23
p. 3. l. 1. tit. 18. lib. 4. Recop. D. Gregor. in l. 2. Gloss. in verbo Sa-
ber. Marant. de ordin. iudic. tit. de appellat. n. 204. Didac. Perez
in l. 1. tit. 18. lib. 4. Ordinam. Ioann. Gutierrez allegat. 31. n. 9.
Azeved. in l. 2. tit. 17. n. 51. & in l. 2. tit. 18. n. 63. lib. 4. Recop.

36 Et consequenter resulta, que no aviendose notifica-

do la sentècia, y anto al Marquès, no le ha corrido termino, y que lo est à en èl, para a pelar, y esto mismo dà à entender la *l. 1. tit. 18. lib. 4.* Recop. que no amplia su disposicion à la notificacion, ó ciencia del Procurador, antes por las palabras, y razon della queda esto limitado à la ciencia de la parte formal D. Valençuela. *conf. 148. n. 14.*

37 Y siendo lo mismo estar interpuesta apelacion, que el estar dentro del tiempo para interponerla, cuyo termino comienza desde la notificacion de la sentencia, y que lo executado antes es nulo, y atentado, como tambien es lo mismo ser nula la notificacion, ó no a verse hecho, *vt dictum est n. 13. & 14. & cum Lancellot. Couarr. Amat. & D. Saig. probat Valeron, de transact. tit. 2. q. 6. n. 18. & q. 5. n. 2.* y dize, que *sententia, virtus suspenditur, habetur que ac si iudicatum non esse. — Et reducitur causa ad eum statum in quo erat post litem contestatam. — Et lis pendere dicitur. & dict. Pega. cap. 15. n. 19. & à n. 37.*

38 No es dudable el que se deba mandar reponer lo proçessado, y executado por el Prouisor à este estado de la sentencia, para que el Marquès vse de su derecho; ni lo es la fuerça que ha cometido en la inordinacion, y celeridad de los procedimientos, que à lo referido han acompañado.

39 Y la mayor es despues de la declaracion del divorcio, la de conocer, y proceder en la execucion de la restitucion de la dote, arras, gastos de Camara, y demàs pretensiones sobre que reservò el proveer con mayor conocimiento de causa, que pertenecen à liquidacion, y particion, y toca à la jurisdiccion Real el juicio de ella, en que la perjudicò; pues aunque por insidencia pueda el Ecclesiastico condonar en la restitucion de la dote, no en lo que toca à conocer en lo que depende de separacion de caudales, y pretensiones pertenecientes al juicio vniversal de particion que se sigue al divorcio, por ser separada de la cautia del; que ni aun por insidencia, sino principal, y simultaneamente con la declaracion de divorcio condenò al Marquès: y a verse assi declarado muchas vezes por los Tribunales lo refiere Themudo *3. tom. decis. 254. n. 4. ibi: Attamen causa divisionis bonorum inter coniuges separato Matrimonio, iudicibus secularibus pertinet, est enim separata à causa matrimoniali, licet praequirat sen-*

rentiam Ecclesiasticam.

40 Et n. 5. ibi: *Quod in nostro casu non concurrat, quia solum in foro Ecclesiastico actum fuit de separatione Matrimonij, & in sententia continetur, ut inter se divisionem bonorum faciant, secundum suos contractus, & ita cum Index Ecclesiasticos per suam sententiam suo sit functus officio, cetera divisionis bonorum Iudicio Seculari reservatur, ut multoties fuit indicatum, porque parece justo le corresponda el auto de legos, y se remita el conocimiento de pretensiones, y particion à la justicia Real.*

41 Y la Gloss. de la Curia Ecclesiastica, añadida de Sazzedo en la forma de sentencia de divorcio enseña esta practica, ibi: *Por infidencia de la causa Matrimonial, puede el Juez Ecclesiastico conocer de la causa de la dote, y su restitucion, y paga; mas no de por si principalmente, porque aunque ay vna comun opinion que lo concede, mayormente tocando à viuda; y persona pobre, no se practica sino es en caso de dote de Religiosa, ò de alguna Iglesia, lugar Sagrado, ò pin, como lo dizen Molin. de primog. l. 2. c. 15. n. 76. & sequentibus, y Azevedo in l. 10. n. 44. hasta 48. tit. 1. l. 4. Recop. y Gutierrez in pract. question. lib. 2. quest. 44. n. 6. 7. 8. 9. y lib. 3. quest. 29. n. 30.*

DISCURSO SEGUNDO.

Que suponiendo notificada, y legitimamente declarada en cosa juzgada la sentencia, en su execucion sobre la restitucion de la dote, ay nulidades, è injusticias notorias, y se comete fuerza.

PRIMERA PARTE.

42 **E**L auto de execucion, y mandamiento (que fue na despachado en virtud de la sentencia de divorcio) fue por 1200... ds. los 10800. por la dote; y 600... por las arras: y los 5000. por cinco años y medio de à 100... ds. en cada vno de gastos de Camara, asignados à la Marquesa.

43 Mucho excedió esta execucion à la sentencia, pues por ella soló es condenado el Marquès à la paga de la dote, la qual debia hazerla eligiendo su restitucion en la especie mesma de su recibo, cumplido el termino de los 15 dias:

dias: y esta la hizo à los 8 de notificado el auto en que se declaró por pasada en cosa juzgada la sentencia, que fue à 5. de Julio, y à 12 por petición del fol. 388. el Procurador del Marqués hizo dimisión del Oficio de las dos varas de Alcazil mayor de los Reales Consejos de Estado, y Guerra (cuyos títulos la Marquesa tiene en su poder) dando satisfacción de los cien mil ds. en que lo recibió; conque por esta cantidad, pagada antes de la execucion: no se pudo despachar, ni avia accion, ni obligacion, pues ya estava extinguida, y es el mejor medio de quitarla *eo tit. Institutæ mod. tol. obligat. & ex l. 47. ff. de obligationib. & actionib. Velasco Axiom. iur. cum plurib. Peral. quest. Forens. cap. 3. n. 469. & de actionib. cap. 7. n. 2.* porque es evidente su nulidad.

44 Por los 8500. ds. restantes cumplimiento à la dote, fue en muebles, y dinero, à que no pudo extenderse la condenacion de la sentencia, que se debe interpretar dada conforme à derecho, y por el, y por ley Real tiene vn año de termino el marido para restituir la que consiste en dinero, ò muebles; y no puede ser obligado antes à la paga, aunque sea muy rico, y tenga conque satisfacerla, *docent cum plurib. D. Castillo de aliment. cap. 49. n. 5. ibi: Pecunie autem dotales, & mobilia, vel se moventia, quod etiam hodie non restituantur statim, sed tantum elapso anno, a die soluti matrimonij procedit etiam si maritus, & eius heredes possint statim solvere, & licet pecuniam habeant præ manibus, & etiam si maritus sit dives, & cui facile sit, pecunias, & mobilia statim restituere; nam indistinctè habet dilationem annalem. D. Olea decis. iur. tit. 4. q. 2. n. 33. & quest. 12. n. 29. Paulo Melio additionat. D. Castillo ad dict. cap. 49. n. 1. & 2.*

45 Y lo mismo es en caso de divorcio d. D. Castillo *ibid. n. 4. Communis ergo, & indubitata conclusio est ex ipsa particæ, & dict. & exactio, quod dotales res immobiles; matrimonio, morte vel divorcio, soluto, sunt statim restituendæ mulieri, eiusve heredi: pecunie verò, mobiles res, & se moventes, post annum; idque, correcto iure antiquo.*

SEGUNDA PARTE.

