

derecho divino, natural ni positivo, y por consiguiente son justos, deben ser obedecidos, y traen aparejada ejecucion; pero si ceden en detrimento de tercero, se han de ejecutar solamente despues que se le oiga y provea sobre ello, y no de otra suerte, aunque contengan cláusulas derogatorias<sup>1</sup>. Si son contra derecho positivo, contienen cláusulas especialmente derogatorias de este, y se expidieron con las de *motu proprio, cierta ciencia y poderio Real absoluto*, se deben ejecutar; mas no careciendo de ellas<sup>2</sup> (\*).

50. No vale el rescripto dado contra otro, á menos que en él se haga mencion especifica de este derogándole, ó que no se le oponga la excepcion de no mencionarse en él el primero<sup>3</sup>. Si este contiene cláusulas derogatorias de los subsecuentes, y la parte adquirió derecho en la cosa que por él se le concedió, es ineficaz el segundo careciendo de ellas, pues para derogar el primero, es preciso que las contenga<sup>4</sup>, porque el Soberano á nadie quiere privar sin causa del derecho que adquirió, sino dejar indemne el de la primera concesion. Tampoco vale ni hace fe el expedido contra el estilo acostumbrado en el tiempo en que se expidió; porque se presume falso<sup>5</sup>, ni el obtenido por el excomulgado<sup>6</sup>, ni sin poder de la parte que suena, en materias de justicia, aunque sí en las de gracia<sup>7</sup> (\*\*).

51. Los juros, situaciones y libranzas dadas por el Rey ó por los ministros á quienes concede esta facultad, contra los tesoreros, cobradores y administradores de su Real Hacienda, traen aparejada ejecucion<sup>8</sup>, como tambien las dadas contra los arren-

<sup>1</sup> Leyes 2, 9, 20, 29, 30, 31 y 36 á la 39, tit. 18, Part. 3, y leyes 2 hasta la 6, tit. 4, lib. 3, Nov. Rec. — <sup>2</sup> Leyes del tit. 4 cit. y cap. 1, de *constit.* in 6.

(\*) Cuando la Cámara concede rescripto, gracia ó privilegio sin conocimiento alguno y en perjuicio de tercero, pide á instancia de este los papeles la Sala de justicia del Consejo, donde se reven con pleno conocimiento de causa y citacion de las partes, y justificado el perjuicio por los mismos privilegios ú otros instrumentos, se retienen para que no use de ellos el privilegiado: si este se halla en posesion, se revoca el privilegio, y si no se justifica un verdadero perjuicio, se remite la gracia á la Cámara para que tenga efecto. Así se practica con arreglo á la ley 3, tit. 5, lib. 4, Nov. Rec.

<sup>3</sup> Cap. *Cæterum, de rescript.* y Clementin. *Dudum de sepult.* y ley 36, tit. 18, Part. 3; Larrea allegat. 58, num. 12. — <sup>4</sup> *Cur. Filip. illust.* part. 2, § 2, num. 3. —

<sup>5</sup> Ley 4, tit. 20, Part. 3; Greg. Lop. en ella, glos. 2. — <sup>6</sup> Cap. 1, de *rescript.* in 6, y ley 38, tit. 18, Part. 3. — <sup>7</sup> Ley 39, tit. 18, Part. 3; Greg. Lop. en ella, glos. 4.

(\*\*) El letrado que quiera instruirse mas á fondo, vea las leyes y autores siguientes. Ley 34 á la 53, tit. 18, Part. 3, y las del lib. 3, tit. 4, Nov. Rec. Valenzuela consil. 77; Barbos. de *rescript.*; Larrea allegat. 91; Salced. en la ley 4, tit. 14, lib. 3, Rec. cap. 24, 27 y 28, y á los que estos citan.

<sup>8</sup> Ley 14, tit. 16, lib. 9, Rec.

dadores de sus rentas, si las aceptan y reconocen judicialmente, y no en otra forma<sup>1</sup>. Si no las pagan dentro de tercero dia siguientes al requerimiento que á este efecto se les haga, deben satisfacer los salarios que por su morosidad se causen y deven-guen<sup>2</sup>.

52. Ultimamente, tambien la traen aparejada los tributos públicos y Reales<sup>3</sup>, y los diezmos y primicias de la Iglesia, cuando por instrumento ejecutivo consta estarse debiendo, pues no constando se ha de proceder contra los deudores breve y sumariamente, atendida solamente la verdad<sup>4</sup>.

### CAPITULO III.

¿QUIÉNES PUEDEN PEDIR EJECUCION, Y QUIÉNES SER EJECUTADOS?  
¿CUÁNTAS CLASES HAY DE BIENES, Y EN CUÁLES SE PUEDE  
Ó NO TRABAR LA EJECUCION? Y SI EL ACREEDOR QUE INTENTÓ  
LA VIA ORDINARIA, ¿PODRÁ DEJARLA Y PASAR Á LA EJECUTIVA?

