

## CAPITULO VI.

## DE LA SENTENCIA, FIANZAS Y REMATES DE LOS BIENES EJECUTADOS.

Vistos los autos por el juez, puede absolver al reo ejecutado, ó condenarlo, ó recibir el pleito á prueba segun lo que de ellos resulte. — ¿Qué se practica cuando el juez conoce que por falta de término competente, no probó plenamente sus excepciones el ejecutado, ó le faltó algun requisito para que pudiesen surtir efecto? — Si depositando el reo dentro de las setenta y dos horas siguientes á la notificacion de estado parte de la cantidad, y consintiendo se entregue al acreedor, opusiere al mismo tiempo la excepcion de tener satisfecho el resto, y la probare en el término encargado, no hay para qué sentenciar la causa de remate. — Si el reo hiciere el depósito de la cantidad por que se le ejecutó despues de las setenta y dos horas, se le condenará en la décima donde hubiere costumbre de pagarla, y en las costas causadas hasta entonces. — Haciendo depósito el deudor de la cantidad por que se le ejecutó dentro de veinticuatro horas siguientes al requerimiento, no tendrá que pagar décima ni otro derecho de ejecucion. — Oponiendo el ejecutado por accion real ó hipotecaria excepciones que impidan el progreso ejecutivo, y justificándolas en el término encargado, se suele declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate, y recibir el pleito á prueba por via de justificacion. — Si el ejecutado por accion personal no se opone á la ejecucion, ó aunque se oponga, si no prueba dentro de los diez dias la paga ó excepcion que alegó, debe el juez sentenciar la causa de remate. — ¿Qué deberá hacerse cuando oponiéndose el reo á la ejecucion, alega que no puede probar la excepcion que propuso, porque los testigos de que pretende valerse se hallan fuera de aquel obispado? — Para ejecutar la sentencia de remate en primera instancia, ha de intervenir previa é indispensablemente una de las dos fianzas, á saber: la de la ley de Toledo ó la de Madrid. Casos en que debe darse la una ó la otra. — Son tan precisas las expresadas fianzas para poner en ejecucion la sentencia de remate, que sin que precedan, aunque el acreedor sea rico, y el ejecutado no las pida, no se ha de llevar aquella á efecto. — Dos casos en que el ejecutante no debe afianzar. — Excepciones de la doc-

trina contenida en el párrafo anterior. — Se debe ejecutar la sentencia de remate, aun cuando se alegue de nulidad de ella, precediendo las citadas fianzas. — No produce excepcion de cosa juzgada para el juicio ordinario la sentencia dada en el ejecutivo y en otros sumarios. — Dada alguna de las expresadas fianzas, y tasadas las costas procesales con arreglo al Real arancel, ¿qué deberá hacerse en seguida? — El remate y adjudicacion de los bienes ejecutados deben celebrarse en el lugar del juicio, y en la forma acostumbrada. — En las posturas y pujas, ó mejoras, se debe proceder con absoluta libertad, pues si se comete fraude, ó se impiden las pujas, compete al deudor accion de dolo. — ¿En cuál de los postores debe celebrarse el remate? — Si despues de rematados en un extraño los bienes patrimoniales ejecutados, intentare tantearlos dentro del término legal algun pariente del deudor, ha de ser preferido, mediando las circunstancias que allí se expresan. — Celebrado el remate de los bienes ejecutados con la justificacion y solemnidad legal, y aceptada la postura, no se puede abrir, ni por consiguiente admitirse la puja. — En rentas Reales se debe admitir la puja del diezmo ó medio diezmo, haciéndose precisamente dentro de los quince dias inmediatos y siguientes al del remate, y la del cuarto dentro de tres meses. — Por privilegio especial debe abrirse por una vez el remate á los que gozan del beneficio de restitucion. — La puja que por via de restitucion se admita despues del remate, debe hacerse saber al sugeto en cuyo favor se habia celebrado. — Esté ó no presente el postor cuando se celebre el remate, debe aceptarlo y obligarse á su cumplimiento. — Con el precio de la cosa vendida se ha de hacer pago al acreedor de su crédito, de las costas de la ejecucion, pregones y demas gastos. — El comprador de la cosa subastada está tan libre de que pueda molestarle el deudor, como si este otorgare voluntariamente la venta. — Tampoco pueden molestar al comprador los acreedores á cuya instancia se vendieron los bienes en pública subasta, aun cuando el precio de ellos no alcance á la satisfaccion de sus créditos. — A los citados por edictos, si son hipotecarios anteriores, no puede el hecho del deudor y acreedores posteriores privar del derecho de prelacion é hipoteca. — Nadie puede ser obligado á comprar los bienes que se subastan, excepto que sea por deudas fiscales. — Aunque la obligacion de pagar el débito sea jurada, puede ser compelido el acreedor á tomar en pago los bienes justamente apreciados, concurriendo los cuatro requisitos que allí se expresan. — De la adjudicacion en pago necesaria no se debe alcabala. — Está prohibido al testamentario ó curador comprar privadamente los bienes de albaceazgo ó curaduría. — Tambien está prohibido al juez y á sus ministros y al fiador comprar los bienes de la almoneda. — Igualmente se prohibe al acreedor comprar por sí ó por tercera persona los bienes obligados é hipotecados á su crédito. — No obstante esta prohibicion, si se venden judicialmente, y no hay comprador que haga postura en lo que importa el débito, puede, si le acomoda, buscar un postor que lo ofrezca con la calidad que allí se expresa. — Si no hallare tal postor, ó no fu-