46 Y no pudiendose dudar de la nulidad, è injusticia de la execucion en quanto à la dote, aun mayor es en quanto à las atras, que no se pudo fundar en la sentencia, porque

no reservò su liquidacion del cavimento de la dezima para el tiempo de su execucion ; sino para proveer en ella con mayor conocimiento de causa (que es muy diferente) y mirò al juicio de particion ; pues sin ella no podia averlo verdadero segun el caudal Real ; y existente que se conocièssè tener el Marquès, y lo que reservò fue vltto excludo de la condenacion, porque *ius reservatum in sententia ; semper est exclusum à condemnatione.* D. Salgad. de protect. 4. p. cap. 7. n. 104.

47 Porque es imposible sin particion liquidar caudales de vna compania (como lo es la legal entre marido, y muger) en que formado el cuerpo de bienes que ay, se baxan las deudas, y resulta lo liquido que à cada compañero toca de su capital, y de gananciales, si los ay, y se sabe el caudal que les pertenece; y despues, si es necesario ; se saca el quinto, ó tercio, ó se liquida la dezima para el cavimento de las arras, para la muger, ó heredero de ella ; que las pretende.

48 Conque se manifiesta, que siendo de bienes profanos, y temporales, y entre personas legas, pertenece su conocimiento, y el de las pretensiones (que siempre las ay) al son de juicio Ordinario, à la Justicia Real, con Contadores de publico, y por la liquidacion dellos solo se podia saber el cavimento de arras, como es practica, que ninguno ha dudado. Morquech de division. bonorum. lib. 1. cap. 3. n. 1. & cap. 11. n. 2. & n. 7. *Quod divisio, & calculatio sunt correlativa, & dispositum in vno, habet locum in alio.* Et n. 2. *Quod admittitur appellatio à Decreto, vel sententia liquidationis, vel divisionis, quoad utrumque effectum.*

49 Y por la razon que dà Carlev. de Indic. tit. 3. disp. 7. n. 7. ibi: *Ergo finita societate cum nulla sit certitudo, quis ex istis casibus successerit ante calculatas rationes, non potest peti executio pro capitali, quod si successisset tertius ex prædictis casibus, fuisset diminutum, & ante confectum calculum cognosci non potest, pro qua quantitate fuerit diminutum, ac præconsequens immaturè fieri executio, cum res sit dubia l. 1. C. de execut. rei indic.*

50 Et n. 8. ibi: *Secundo, quoniam capitale quamvis sit liquidum tempore inittæ societatis tempore tamen finitæ, non est liquidum cum certo sciri non possit ante calculatas rationes, an fuerit diminutum,*

l. Mutius 30. ff. pro socio. Ergo pro illo non potest peti: neque concedi executio, ut potè pro quantitate illiquida & que non incontinenti, neque breviter liquidari possit, cum liquidatio pendeat à calculo, cuius discussio longa est, & proluxa ex sua natura.

51 Y configuientemente este conocimiento es de la jurisdiccion Real, y en intrometerse en èl se defrauda su jurisdiccion, y comete fuerça el Eclesiastico; *ut dictum est n. 39. & 40.* siendo desestimable el pretexto del testimonio presentado de las legitimas que tocaron al Marques, la paterna el año de 1666. y la materna el de 93. pues debia ser del caudal actual que le quedasse aora despues de declarado el divorcio, y oídole sus excepciones en via ordinaria en el juicio de la particion, que se haga executoriada la sentencia.

52 Porque además de estar contradicho el dicho testimonio, y apelado se del, *ut dictum est n. 4. & 5.* debia ser en contradictorio juicio oído, y citado de nuevo en persona el Marqués, para cuyo pleyto no se extendió el poder, sino que fue limitado para el de divorcio, y debe darlo nuevo para este, con las instrucciones de su defensa, y remitir, ó dar noticia de los instrumentos de su justificacion, como de la prueba de ellas.

53 Y es bien notoria la pérdida de los Jueros de Sevilla, en que se le hizo pago de su legitima paterna, que se refiere en dicho testimonio; y la de las Alcavalas de Cadiz, que le tocaron por la materna, en que era partícipe, y su Magestad incorporó en su Real Patrimonio, y pretende contra èl, y los demás partícipes ser acreedor de mas de trescientos mil pesos, de que ay pleyto pendiente; y las deudas salidas, que se le adjudicaron, y constan del testimonio.

54 Y no haze caso la Marquesa de lo que ha ocultado, y gastado, y cobrado para gastos de Camara, en mas de diez y ocho años de su matrimonio; ni lo que gastó su marido para el viage de celebrarlo, ni en el sustento de su casa, hijos, y familia; ni en la merced de Titulo de Castilla, media anata, y servicio de lanças; ni de lo que la propria Marquesa tiene en su poder, ni de lo que ha dado, y gastado en los viages sin licencia de su marido, que adelante se referirá; y lo que ha cobrado en virtud de su poder, de sus
legi.

legítimas, antes, y durante el pleyto, y de la administració de sus rentas muchos años?

55 Todo esto es de juicio ordinario, y dependiente conñexo, è inseparable del de la particion, y de esta lo es la liquidacion del cabimento de las arras, adonte toca pedir-las; y si lo tiene en algo, el pago ante la Real Justicia, y es separado del pleyto de divorcio, con cuya declaracion el Eclesiastico *functus est officio suo*: aun quando huviesse en su sentencia reservado el conócimiento para el tiempo de su execucion; para ella antes deberia mandar que las partes ante la Justicia Real hiziesen particion.

56 Y aun en caso de ser la liquidacion de naturaleza de poder hazerse por juicio summario, dependiente solo de libros, y papeles, deberia ser con citacion de parte, y conócimiento de causa summaria, y por Contadores, ó tercero, nombrados por las partes, y dando traslado, como lo advierte la Curia Filip. 2. p. de Juicio executivo §. 8. n. 6. & dict. Carlev. tit. 2. disp. 8. n. 37. & Pegas resol. cap. 1. n. 163. & cap. 3. n. 532.