Puede pedir ejecucion toda persona á quien por derecho se permite comparecer en juicio, ya esté ó no nombrada en el instrumento, con tal que se trate de su interes y le competa accion para ello. Así el socio puede pretenderla por las deudas de la compañía, y el marido por la dote que se le prometió. — El heredero del acreedor, justificando serlo, puede pedir ejecucion contra el deudor de este. — Puede pedir ejecucion el fiador contra el deudor principal, y obligado por lo que pagó por él despues de cumplido el plazo. — Tambien puede pedirla contra los demas fiadores por lo que pagó por ellos á prorata de la obligacion. — Disuelto el matrimonio, puede pedir ejecucion la muger por la dote que su marido recibió, y por las arras que la prometió. — El procurador ó apoderado, ya tenga poder especial para ejecutar, ó general para pleitos, puede pedir ejecucion en su virtud. — De la cesion de derechos y acciones, y sus diversas especies. — Así como el cedente puede pedir ejecucion por lo

<sup>1</sup> Ley 9, tit. y lib. dichos. — <sup>2</sup> Ley 24 del mismo tit. Esta ley y las de las dos citas anteriores se han suprimido en la Nov. Rec. — <sup>3</sup> El tit. 18 y 22, lib. 6, Nov. Rec. — <sup>4</sup> Ley 5, tit. 7, lib. 9, Rec., se ha suprimido en la Novísima; Saig. de *reg. part.* 2, cap. 11; Girond. de *gabel.* part. 4, cap. 27.

que se le debe, del mismo modo puede hacerlo el cesionario por el importe de lo que se le ha cedido. — Puede ser ejecutado no solo el que contrajo la obligación, sino su heredero acreditando serlo. — Si el heredero del deudor reconociese llanamente el vale hecho por este, se puede despachar ejecución contra él por su importe. — Habiendo dos ó mas herederos del deudor, ha de ser ejecutado cada uno á prorata de su haber. — También puede ser ejecutado el hijo mejorado en tercio y quinto por las deudas de la herencia á prorata de la parte que conste haberle tocado en ella. — El sucesor del mayorazgo puede ser ejecutado por el débito á que estan obligados los bienes. — No solo pueden ser ejecutados los herederos expresamente instituidos, sino los que en su lugar poseen la herencia del deudor. — Se puede proceder ejecutivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa. — La muger casada puede ser ejecutada por la mitad de las deudas que durante el matrimonio contrajo con su marido, en cuanto alcance su mitad de gananciales. — Habiéndose despachado ejecución contra ella antes de contraer matrimonio, se puede hacer ejecución despues de contraído en sus bienes aunque sean dotales. — Se puede proceder ejecutivamente contra el socio obligado por las deudas de la sociedad. — El deudor del principal deudor puede ser ejecutado por el acreedor privado personal concurriendo las circunstancias que allí se previenen. — De la excusión y casos en que es necesaria. — ¿Cuándo se podrá dirigir la acción ejecutiva contra el fiador sin hacer excusión en los bienes del deudor? — Por las deudas del concejo se debe hacer ejecución en sus propios. — No ha lugar la ejecución contra el comprador de la herencia, ni contra el donatario, sino en ciertos casos. — Tampoco tiene lugar la ejecución contra el usufructuario singular, aunque sí contra el universal. — Aunque el tutor se obligue como tal por las deudas de su menor, no ha lugar la ejecución contra él, á menos que manifieste los bienes de este. — ¿Cómo se podrá ejecutar á los administradores, factores ó procuradores que se obligan por sus principales? — No tiene lugar la ejecución contra el tercero poseedor de los bienes obligados, sino en los trece casos que allí se expresan. — Circunstancias necesarias para que el acreedor pueda proceder contra el tercero poseedor, en las casos en que tiene lugar la ejecución. — División de bienes en muebles, raíces, derechos y acciones para saber cómo ha de hacerse la ejecución en ellos. — ¿Qué quiere decir esta cláusula que se pone en los mandamientos ejecutivos, *hacedla conforme á derecho*? Se puede hacer ejecución en la finca dada á enfiteusi, dejando á salvo para el señor del dominio directo su anual pensión. — También se puede hacer en la cosa sujeta á servidumbre. — Asimismo puede hacerse en los oficios públicos renunciables. — Y en la jurisdicción libre que el deudor tiene en algún pueblo ó sitio. — ¿Cómo ha de hacerse la ejecución en los bienes de la muger casada por deuda que contrajo antes del matrimonio? — ¿Cómo quedará obligada ejecutivamente la muger por el débito que despues de casada contrajo su marido ó ella con su licencia? — Cosas privilegiadas en que no puede hacerse ejecución. — Opi-

niones de los autores acerca de esta cuestión, sobre la que no hay decisión legal, á saber: si el acreedor, habiendo intentado previamente la vía ordinaria, ¿podrá dejarla y pasar á la vía ejecutiva? — Teniendo acción el acreedor contra varios co-reos, fiadores ó mancomunados, no puede (pendiente el pleito con uno de ellos) dejarle é intentarle contra alguno de los otros despues de contestado.

1. En virtud de cualquiera de los documentos expresados en el capítulo anterior que traen aparejada ejecución, puede pedirla toda persona á quien por derecho se permite comparecer en juicio, ya esté ó no nombrada en el instrumento, con tal que si no lo está, se trate de su interés, y le competa acción por el instrumento, y que al tiempo de pedirla legitime su persona; pues de no hacerlo puede el juez repelerle de oficio, y no debe despacharla<sup>1</sup>: y así el socio puede pretenderla por las deudas de la compañía, aunque no tenga poder ni cesión de sus consocios<sup>2</sup>, porque á estos está permitido defenderse judicialmente sin él, dando antes de entrar en juicio fianza segura de que aquel á quien defienden aprobará lo que se hiciere en el pleito, y que si no quisiese aprobarlo, pagarán ellos y sus fiadores al colitigante la pena que se les imponga, segun se dijo en el libro 20, tit. 4, cap. 14, de esta obra, tratando de los poderes; fuera de que cuando la ley hace división de los bienes entre algunos, no es necesaria la cesión. También la puede pretender el marido por la dote que se le prometió y no entregó, ya sea durante el matrimonio ó despues de disuelto, porque la hace suya en virtud de la responsabilidad y restitución á que se obligó<sup>3</sup>; y asimismo por los bienes parafernales, como conjunto y á nombre de su muger<sup>4</sup>; mas no puede cobrarlos sin poder suyo, porque no adquiere dominio en ellos como en los dotales<sup>5</sup>, y así no es responsable á su importe, y solo le compete su administración, no pactando con ella lo contrario al tiempo de casarse.