ese este idóneo, ó no quisiere ofrecer el justo precio, puede pretender se le entreguen en pago los bienes por su justa tasacion. — Si los bienes se dieron en pago al fiador del deudor por haber satisfecho la deuda, debe restituírselos á este, entregándole su importe con lo que pagó por él. — Queda obligado en todo evento el deudor al saneamiento de los bienes que como suyos se le vendieron para pagar sus deudas, y no su acreedor. — En órden á si el deudor tiene ó no accion para recuperar los bienes que se le vendieron en pública subasta, á fin de pagar á su acreedor, ó los que se adjudicaron á este en pago, satisfaciendo la deuda, costas é intereses, se proponen y resuelven cinco casos.

1. Vistos los autos por el juez, puede absolver al reo ejecutado, ó condenarle, ó recibir el pleito á prueba, segun lo que de ellos resulte, aunque hubiere sido bien despachada la ejecucion. Si hubiere méritos para absolverle, porque probó plena y concluyentemente sus legítimas excepciones en el término de la ley, y advirtiere que la ejecucion despachada por accion personal fue pedida maliciosamente, por no ser deudor, ha de revocarla; absolver de la paga y demanda al ejecutado; mandar se le desembarquen y entreguen libremente los bienes que se secuestraron, y asimismo condenar en todas las costas y décima al actor como litigante temerario, pidiéndolo el reo<sup>1</sup>, y no de otra suerte. Pero si la ejecucion se hubiere despachado mal, porque el instrumento no la traia aparejada por cualquier motivo legal, no solo debe revocar la ejecucion y declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate, sino tambien restituir por su impericia ó descuido los derechos que llevó con el cuatrotanto, y las costas causadas á las partes, en lo que le condena justamente la ley 11, tit. 30, lib. 11, Nov. Rec., que no está derogada, porque antes de expedirse el mandamiento ejecutivo, debe mirar el instrumento en virtud de que se pide la ejecucion, y no fiarse de escribanos ignorantes.

2. Si el juez conoce que por falta de término competente no probó plenamente sus excepciones el ejecutado, ó le faltó algun adminiculo para que pudiesen surtir efecto, ó resulte duda en ellas, aunque debe condenarle segun la ley á la paga del débito, bajo de la fianza legal, y hecho el pago, precedida esta, recibir el pleito á prueba; lo que por indulgencia se practica en estos casos es declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate, y sin absolver de la demanda ni accion, ni deferir al desembargo de

<sup>1</sup> Paz part. 4, cap. 3, num. 41 y 42, y cap. 7, num. 10 y siguientes; Rodrig. dicho cap. 6, num. 36.

bienes del reo (porque esto seria decidir á su favor, sin plena ni verdadera justificacion ni conocimiento de causa, y sin haberse desvanecido el motivo que impelió á pedir y despachar la ejecucion), recibir el pleito á prueba por *via de justificacion* con el término que se considera suficiente, el cual si no tiene la circunstancia de *perentorio* (y el ponerla ó no está en arbitrio del juez), se puede prorogar como comun á instancia de cualquiera de las partes hasta los setenta y nueve dias, pidiéndose la próruga en la propia forma que en la via ordinaria, y luego que espira se pide y da traslado reciproco de las justificaciones hechas á las partes, quienes alegan y concluyen para sentencia, y el juicio muda su naturaleza pasando de ejecutivo á ordinario; no obstante algunos dicen que se debe sentenciar la causa de remate si hay méritos para ello, reservando al reo su derecho para que en via ordinaria use de él proponiendo como acciones las excepciones, hecho previamente el pago bajo de fianza, y esto es lo mas conforme. Si la sentencia fuere en parte favorable al actor, y en parte al reo, ambos apelan respectivamente de ella en lo que les grava, y si contiene diversos capitulos, se deben ejecutar los que favorecen al actor, si lo pretende, mas no, siendo conjuntos, pues entonces se ha de deferir á la apelacion de entrambos: lo mismo procede en las causas ordinarias cuando el reo no apela de la sentencia<sup>1</sup>. Pero es de advertir, que cuando se recibe el pleito á prueba por no haber lugar á sentenciar la causa de remate, ó se absuelve al reo de la instancia reservando al actor su derecho para la via ordinaria, debe este reproducir los autos ejecutivos en todo lo favorable en el término probatorio, aun cuando en la demanda los haya reproducido, á fin de que lo justificado en ellos le sirva de prueba, y no se alegue maliciosamente que no lo es; pues aunque á consecuencia de la reserva deben andar unidos por dimanar la accion ordinaria ó demanda nueva de la ejecutiva, conviene la reproduccion en dicho término para cortar todo motivo de cavilacion al ejecutado y mal pagador.