57 Y no aviendo en la sentencia reservado para el tiempo de la execucion la liquidacion, sino el mayor conócimiento para proveer sobre ella, tiene menos duda; pues no pudo ser otro que el ordinario de particion, ó que hecha ante la Justicia Real, por lo que resultasse de cabimiento en las arras, por ella proveer condenando al Marqués à la paga: que tambien era exceder de su jurisdiccion, no aviendo sido la reserva para antes de la execucion de su sentencia; sino que despues de la paga de la dote, reservò otro mayor conócimiento de causa para esta, y otras pre-tensiones en que supuso no lo avia tenido en la del divor-cio, pues que no proveyò sobre ellas.

58 Ya se ve quan insubstancial fue el medio del testi-monio de legitimas del Marqués, que ademàs de averse contradicho la Requisitoria contra el por su Procurador en 9. de Julio, y pedido los autos, protestado, y apelado; sin embargo se despachò en 10. en que ya tenia en su poder los autos, y en 12. bolvió à contradezirla, y à apelar, de que se le diò traslado, sin mandar recogerla de que usò la Marquésa en 16. y sacò el testimonio, y lo presentò, sin

ref-

responder al traslado, ni aceptar la dimision del Oficio de las Varas en pago, dandose por desentendida, y pidiendo la execucion que se le despachò sin aver precedido dar traslado de dicho testimonio; y reconociendose de su infpeccion ser diminuto, por no tener el *ba de aver*, que correspondia al pagamento de legitimas, en que se declaran los gravamenes, y obligaciones, ó paga de deudas à que queda obligado el heredero con los bienes adjudicados, y distinguen los libres de los vinculados.

59. Con que en no aver admitido las apelaciones referidas. y procedido à la execucion, es notoria la nulidad, é injusticia. Cardinal. de Luca de Iudic. *discurs.* 33. à n. 40. & Micellan. *discurs.* 5. n. 17. & de Credit. *discurs.* 148. n. 3. latè.

60. Para la pretension de la Marquèsa, medio menos culpable, y mejor le era el pedir el aprecio de bienes libres, raizes, y de los muebles, y semoventes, joyas, plata labrada, vestidos preciosos, y alhajas del adorno tan lucido, y precioso de su casa, que todo tenia en su poder (y su marido no llevò consigo mas que el desconsuelo de su destierro) y baxadas las deudas; y gravamenes, resultaria el caudal, y si en èl avia cabimiento, ò no en las arras.

TERCERA PARTE.

61. **P**OR lo que mira à los 5500. ds. de la execucion por gastos de Camara de 5. años y medio à 11... ds. en cada vno, no se sabe en què pudo fundarse, no en la sententia, por que en ella no es condenado el Marquès, ni directa, ni indirectamente expressa cantidad; ni estos gastos de Camara, sino reserva proveer con mayor conocimiento de causa en las demàs pretensiones de la Marquèsa, y esta reserva es exclusion de la condenacion expressada en ella *vt dictum est.* n. 46.

62. Ni menos fundarse en el testimonio referido, por fer esta pretension de diferente naturaleza que la del cabimiento de las arras, en que en èl ay permission de derecho, aunque sea donacion de marido à muger, y en esta (y mas siendo tan exorbitante) ay expressa prohibicion, y fer nula *ipso iure* de que ni resulta obligacion natural, ni civil, ni vale

vale aun en el fuero de la conciencia, *vt cum plurib. docet Ayllon, addit. ad var. resf. Ant. Com. de contract. cap. 4. de donat. nu.*
24.

63. Y aunque politicamente sea tolerable à las mugeres de calidad, y de Titulos el reservarles sus maridos alguna cantidad moderada para sus gastos de Camara, y qualquiera que sea es visto revocada luego que ponen demanda de divorcio, porque el fin principal es por este medio tenerlas gustosas, y conservar la paz. *d. Ayllon. Ibidem quod per divorcium dicta donatio censetur revocata.*

64. Y en la asignacion que hizo el Marquès de 11. ds. al año, concurren otras circunstancias de mayor nulidad, como lo es el constar de la escritura de recibo de dote (en donde la hizo) el estar ya casado, y ser menor, y de edad tan cortada, como la de 15 años, y sin autoridad de Curador *ad bona*, ni licencia de la Justicia, ni informacion de utilidad; y aun con estos requilitos, y de no tener la prohibicion de derecho por él, tiene el beneficio, y remedio de la restitucion *in integrum*; y aun sin él, la causa justa, por la ingratitud con que se ha portado la Marquesa, que todo se tocara en el juicio de la particion, para la liquidacion de las arras, como la pretension de que restituya, y trayga à ella las cantidades que ha percebido por razon de dichos gastos de Camara, en mas de 18 años de su matrimonio.

65. Y todas las vezes que el acreedor de cantidad liquida, y que lo es tambien de illiquida, pide la liquidacion deira para executar por ambas, debe ser en juicio ordinario, *vt docet Joseph de la Rosa, consult. iur. 55. cum pluribus n. 2. ibi: Quod si creditor petat liquidationem ad finem exequendi, tunc ordinariè super liquidatione ipsa proceditur, & pronuntiatur, nec potest ante Decretum liquidationis decerni executio. & n. 3. ibi: Quinimo, & si pars debiti sit illiquida, nisi prius illa liquidetur, non potest pro debito fieri executio, cum pars illa illiquida totum debitum redat illiquidum. & n. 4. ibi: Et si pars illa sit minima.* Carleval. *de iud. tit. 3. disp. 12. n. 8.*

66. Como tambien de la nulidad de forma de liquidacion, ò de instrumento, que opuesta esta, ò de citacion, la via executiva se muda en ordinaria, que todo concurrió en la citacion, y contradicion del referido testimonio, *d. Car-*
lev.

lev. tit. 2. disp. 8. n. 36. ibi: *Citatus super te more instrumenti si opponat exceptionem adversus liquidationem appellando ab indebita citatione, causa executiva convertitur in ordinariam.*

67 Y la excepcion de nulidad, respecto de la execucion, es perjudicial, y se debió determinar antes, mediante la contradiccion que se hizo, y además interpuesto apelacion, y era aun mas preciso, respecto del defecto de legitimacion, de persona del Procurador, *docet Reynoso observ. 45. n. 35. Themudo 2. tom. de cif. 165. n. 3.*

68 Pegas Resol. Forens. cap. 2. n. 47. *cum pluribus ibi. Natus talis Procurator compareat cum oppositione nullitatis citationis, tunc exim non sustinetur citatio illegitima, si d. nova, & accessoria. Et Rosa consult. 3. n. 5. Altimar. 1. tom. de nullitatib. Rubr. 9. q. 1. n. 40. Guazzino defensi. 1. cap. 1. n. 3.*