2. El heredero del acreedor, justificando serlo á lo menos al tiempo de la oposición, puede pedir ejecución contra el deudor de este, y si hay dos ó mas herederos, cada uno por sola su parte, á menos que tenga poder ó cesión de los coherederos antes de

<sup>1</sup> Castill. en la ley 64 de Toro; Carlev. tit. 2, disp. 4, num. 20 y 21. — <sup>2</sup> Ley 2, tit. 32, Part. 3; y en ella Greg. Lop. glos. 5, y ley 6, tit. 10, Part. 5. — <sup>3</sup> Ley Si pro te. Cod. de dotis promiss. y leyes 1 y 7, tit. 11, Part. 4. — <sup>4</sup> Ley Maritus, Cod. de procurat.; Gom. en la 50 de Toro, num. 20; Castill. lib. 4 Controv. cap. 40, num. 48; Olea de cesion. tit. 4, quest. 6, num. 24. — <sup>5</sup> Ley Cum maritum. Cod. de solut.; Rodrig. De execut. cap. 3, num. 12.

principiar el pleito, ó que se le den pendiente este, ratificando lo que actuó; pero para que se le admita en el juicio, debe legitimar ante todas cosas su persona. Lo propio pueden hacer el comprador de la herencia contra los deudores de esta; el testamento universal á quien dió facultad el testador para distribuir sus bienes, pues se tiene en lugar de heredero, y se le trasfieren las acciones útiles y directas que el testador tenía<sup>1</sup>; y tambien el legatario y fideicomisario contra el que tiene lo que se le legó, sin que necesite cesion del heredero<sup>2</sup>.

3. Puede pedir ejecucion el fiador contra el principal deudor y obligado, por lo que pagó por él voluntariamente ó apremiado, despues de cumplido el plazo, presentando la escritura de obligacion que aquel hizo, y la cesion ó lasto del acreedor, ya tenga ó no otorgado á su favor el deudor escritura de indemnidad; pero si el acreedor no le cediere sus acciones, ni hubiere escritura de indemnidad, deberá por la accion de mandato dirigir las suyas contra él, pues por haber hecho su negocio le competen segun derecho<sup>4</sup> para reintegrarse de su desembolso; lo cual se entiende en via ordinaria, á causa de no estar obligado á su favor ejecutivamente, y de faltar la cesion y la indemnidad que traen aparejada ejecucion; bien que lo mejor es que se las ceda en el acto de la paga, con lo cual cesa toda disputa.

4. Igualmente puede pedirla contra los demas fiadores por lo que pagó por ellos á prorata de la obligacion que cada uno constituyó, bajada su parte, presentando el lasto del acreedor, pues sin él no se da accion al fiador contra los confideyusores<sup>5</sup>, ni á los mancomunados unos contra otros<sup>6</sup>. Esto se entiende ya se formalice con fe de entrega y numeracion del dinero ó confesion de su anterior recibo y renuncia de la excepcion de *non numerata pecunia*; pues basta que en él confiese el acreedor que el fiador le pagó su crédito por sí y por los confideyusores, porque ninguna ley manda que intervengan la numeracion y fe de entrega, ni por no intervenir la invalida, ni priva al fiador del beneficio de la cesion de acciones; y para que los fiadores y mancomunados

<sup>1</sup> Leyes 2 y 4, tit. 10, Part. 6; Rodrig. dicho cap. 3, ncm. 19; Covarr. in cap. Joan. de testam., num. 5. — <sup>2</sup> Si el difunto debia alguna cantidad á su heredero, de que consta por iustrumento ejecutivo. puede hacerse pago por sí mismo; pero si no tiene tal instrumento, se ha de nombrar defensor á la herencia, poner la demanda, citar á los acreedores de la herencia y probarse el crédito. *Febrero reformado*. — <sup>3</sup> Parlad. lib. 2, cap. fin., part. 3, § 4, num. 2; Olea de *cession. jur.*, tit. 5, quæst. 5, num. 45, 53 y 58; Rodrig. ibi, num. 26 y 27. — <sup>4</sup> Leyes 11, 16 y 21, tit. 12, Part. 5. — <sup>5</sup> Ley *Ut fidejussor. ff. de fidejussorib.*; Parlad. lib. 2, cap. fin. part. 4, § 6, num. 1. — <sup>6</sup> Ley 1, Cod. de *duobus rei stipul.*

dos no sean perjudicados, ha dispuesto el derecho<sup>1</sup> que rehusando el acreedor darles el lasto, no tenga accion á exigir de ellos el débito, y que esta excepcion le obste para su percibo hasta que se lo dé. Si el negocio toca principalmente en todo ó parte al fiador ó mancomunado, no le compete accion alguna contra los demas, porque hizo el suyo y no el de estos. Si renuncian la excepcion de la cesion de acciones, puede el acreedor reconvenir á prorata ó por el todo á uno solo, y pagándole este librar á los consocios, y si constituyeron fianza ú obligacion respectiva por ciertas y determinadas sumas, v. gr. el uno por veinte y el otro por cuarenta, etc., y alguno de ellos se constituye insolvente ó fallido, no estan obligados sus consocios á pagar la parte de este; pero si fue constituida simplemente, se ha de dividir proporcionalmente entre ellos<sup>2</sup>, porque es visto haberse obligado asi, y tomado á su respectivo cargo la insolvencia del consocio.