3. Si depositando el reo dentro de las setenta y dos horas siguientes á la notificacion de estado parte de la cantidad, y consintiendo se entregue al acreedor, opusiere al mismo tiempo la excepcion de tener satisfecho el resto, y la probare en el término encargado, no hay para qué sentenciar la causa de remate, porque este ha de ser de bienes, cuyo valor se deba convertir en

<sup>1</sup> Parlad. lib. 2, cap. fin., part. 5, § 12, num. 6; Boer. dec. 73, y Bart. consil. 150.

dinero, mas no del mismo dinero que no se vende, y asi se declarará no haber lugar á pronunciar la sentencia, mandándose entregar el depósito al acreedor. En cuanto á lo demas se absolverá al reo, y no habrá condenacion de costas, si el actor protestó (como se acostumbra poner en los pedimentos de ejecucion) admitir en cuenta justas pagas, y no procedió de malicia; pues si pidió ejecucion por mas de lo que se le debía, y no hizo la protesta, debe pagar al alguacil los derechos de lo que estaba ya pagado, segun la ley 8, tit. 21, lib. 4 de la antigua Rec. (que se ha suprimido en la Nov.) y tambien la demasia con otro tanto, como lo manda la 9 siguiente.

4. Si el reo hiciere el depósito de la cantidad por que se le ejecutó despues de las setenta y dos horas, se le condenará en la décima respectiva, habiendo costumbre de exigirla, y en las costas hasta allí causadas, y no mas, declarando no haber lugar al remate, y mandando entregar el depósito al acreedor, porque la décima es pena, y en el instante en que espiraron los tres dias naturales, incurrió en ella el ejecutado, y adquirió derecho á percibirla el alguacil, al cual no se debe quitar por concedérsela la ley, pues las leyes 8, tit. 28, y 13, tit. 30, lib. 11, Nov. Rec. le condenan en los derechos del mandamiento ejecutivo y salarios del camino, aunque pague inmediatamente que se le requiera con él; y el juez carece de potestad para remitirselos quitándoseles á sus legitimos dueños, lo cual he visto practicar en la Corte, y como justo confirmarse.

5. Haciendo depósito el deudor dentro de veinticuatro horas siguientes al requerimiento de la deuda por que se le ejecutó, en persona lega, llana y abonada ante un alcalde, ó por su ausencia ante un regidor, queda libre de pagar la décima y cualquiera otro derecho de ejecucion, con tal que dentro del tercero dia despues de verificado el depósito, lo haga saber á su costa al acreedor, y no haya obligacion de hacer la paga en algun lugar señalado<sup>1</sup>; y si dentro de las mismas veinticuatro horas muestra contenta ó recibo del acreedor, no está obligado á pagar décima ni otro derecho de ejecucion<sup>2</sup>, como indiqué en el capítulo 4, párrafo 14.

6. Oponiendo el ejecutado por accion real ó hipotecaria excepciones que impidan el progreso ejecutivo, y justificándolas en el término encargado, se suele declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate, y recibir el pleito á prueba por via de justificacion; porque aunque las excepciones enervaron la ejecucion, y

<sup>1</sup> Ley 16, tit. 30, lib. 11, Nov. Rec. — <sup>2</sup> Ley 15, dicho tit. y lib.

por haberlas probado debió ser condenado el ejecutante en las costas, como cuando la pide maliciosamente por accion personal (si se despachó bien, pues si no debe serlo el juez), al modo que el reo cuando no prueba (pues el favor ha de ser reciproco á entrambos, como correlativos en causa de una misma condicion y naturaleza); no obstante, como en este juicio por ser sumario no se procede con aquel pleno conocimiento que en el ordinario, y el actor, especialmente si es heredero ó cesionario del acreedor, pudo ignorar las excepciones, ó no tener tiempo en los diez dias para probar contra ellas, y tal vez podrá desvanecerlas dándole mas término; por eso se recibe á prueba, á fin de no dejarle indefenso, ni perjudicarle, y entonces muda el juicio su naturaleza, pasando de ejecutivo á ordinario; lo cual se entiende cuando no hay malicia alguna en pedir la ejecucion.

7. Si el ejecutado por accion personal no se opone á la ejecucion, ó aunque se oponga, si no prueba dentro de los diez dias la paga ó excepcion que alegó, debe el juez sentenciar la causa de remate, mandando continuarla por cantidad principal, su décima y costas procesales causadas, y que se causaren hasta que el acreedor se reintegre efectivamente de todo lo que le corresponda, librando para ello (precedida tasacion de las costas, y por parte del ejecutante la dacion de fianza que la ley de Toledo ordena, si quiere tomar su dinero antes que se ejecutorie) el correspondiente mandamiento de pago con inclusion de lo que estas importen<sup>1</sup>.