69 Y que la apelacion en este caso tenga ambos efectos, y que en no admitirla el Eclesiastico (que no admitió en ninguno) comete fuerça, D. Salg. de protecl. 2. p. cap. 6. n. 64. & cap. 1. n. 46. & 47. y no se puede dudar que la execucion excedió, y fue mas rigorosa que la misma sentencia, y bastara ser en parte para juzgarse por nula, è injusta, y por tal averla declarado con diferentes decisiones de la Rota, *docet Bichio 2. tom. de cif. 509. n. 1. y 2. & de cif. 510. n. 2.*

70 En la sentencia no está condenado el Marqués en gallos de Camara, y se halla estarlo en su execucion, y cita se despacha en su virtud (mejor se dixera contra ella) no la tiene la sentencia, que es de su naturaleza *stricti iuris*, mas que en lo que *oculis corporis legi possit, ut verbi natura includatur, ex l. Gallus §. 1. ubi communiter DD. ff. de Liber. & Posthum. Surd. conf. 4. 16. n. 49. & eius verba strictè sunt capienda, & ubi cessant eius verba, cessat eius dispositio. l. dies cautioni 4. §. toties. ff. de damn. infect. Et non comprehendunt ea, de quibus non fuit expressè actum; omissum enim in sententia habetur pro omissio l. Diu 26. §. rectè. ff. de liberal. caus.*

71 De que resulta el exceso de la execucion, que se comete quando *aliquid additur sententiae, quæ exequitur*: o quando se *extendit ad aliam rem, seu quantitatem non expressam vel extra expressam*, como prueba D. Salg. de protecl. 4. p. c. 3. n. 82. & cap. 9. n. 2. Y dà la razon n. 3. porque *sententia super una re, vel rei parte lata, non continet aliam, nec etiam aliam partem.* Et n. 9.

n. 9. que *lata super vna re, ex pluribus petitis, non extenditur ad alias.* Y que el Provisor faceffor (por ausencia del que dió la sentencia de divorcio) en la execucion excedió, y cometió atentado, y fuerza con la contradiccion, y apelacion interpuesta de averle despachado la Requisitoria para el testimonio, en cuya virtud despues despachò la execucion. *d. D. Salgad. 4. p. cap. 14. n. 157. & 158. & cap. 8. p. 4. & 7.*

DISCURSO TERCERO.

Suponse sin nulidad la execucion, y en estado de citacion de remate.

PRIMERA PARTE.

72 **A**Vn considerada sin las referidas nulidades la execucion, y en estado de citacion de remate, la de no averse hecho en persona al Marqués, sino a la de D. Thomás de Ribera, en virtud de poder suyo, que avia substituido en Procurador, es evidente su nulidad, porque suponiendo que la citacion de remate es la primera del juicio executivo, como lo es la notificacion de la demanda en el Oratorio, *vt cum plurib. docent Rodrig. de execut. cap. 5. a n. 83. Carlev de Ind. tit. 3. disp. 4. n. 28.*

73 Ninguno ha dudado que la primera citacion debe ser en persona, y el mismo Provisor, y la Marquesa lo conocieron en la demanda de divorcio, que le fue notificada en virtud de Requisitoria al Marqués, y en Burgos estava entonces, y está aora, y dentro del Reyno, y ausente por causa necesaria de su destierro; porque mirando la primera citacion a la defensa, es de derecho natural, que no ay potestad humana; que la pueda quitar, aunque en las demás siguientes de los juizios, de que sean muchas, ò pocas es de derecho positivo: conclusion es esta, que no ay quien la ignore, y por sabida se omite su prueba.

74 Y quando se procede contra deudor ausente dentro del Reyno, que está en lugar cierto del, se cita por Requisitoria, cuya practica, y estilo se observa en todos los Tribunales, y exactissimamente por los mas supremos, por

sus Reales Provisiones citatorias de emplazamiento, con término competente, para que por sí, ó por su Procurador se defienda, conque faltando à él en aver omitido despachar el Provisor su Requisitoria para la citacion de remate al Marqués, con termino competente para oponerse à la execucion, contentandose con la de su Podatario, aumentò sus nulidades, y procedió contra derecho, y leyes Reales.

75 Y son la l. 4. tit. 13. p. 5. & l. 1. tit. 19. lib. 4. Recop. ibi: *Sea citado el dicho deudor para remate en su persona.* Y es doctrina de todos los DD. Regnicol. que refiere Pichard. in *Manduct ad Prax.* 2. p. precep. 11. Y Bolaños in *Cur. Philip.* 2. p. §. 19. de citacion de remate n. 2. advierte que estando ausente el deudor, para que se pueda oponer à la execucion, despues de citado, se le ha de conceder el termino competente además del de los tres dias de la ley Real. ibi: *Salvo, si el deudor estuviere en parte que no se pueda oponer en él* (habla del termino) *que entonces se le ha de dar el necesario para lo poder hazer.*

76 Siendo este àcto tan personal por todos derechos, Natural, Divino, y Humano, y prevenido la forma del, por el positivo, y Real, omitida esta, no se puede dudar de su nulidad, aun quando por el Civil se requiriese, ni suplir por otra equivalente; y es principio cierto, que *factum forma iuri, & statuti non servata, vel omiffa corrui, & est nullum, & quod non potest per æquipolens adimpleri* Valasc. *Axiom. iur. lit. F. n. 83. fol. 222. Pegas. resol. cap. 2. n. 24.*

77 Y comprueba esto la doctrina de Giuiba, *decis. 25. n. 4. & 5.* aun suponiendo ayga Procurador, ibi: *Neque enim à procuratoris citatione incipere iudicium potest ad text. in C. causam qua. de dol. & contum. & notant. Dec. conf. 460. n. 31. Bertaz. consil. Crim. 507. n. 67. Bald. consil. 167. vol. 3. Vant. de nullit. tit. 12. defect. citat. n. 84. & licet ubi de alterius agitur præiudicio, citari in principio causæ non debeat procurator. Jas. in l. 3. n. 1. C. de procur. Dec. consil. 460. n. 31. Beitaz. d. n. 7. 8. Laderch. conf. 15. n. 1. & 4. Caruet. consil. 182. n. 11. Menoch. recup. poss. rem. 7. n. 76. Tiraq. lib. retract. §. 9. gloss. 3. n. 8. Gratia. discept. 145. n. 8. Nam ille in principio causæ pro substantia iudicij citandus est, contra quem dirigitur petitio.*

78 Porque no se podia suplir este defecto con la citacion hecha à D. Thomàs de Ribera, que no era Procurador de

de Oficio, con la noticia de aver tenido poder del Marqués ni menos obligar à que vñasse del, ni que lo substituyesse. Bolaños *Cur. Philip. §. Litigantes. n. 18. Recicato 2. tom. de statu homin. cap. 2.* y el que tuvo fue especial para el pleyto de divorcio; y no para otros, el qual se feneciò con la sentencia; y mas suponiendola ya por passada en cosa juzgada, *ex l. si Procurator. 28 ff. de Procuratorib. l. invitus. C. eod. m. cap. non iniuste § potuit extra eodem tit. de Procuratoribus l. 23. tit. 5. p. 3. ibi: Se acaba el oficio del personero luego que el juzgador dà juicio finado. Bart. in dict. l. Si Procurator. n. 2. Angelus n. 3. Romanus singulari 467. Phebus alios referens de c. 4. n. 12. late Menochius conf. 790. à n. 1. lib. 8. Golin. de Procuratorib. 1 p. cap 5. n. 185. No. guerol. allegat. 36. n. 9. § 19.*