5. Disuelto el matrimonio, puede pedir ejecucion la muger por la dote que su marido recibió y arras que la prometió, contra sus herederos, y asimismo por la que se la ofreció y no entregó á su marido, contra el que la ofreció, porque por la oferta la hizo suya, y el promitente quedó obligado á dársela. Lo mismo puede hacer por su mitad de gananciales contra los deudores de su marido<sup>3</sup>, sin necesitar cesion de sus herederos, ni que se haga division y adjudicacion, porque por derecho le toca y la hace suya, aunque en el instrumento no suenen las deudas á su favor, sino al de su marido.

6. El procurador ó apoderado, ya tenga poder especial para ejecutar ó general para pleitos, puede pedir ejecucion en su virtud; mas no cobrar la deuda sin que en él ó en otro conste de esta facultad; pues su derecho se reduce á que se asegure hasta que su dueño ocurra á su cobro<sup>4</sup>. Tampoco puede pedir la ejecucion de cosa juzgada sino tiene poder especial para ello<sup>5</sup>, ó el general carece de esta especialidad, y asi en los poderes para pleitos, conviene poner la cláusula: « De que defienda al poderdante hasta conseguir ejecutoria con ejecucion de ella, sin que para seguir la ejecucion necesite nuevo y especial poder, pues se ha de tener por tal para ello, y para todo lo demas que ocurra

<sup>1</sup> Ley *Fidejussor. y ley Stichum. aut Pamphylum*, § penult., ff. de *solut.*; Parlad. § 6 cit. num. 3. — <sup>2</sup> Greg. Lop. en la ley 11, tit. 12, Part. 5, glos. 5. — <sup>3</sup> Parlad. lib. 2, part. 3, cap. fin. § 1, num. 3 y 4. Olea tit. 4, quæst. 8, num. 35; Gom. en la 50 de Toro, num. 51; Rodrig. ibi, num. 5 al 11. — <sup>4</sup> Ley 7, tit. 14, Part. 5; Rodrig. ibi, num. 37 hasta el fin.; Nogueroi allegat. 36; Salg. de *reg.*, part. 4, cap. 3, num. 120. — <sup>5</sup> Ley *Procurator*. § 1, ff. de *procurator.*; Covarr. lib. 1 *Var.* p. 6, num. 3, vers. *Quinto, etc.* in rub. de *testam.*, part. 2, num. 42.

hasta la entera conclusion del negocio, y para cuanto intente en su utilidad, » con la cual se le estimará parte legítima, como si el poder fuere especial.

7. La cesion de derechos y acciones puede ser de dos maneras, una *traslativa* y otra *extintiva* ó *abdicativa*. La traslativa es aquella por la cual el cedente abdica y se priva del derecho y accion que tiene, y le trasfiere en beneficio del sugeto á cuyo favor constituye la cesion; y la extintiva ó abdicativa es la que extingue el derecho que tiene el que la hace, y no le trasfiere en otro; de suerte que es una privacion y renuncia mas bien que una cesion, de lo cual se trató con mas extension en el capítulo 24, título 4, libro 2, donde se trató de las cesiones. Puede hacerse la cesion por comodidad del cedente y del cesionario, y se conocerá á la de cuál de los dos se hace, atendiendo á quien toca el peligro del crédito cedido, pues á la de este pertenece principalmente, bien que á veces suele efectuarse por comodidad del cedente y en peligro del cesionario, y al contrario. Supuesto lo referido, digo que si la cesion se constituyó con el fin de pagar, ó por otro motivo útil al cedente, puede este, aunque sea despues de constituida, transigir el débito, confesar su paga, librar de él al deudor, ó parecer en juicio, y exigirle de él ejecutiva ú ordinariamente; y si la cesion se hizo por comodidad del cesionario, no conservando derecho alguno el cedente, nada de lo dicho podrá practicar, y si lo practica, podrá repelersele por la excepcion de cesion de acciones que es legítima, y como tal admisible.