8. Pero sin embargo de que se oponga á la ejecucion, si alega que no puede probar dentro de los diez dias la excepcion que propuso, porque los testigos de que intenta valerse se hallan fuera del arzobispado ú obispado, se debe sentenciar la causa de remate, y hacer pago al acreedor, dando previamente á ambos litigantes en este caso la fianza correspondiente, aunque el reo apele, y la sentencia se ejecutorie antes de verificarse el pago, porque queda pendiente el juicio, y como en el término que se le señale puede probar su excepcion, es justo asegure el recobro de lo que indebidamente satisfizo, que tenga persona contra quien repetir si el ejecutante no se lo devuelve incontinenti, y no sea perjudicado ni quede ilusorio é ineficaz el juicio. Hecho el pago, y no de otro modo, se ha de recibir el pleito á prueba, concediéndole el juez un mes para ello: si dice que estan de puertos allá dentro del reino,

<sup>1</sup> Ley 1, tit. 28, lib. 11, Nov. Rec.; Rodrig. de execut., cap. 6, num. 36; Parlad. dicha part. 5, § 12, y sig.

dos; y seis si en países extraños; y en cualquiera de estos casos no solo debe expresar en dónde viven los testigos, sino sus nombres y apellidos, y jurar que no procede de malicia, pues así lo manda la referida ley 1.<sup>a</sup>, tit. 28, lib. 11, Nov. Rec. Lo mismo procede aunque ofrezca probar sus excepciones por otro medio si no puede hacerlo en los diez días, pues se debe practicar lo propio en todo, porque milita identidad de razón, y en ambos casos, concluso el juicio ejecutivo con el pago, se sigue luego el ordinario.

9. Muchos opinan que en cualquiera ejecución ha de preceder solamente la fianza de la ley de Toledo, no distinguiendo en qué casos, cómo, ni por quién se ha de dar; y para que los principiantes procedan con todo conocimiento debo sentar como indisputable, que para ejecutar la sentencia de remate en primera instancia, ha de intervenir previa é indispensablemente una de dos fianzas, á saber, la de la ley de Toledo, que es la primera citada, ó la de las de Madrid. La de la de Toledo en dos casos: en el uno ha de darla el acreedor solo, y en el otro este y el deudor. Si la ejecución se despachó en virtud de escritura de préstamo, fianza, depósito, censo, arrendamiento ú otra que no sea de transacción ó en virtud de confesión de la parte, ó de ejecutoria, ó de sentencia que no sea arbitraria ni confirmatoria de pareceres conformes de contadores, y el reo no se opuso, ó aunque se hubiere opuesto, no probó dentro de los diez días excepción legítima que impida el progreso de la vía ejecutiva, ha de darla el actor solo, y su fiador obligarse á que si la sentencia se revocare ó modificare por tribunal superior, volverá el acreedor al deudor la cantidad que en su virtud perciba con el duplo por pena en nombre de interés, conforme á la ley de Toledo, y no lo cumpliendo, y verificada la excusión en sus bienes, lo cumplirá él como su fiador, etc. (\*), pues aunque la expresada ley no habla del caso de revocación, debe entenderse así como no hay otro á que contraerlo, ni en qué se verifique cuando el reo no se opuso, ó habiéndose opuesto, no probó ni alegó lo que se dirá en el párrafo siguiente, y la fianza es necesaria en todo evento para poder ejecutar la sentencia que no está ejecutoriada ni pasada en autoridad de cosa juzgada, por lo que puede revocarse.

(\*) Según Acevedo es tan sustancial esta fianza, que aunque el acreedor sea pobre no bastará que en su lugar dé caución, porque con esta no se cumple lo dispuesto en la ley de Toledo. Salgado y Surdo son de parecer que no dándose la fianza, se deposite el dinero ó embargue alguna cosa que es equivalente, ya que no se puede dar aquella, cuya opinión es la mas favorable, así para el acreedor como para el deudor, y la mas seguida por los autores. *Febrero reformado.*

10. Si se opone y quiere probar por testigos alegando que estos se hallan en los parages mencionados en el párrafo 8, como quiera que debe ser condenado á pagar incontinenti, y reservarse su derecho para que use de él como le convenga, han de dar fianza simple así el acreedor como el deudor, obligándose el fiador del acreedor á que si el deudor probare la paga ó excepción que alega con los testigos que propone, le volverá el mismo acreedor lo que satisficiera, con el duplo por pena en nombre de su interés, y en su defecto lo hará él como su fiador, etc., y el del deudor se ha de obligar á que si este no la probare en el término que se le conceda, pagará en pena otro tanto como lo que pagó <sup>1</sup>, y en la sentencia se debe mandar á entrambos que la den, pues siendo el actor y reo correlativos, deben sufrir el gravámen con igualdad <sup>2</sup>, bien que la pena del duplo en ningun caso se practica ni exige.

