

la prerrogativa de la primera, antes bien se debe observar, ni tampoco se libertan, aunque en la segunda se prorogue el término de la primera.

19. Si estando uno obligado bajo de condicion á pagar á otro cierta cantidad, ó á hacerle alguna cosa, renovase puramente otro tercero esta obligacion, no vale la novacion si la condicion no se cumple, á menos que el segundo diga expresamente, que ya se cumpla ó no esta, quiere quedar obligado, y que el primero no lo quede<sup>1</sup>.

20. No puede hacer novacion la muger, porque es especie de fianza, la cual le está prohibida, y por lo mismo solo quedará obligada en los casos expresados en el lib. 2, tit. 4, cap. 17, § 29: por consiguiente la podrá revocar, y revocándola queda firme el primer contrato<sup>2</sup>; y aunque el acreedor exima á la muger de la obligacion agena que constituyó y recibió en si con ánimo de novar la primera, y libertar al deudor principal y verdadero, no quedará libre este<sup>3</sup>. Tampoco puede hacer novacion el menor de catorce años sin otorgamiento de su curador, y si lo hiciere á nada quedará obligado, ni el primer deudor, por lo que perderá su débito el acreedor<sup>4</sup>.

21. Se admite tambien en la via ejecutiva la excepcion de nulidad del contrato, sentencia ó instrumento en cuya virtud se pidió la ejecucion; porque el que es nulo no debe ejecutarse, ya proceda la nulidad de falta de facultad en el que lo otorgó, ó de la solemnidad prevenida por la ley, ó de otra causa; entendiéndose esto aunque la nulidad se oponga por incidencia<sup>5</sup>, y asi constando notoriamente en el mismo instrumento ó en el proceso ejecutivo, basta alegarla como de derecho, y el juez puede repeler de oficio al actor<sup>6</sup>, ó aunque no conste, si se prueba dentro de los diez dias, impide sentenciar la causa de remate; pero no pudiendo probarse en ellos, porque se requiera exámen y conocimiento mas prolijo, se ha de llevar á debido efecto la ejecucion<sup>7</sup>.

22. Otra excepcion de las que se pueden oponer, y deben admitirse en la via ejecutiva, es la *simulacion* de contrato, la cual justificándose en los diez dias legales, enervará la ejecucion, é

<sup>1</sup> Ley 16, tit. 14, Part. 5. — <sup>2</sup> Ley 17, tit. 14, Part. 5. — <sup>3</sup> Ley *Quamvis*, 8, § *Si mulier*, vers. *Marcellus*, ff. *ad senatus consultum Vellejan.*; Greg. Lop. en la 17, tit. 14, Part. 5, glos. 3 al fin. — <sup>4</sup> Ley 18, tit. 14, part. 5, y ley 1, ff. *de novat.* — <sup>5</sup> Acev. en la ley 1, tit. 21, lib. 4, Rec. que hoy es la 3, tit. 28, lib. 11, de la Nov., num. 92; Rodrig. *de execut.*, cap. 6, num. 16. — <sup>6</sup> Paz tom. 1. part. 4, cap. 3, *de except.*, num. 2, 3 y 4. — <sup>7</sup> Carlev. tit. 3, disp. 16, num. 1, 3, 5 y 23; Rodrig. dicho cap. 6, num. 16.

impedirá sentenciar la causa de remate, porque el simulado y hecho en fraude de la ley, es nulo.

23. La simulacion puede cometerse de tres modos: 1º cuando los contrayentes pactan que han de celebrar tal contrato, pero que ha de sonar y aparecer otro; v. gr. Pedro pide á Juan que le preste cierta cantidad, y le ofrece hipotecar á su seguridad tal finca fructífera, y Juan le responde que se le prestará, pero que mientras no se la pague, le ha de dejar percibir los frutos de esta, y para que no suene usura, ni en juicio se le obligue á compensar estos con la suma principal, como debe, ha de otorgar á su favor escritura de venta de la misma finca; en cuyo caso el que alega y excepciona esta simulacion, debe probar no solo que su ánimo fue celebrar el contrato pignoraticio, no otro, y que así se pactó entre los dos, sino que por los motivos expuestos, y estimulado de la urgencia que tenia, convino en que se fingiese el de venta, como tambien que este se formalizó al instante, sin haberse estipulado otra cosa, y que por consiguiente no se apartó del primer convenio.

24. El segundo modo de cometer la simulacion, es cuando se celebra realmente el mismo contrato que suena, pero por algun aditamento que lleva, se conjetura simulado: v. gr. Pedro pide á Juan cierta cantidad prestada, y este le responde que si la quiere le venda por ella con pacto de *retrovendendo* tal finca productiva, la que no ha de retraer hasta tal tiempo. En este caso, aunque el pacto es permitido, si se advierte que es corto el precio de la venta, atendido el valor de la cosa, y se prueba que el vendedor necesitaba el dinero, y que el comprador no quiso dárselo prestado, sino con el pacto; se presume contrato simulado, sin embargo de que en la realidad no lo fue, y que el comprador quiso lucrarse de los frutos de la finca durante el tiempo que la tuvo en su poder, por lo que mas fue contrato pignoraticio que venta.