8. Al modo que el cedente puede pedir ejecucion por lo que se le debe en los términos explicados en el párrafo anterior aun despues de hecha la cesion, asimismo puede hacerlo el cesionario por el importe de lo que le ha cedido, ya sea graciosamente con título de donacion ó con el de venta, si interviene precio; bien que en tal caso no podrá pedir mas que lo que dió al cedente. Pero se advierte lo primero, que si la cesion es onerosa, se ha de hacer al tiempo que el cesionario entrega el importe del débito, pues mediando intervalo de nada servirá, porque como el acreedor está reintegrado de antemano, ninguna accion tiene ya que ceder<sup>1</sup>, y así cuando el dinero no parece al tiempo de la cesion, no se ha de decir que está hecho antes el pago, sino que se hará; y lo segundo que para pedir ejecucion el cesionario contra el deudor, si la cesion se le hizo por escritura, debe pre-

<sup>1</sup> Ley Modestinus, ff. de solut. Ley 11, tit. 12, Part. 5.

sentarla cuando la pide con el documento del débito; y si es cesionario, en virtud de endoso de algun vale ú otro papel simple, no solo debe pedir y hacer que le reconozca el deudor que le hizo, sino tambien que el endosante ó cedente confiese igualmente su endoso, pues sin este previo requisito no acredita ser dueño y verdadero cesionario, porque puede haber sustraído otro el papel, tomado el nombre del endosante y hacer el endoso, y por consiguiente no es parte legítima para repetir contra el deudor. Si se le opondrá esta excepcion, se enervará la ejecucion que sin la confesion ó reconocimiento del endosante se haya expedido, como lo he visto. En cuanto á si es ó no preciso que el cesionario haga constar previamente la causa justa con que la cesion se le hizo, hay variedad de opiniones. Lo cierto es, en mi concepto, que no tiene obligacion de liquidar antes su crédito, ni el deudor puede alegar injusticia en la cesion, pues no es de su inspeccion el que la causa de esta sea ó no justa y gratuita ú onerosa, ni el que la haya ó no para hacerla, sino de pagar cuando se le demande en su virtud, pasado el plazo, que es la obligacion que constituyó, y á cuyo cumplimiento puede ser compelido por el cedente ó legítimo cesionario, y así solo le corresponderá la excepcion de si es ó no reprobada por derecho, y si fue hecha á persona cavilosa, ó mas poderosa por su empleo que el cedente, en lo que se le puede argüir cometió dolo<sup>1</sup>.

9. Puede ser ejecutado no solo el que contrajo la obligacion sino su heredero, acreditando serlo realmente y no de otra suerte<sup>2</sup>; pero si este aceptó la herencia con *beneficio de inventario*, una vez que se hiciere con la pureza y escrupulosidad legal, y acredita haberle formalizado así como debe (pues no le basta protestar que lo hará, sino hacerlo realmente), se le ha de ejecutar solamente por su importe; y si la aceptó sin esta cualidad, puede ser ejecutado por mas de lo que importa la herencia, aunque diga que no alcanza para la satisfaccion del débito<sup>3</sup>.

10. Si el heredero del deudor reconociere llanamente el vale hecho por este, se puede despachar ejecucion contra él por su importe; pero no puede ser compelido á hacer el reconocimiento si no quiere, porque es injusto obligar al heredero á que jure de

<sup>1</sup> El que quiera instruirse mas en este punto, vea los autores siguientes: Olea tit. 1, quest. 3; Parlad. lib. 2, cap. fin. part. 3, § 4; Rodrig. dicho art. 4, num. 22 al 25; Cancr. part. 1 Var. cap. 17, num. 40, y part. 2, cap. 9. — <sup>2</sup> No basta probar que aquel á quien se trata de ejecutar es hijo ó pariente del deudor difunto, aunque si compareciese en juicio como heredero, ó hiciere como tal algun acto, se tendrá esto por suficiente prueba. *Febrero reformado.* — <sup>3</sup> Leyes 10, 11 y 12, tit. 6, Part. 6; Carlev. disp. 9 dicha, num. 13, y num. fin.

hecho lo que no ha visto escribir ni firmar, ni tal vez tiene noticia de ello; y porque ademas puede ser supuesto. Así que no reconociéndole en la forma expuesta, deberá el acreedor seguir la vía ordinaria para reintegrarse de su crédito <sup>1</sup>.

11. Habiendo dos ó mas herederos del deudor, ha de ser ejecutado cada uno á prorata de su haber, y no mas, porque la obligación de su causante se dividió proporcionalmente entre todos; de modo que aunque este los hubiese obligado, ó alguno no tenga de qué pagar su cuota, no se debe exigir de los coherederos, á excepcion que el acreedor proceda por acción hipotecaria; pues entonces como la obligación sigue la hipoteca, y es individual é inseparable de ella hasta que se extingue, puede proceder *in solidum* contra el que la posea, ya sea heredero ó sucesor singular, sin que necesite hacer excusion ni division, quedándole el regreso ó repetición contra los demas participes con el lasto del acreedor por lo que satisfaga por ellos. Lo propio milita en el enfiteusi, y censo consignativo por los réditos vencidos, sobre lo cual, que es corriente en la práctica, véanse los autores <sup>2</sup>.

12. También puede ser ejecutado el hijo mejorado en tercio y quinto por las deudas de la herencia paterna, materna ó abouenga á prorata de la parte que conste haberle tocado en ella, lo cual procede, ya conste cuáles sean al tiempo de la partición ó despues, y la mejora haya sido hecha en cosa cierta ó incierta de los bienes del mejorante, pues está obligado á su proporcional solución <sup>3</sup>. Esto se puede practicar en tres casos. El primero, cuando acepta la herencia, y se le adjudican esta y la mejora. El segundo, cuando repudia la herencia y acepta la mejora, pues entonces se conceptúa como heredero, y puede ser reconvenido á prorata, sin que preceda excusion en los herederos, cuyos dos casos son los de la ley 21 de Toro. El tercero, cuando se pide simultáneamente la ejecución contra los herederos y el mejorado <sup>4</sup>.