11. Lo explicado en los dos párrafos anteriores es arreglado á la misma ley 1.<sup>a</sup> hecha en Toledo, y así como los casos son diversos, así tambien se reparte la pena y se constituye la fianza de distinto modo, pues en el primero, es toda aquella para el deudor, por lo que á su favor y no al de otro se constituye la fianza; y en el segundo, la que el deudor se impone por no probar, no es para el acreedor integramente, sino la mitad, y por eso no se obliga á devolverle lo que perciba, sino á pagar en pena otro tanto como lo que pagó, segun claramente se prueba de la citada ley, que hablando de la fianza que el acreedor solo constituye, dice: « Dando el tal mercader ó acreedor luego fianzas, que si el deudor probare la paga ú otra excepción que le pueda excusar, que le tomará lo que así pagare con el doblo por pena en nombre de interesse... » y hablando de la del deudor prosigue: « Y el reo asimismo dé fianzas que si no lo probare en el dicho término, que pagará en pena otro tanto como lo que pagó: la cual pena, es nuestra merced sea la mitad para la parte contra quien maliciosa é injustamente se alegó la tal paga, y la otra mitad para reparos de los muros, ó para otras cosas pias, ó públicas donde el juez viere que es mas necesario... »

12. Si la ejecución se despachó en virtud de sentencia arbitraria, solo el que la pidió debe dar fianza, y esta no ha de ser la de la ley de Toledo, como algunos tienen creído, sino la que prescribe la de Madrid, que es la 4, tit. 17, lib. 11, Nov. Rec., y al medio dice: « Por ende queriendo en ello proveer y proveyendo

<sup>1</sup> Paz tom. 1, part. 4, cap. 7, sum. 10. — <sup>2</sup> Ley 1, tit. 28, lib. 11, Nov. Rec.; Carlev. tit. 2, disp. 8, num. 17; Rodrig. de execut., cap. 6, num. 42 al 44.

mandamos que luego que la tal sentencia arbitraria fuere dada, de que la parte pidiere ejecucion, se ejecute libremente, pareciendo y presentándose el compromiso y sentencia signada del escribano público, y pareciendo que fue dada dentro del término del compromiso, y sobre las cosas que fue comprometido, y que la parte sea satisfecha de aquello sobre que fue sentenciado en su favor haciendo obligacion, y dando fianzas llanas y abonadas ante el juez, ó jueces ante quien se pidiere, ó oviere de ejecutar la sentencia de tornar y restituir lo que hubiere rescibido por virtud de la tal sentencia, con los frutos y rentas segun que fuere condenado, si la tal sentencia fuere revocada. » Lo mismo procede cuando la ejecucion se despacha en virtud de transaccion, como lo ordena dicha ley al fin. « Y eso mismo mandamos que se haga y se ejecute en las transacciones que fueren hechas entre partes por ante escribano público... » y por ella se ha de obligar el fiador « á que si la sentencia de remate fuere revocada por el tribunal superior, volverá el acreedor al deudor no solo la cantidad por que se despachó la ejecucion, sino los frutos y rentas que hubiere percibido; y en su defecto lo cumplirá él como su fiador, etc., » lo cual he visto declarado por el Consejo revocando la sentencia de un juez comisionado, que sin hacerse cargo de la diferencia de casos, mandó constituir la de Toledo, y no quiso reponer esta providencia. Esto mismo se demuestra por la ley 12, título 28, libro 11 del mismo título y libro establecida posteriormente por el señor Rey Don Felipe II, que teniendo presentes las anteriores citadas, y la diversidad de fianzas que mandan constituir, dice al fin: « Y no haciendo la dicha oposicion dentro de los dichos tres dias, mande el juez hacer remate y pago á la parte, dando las fianzas la parte que pide la ejecucion que la ley de Toledo y las otras leyes de estos reinos disponen, y haga remate y pago sin embargo de cualquiera apelacion. » La misma fianza debe dar el acreedor cuando el deudor apeló de la sentencia confirmatoria de pareceres conformes de los contadores nombrados por las partes, ó de oficio por la justicia en rebeldía de la una, pues asi lo manda la ley 5, título 17, y la nota 1ª del mismo título y libro. Dichas fianzas se explicaron y extendieron en el tomo 2º, páginas 428 y 429, y se deben especificar en las sentencias para evitar dudas y recursos, pues como es infinito el número de los que quieren saber, sin tener el trabajo de estudiar, creen que en toda ejecucion se debe dar solamente la fianza de la ley de Toledo sin discernir los casos de ella.