25. El modo tercero, es cuando se finge un contrato que real y efectivamente no hay, porque el ánimo de los contrayentes es no celebrarlo, y si únicamente por sus fines particulares que suene celebrado, en cuyo caso no vale, y se estima por no hecho. En estos tres casos, aunque el perjudicado manifiesta su delito en haber intervenido en la simulacion, puede no obstante alegarla, no para fundar su intencion, sino para coadyuvarla contra el cómplice ó partícipe, porque trata de evitar su daño, y este de lucrarse en su detrimento. Lo mismo puede hacer su heredero, con tal que el contrato no sea en fraude del fisco ó de otro tercero; pero si el ejecutado confiesa que tuvo ánimo de quedar obligado,

y ambos contrayentes fingieron un contrato por otro, no se debe admitir la excepcion de simulacion<sup>1</sup>.

26. La excepcion de que el instrumento en cuya virtud se pidió ejecutivamente no *contiene la causa de deber*, impide tambien la ejecucion, pues para estimarse que uno queda obligado por pacto ó promesa, se requiere expresion de la causa de que proviene la obligacion, lo cual procede hasta en la confesion de la deuda sin causa, como se prueba por la ley final, tit. 13, Part. 3. « Otrosi decimos: que si algunos conocieren fuera de juicio, que deben dar diez maravedis ó otra cosa á otro, é non dicen señalada razon, porque deben dar aquello que conocen; tal conocimiento como este non ompece á los que lo facen ni son tenudos de pagar aquella debda si no quisieren: fueras ende si aquel á quien ficieron la conocencia, probare guisada razon porque ge lo debian dar, y há lugar la excepcion aunque el obligado jure el contrato<sup>2</sup>. » Si la obligacion proviene de mercaderias, deben especificarse por menor, y su precio, de modo que se entienda qué es lo que se vende, y la cantidad que por ello se da<sup>3</sup>.

27. Aunque la ley 1, tit. 11, lib. 10, Nov. Rec., posterior á la de Partida inserta, manda que en cualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, queda obligado á cumplir lo que prometió, sin embargo de que no intervenga *estipulacion* (que es promesa y aceptacion verbal), no es visto haber quitado por esto lo sustancial de la obligacion, sino la fórmula ó solemnidad de palabras que prescribia el derecho comun, sin las cuales no nacia accion; por cuyo motivo y por otras razones que traen Gomez y Rodriguez en el lugar citado, careciendo la obligacion de la justa causa de deber, y no probándola el ejecutante, parece no nacerá accion para pedir, y estorbará el progreso de la ejecucion la excepcion de dolo malo: pero acerca de ello véanse los autores que los dos citan, pues estan varios en sus dictámenes; y Parlad. lib. 2, cap. fin., part. 1, § 12, ampliat. 5, dice que no es necesaria la causa; bien que los mas siguen la que llevo sentada. Lo mismo digo cuando es falsa y supuesta la causa de deber, como lo he visto estimar en juicio (\*).

<sup>1</sup> Marant. part. 6, de *exception*. num. 29 al 34. — <sup>2</sup> Gom. lib. 2 *Var.* cap. 11, num. 5; Rodrig. de *execut.*, cap. 1, art. 4, num. fin. — <sup>3</sup> Ley 2, tit. 12, lib. 10, Nov. Rec.

(\*) Solo el prurito de sutilizar, de controvertirlo y confundirlo todo, como asimismo de recurrir á las leyes muchas veces oscuras de los Romanos para interpretar las nuestras, ha podido hacer que se dude sobre si para la validacion de un contrato es necesario que se exprese en este la causa de deber despues de la citada

28. La prescripcion es otra de las excepciones que impiden la ejecucion. De ella traté generalmente en el lib. 2, tit. 1, cap. 4, desde el párrafo 13 hasta el 27; y de la prescripcion de las acciones en este lib. 3, tit. 1, cap. 1, desde el párrafo 25 hasta el 35. Supuesta, pues, aquella doctrina, añadiré ahora varias cosas, que allí ó no se explicaron, ó se tocaron ligeramente, por tener mayor enlace con la doctrina de este juicio. El derecho y accion de ejecutar por accion personal prescribe por diez años, segun se dijo en el lugar citado, no pactando lo contrario los contratantes en el instrumento, pues si lo pactan parece que no correrá la prescripcion pendiente la dilacion convencional; que podrán renunciar dicha ley los deudores por haberse establecido en su beneficio, y no haber prohibicion de que se renuncie; que de consiguiente en este caso no habrá prescripcion, y en cualquier tiempo se les podrá ejecutar; y que lo mismo procederá si la escritura de obligacion contiene la cláusula « de que antes de cumplirse cada diez años, ha de ser visto renovarse el contrato, como si entonces se formalizara, y que nunca ha de haber prescripcion del derecho de ejecutar, sinó antes bien poder el acreedor usar de él en cualquier tiempo, á cuyo fin renuncia el deudor la ley 63 de Toro, y demas que tratan de las prescripciones, para no aprovecharse de su auxilio. » Mas nunca he visto practicar lo dicho, sino lo contrario, en los censos en que suele ponerse esta cláusula.