13. El sucesor del mayorazgo puede ser ejecutado por el débito á que están obligados sus bienes, ya provenga este desde su institución, ó se haya impuesto el censo ó gravámen sobre ellos con facultad Real, ó en otro caso permitido, y aunque el poseedor no haya heredado al instituyente. Y cuando se intenta solamente la acción contra el sucesor del mayorazgo, y no proporcional-

<sup>1</sup> Rodrig. de execut., cap. 1, art. 2, num. 14; Acev. en la ley 5, tit. 21, lib. 4, Rec., hoy es la 4, tit. 28, lib. 11, num. 16; Parlad. lib. 2, part. 1, cap. ult. § 5, num. 9. — <sup>2</sup> Parlad. lib. 2, cap. fin. part. 4, § 1, num. 11 hasta el fin. Rodrig. dicho cap. 4, num. 13 y 14, al 18. — <sup>3</sup> Ley 5, tit. 6, lib. 10, Nov. Recop. — <sup>4</sup> Nogueroi allegat. 4, num. 57 al 71.

mente contra él y los herederos del fundador á un propio tiempo ( que es lo que se debe hacer como mas seguro ), se ha de continuar sin embargo la vía ejecutiva para evitar el círculo dilatorio y perjudicial de demandar primero á estos, pues se debe proceder atendida la verdad del hecho, lo cual basta para compelerle á pagar <sup>1</sup>.

14. No solo pueden ser ejecutados los herederos expresamente instituidos, sino los que en su lugar poseen la herencia del deudor ( que llaman herederos *anómalos* ), y son el fideicomisario universal, el legatario de todos los bienes, el fisco, que sucedió en los del delincuente ó del que falleció sin dejar parientes, el monasterio ó convento por los que obtuvo en representación del religioso, y los testamentarios universales, á quienes el difunto cometió la distribución de todos sus bienes en sufragios por su alma ó en otros fines <sup>2</sup>; pues estos hacen veces de herederos, y están obligados á satisfacer las deudas de aquel cuya herencia poseen, porque es responsable á ellas.

15. Se puede proceder ejecutivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa, ya estuviese el pleito pendiente al tiempo de su adquisición sobre acción real ó personal; y aún cuando se hubiese enagenado á clérigo despues de principiado el pleito, puede el juez secular proceder contra él y ejecutar la sentencia hasta que se efectue el pago, porque á cualquiera parte ó persona adonde vaya, lleva el gravámen con que está ligada, mientras no se liberte <sup>3</sup>.

16. La muger casada puede ser ejecutada por la mitad de las deudas que durante su matrimonio contrajo juntamente con su marido, ó este solo, en cuanto alcance su mitad de gananciales y no mas. Si ambos se obligaron por el todo *in solidum*, se la puede pedir toda la deuda hasta su importe; mas no, si los renunció al tiempo ó antes de casarse ó despues de casada <sup>4</sup>. Pero esto se limita cuando el marido se constituyó fiador de otro, y por la insolvencia de este, pagó por él, pues respecto de no estar obligada á la fianza segun derecho, tampoco lo estará la mitad de gananciales <sup>5</sup>; bien que esto no lo tengo por tan corriente como sienta Rodriguez, porque la muger no adquiere dominio perfecto en los

<sup>1</sup> Nogueroi en el lugar cit. — <sup>2</sup> Ley Regulariter, ff. y ley fin. Cod. de heredit. pet. Rodrig. de execut., cap. 4, dicho num. 23 y 24; Parlad. lib. 2, part. 4, cap. fin.; § 2, num. 1 al 3. — <sup>3</sup> Salg. de reg. part. 4, cap. 8, num. 110 y 168; Valenz. consil. 19, num. 41; Carlev. tit. 3, disp. 11, num. 3; Nogueroi alleg. 29, num. 233. — <sup>4</sup> Ley 14, tit. 20, lib. 3 del Fuero Real, y ley 9, tit. 4, lib. 10, Nov. Rec.; Covarr. lib. 3 Var. cap. 19, num. 3. — <sup>5</sup> Ley 2, tit. 11, lib. 10, Nov. Rec.; y en ella Matienz. glos. 1, y en la 3, glos. 7, num. 3, tit. 9; Rodrig. en el lugar citado.

gananciales hasta que su marido muere, y solo podrá repetir contra la parte de este por la mitad de los exigidos á consecuencia de la fianza, disuelto que sea el matrimonio.

17. Habiéndose despachado ejecutoria contra ella antes de contraer matrimonio, se puede hacer ejecucion despues de contraido en sus bienes, aunque sean dotales, si carece de otros, citando previamente á su marido <sup>1</sup>, porque el importe de lo que debia no era suyo, ni pudo haberlo entregado á este por dote. Igualmente debe ser ejecutada en sus propios bienes por el alcance de la tutela de sus hijos habidos en su anterior matrimonio, pues por legal ministerio estan obligados á su solucion, y tambien los de su actual marido <sup>2</sup>.

18. Del mismo modo se puede proceder ejecutivamente contra el socio obligado por las deudas de la sociedad, el cual tiene facultad de pagarlas de los bienes de esta, y luego con el lasto del acreedor sacar del fondo comun lo que satisfizo por los consocios; mas no el importe de las que contrajo en su privativa utilidad, porque á estas son responsables únicamente los suyos <sup>3</sup>.

19. El deudor del principal deudor puede ser ejecutado por el acreedor privado personal, con tal que para ello concurren tres circunstancias. La primera, que aquel confiese el débito, ó por otro medio legal conste que es deudor del deudor principal: la segunda, que este sea condenado á su solucion; y la tercera, que á consecuencia de todo preceda excusion en sus bienes, y no los tenga, ó no alcancen para el total pago, y no en otros términos <sup>4</sup>.