79 Y que con la revocacion que hizo del substituto con quien se avia seguido con el nombramiento de nuevo substituto, fue visto era, ó para que apelasse, ó para oponer esta, y demás nulidades; pues aviendo sido antes la revocacion que la citacion, quedò por la substitucion sin poder. *Alti naro de nullitatib. 2 tom Rubr. 11. quest. 20. n. 67. que prueba en estos terminos ser nula la sentencia, como lo es la de remate, ibi: Vbi sententia lata fuit cum Procuratore qui alium substituerat virtute mandati dati acceptati, & recepti, cum eo casu per substitutionem non remanserit procurator. Uant. hic n. 104. & seqq. Vestr. in praxi lib 4. c. 5. n. 4 & seqq. & n. 58. ibi: Si de defectu mandati fuit exceptum ante sententiam, adeo vt neque à domino ratificari possit, quatenus esset illi favorabilis.* Y ya contaba presentada la substitucion antes de la execucion, y contra dicho por ella el testimonio de la particion.

80 Y que no baste la citacion suya en terminos *doct Scacia de appellationib. q. 11. n. 188. art. 8. ibi: Declara 2. vt in executione non sufficiat, citare procuratorem, quia cum instantia iam sit finita, non censetur amplius esse procurator.* Y asi no le pudo perjudicar al Marqués, ni se ha corrido termino para oponerse por la razon que queda referida à n. 32. y no aviendo sido legitima, es lo mismo que si no se huviesse hecho. *D. Salg. de retent. 2. p. cap. 12. §. vnic. n. 32. ibi: Nec ex ea inducitur contumacia.*

81 Y aviendose formado articulo sobre no ser la citacion legitima, ni el poder bastante, è interpuestose apelacion

cion del auto del Provisor, en que declaró serlo, tuvo ambos efectos, y no solo el devolutivo, en que la admitió, debiendo ser tambien en el suspensivo, en que cometió fuerza, como expressamente lo dize D. Salg. de protect. 2. p. cap. 1. n. 46. ibi: *Pariter etiam, si pars opposuerit de legitimatione personarum, puta non esse quem tutorem, non Procuratorem, aut legitimo mandato carentem, non filium, & similia, quia licet sententia lata super hac exceptione, siue affirmative, siue negative lata, sit interlocutoria.* Y dà la razon n. 47. ibi: *Tamen ex C. articuli præindicialis permittitur ab ea appellari, qua interposita vim iudex faciet non deferens etiam in quibuscumque summarijs iudicijs.*

82 *Et cap. 6. n. 58. ibi: Secundò limitandum est, & hic non inutile erit examinare illam celebrem frequentemque, & quotidianam quæstionem; an Iudex Ecclesiasticus vim faciat, non deferens appellationi interpositæ à sententia interlocutoria, lata super legitimatione personarum, an tutor, procurator, hæres, & similes sint legitime persone, vel non, siue sit in iudicijs summarijs, executivis, & quæ celeritatem requirunt siue alijs, à quorum principali sententia non licet appellare, quo ad effectum suspendendi, & omissa disputatione brevitatem profitentes in præsentis quæstione affirmative dicimus vim hoc casu iudicem facere, quoniam ab hoc gravamine, iusta, & legitima reputatur appellatio, supponendo, quod in iudicijs, quantumvis summarijs & executivis, & extraordinarijs personas litigatorum legitimize necesse esse.*

83 Y que no perjudica al ausente el tal auto, y que se deba oír, y anular el processo docet d. D. Salg. in 4 p. n. 133. & de retent. cap. 12. §. vnic. n. 32. & 33. y comprueban su doctrina cum plurib. Matheu de re criminal. controv. 77. n. 47. Reinoso observat. 40. n. 13. & inferius in Addit. ad n. 12. 13. & 14. Themudo decis. 7. n. 5.

84 Y es insubltancial lo alegado por la Marquesa, de que basta la citacion del deudor ausente en su casa, porque la que se haze, y se llama *ad domum*, es quando el deudor se busca, y se oculta, y no dexa ver, ó se ausenta à fin de que no se le cite; pero no quando està ausente por causa necesaria, como lo està el Marqués su marido: y tuviera lugar esta objecion quando por Requisitoria que se despachasse para Burgos constasse primero por diligencias el que no se dexava ver, ó se ausentasse de alli para no ser citado, y en-

23
tonces bastaria en la casa de su habitacion la citacion, ha-
ziendo saberla à sus criados, y sirvientes, que no tenia esto
lugar en Cadiz, donde no habitaba; ni en sus casas servia el
hazerlo saber à los inquilinos que las habitan, ni estos que-
dar obligados à darle noticia, *docent cum pluribus Caldere 2.*
tom. decis. 103. n. 16. Cardin. de Luca de ind. discurs. 34. n. 28.
& D. Salg. de protect. 2. p. cap. 2. n. 6. ibi: Non sufficit notitia ficta
& p-æsumpta, prout est, quæ oritur ex intimatione ad domum, sed est
necessaria notitia vera.

SEGUNDA PARTE.

85 Y aun considerado poder ser la citacion de remate
à Procurador, neccsariamente se debia confeslar avia de
ser con termino competente para participarlo al Marquès,
y que le instruyesse en las excepciones que tuviesse de su
defensa para oponerse à la execucion, y en el interin no
correrle el termino, por la razon referida à n. 72. de que al
deudor ausente no le corre el de los tres dias de la *l y Real*,
y que se debe prorrogar al competente, para que comparez-
ca por sí, ó por su Procurador; y haziendose à este, con mas
causa se le debia conceder: y en los casos que es permitida
esta citacion (que ninguno es en este) es doctrina, y reso-
lucion comun de los DD. d. Matheu. d. *controv. 77. à n. 32.*
Sabello *Alph. iur. verb. Procurator n. 22. & verb. terminus. n. 6.*

86 Y mas siendo el de la oposicion de la via execu-
tiva, pera que la haga de paga, ó de las excepciones que tu-
viere, era preciso el concederlo, y negado, ó no competé-
te, el derecho lo suple, y la execucion, ó progresso es nulo,
y atentado. d. Sabello *verbo Terminus, n. 9. ibi: Quod terminus*
ad solventum debeat dari cuicumque debitori, & reo conuento, etiam
in Salviano, vel alia actione reali, & censeatur datus eo ipso quod
fuit petitus. Et 10. ibi: Terminus nimis brevis assignatus ad aliquod
agendum, vel probandum habetur pro non dato, & executio interim
consummata dicitur attentata; quinimo lex ipsa tali casu supplet sta-
tuendo tempus congruum.