29. Procede lo dicho, tenga buena ó mala fe el deudor, pues aunque en toda prescripcion se requiere regularmente la buena de aquel, en la del derecho ejecutivo no es precisa, aun cuando se haya dado sentencia que le constituya en la mala fe, porque no se quita al acreedor el dominio de la cosa, ni la accion que le compete para cobrar su crédito, sino el rigor de la via ejecutiva, castigando la negligencia y omision que tuvo en dejar pasar los diez años sin usar de su derecho; de suerte que le queda la via ordinaria para pedir en ella el pago de lo que se le debe, y así corre la prescripcion no solo contra los legos, sino tambien contra las iglesias y personas eclesiásticas<sup>1</sup>.

30. La prescripcion tiene lugar sea de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ó de ejecutoria dada por tribunal superior, ó de instrumento público, puro, condicional, ó á dia cierto de pagar una sola cantidad, contados los diez años en esta forma: de la *sentencia*, desde el dia en que se declaró por pasa-

ley 1, y así ademas de Parladorio, Pichardo y Ayllon, otros varios autores afirman con razon, que no es menester expresar dicha causa en los pactos. *Febrero reformado.*

<sup>1</sup> Cap. 2, 3, 4 y 6, de *prescription*.

da en autoridad de cosa juzgada : de la *ejecutoria*, desde el en que se dió : del *instrumento puro*, desde el de su otorgamiento ; y del *condicional ó á día cierto*, desde aquel en que se cumplió el plazo ó verificó la condicion, porque desde los expresados tiempos compete la accion al acreedor para pedir ejecutivamente, y tiene obligacion de pagar el deudor, bajo la pena de ser ejecutado no haciéndolo.

31. Pero si el instrumento es de censo ó de satisfacer en su virtud legados, réditos ó pensiones anuales, prescribe el derecho de pedir ejecutivamente los caidos pasado el término de los diez años, y así es preciso recurra el acreedor á la via ordinaria para su ejecucion; pues como todos los años nace la obligacion de pagarlos, se origina igualmente la accion ejecutiva de pedirlos, por ser tantas las obligaciones de satisfacerlos como los años, y no poder haber prescripcion de lo que no ha tenido ser : lo cual no sucede en los demas instrumentos en que hay una sola obligacion, y por consiguiente una accion de pedir ejecutiva y ordinariamente segun el tiempo. Por tanto en las obligaciones anuales, provengan de contrato ó última disposicion, no se debe computar el tiempo de la prescripcion desde el principio en que se constituyeron, sino desde el de cualquier año, como se observa inconcusamente en los tribunales, no obstante el sentir de algunos autores que afirman, que en estos contratos, si el acreedor deja pasar los diez años, pierde el derecho de pedir ejecutivamente, no solo las pensiones caidas en ellos, sino tambien las sucesivas, pues no hay ley Real que tal diga, y por lo mismo no se hace aprecio de su dictámen.

32. Sobre si en los quirógrafos ó papeles simples se han de contar los diez años desde su fecha ó desde su reconocimiento judicial, estan diametralmente opuestos los autores : Gutierrez y Vela defienden que los diez años empiezan á correr desde el dia en que el deudor reconoce el vale, y no antes, porque hasta entonces no nace la accion de pedir ejecutivamente, y donde no hay accion ejecutiva, mal puede hacerse uso de ella, ni haber prescripcion. Larrea, Acevedo y otros afirman que se deben contar los diez años desde el dia en que se hizo el vale ó papel, al cual se retrotrae el del reconocimiento, porque desde aquel se halla obligado el deudor ; y pasados, solo podrá el acreedor usar de la via ordinaria. Mas procurando Olea conciliar ambos pareceres, es de sentir que pidiéndose y haciéndose el reconocimiento dentro de los diez años, empiezan á correr y contarse estos desde él, puesto que el acreedor no fue moroso por haber preparado en

tiempo hábil la via ejecutiva : y así como cuando el que tiene vale de otro, y hace que este le otorgue de su importe escritura pública dentro de los diez años renovando la obligacion, ó dando fianza ó prenda, empiezan á contarse estos desde la fecha de ella, y á correr la prescripcion segun derecho<sup>1</sup>, así tambien el reconocimiento del vale hace que tenga vigor y autoridad de instrumento público. Y si el deudor reconoce el vale pasados los diez años de haberse hecho, distinguiendo, afirma por corriente en la práctica, que aunque reconozca simplemente el papel, si niega la deuda, y jura estar pagada, no tiene lugar la via ejecutiva, porque el reconocimiento que hace del papel, y por consiguiente de la obligacion constituida en él, es con su causa, y se presume pagada la deuda por haber mediado tanto tiempo, en cuya atencion es preciso que el acreedor recurra á la via ordinaria. Pero si le reconoce, y al mismo tiempo confiesa el débito, lo cual ha de pedir el acreedor cauto, se le debe ejecutar en virtud de la confesion pura, sea por el todo, si nada pagó, ó por el resto que esté sin satisfacer, á cuyo dictámen me inclino ; porque aunque el vale y la accion para pedir ejecutivamente en virtud de él se hallen prescritos, no lo estan el débito ni la confesion de él, y así en virtud de esta, como que es del dia, se debe expedir el mandamiento ejecutivo, del mismo modo que si la hiciera sin haber vale, pues en cualquiera tiempo que se haga, trae aparejada ejecucion, lo cual he visto practicar como legal y justo.