20. Antes de pasar adelante en la materia de este capitulo diré para instruccion del escribano lo que es excusion, de la cual ocurre hablar tan frecuentemente. Esta es un juicio en el cual se averiguan exacta y diligentemente las facultades del principal deudor, á fin de que si está insolvente en todo ó en parte, pueda el acreedor repetir por lo que no pague contra los fiadores ó secundariamente obligados. Es necesaria la excusion en los siguientes casos. El primero, cuando el principal deudor está presente, excepto que renuncie como puede este beneficio <sup>5</sup>; pero en este caso es de advertir primeramente que al fiador de indemnidad no perjudica

<sup>1</sup> Menoch. de arbitr. lib. 2, cas. 123 y 125; Salg. de reg. part. 4, cap. 8, num. 231. — <sup>2</sup> Ley Si mater, Cod. in quibus causis pignus, vel hypotheca. Leyes 23 y 26, tit. 3, Part. 5, y ley 3, al fin, tit. 16, Part. 6. — <sup>3</sup> Ley 16, tit. 10, Part. 5. — <sup>4</sup> Salg. ubi proxime num. 147, y de retent. part. 2, cap. 28; Olea de cession., tit. 4, quæst. 4, num. 9; Gutierr. de gabel., quæst. 161, num. 18; Noguero alleg. 4, num. 76, y alleg. 35; num. 17. — <sup>5</sup> Authent. presente tamen. Cod. de fidejuss. y ley 9, tit. 12, Part. 5.

su renunciacion <sup>1</sup>, porque este fiador es el que se obliga á pagar el débito cuando el deudor no tenga con que satisfacerlo, por lo que el que constituye obligacion de pagar á cierto dia, en caso de no practicarlo el principal obligado, no es fiador de indemnidad; y en segundo lugar, que los fiadores de los jueces, tutores y demas á quienes la ley obliga á afianzar, no deben ser compelidos á renunciar el beneficio de la excusion, porque así como á nadie está prohibido renunciar lo que le es favorable, del mismo modo no se le debe compeler á renunciarlo contra su voluntad. El caso segundo es, cuando la finca hipotecada está en poder del tercero poseedor, pues entonces no puede ser reconvenido este regularmente, sin que se haga la excusion en el principal <sup>2</sup>, aunque sea por dote <sup>3</sup>. El tercero, cuando el deudor enagenó la finca en fraude de sus acreedores. El cuarto, cuando el padre enagenó los bienes que tocaban á sus hijos por su madre, pues estos han de hacer previa excusion en los paternos para reconvenir al que posea los maternos enagenados <sup>4</sup>. El quinto, cuando el heredero gravado á restituir el sobrante de la herencia está obligado á reservar para el fideicomisario á lo menos la cuarta parte, pues aunque no se la reserve, no puede repetir este contra los compradores de los bienes de ella, á menos que haga excusion de los del gravado <sup>5</sup>; y el sexto, cuando la muger renunció el derecho hipotecario en el contrato de enagenacion que su marido hizo <sup>6</sup>. En cuanto á los medios y modos de hacer la excusion y acreditarla en juicio, véase á Parlad. lib. 2, cap. fin., part. 4, párrafo 7, num. 18 y 19, pues por incumbir al juez y no al escribano, omito explicarlo; advirtiéndole que en una misma demanda y juicio se puede intentar y seguir la causa hipotecaria y la de excusion <sup>7</sup>.

21. Se puede dirigir la accion ejecutiva contra el mismo fiador sin hacer excusion en los bienes del deudor: 1º en los casos expresados en el libro 2, titulo 4, capitulo 17 de las fianzas, párrafos 4 y 5; 2º cuando el deudor verdadero no pueda ser reconvenido con facilidad por razon de su persona, ó del lugar ó privilegio; y 3º siempre que el fiador se haya obligado con jura

<sup>1</sup> Bart. in ley 1, Cod. de conven. fisci debitor., lib. 10; Bald. in diet. authent. presente; Gutierr. de juram. confum., part. 1, cap. 23; Carlev. in apologia ad decision. 79, num. 9. — <sup>2</sup> Authent. Hoc si debitor. Cod. de pignorib. y ley 14, tit. 13, Part. 5. — <sup>3</sup> Glos. in leg. Ubi adhuc, Cod. de jur. dot.; Palac. Rub. in cap. Per vestras, § 34; Greg. Lop. en la 15, tit. 13, Part. 5. — <sup>4</sup> Ley 24, tit. 13, Part. 5; Covarr. lib. 1 Var. cap. 8, num. 5; Garcia de expens., cap. 13, num. 20. — <sup>5</sup> Auth. contra eum rogatus, Cod. ad Trebell. Jaco. in § Si quis in fraudem. — <sup>6</sup> Bart. in tract. de excus. in fin. — <sup>7</sup> Palac. Rub. en la ley 63 de Toro, num. 47; Greg. Lop. en la ley 14, tit. 13, Part. 5.

mento á satisfacer la deuda consintiendo ser reconvenido antes que el principal obligado <sup>1</sup>.