13. Son tan precisas las expresadas fianzas para poner en ejecu-

cion la sentencia de remate dada en primera instancia, ya esté ó no apelada, que sin que precedan, aunque el acreedor sea rico y el ejecutado no las pida, ni se oponga ni apele, no se pueden llevar esta á debido efecto porque segun las leyes se requieren por forma sustancial<sup>1</sup>, cuando el ejecutante quiere tomar su dinero antes que se ejecute la sentencia; por lo cual el juez debe mandarlas dar de oficio, y de lo contrario es de su cuenta el riesgo que resulte. Dándolas el ejecutante, se ha de llevar á efecto la sentencia, sin embargo de cualquiera apelacion que de ella interponga<sup>2</sup> el ejecutado; porque esta no causa efecto suspensivo de la jurisdiccion del juez que la profirió, sino devolutivo á su superior; excepto en la Corte, donde como existe la superioridad, si el deudor requiere con el decreto de mejora á los ministros ejecutores y escribano originario, se suspende la ejecucion hasta que se confirma ó revoca la sentencia; y si no requiere, se prosiguen las diligencias del pago en virtud de la fianza. Tambien se debe dar de restituir la cantidad principal con frutos en los casos de segunda suplicacion á la Real Persona para ejecutar dos sentencias conformes, sin embargo de aquella; cuya fianza debe ser á satisfaccion de los jueces de quienes se suplicare, como lo manda la ley 18, título 22, libro 11, Nov. Rec., establecida igualmente en Madrid por el mismo señor Rey.

14. En dos casos concibo que el ejecutante no debe afianzar, ni tampoco constituir por sí obligacion de restituir lo que perciba. El uno cuando hace que se notifique la sentencia de remate al ejecutado, y por no haber apelado este de ella, pide aquel (pasado el término de introducir la apelacion) que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, y se declara antes que se perciba su crédito. El otro cuando no propuso ni alegó el ejecutado lo que en el párrafo 8 queda explicado, y apeló de la sentencia, la que se confirmó en vista y revista, ó si se confirmó en vista, y suplicó de ella, no se le admitió la súplica, por lo que se mandó llevar á debido efecto, que es lo mismo que confirmarla. En estos dos casos, ni se deben pedir fianzas, ni aunque se le pidan, está obligado á darlas ni otorgar la obligacion referida por las razones siguientes: 1ª Porque el juicio sobre el pago se concluyó enteramente sin que haya de haber otro que lo revoque, y por

<sup>1</sup>Salg. de reg. part. 2, cap. 1, num. 113 y 181, part. 3, cap. 3, num. 6 y 7, y cap. 4, y part. 1 Labyr. cap. fin., num. 62; Covarr. Pract. cap. 25, al fin.; Acev. en la ley 1, tit. 21, lib. 4, Rec. num. 25, que hoy es la 3, tit. 28, lib. 11. — <sup>2</sup>Ley 2 del mismo tit. y lib.

consiguiente no quedan resultas algunas, ni puede haber el propio motivo ni temor que cuando el acreedor toma el dinero antes de ejecutoriarse la sentencia. 2ª Porque la obligacion de afianzar que le impone la ley no es perpetua sino condicional, temporal ó interina, y preservativa, cuyo objeto se dirige á que si quiere percibir su crédito antes de ejecutoriarse la sentencia, no quede ilusorio el juicio, ni el ejecutado sin seguridad para recobrar lo que indebidamente le pagó, en virtud de sentencia injusta, en caso de revocarse ó modificarse segun puede suceder; y como estando ejecutoriada no se supone tal injusticia, ni hay motivo de dar la fianza, cesa por consiguiente el precepto legal. 3ª Porque aun cuando por la invencion de nuevos instrumentos demande el ejecutado al ejecutante, usando de la accion *revocatoria*, ha de ser en via ordinaria, y esta no se debe principiar por embargo, fianza ni intervencion, sino en los cinco casos de la ley que expliqué en el título 2, capítulo 4, párrafo 31 de este libro: lo mismo procede, si intenta el recurso de injusticia notoria de las sentencias, ú otro extraordinario, aunque obtenga en ellos, pues no se debe extender la ley sino á los ordinarios de que habla. 4ª Porque de obligarle á afianzar ó á constituir la obligacion mencionada, se le coartaba para siempre, como tambien á su fiador, el libre uso de sus respectivos bienes, que nadie querría comprar por el gravámen á que estaban afectos é hipotecados, pues como sobre lo juzgado y ejecutoriado no debe haber juicio, nunca se verificaria verse libres de aquella responsabilidad, en lo que les causaba un perjuicio irreparable, que resisten las leyes y la razon. 5ª Porque ademas de que lo odioso se debe restringir, y ampliar lo favorable, seria debilitar y poner en duda el ejecutante su derecho, teniéndolo claro, expedito é incontrastable con la ejecutoria, y confesar tácitamente en algun modo al ejecutado el de que estaba destituido; ademas de que no se podrian ejecutar las sentencias de remate, porque no hallarian los acreedores quien á tanta costa los fiase, ni por consiguiente cobrarían lo que en justicia y en conciencia se les debía, sacarian ventajas y utilidad de su morosidad y mala fe los deudores, y los acreedores perjuicio de su bondad y franqueza. Por estas razones no dudo que en los dos casos propuestos debe el juez mandar entregar libremente al acreedor su dinero, sin constituir obligacion ni fianza, de cuya providencia no quedará responsable; pues si el ejecutado se opusiere á su entrega, podrá acudir el ejecutante al tribunal superior, ó á la Real Persona, para que así lo declare en caso necesario; pero en los casos que especificué en el tomo 2º, página 418,