33. No procede lo dicho con el fiador, que habiendo sido ejecutado y pagado por el deudor principal, intenta contra este la via ejecutiva con el lasto del acreedor, pues no corren para con él los diez años, desde que el obligado principal contrajo la deuda, ó reconoció el vale, sino desde que el acreedor le cedió sus acciones ; ya porque estuvo imposibilitado de pedir, y al impedido no corre término ni prescripcion ; y ya porque se interrumpió la de los primeros diez años por haber perdido la ejecucion el acreedor (\*).

<sup>1</sup> Ley 29, tit. 29, Part. 3.

(\*) Para probar que los diez años que competen al fiador para ejecutar al deudor, cuyo débito satisfizo, no deben empezar á correr desde que este se contrajo, sino desde que el fiador le pagó y le dió lasto el acreedor son superfluas, ó por mejor decir no vienen al caso las dos razones que siguiendo á Parladorio trae Febrero. La verdadera razon consiste en que hasta que el fiador paga al acreedor, no es el deudor deudor del fiador, y así hasta dicho tiempo no pueden principiar á correr los diez años, en que este podía proceder ejecutivamente contra aquel. El crédito del acreedor es diverso del crédito del fiador, aunque sea de igual cantidad, y el primero se acaba al comenzar el segundo, por cuyo motivo es una crasa equivocacion confundir el tiempo de ejecutar por el uno, con el tiempo de ejecutar por el otro. *Febrero reformado.*

34. Hay notable diferencia entre la interrupcion y la perpetuacion de la accion. La primera no es otra cosa que un obstáculo ó impedimento que hace cesar el curso de la prescripcion incoada, y para que haya despues prescripcion, es preciso que empiece á correr de nuevo. En la via ejecutiva se interrumpe por siete actos. El primero es por la comparecencia del actor en juicio pidiendo la ejecucion dentro de los diez años, y despachándola el juez (aunque no se encuentren bienes del deudor en que traharla, ó este no quiera contestar la demanda), y por su citacion ó cuasi citacion que tiene fuerza de contestacion, y no lo uno sin lo otro, segun la opinion mas segura, aun cuando la ejecucion se hubiese despachado y seguido mal; pues este defecto del juez ignorante no debe perjudicar al actor, á quien basta haber ocurrido en tiempo hábil á pedir judicialmente para que se interrumpa la prescripcion. El segundo es por la captura del reo que es citacion Real. El tercero es por oponerse á la ejecucion, ó proponer sus excepciones en el juicio, pues tanto obra en este su comparecencia, como la citacion. El cuarto, por haber satisfecho dentro de los diez años parte del débito (conste el pago en su respaldo, ó por otro medio), ó algunos intereses por retardacion de la suerte principal<sup>1</sup>; bien que en este caso, si el deudor le niega y opone esta excepcion, aunque el acreedor muestre carta de pago, hecha dentro del término de la prescripcion, de lo que dice cobró de él á cuenta ó por intereses, no será bastante para interrumpirla, excepto que el mismo deudor firme igualmente la carta de pago, ó el acreedor á quien incumbe la prueba como fundamento de su intencion, que se afianza en afirmativa probable, lo ustifique por otro medio. El quinto es por haber dado fianza ó hipoteca al acreedor para su seguridad. El sexto, por haber renovado espontáneamente la obligacion sin coartarla. Y el séptimo caso es, por haberle pedido su acreedor la deuda delante de amigos ó mediadores. Por estos siete actos se interrumpe la prescripcion, y empieza á correr de nuevo desde el dia en que se celebró cualquiera de ellos<sup>2</sup>.

35. La accion ejecutiva se perpetúa hasta cuarenta años, por oponerse ú objetar sus excepciones el reo, ó por su contumacia que se reputa contestacion del pleito; pues la ley 63 de Toro no ha prohibido ó derogado dicha perpetuacion<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ley 29, tit. 29, Part. 3. — <sup>2</sup> Dicha ley 29. — <sup>3</sup> Quien quiera saber por qué tiempo se ganan y pierden las cosas muebles y raices, propias ó ajenas, corpóreas é incorpóreas, vendidas, arrendadas ó empeñadas, y poseidas con buena ó mala fe entre presentes ó ausentes, vea el tit. 29, Part. 3.