87 Y aqui ni se le concedió al Marquès, ni à su Procu-
rador ninguno, ni la suspension que pidió, y se executò el
encar

encargamento; y pedido tambien la suspension del termino del, se denegó aun en el interin que no declarasse la Marquesa, y se pasó à sentencia de remate, denegando los autos, y termino para que informasse el Abogado. *Rof. consultat. 55. n. 9.*

TERCERA PARTE.

88 Considerado ya indefenso al Marqués, aun en este estado es nula la execucion, por lo que en el primero Discurso queda manifestado, y la paga de la dote hecha con la dimision del Oficio de las dos Varas en q̄ la recibió, y por el resto de los 8500 ds. no tener lugar hasta estar pasado el año que el derecho le concede en la restitucion de dinero, ò muebles della, y sin estarlo, de su propria mano se ha hecho pago la Marquesa no solo de este resto, sino que retiene en su poder lo mas precioso del caudal, y es deudora del en las cantidades que ha cobrado tan considerables, en virtud del poder de su marido, otorgado en 23 de Abril del año de 89. general, y para cobranças.

89 Porque suponiendo que consta lo tenia por el testimonio presentado, y deliberado el poner la demanda de divorceio, ocultandole su intencion à su marido, y manifestandola à su padre, dispuso que le llamasse por carta à la Corte, precisandole à la brevedad, y ligereza de su viage, en que consistia conseguir encargo de grande conveniencia; y por no perderla, y obedecer à su suegro, el Marqués salió de Cadiz à 7. de Enero de 92. à la ligera; y entreteniendolo en la Corte algunos dias, la conveniencia que consiguió fue el que se le intimasse auto del Real Consejo de Ordenes de destierro de seis campañas à Cataluña, y las dos se le commutò à Valladolid, y Burgos.

90 Conseguido la Marquesa la ausencia de su marido por tan riguroso medio, y el quedar à poderada de todo el caudal, y rentas, sin licencia suya hizo viage muy costoso para verse con su padre, que le esperaba en la Villa de Getafe, y desde alli con su consejo fue à entrar en vn Convento de Alcalá de Henares, donde labró quartos que habitar, y à poco mas de vn mes salió passandose à Toledo, don-

donde estuvo algunos meses; y despues à Cadiz, donde estuvo dos años, sin darse por entendida de querer poner la demanda de divorcio, hasta que lo executò en 23. de Septiembre de 94.

91 Conque se dexa conocer el aver tomado tanta dilacion de tiempo, para con ella tenerlo de cobrar, en virtud del poder que estava usando de su marido, rentas, y deudas, que le debian, y las de su legitima materna, como con efecto lo consiguió.

92 Cobrando el mismo año de 94 que puso la demanda 131415 ps. exs. y 6. rs. y medio de plata de la legitima materna de su marido, que recibió del Marqués de Uilla Campo, à cuyo favor otorgó cartas de pago ante Diego Diaz Damasio, Escriuano Publico de Cadiz: en 10. de Febrero de dicho año 1292 ps. exs. 2³ rs. plat. y en 22. de Março 181 $\frac{1}{2}$ ps. exs. y 26. ms. plat. y en 23. de Junio 111474. ps. exs. 7 rs. 10. ms. plat. y en 26 de Octubre 467 ps. exs. 17. ms. plata.

93 Y en 25 de Enero de dicho año cobró 6266 ps. exs. 2 rs. $\frac{1}{2}$ plata de D. Francisco de Portillo, à quien diò recibo de su mano, y tiene el susodicho en su poder. Y en 23. y 24 de dicho mes, y en 7 de Febrero el año de 95 cobró del dicho D. Thomàs de Ribera 973 ps. $\frac{1}{2}$ exs. y 3. rs. vell. en tres partidas, la primera de 824 ps. 3. rs. vell. la segunda de 100 ps. exs. y la tercera de 49 ps. $\frac{1}{2}$ exs. à quien diò recibos, que tiene en su poder; sin otras partidas, y la de 1000 ps. exs. que recibió de D. Juan de Verafigui, que no se han podido ajustar, y solo las referidas suman 2011656 ps. exs. 2. rs. plat.

94 Sin tocar en 2411590 rs. vell. que recibió en 29. de Diziembre de 94. por mano de D. Juan de Sandi, que confeta del fol. 34. ni à las rentas de la administracion de toda la hacienda que tuvo la Marquesa, y no ha dado cuenta de cinco años y medio, hasta que puso la demanda, y se le revocò el poder.

95 Que ha aversele citado de remate en persona, el Marqués huviera dado noticia, y remitido los recibos que tiene en su poder; y sacadose copia de las cartas de pago otorgadas ante Escrivano, de que no podia estar instruido su Procurador, para oponerse à la execucion.

96 Y considerado el Marqués deudor, sin aver dado satisfacion alguna de la dote, aun todavia para no darla tenia el derecho de retencion, hasta que la Marquesa diessse la cuenta de la administracion de cinco años y medio, que avia tenidola antes de la demanda, que à respecto de 77...ps. exs. al año, summan 387500 ps. y que importassen las rentas al año dichos 77...ps. lo tiene alegado, y heclio informacion, que consta de los autos, para que à respecto dellos se le señalassen los alimentos, y litis expensas; y además darla de los 247590 rs. vellon, que despues de su demanda pertenecian à dicha administracion, y cobro del rendimiento de las Alcavalas de Cadiz, vt dictum est n. 93. y fue la última paga, despues de la qual su Magestad las incorporó en su Real Patrimonio, vt dictum est n. 53. en que perdió el Marqués mas de 37...ps. exs. de renta.

97 Y en las memorias de gastos que ha presentado la Marquesa por mayor, dà por consumida toda la renta (aun tan crecida sin la referida pérdida de Alcavalas) en gaitos, y à limentos; y tambien los 207656. ps. exs. y 2 rs. plata, ya mencionados n. 93. sin las demás cantidades de deudas, que cobró en el tiempo que previno para recogerlo todo antes de su demanda, y sin que su marido lo entendiesse; y además retiene joyas, plata labrada, alhajas, y el demás ornaje de adorno tan precioso de casa, y galas, coches, y fillas de mano, y ricas colgaduras.