párrafos 5 y 6, debe afianzar sin embargo de que la sentencia se confirme, porque queda pendiente el juicio, y puede revocarse el pago, lo cual no sucede en los otros dos. Si el fiador se obliga limitadamente á volver el dinero en el caso solo de que la sentencia se revoque por tal juez ó en tal instancia, expresándolo así, no quedará obligado revocándose en otra instancia ó por juez diverso del que señaló<sup>1</sup>, y si en concurso de acreedores se mandase hacer é hiciere pago bajo de dicha fianza al que pidió primero la ejecucion, se apelare de la sentencia de remate, y en la segunda instancia se revocase ó confirmase con la calidad de que en primer lugar fuese pagado, no el que ya lo estaba, sino otro, alterándose la sentencia en la forma de graduacion y pagas; no estará obligado tampoco el fiador dado por el primer ejecutante á satisfacer cosa alguna, aunque este haya consumido el dinero que percibió, porque segun la ley, su obligacion se circunscribió al caso en que el ejecutado probare la paga ó excepcion alegada, y por esta probanza se revocase la sentencia de remate, mas no se amplió al presente, que es muy distinto del de la ley, y de aquel en que quiso quedar obligado<sup>2</sup>; y así no se debe extender su obligacion á los de que no habla<sup>3</sup>.

15. Lo explicado en el párrafo anterior se limita en dos casos. El primero cuando un tercero apela legitimamente de la sentencia, pues no se debe ejecutar en cuanto á él, hasta que se confirme; y el segundo cuando esta es evidentemente injusta, y su injusticia consta de los mismos autos (\*), pues entonces por el

<sup>1</sup> Arg. leg. *Cum apud*, ff. de *judicatum solvi*, et ibi Bart. et DD. *Parlad.* lib. 2, cap. fin. part. 5, § 14, num. 13. — <sup>2</sup> Villadiego en su *Polít.* cap. 2, de la *Instrucion*, § *Sentencia*, num. 118, vers. *Y en caso que... Y porque*. — <sup>3</sup> *Ley Quod vero*, ff. de *legib.* *Ley Præcipimus*, § fin. *Cod. de appellat.* *Authent. Quas actiones*, et ibi Bart. et Rip. num. 17, *Cod. de sacros. ecclés.*

(\*) Yo opino, que esto y lo que se dice en el numero siguiente acerca de la nulidad notoria que resulta de los mismos autos, es contra lo dispuesto en la ley 2, tit. 28, lib. 11, *Nov. Rec.*; y por lo tanto no se debe seguir, á pesar de la autoridad de muchos graves juriconsultos. « Y pasados los dichos diez dias (son palabras de la ley) si no probare en ellos la dicha excepcion, que el remate se haga como la dicha ley lo dispone, sin embargo de cualquiera apelacion que de ellos se interpusiere, dando el acreedor las fianzas como la dicha ley manda, y sin embargo de que la tal apelacion se interponga para ante nos, ó para ante los oidores de las nuestras audiencias, ó para ante otros cualesquier jueces, ó de cualquier nulidad que contra la dicha ejecucion y remate se alegue. » La ley dice: *sin embargo de cualquiera apelacion, ó de cualquiera nulidad*, y así no puede embarazar la ejecucion de la sentencia de remate ninguna apelacion aunque sea notoriamente injusta, ni ninguna nulidad aun notoria; mayormente cuando por otra parte el juez (si no procede con malicia) no creará que su sentencia padece ninguno de dichos vicios, y pasará á ejecutarla. Ademas debe tenerse en consideracion que dicha ley 2, « por excusar malicias de los deudores, que alegan contra los acreedores excepciones y razones

gravámen y perjuicio que irroga al ejecutado la injusticia notoria que de ellos aparece, puede apelar, y no la debe ejecutar el juez que la pronunció hasta que se ejecutorie por el superior; pero si la injusticia no consta de los autos, no debe ser oído el apelante, aunque quiera probarla antes de pagar, sino hacer el pago y usar luego de su derecho<sup>1</sup>.

16. Se debe ejecutar igualmente la sentencia de remate, aunque se alegue nulidad de ella, precediendo las citadas fianzas<sup>2</sup>, á menos que esta provenga de falta de jurisdiccion, citacion ú otra notoria resultante de los mismos autos, pues entonces no se ha de poner en ejecucion la sentencia, porque estas nulidades, como sustanciales, claras y visibles, no se comprenden en la exclusion general<sup>3</sup>.