36. De todo lo dicho se infiere, que si el acreedor pide la ejecucion pasados los diez años, no se debe despachar, sino antes bien dar traslado simple al deudor, como de una demanda ordinaria, y por lo mismo, para conseguir judicialmente el cobro de su crédito, es necesaria la via ordinaria, y esta accion dura veinte años contados unos y otros, segun se dijo en este lib. 3, tit. 1, cap. 1, desde el párrafo 25 al 28; excepto para con los criados de servicio, boticarios, joyeros, especieros, abogados, procuradores, agentes de negocios, pues á estos se conceden solamente tres años para pedir ejecutivamente lo que se les debe, como se dijo asimismo en dicho capítulo 1º, párrafos 30, 31 y 32.

37. Si el actor pide la ejecucion dentro de los diez años por los créditos de un censo, vencidos en su intermedio, cita al reo, este se opone excepcionando contra la legitimidad del crédito, y de consiguiente contra el instrumento en virtud del cual se expidió; convirtiéndose por esta causa la via ejecutiva en ordinaria; y por sentencia dada en esta, y ejecutoriada, se declara legitimo y válido el instrumento, mandándoseles que pague; podrá despacharse la ejecucion, no solo por los caidos en los diez años, sino tambien por los posteriores hasta la ejecutoria, sin necesidad de seguir otro juicio ordinario: lo primero, porque como el acreedor acudió en tiempo oportuno á usar de su derecho, y no fue moroso, no hubo prescripcion, ni se le debe imponer la pena de la ley: lo segundo, porque la sentencia condenatoria removié el óbice que el reo objetó al instrumento ejecutivo, ó por mejor decir, declaró que no lo tenia; y lo tercero, porque estuvo impedido de continuar el juicio ejecutivo incoado, y de intentar otros en los años sucesivos por la excepcion maliciosa del deudor, y por consiguiente de cobrar los réditos posteriores vencidos en ellos; á cuya consecuencia, aun cuando pasen mil años despues de contestado el juicio hasta su conclusion, debe despacharse ejecucion por el importe de todos, pues su male fe no debe aprovecharle, ni ceder en detrimento del actor. Mas para que no se le oponga el reparo de no estar liquidados los réditos, debe ante todas cosas pedir se liquiden con citacion del deudor por el escribano originario; y aprobada y declarada en cosa juzgada la liquidacion, ha de renovar y reproducir la accion intentada por el importe de aquellos años, porque pidió la ejecucion solicitando ampliacion á causa de su imposibilidad por el de los posteriores. En orden á los réditos caidos, pendiente la via ejecutiva, he visto ejecutoria en la Corte, revocando la sentencia de un alcalde, por la cual habiendo pretendido el ejecutante que la sentencia de re-

mate, y mandamiento de pago, se ampliasen por su importe, declaró no haber lugar, mandando que el ejecutante pidiese nuevamente por ellos; y el tribunal superior, atendida la verdad, desirrió á la ampliacion.

8. Impide tambien la ejecucion la excepcion de que el instrumento en cuya virtud se expidió, no es público ni auténtico, ni el original, y que está sacado sin citacion por escribano ante quien no se otorgó, por lo que se redarguye de falso civilmente, en cuyo caso hasta que se compruebe con la matriz, precedida citacion del reo, no hace fe, ni es exequible, y si el que le produce no le comprueba dentro del término legal, no podrá sentenciarse la causa de remate<sup>1</sup>; bien que si le autorizó aquel ante quien pasó, es lo mismo que si fuera la copia original, y aunque no mande el juez darle, hará fe en juicio.

39. Si la escritura es censual ú otra en que se hipoteque especialmente alguna finca (pues el hipotecar solamente sus frutos ó réditos, mas es consignacion de paga en ellos que hipoteca, como cuando es vinculada, y así no hay que registrarla), y el acreedor antes de entablar el juicio, no hizo tomar razon de ella en el oficio de hipotecas de la cabeza del partido en donde se halla sita, segun lo disponen la pragmática de 31 de enero de 1768 y la Real cédula de 10 de marzo de 1778, que se extiende á las escrituras é hipotecas de donaciones piadosas; no se debe despachar ejecucion en su virtud, ni juzgar por ella, puesto que no hace fe para el efecto de perseguir la finca; y aun cuando esté tomada y registrada, si el deudor se halla fuera de la jurisdiccion del juez ejecutante, y en la requisitoria de ejecucion no va inserta ó incorporada la nota de estarlo en la escritura original (que es la que se debe registrar, á menos que se pierda ó destruya, ó por esta razon se saque otra con la solemnidad legal), puede el requerido negarle el cumplimiento, porque no se le hace constar que la escritura es ejecutiva. Pero sin embargo de esto he visto entregar el actor la escritura para tomar la razon, pendiente la ejecucion, á fin de que al tiempo desentenciar la causa de remate estuviese subsanado el defecto, por deberse proceder atendida la verdad, y no detenerse en sutilezas legales (\*); como asimismo

<sup>1</sup> Ley 115, tit. 18, Part. 3.