98 Y con estas circunstancias de ser administradora la muger, y detener en su poder bienes que importan mas que la dote, no ay duda que compete, hasta dar la cuenta, el derecho de retencion al marido, y por el pudiera el Marques, aun no aver hecho la paga con la dimission del Oficio de las dos Varas, como queda fundado; porque esta es la limitacion que traen los DD. del Texto in §. taceat. l. vnic. C. de rixor. aff. y refiere en caso de menos circunstancias; Rosa consult. 55. n. 11. que por ser casi en terminos de caso semejante translativa su defensa, se pone con sus palabras, ibi: *Ex predictis vero bonis gemmae, sunt apud ipsam Brigittam, vt patet ex assertione ipsius Ioannis Vincentij testatoris in testamento, &*

ex assertione facta in inventario. Rursus vasa argentea sunt apud eandem Brigittam illi consignata per Ioannem Franciscum Naki. à Ordine Fidei Commissariorum: cetera etiam mobilia, præterea que vendita fuerunt per fidei commissarios, facte eidem Brigittæ consignata à Francisco Maria Maiolo. Sunt inquit apud ipsam Brigittam bona multo maioris valoris quam sit ipsius prætensum creditum dotale. Rursus facte eidem Brigittæ solutio in causam crediti Jouis 5670, præterea fructus totius hereditatis ex acti ab anno 1648. quo tempore mortuus est Innocentius Vincentius pervenerunt ad fidei Commissarios, & præsertim ad ipsam Brigittam qui profecto ascendunt ad maximam quantitatem, cum sine non ostendatur, inquit fuerint impensæ utique ex ijs dicendum est fuisse Brigittæ satisfactam.

99 Et in. 12. ibi: Neque dicat adversa pars, nos opponere Brigittæ exceptionem rationis red tendæ, uti Fidei Commissarie à Ioan. Vincentio constituitur, cuius prætextu non potest dotis ex actio impediri, ad Textum in §. taceat. l. vntic. de rei vxor. act. & tradita per Francum decis. 642. Et enim nos non ex eo solo crediti dotalis satisfactionem fundamus quod administratis fuerit, & rationes non reddiderit, quo casu posse procedere opinio contraria; sed ex eo quod si quando appareat ad eam pervenisse bona minoris valoris quam sit ipsius prætensum creditum, quando omnino dotis ex actio impeditur, sic limitato textu in d. §. taceat, & decisione Præs. de Franch. scribant *Tesaur. iur.* q. 28. l. 2. ubi ita decisum *Intrig. decis.* 5. n. 40. & alij.

100 Y es cierto que ofreció dar la cuenta siempre que se le pidiese, por su crédito presentado fol. 104. pero tambien lo es, que se le ha pedido, è instado nuevamente en la oposicion de esta execucion por parte del Marqués, y no la ha dado, ni exhibido libros, y papeles della, que ni se mandó, ni los ha manifestado, ni cuenta; y qual quiera que diera sin ellos lo era, ni por tal se regula la que es entrincada, y confusa, y no formal, y clara. Rubes *decis.* 220. n. 5. & complumb. *Pegas. res. iur. cap.* 3. n. 702.

101 Como ni tampoco ha entregado las joyas, plara labrada, y alhajas que en la sentencia está condenada à bolver à su marido, y sin aver cumplido primero por su parte, no pudo pedir execucion, ni despachar se contra su marido, por la en que se supone obligado por la dote, cuya excepcion, que nascitur ex ventre ipsius sententiæ, aunque no se opusiese, ni alegasse, el Juez debe suplirla de officio. Guzman

man de evictions. q. 24. n. 37. 42. & 44. Gratian. discept. Forens. cap. 307. Mantica de tacit. & ambig. lib. 3. tit. 16. n. 15. & decis. 1. n. 8. quanto mas aviendose opuesto por la parte del Marqués, è instado en el entrego, y omitido el mandarlo, con lo demás, que todo se le ha denegado.

DISCURSO QVARTO.

Suponiendo tercero opositor al Marqués.

102 Aun quando se considerasse deudor al Marqués, sin tan legitimas excepciones que quedan referidas, no se le podia denegar la admisión del credito de su Mayorazgo de 170400. ps. exs. 19. ms. que por el mismo testimonio presentado n. 8. del fol. 491. debia ser primero pagado, como anterior à la dote del año de 65. contraído, por cuya terceria ninguno ha dudado q̄ la via executiva se convierte en ordinaria, y por los terminos della se procede en su conocimiento.

103 Cuya practica docent Covarr. Avendan. Gutier. Azeved. & Paz relati à d. Pichard. *Manuduct.* 2. p. §. 15. de *tertio oppositore in causis executivis* n. 2. & cum plurib. Geronimo de Molina *verit. iur.* 3. n. 42. D. Olca de *cess. iur. tit.* 3. q. 7. à n. 26. D. Salg. de *protecl.* 2. p. cap. 7. n. 131.

104 Y expressamente assi lo dispone la l. *Rel.* 41. tit. 4. lib. 3. ibi: *Mandamos, que quando contra alguna execucion se opusiere alguna muger por su dote, ò otras personas, no se mande dar informacion summaria, sino que reciban luego à prueba con termino ordinario a los opositores por via ordinaria.*

105 Y no pudiendose dudar de la certeza deste credito por el mismo testimonio presentado por la Marquesa, y que era anterior al de su dote, y en no admitir la terceria, ni apelacion, que tenia ambos efectos, cometió fuerza. Pegas *Resol. Forens. cap.* 15. n. 81. ibi: *Limite 6. in causis preferentiae creditorum, tractatis in executione; quia in illis datur appellatio suspensiva: vt iudicavit Senatus.*

106 Cometióla tambien en aver denegado audiencia al Abogado del Marqués, y los autos, que por peticion pidió, para informarle de su justicia, y pasado de hecho à

pronunciár, y publicar sentencia de remate; porque aun en terminos que estuviesse para ello la causa, debia mandár entregarlos; y es practica comun, y la trae Bolaños *Cur. Philip. 2. p. de juicio executivo. §. 2. i. ibi: Passado el termino de la citacion de remate, no aviendo oposicion, ò aviendola, passado el termino dello, el Juez sin otra citacion de las partes, sin solo dandoles los autos para informar sin dilacion, si lo pidieren.* Y con mayor razon expresllando en la peticion, que fu Abogado estava ausente, y era nuevo el que avia de informar, y son textos expresllos la *l. ait Praetor. §. fin. ff. ex quibus causis maioris*, & ibi *Gloss. Verbo advocaciones*, ait: *Et sic nota, quod postulat advocati iuxta causa est dandi dilationem, idem in l. ab hostibus. §. fin. C. de dilationib. §. l. 1. de postulando.* *Gloss. §. Innocent. in cap. 1. de lite non contestata, §. referens Cinum, speculatorem.* *Gloss. marginalis ad §. dicit. l. ait Praetor. ff. ex quibus causis maiores ibi: Dilationes dantur advocati querendi, & si longius absit querendi causam.*

107 Y es doctrina cierta, que *Acthorum copia nemini est deneganda etiam in causa summaria, & quando est petita ad se defendendum*, y que denegado el entrego de autos es nula la sentencia, docet d. *Pegas cap. 1. §. n. 1. i. ibi: Et si negata copia procedatur, sententia est nulla.* Y la apelacion legitima, *ve probat text. in l. 3. tit. 1. §. lib. 4. Recop. Marquez de commissionib. 1. p. cap. 12. n. 52.* Y que haga fuerza el Eclesiastico no otorgandola. *D. Salg. de protect. 2. p. cap. 1. n. 16.*