22. Lo mismo puede practicarse cuando el fiador es cambiante público, pues no goza del beneficio de la excusion por la utilidad pública y buena fe que estos deben tener y observar para con el público, como tambien cuando el deudor tiene bienes, y no se puede hallar comprador sino con dificultad, dilacion y perjuicio del acreedor, en cuyo caso se le reputa insolvente, y este no tiene obligacion de esperar ni de recibir sus bienes por la tasa. La sentencia dada contra el deudor principal se puede ejecutar sin que intervenga citacion, nuevo juicio ni proceso contra su fiador, esto es, contra aquel que se obligó á pagar lo juzgado, mas no contra el de contrato, ni en el de *judicio sisti*, ó comparecer en público, como afirman los autores <sup>2</sup>. Es de advertir que el fiador que paga como tal, puede compeler al acreedor á que le dé lasto para demandar con él toda la deuda al principal obligado, y á prorata á los confideyusores, y hasta que se le dé no debe ser compelido á pagarle, aunque esté condenado á ello por ejecutoria. En cuanto á si el fiador, ó co-reo ó mancomunado que pagó toda la deuda, podrá con el lasto del acreedor repetir contra cada uno de los demas confideyusores ó mancomunados, por el todo de ella ó á prorata bajada su parte, véase á *Parlad. lib. 2, cap. fin., part. 4, párrafo 6, y á Olea de cession. jur. tit. 5, quæst. 5, que lo tratan bien, y yo lo toqué de paso en dicho capítulo de las Fianzas.*

23. Por las deudas del concejo se debe hacer ejecucion en sus propios, lo cual parece se debe entender cuando se convirtieron en su utilidad, y el ayuntamiento las contrajo en su nombre, mas no si los individuos de él se obligaron en el suyo, ó no se convirtieron en utilidad de aquel, sobre lo cual véase á *Rodrig. de execut. cap. 4, num. 31 al 35, que controvirtiendo este punto, afirma con varios autores, que ya se conviertan ó no en utilidad del concejo, se ha de dirigir la accion contra sus propios y no contra los de los que le representan, porque no se obligan como personas privadas, sino como individuos de él y en su nombre, y que si los individuos del ayuntamiento obligan los bienes del pueblo y de sus vecinos, y estos lo consienten, ó hay costumbre de que puedan obligarlos en defecto de propios del pueblo, quedarán obligados á prorata, y podrán ser ejecutados, y así se observa.*

<sup>1</sup> Gom. lib. 2 *Var. cap. 13, num. 14, vers. Quinto limita*; *Rodrig. de execut. dicho cap. 4, num. 36 al 44*; *Parlad. dicho lib. 2, cap. fin., part. 4 y § 7.* — <sup>2</sup> *Carlev. de judic., tit. 1, disp. 2, num. 318*; *Aillon. ad Gom. lib. 2 Var. cap. 13, num. 2, y otros muchos que cita.*

24. No ha lugar la ejecucion contra el comprador de la herencia, á menos que el acreedor no pueda cobrar su deuda del vendedor, ni contra el donatario, excepto que el donante no haya dejado ningun otro heredero, pues entonces se reputa universal, porque en él se refunden todos los bienes <sup>1</sup>.

25. Contra el usufructuario singular no ha lugar tampoco la ejecucion, pero si contra el universal, y se ha de pedir contra los bienes y heredero propietario, con el cual y con el usufructuario se debe seguir y sustanciar, porque se trata del perjuicio de ambos, aunque *Salgado* en su *Labyr.* parte 1, cap 2, párrafo único, núm. 5, dice con otros muchos que cita, que los acreedores no tienen accion contra el usufructuario, sino contra el heredero, porque pasan inmediatamente á este todas las acciones activas y pasivas del testador; y sucede en ellas.

26. Sin embargo de que el tutor se obligue como tal por las deudas de su menor, no ha lugar la ejecucion contra él ni sus bienes, á menos que no manifieste los de este; pues ofreciendo dar cuenta con pago, como regularmente se hace en semejantes contratos, se ha de proceder contra él en via ordinaria, porque con su oferta excluye é impide el uso de la ejecutiva, hasta que se verifique el alcance líquido, excepto que se obligue en su propio nombre <sup>2</sup>. Si el menor no tiene curador, se le debe proveer de él para seguir el pleito, nombrándole él si hubiese entrado en la pubertad, ó el juez si se resistiere á nombrarle, ó el que elija no admitiere el encargo por excusa legítima que le exima. Pero acabada la tutela, no tendrá lugar la ejecucion contra los fiadores del tutor por las cosas que este de su espontánea voluntad administró pertenecientes á su menor, porque es negocio y obligacion nueva á que aquellos no se constituyeron responsables.

27. Lo propio milita para con los administradores, factores y procuradores que como tales se obligan por sus principales, pues se puede proceder contra ellos durante su encargo, y no despues, porque en el instante que cesaron en él espiró su obligacion, aunque no la de estos <sup>3</sup>. Si el tutor fuere condenado por sí, y quisiere parecer despues en juicio, puede ser repelido, y oponérsele la excepcion de cosa juzgada, como dice *Salgado de reg. protec. part. 4, cap. 8, num. 283.*

28. Regularmente hablando no tiene lugar la ejecucion contra

<sup>1</sup> *Salg. part. 2, Labyr., cap. 26*; *Olea de cession. jur., tit. 3, quæst. 9, num. 20.* — <sup>2</sup> *Ley 17, tit. 16, Part. 6.* — <sup>3</sup> *Ley fin., ff. de instit. action.; Parlad. dicho § 3, num. 3 y 4.*