(\*) Con el pretexto de deberse proceder atendida la verdad, sin detenerse en sutilezas legales, y de llamar así varias formalidades de las leyes para la mas exacta observancia de sus disposiciones, se pueden violar á cada paso las mismas leyes, como en el caso que refiere Febrero, se violó la citada pragmática de 31 de enero de 1768, pues en ella se leen estas palabras: « Expresando al fin de ellos (de los instrumen-

he visto postergar á un acreedor hipotecario especial anterior en tiempo á otro igualmente especial en las propias hipotecas, y posterior por haber registrado este su escritura antes que el otro. Y porque á veces por la distancia de las fincas, y por no tener el acreedor de quien valerse para registrar la escritura, ó por otros motivos suele omitir la toma de razon, por cuyo defecto no se puede despachar la ejecucion contra el deudor, para que por él no se le irrogué detrimento, me parece muy útil que en la escritura se ponga esta cláusula: « y de esta escritura se ha de tomar la razon en la oficina de hipotecas del partido en que se hallan los bienes afectos y gravados especialmente á la responsabilidad de dichos tantos mil reales, antes de proceder especialmente en su virtud contra ellos, segun lo ordenado por la ley, auto acordado y pragmática expedida últimamente á este fin, dentro del término y bajo la pena que imponen; pero sin embargo de que no esté tomada, quiere el otorgante que no por eso deje el acreedor de dirigir su accion ejecutiva contra él y contra todos sus bienes en fuerza de la hipoteca y obligacion general; que se trabe la ejecucion indistintamente en ellos; que se embarguen y vendan á su arbitrio los que le parezcan, hasta que se haga efectivo pago del principal, décima y costas; y que mientras no se tome se entiendan y estimen obligados generalmente los que lo quedan especialmente para que este defecto no sirva de obstáculo á la expedicion de la ejecucion contra todos, pasado que haya sido el plazo; y tomada que sea, no ha de perjudicar la obligacion especial á la general, ni esta á aquella, y el acreedor ha de usar á su eleccion de ambas como le convenga. » Con esta cautela no hay motivo para dejar de despachar la ejecucion, porque se queda la obligacion en la clase de hipotecaria general, de la que no es preciso tomar la razon, por no mandarlo la pragmática.

40. Si en el instrumento no se señala plazo para la paga, puede

tos) que no han de hacer fe contra las hipotecas, ni usar las partes judicialmente para perseguirlas, sin que preceda dicho requisito y toma de razon dentro del término prevenido en la ley con las declaraciones de la Instruccion. « Así que no basta para que la hipoteca se entienda constituida, y pueda procederse contra ella, que esté tomada su razon al tiempo de entablarse el juicio, ni mucho menos al tiempo de sentenciarse la causa de remate sino que se ha de haber tomado precisamente dentro del término prefinido en dicha pragmática, esto es, dentro de los seis dias siguientes al de la fecha, de escritura é instrumento, si se otorgó en la capital del partido, y dentro de un mes, si fue otorgada en algun pueblo de su distrito ó jurisdiccion. Si las formalidades prescritas por las leyes son superfluas, no procedió bien el legislador en prescribirlas, y deberian abrogarse: si son útiles se han de observar en vez de condenarse como sutilezas legales. Febrero reformado.

el acreedor reconvenir al deudor diez dias despues de otorgado<sup>1</sup>, excepto que por la expresion de la causa del préstamo se colija otra cosa de la intencion del prestador y mutuario, como si fue hecho para cierto uso; pues en este caso, aunque el instrumento sea puro, no puede el acreedor pedir su dinero antes que se cumpla el plazo ó se verifique el uso.

41. Se admiten en la via ejecutiva las excepciones que se dirigen contra la persona que la intenta, v. gr. si es menor, muger casada, hijo de familia ó estudiante, y no manifiesta la respectiva licencia que el derecho prescribe; ó está excomulgada, ó no se halla nombrada en el instrumento, ó carece de facultad para pedir, y otras de que traté en el capitulo 3º de este titulo.

42. Del mismo modo se admite y ha lugar en la via ejecutiva la *declinatoria de fuero*, proponiéndose en el tiempo y términos explicados en el cap. 3, tit. 1 de este lib., §§ 4 y 5, y en el cap. 2, tit. 2, y nunca se entiende excluida esta excepcion, aunque otras lo sean, excepto que la ley la excluye expresamente<sup>2</sup>.

43. Impide tambien la ejecucion la excepcion de estar pendiente compromiso sobre lo que se pide, pues por el hecho de comprometerse las partes, aunque la una tenga sentencia propicia, cesan los efectos de esta, por ser visto apartarse del derecho que en su virtud le competia, y así no se debe ejecutar<sup>3</sup>. Lo mismo procede cuando en fuerza de sentencia arbitraria se pide la ejecucion, y no se observan la forma y requisitos prescritos por la ley 4, tit. 17, lib. 11, Nov. Rec., pues es nulo lo que en contrario se hace. Pero no obsta á la via ejecutiva la excepcion de la *litispendencia* de otra via ejecutiva, porque en este juicio se procede sumariamente, son compatibles dos vias ejecutivas, y no causan instancia, ni por consecuencia se verifica propiamente la *litispendencia*<sup>4</sup>.