108 De lo referido resulta averla cometido tambien en no aver otorgado la apelacion en ambos efectos interpuesta por el Marqués, de dicha sentencia de remate, porque aunque es cierto que no le admira, quando es legitima, al deudor; tambien lo es la limitacion de esta regla su admision, quando es nula, ò notoriamente injusta; y que se deba suspender su execucion; *ve docent Gutierrez pract. lib. 1. §. 120. Rodrig. de execut. cap. 6. n. 52. Carlev. de indic. tit. 3. disp. 16. n. 2. §. 23. Altimaro de nullitatib. Rubr. 5. §. 1. n. 1. D. Salg. de protect. 2. p. cap. 6. n. 79. §. cap. 7. n. 131.*

109 Y mas siendo por defecto de poder, *ve docent communiter DD. & d. D. Salg. 4. p. cap. 3. n. 122. §. 2. p. cap. 18. n. 13. & d. Altimaro rubr. 1. §. 1. n. 10.* ò quando es por el defecto de citacion, que vno, y otro concurre en la sentencia referida.

10 Como tambien el de exceso, assi en el auto de execucion, como de la misma sentencia, que lo tienen, en lo que no fue condenado el Marqués por la de divorcio en gastos de Cámara, y en la liquidacion de dezima de arras, que reservó para mayor conocimiento de causa, excluyendola por separada de la del divorcio; y aun quando la liquidacion fuesse de ella, fue con la nulidad que queda fundada, y la apelacion tiené ambos efectos, docet Pegas. *Resol. Forens. cap. 15. n. 55. ibi: Limita, nisi excedatur sententia in iudicio liquidationis, & detur excessus in executione, quia tunc appellatio suspendit iudicatum, & admittitur in utroque effectu, ut eleganter tenet Gratian. Forens. tom. 5. cap. 987. n. 28. Nam cum liquidatio debeat fieri secundum formam sententiae, ut expresse iudicat, & determinat. Et n. 57. ibi: Si excedatur forma sententiae, tunc datur appellatio suspensiva à sententia liquidationis, ut eleganter in terminis tenet D. Salg. de protect. 4. p. cap. 10. n. 31. 32. & seqq.*

11 Y siendo esto aun respecto del deudor, con mayor razon procede respecto del tercero opositor à la execuciõ, cuya tercera se admitió, y despues por la sentencia se excluyó, è interpuso apelacion de ella, que tenga ambos efectos, vt docet d. Pegas cap. 15. n. 85. & 90. ibi: *Limita 2. quando tertius propter praeiudicium appellat à tali sententia, tunc enim appellatio eius suspendit iudicatum, & in utroque effectu admittitur. Et n. 91. ibi: Et idem dicendum est in gravamine interposito à tertio à tali sententia.*

12 Y en terminos propios semejante al caso de esta sentencia, que la apelacion tenga ambos efectos lo aprueba d. Pegas cum plurib. d. cap. 15. n. 85. ibi. *Limita 9. quando in sententia lata in via executiva determinatur duae causae coniunctim, una ordinaria, & sic appellabilis, & altera non, quia est executiva, in omnibus manet appellabilis in utroque effectu. Bald. in l. post sentent. interloc. omnium iudic. & conf. 14 l. n. 7. Menoch. de adipiso. remed. 3. n. 167. & de recup. remed. 9. n. 321. Scac. de appellat. q. 17. limit. 6. n. 84. Gratian. decis. 214 n. 3. Valeng. conf. 7. n. 78. Carleval. de iudic. tit. 3. disp. 12. n. 8.*

13 De los supuestos antecedentes resulta, que considerada la sentencia de divorcio en el de no notificada legitimamente, no le ha corrido termino al Marqués, para la apelacion, y pendiente es conclusion cierta, que nihil est in-

38

novandum nec iudex á quo disponere, nec in principali, nec in accessorio, ad sententiæ executionem, & cessat iudicis potestas, & gesta sunt nulla, & attentata, como queda fundado en el 1. Discurso á n. 14. & n. 36.

114 Y si se considera notificada, y declarada en cosa juzgada en el supuesto del 2. *Discurso*, per el quedan fundadas las nulidades, è injusticia notoria de su execucion. Y si en el supuesto en el citado de citacion de remáte, por no aver sido en persona, lo están en el 3. *Discurso*. Y si en el de considerado deudor al Marqués lo está la de no admitido-sele la paga en los mismos bienes dotales, ò en la retencion, hasta estar reintegrado del caudal de que le tiene despojado la Marquesa su muger, y deber darle la cuenta de administracion que le tiene pedida, por lo referido en la 3. y 4. parte de dicho 3. *Discurso*. Y sin estas excepciones, si en el de deudor le obstan las nulidades de no admitirle la tercera del credito de su Mayorazgo, è injusticias, que quedan fundadas en este 4. *Discurso*, y la fuerça en no admitirlas.

115 Y que la aya cometido en conocer, y proceder en la restitucion desta dote, por defecto de jurisdiccion, y que espirò la suya con la declaracion del divorcio, queda probado, ó á lo menos en el conocimiento del juicio de liquidacion, ò particion, de donde ha de constar el cabimiento de dote, y arras, y demàs pretensiones, para que tenga lugar la execucion de la sentencia, aun quando huviesse sido la condenacion por infidencia, por cuya calidad le quadaria jurisdiccion para executarla, precediendo antes el conocimiento de la jurisdiccion Real en la liquidaciõ remitiendolo á ella, para este efecto: y no aviendo sido con esta calidad, sino *principal, y simultanea la condenacion*, parece tiene menos dificultad.

116 Y tambien por la Ordenanga desta Real Chancilleria, que es la 6. y. 5. *tit. 2. lib. 1.* que permite traer los pleytos en qual quier estado que tengan, en que puede aver auto de legos por vsurpacion, ò perturbacion de jurisdiccion, aunque no aya auido apelacion, ni declinatoria en ellos, & docent D. Salg. *de protect. 1. p. cap. 2. n. 69. & Pareja de edit. 1. tom. tit. 2. resol. 9. n. 92.* y en este concurren ambas cosas.

117 Y quando lo referido cessasse para la fuerça en

conocer, y proceder, à lo menos en no aver otorgado las apelaciones la haze, por lo que queda fundado: y espera el Marqués se debe declarar, y mandar que el Provisor reponga lo executado desde que pronunció su sentencia de divorcio. Salva in omnibus D. V. D. C.

Doct. D. Juan Garcia de Beza.

[Faint, mostly illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page.]

116 Y tambien por lo ordenado de este Real Consejo...
117 Y quando se refirió el caso para la fuerza en...