17. No produce excepcion de cosa juzgada para el juicio ordinario la sentencia dada en el ejecutivo y en otros sumarios; y así aunque el ejecutado no apele de ella, como de su silencio no se prueba su consentimiento<sup>4</sup>, le queda siempre salvo é íleso su derecho para usar de él en la via ordinaria segun le convenga, lo cual es incontrovertible en la práctica, y así los jueces lo reservan muchas veces á las partes en la sentencia de remate, ó declaran no haber lugar á esta, y reciben el pleito á prueba.

18. Dada alguna de las fianzas expresadas, y tasadas las costas procesales con arreglo al Real arancel se requiere al deudor con el mandamiento de pago para que satisfaga al acreedor así estas como la cantidad por que se le ejecutó; y no entregando su total importe, se requiere y apremia al depositario á que manifieste los bienes depositados, á cuya venta se debe proceder á instancia del acreedor, precedida su valuacion por peritos, que este y el mismo deudor, ó el juez de oficio en rebeldia del contumaz eligen. Hecha la tasacion con citacion de ambos bajo de juramento, se debe dar cuarto pregon mencionando en él los bienes, y sus

no verdaderas por alongar las pagas, por no pagar lo que verdaderamente deben, según principia la ley anterior á que se remite, quiso sin duda que no impidiese la ejecucion de la sentencia ninguna apelacion ni nulidad para ocurrir ó frustrar las cavilidades de los deudores, quienes por retardar ó no hacer los pagos, no dejarían de protestar la injusticia ó nulidad notoria, si estas impidiesen dicha ejecucion. Si los autores hubiesen reflexionado sobre los motivos de las leyes, no habrían seguido innumerables veces sus caprichos en vez de seguir las leyes mismas. *Febrero reformado.*

<sup>1</sup> Acev. en la ley 19, tit. 21, lib. 4, num. 140; Gutierr. lib. 1 *Pract. quæst.* 119. — <sup>2</sup> Ley 2, tit. 28, lib. 11, Nov. Rec., y en ella Acev. num. 7. — <sup>3</sup> Gutierr. lib. 1 *Pract.* cap. 96, num. 5 y sig. Covarr. *Pract.* cap. 15, num. 5, y cap. 23, num. 6; Salg. *de reg.* part. 3, cap. 9. — <sup>4</sup> Ley *Qui tacet*, ff. *de reg. jur.* cap. *Qui tacet*, eod. tit. in 6, y regla 23, tit. 34, Part 7.

precios, y apercibiendo el remate en el mejor postor ó comprador. Además se han de fijar cédulas en los sitios públicos, señalando en ellas el día y hora en que se han de rematar, extendiendo en los autos la cédula ó cédulas originales, de que deben ser copias las que se fijen, y á su continuacion en diligencia separada la fe de fijacion, con expresion del día y parage. Si el deudor se ausenta, se nombra defensor; con quien precedidas su obligacion, fianza y discernimiento, se sustancia la venta y remate de los bienes ejecutados. De esto se instruirá mejor el principiante por las diligencias que extenderé al fin de este título, y notas que pondré á continuacion.

19. Se debe celebrar el remate y adjudicacion en el lugar del juicio, y en la forma acostumbrada en él, como tambien, si es posible, en el parage en que existen los bienes, para que viéndolos los concurrentes, se inclinen á comprarlos, y de lo contrario es nulo<sup>1</sup>. Se han de admitir todas las pujas ó mejoras que se hagan, poner por escrito quiénes son los compradores, y cuáles las cosas compradas, con el día, mes y año de su respectiva venta<sup>2</sup>, expresando quiénes fueron los que mas dieron por ellas. Siendo la venta ó almoneda de bienes muebles y semovientes, se ha de depositar diariamente su producto en la persona que destine el juez, extendiéndose cada día la diligencia de los que se vendan, y haciendo que la firme el depositario. El juez no puede ofrecer *prometido* para que suban las posturas, porque ninguna ley le concede esta facultad, como se permite á otros que expresa Parlad. libro 2, capítulo fin., § 13, número 3 al 8, y son los contadores mayores de la Real Hacienda, el que vende sus bienes, los herederos que venden los de su causante para pagar sus deudas, los gobernadores de las ciudades, los que tienen la libre y general administracion de algunos bienes y los venden; los tutores y curadores si proceden de buena fe; y los testamentarios ejecutores de la voluntad del difunto; pero bien puede reiterar la subasta, conceder nuevo término y prorogarlo, mas no disminuir el señalado, y no aprobar el remate, por dolo, fraude ú otra causa justa que haya para ello.

20. En las posturas y pujas ó mejoras se debe proceder con absoluta libertad, pues si se comete fraude ó se impiden las pujas, compete por este hecho accion de dolo al deudor contra los perpetradores, porque cede en detrimento suyo. Y para evitar

<sup>1</sup> Ley 32, tit. 26, Part. 2, et ibi glos.; Avend. in *Diction.* verb. *Almoneda*; Paz, part. 4, cap. 3, num. 43, y cap. 7, num. 31. — <sup>2</sup> Leyes 33, y fin. tit. 26, Part. 2.