44. El no estar comprendida en el instrumento la cantidad por que se expidió la ejecucion, es otra excepcion que la impide, v. gr. en el contrato de arrendamiento si el principal y expreso espiró, y por el tácito que se subrogó en su lugar ejecuta el arrendador al arrendatario; pues en virtud del primer contrato no se debe proceder por la cantidad del tácito, porque no está in-

<sup>1</sup> Ley 2, tit. 1, Part. 5 al fin. *E si el plazo non fuese puesto, debe gela dar á voluntad del que la prestó diez dias despues que fue prestada.* — <sup>2</sup> Glos. In *Clement. unic. de sequest. possess.*; *Parlad. lib. 2, cap. fin., part. 5, § 11*; *Gom. lib. 3 Var. cap. 12, num. 8.* — <sup>3</sup> *Parlad. ibi, num. 24*; *Avendañ. tit. de las excepciones, num. 34.* — <sup>4</sup> *Salg. de regia, part. 4, cap. 7, num. 171*; *Carlev. de jud., tit. 3, disp. 14, num. 1.*

clusa en él<sup>1</sup>; á menos que en el instrumento se pacte que por la tácita se ha de ejecutar igualmente, como se dijo en el párrafo 36, capitulo 2 de este titulo.

45. Lo mismo procede cuando el instrumento del contrato en virtud de que se pide la ejecucion, no es el principal otorgado y celebrado entre las partes; pues aunque los testigos depongan con citacion del deudor, no solo de su contexto, sino de que aquellas dieron facultad al juez para proceder ejecutivamente, respecto no traerla aparejada las disposiciones de estos, como el instrumento principal, no se debe despachar<sup>2</sup>.

46. Es excepcion legitima la del juramento que el lego hace en las obligaciones en que por no requerirlo para su validacion, y por otros motivos, está prohibido el ejecutarlo; y lo propio sucede cuando se somete al juez eclesiástico en lo que no debe, pues las tales obligaciones son nulas, y no se deben ejecutar, como lo ordena la ley 6, tit. 1, lib. 10, Nov. Rec. « Defendemos que ningun lego, cristiano, judío ni moro no haga obligacion en que se someta á la jurisdiccion eclesiástica, ni haga juramento por la tal obligacion, junta ni apartadamente, ni el acreedor lego la reciba, so las penas contenidas en las dichas leyes, y que la obligacion no vala ni haga fe ni prueba. Y mandamos á todas y cualesquier usticias que no la ejecuten ni hagan pagar. » En este caso, ademas de ser nula la escritura, incurre el escribano que la autoriza en las graves penas que dicha ley le impone, y expliqué en varios lugares del titulo 4, libro 2, diciendo en qué contratos se puede interponer juramento, sin que el escribano incurra en pena por admitirlo, ni se anulen por haberse hecho. En el párrafo 38, capitulo 2 de este titulo, se dijo qué contrato debe contenerlo para ser ejecutivo.

47. Impiden asimismo la ejecucion las excepciones anejas ó inherentes al contrato, v. gr. en el de compra y venta, la de no haberse entregado al comprador la cosa vendida, ó no haber pagado este su precio; ó en las fianzas, la de que el fiador que dice pagó por los demas ó por el principal, no manifiesta el lasto ó cesion de acciones para acreditar la solucion y otras semejantes, porque como la accion y excepcion provienen de un mismo contrato y fuente, al modo que se admite la una, se debe admitir la otra, pues ambas tienen igual valor guarentigio; y así no se debe

*Ley Item queritur, § Qui impleto, ff. Locati*; *Gom. en la ley 64 de Toro, num. 6*; *Gutierr. de juram. confirm., part. 1, cap. 49, num. 13*; *Rodrig. de execution. cap. 1, art. 4, num. 33.* — <sup>2</sup> *Paz tom. 1, part. 4, cap. 3, num. 27.*

decir que el que opone la excepción va contra el instrumento<sup>1</sup>, lo cual se entiende probándose unas y otras en los diez días legales, y no de otra suerte, pues si requieren mayor conocimiento no lo impedirán.

48. Lo explicado en los párrafos anteriores se limita en cuatro casos. 1º Cuando los contrayentes pactan otra cosa. 2º Cuando el ejecutado debe cumplir el contrato antes que el ejecutante. 3º Cuando en él no consta cuál de los dos ha de cumplir primero, por ejemplo, en el de venta, si el comprador ha de entregar el precio antes que el vendedor la cosa, ó al contrario, en cuyo caso debe mandar el juez se pongan en depósito aquel y esta. 4º Cuando la cosa no entregada es el importe de alcabalas ú otros derechos Reales que tomó en arrendamiento, pues aunque alguna parte de ellas le salgan fallidas, ó se le retarde su cobro por culpa de tercero y no del ejecutante, si la mayor se le hace sana y efectiva, no ha lugar la excepción, ni impedirá por consiguiente el curso de la vía ejecutiva<sup>2</sup>.

49. Impedirá el progreso ejecutivo la excepción de *reconvencion*, si pendiente el juicio se liquida la deuda, y se hace constar por otro instrumento que traiga aparejada ejecución; ó porque el ejecutante confiese de plano ser líquido y cierto el débito, y que ninguna defensa tiene, pues fuera de estos dos casos, como exige mayor excepción y conocimiento, no se admite<sup>3</sup>.

50. En cuanto á si la excepción del dinero no entregado ( que en el derecho romano se llamaba de *non numerata pecunia*) es ó no admisible en la vía ejecutiva, aunque hay dos opiniones contrarias, la afirmativa como verdadera, y comunmente observada en la práctica, es la que se debe seguir, con tal que se pruebe en el término legal, por ser justo y equitativo se socorra á los deudores para que no padezcan indebidamente extorsion alguna; pero el deudor debe oponerla dentro de los dos años siguientes al contrato, si no la renunció; en cuyo caso, aunque puede recibir y tomar en sí el cargo de probarla, incumbe al acreedor la prueba contra ella; mas si la renunció, ó han espirado los dos años que para su oposición define el derecho<sup>4</sup>, es de su obligación, y no de la del deudor, justificar en los diez días de la ley, no habérsele entregado el dinero, precio ó alhaja que se le pide, y en ambos casos, si lo prueba, debe ser absuelto<sup>5</sup>, todo lo cual milita no solo

<sup>1</sup> Rodrig. dicho cap. num. 14, 15 y 25. — <sup>2</sup> Ley 34, tit. 5, Part. 5. — <sup>3</sup> Palac. Rub. en la ley 64 de Toro al fin.; Diego Perez en la 4, tit. 8, lib. 3; Orden. glos. 1; Gutierrez. lib. 1 *Pract.* quast. 112, num. 1 al 3; Rodrig. dicho cap. 6, num. 11. — <sup>4</sup> Ley 9, tit. 1, Part. 5. — <sup>5</sup> Paz tom. 1, part. 4, y cap. 3 cit., num. 5.

en el dinero, sino en otra cualquiera cosa, porque versa identidad de razon, y la ley 9, tit. 1, Part. 5 que se cita lo comprende todo.

51. Impide igualmente el curso de la ejecución, la excepción que de ella misma puede originarse, v. gr. por no haber puesto el escribano la hora en que notificó su estado, como lo manda la ley 14, tit. 3, lib. 11, Nov. Rec., ó por no haberse dado los pregones en el tiempo debido, ó cuando se invirtió el orden y forma legal en hacer la traba, ó se excedió el alguacil, ó no se observó el estilo del tribunal; en cuyos casos y otros semejantes, debe admitirse la excepción, no contra el contrato ó sentencia, en fuerza de que se expidió la ejecución, sino contra el mismo hecho de esta<sup>1</sup>.

52. Ultimamente obstan á la ejecución cualesquiera excepciones que por derecho comun se permiten oponer, cuando el acreedor renunció en el contrato su beneficio, porque lo que por disposición legal está permitido hacer, se puede practicar tambien por el pacto de los contrayentes; pues siendo justo tiene fuerza de ley, y cualquiera puede renunciar lo que se estableció en su privativa utilidad.

53. Lo propio milita con las que el reo podría objetar en la provincia en que se celebró el contrato, ó se dió la sentencia, y con otras legítimas que pueda probar en el término prefinido por nuestro derecho, que son diez días; previniendo que si las alegare en el proceso, y sin embargo se desestimaren y fuere condenado, no deben admitirse en la ejecución de la sentencia pronunciada en él y ejecutoriada, porque les obsta la de cosa juzgada, y el que es repelido como actor debe serlo como reo.

54. Pasando ahora á tratar de la tercera clase de excepciones, que son las que no se admiten en la vía ejecutiva, digo que una es la de *dolo*. No hablo del *dolo bueno* ó impropio, que es *discrecion, astucia y sagacidad para conducirse lícitamente y precaverse, á fin de no ser perjudicado* por lo que es permitido<sup>2</sup>, sino del malo, propio y verdadero, que es *falacia y maquinacion premeditada para seducir y engañar á otro, á fin de lucrarse en su detrimento y perjudicarlo*. Pero lo dicho se entiende cuando el dolo sobreviene ó es incidente, pues si se prueba haber dado causa al contrato, por ser este nulo, no se debe ejecutar.

55. De varios modos se comete el dolo. El primero cuando el mismo da causa al contrato. El segundo cuando aunque al principio no lo haya cometido el doloso demanda al obligado, y sigue

<sup>1</sup> Paz lug. cit., num. 26. — <sup>2</sup> Esto en buen castellano jamás podrá llamarse dolo, porque esta palabra en la acepción general envuelve siempre la idea de falacia ó malicia.