

dor está obligado á mudar su deudor, aunque el que le ofrezcan sea mas idóneo. 2.º Que consienta el deudor delegado. 3.º Que no solo consienta este, sino que se obligue expresamente á favor del acreedor. 4.º Que constituya la obligacion y promesa por mandato del delegante. 5.º Que el obligado delegado sea deudor del delegante (bien que es lo mismo, si de su espontánea voluntad quiere obligarse, aunque no lo sea, que en nuestro castellano antiguo se llamaba *manero*, y en latin se llama *expromisor*), y aquel á cuyo favor se constituye la obligacion, sea acreedor de este (1).

18. De lo expuesto en el párrafo anterior se infiere que por la delegacion no se hace novacion, á menos que se exprese ó que haya litiscontestacion entre el cesionario y el deudor, ó por haberle empezado este á pagar la deuda, notificándole la cesion y aceptándola (2); en cuyos casos queda libre el delegante ó cedente, y no puede pedir ejecucion contra su deudor, ni revocar la cesion, ni al cesionario ó procurador en su misma causa la facultad de exigir el débito, y asi en estos casos se debe limitar la ley 15. tit. 14. Part. 5, posterior á la 3. Cod. *de novationib.*, porque la ley nueva que habla generalmente, no corrige los especiales de la antigua. Si el cesionario es negligente en exigir el débito, es de su cuenta el riesgo que haya en su cobranza, sin que tenga recurso contra el deudor que se lo cedió, pues quedó libre de su pagamento (3) por la cesion; por lo que si el deudor da á su acreedor otro deudor en su lugar, con pacto de que él ha de quedar libre de la deuda, y el delegado lo acepta, impedirá esta excepcion el curso de la via ejecutiva; y aunque el deudor delegado se constituya insolvente, no tendrá repeticion el acreedor contra el delegante ó primer obligado; pero si nada se pacta, ambos serán responsables, bien que pagando el uno, quedan libres los dos para con él, porque la deuda es una, y como tal solo una vez se debe cobrar y pagar. Tambien se infiere que si el deudor puro delega con condicion á otro deudor en su lugar, con ánimo de novar el contrato, se hace la novacion por esta delegacion; pero no cumpliéndose la condicion, ó estando pendiente, si el delegado muda su estado, de tal suerte que no puede comparecer en juicio, v. gr. por haberse hecho siervo ó religioso, ó vuelto loco ó mentecato, ó si-

1 Leyes 2 y 15. tit. 14. Part. 5.

2 Ley *Delegatio*, 3. Cod. *de novat. Cur. Filip.* lib. 2. *Comerc. terr.* cap. 6. num. 5.

Parlad. *different.* 50. §. 2. num. 6. Olea

tit. 8. quest. 2.

3 Ley 15. tit. 14. Part. 5. Ley 2. Cod. *de nautico fienor.*

do deportado, no se disuelve la obligacion primera, y por lo mismo, aunque la condicion se verifique no hay novacion, ni el delegado queda obligado (1). Y finalmente se deduce, que si en la segunda obligacion intervienen fiadores, no se libertan los de la primera, excepto que se exprese, por cuya razon no se extingue la prerogativa 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 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 (2).

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 (3); y aunque el acreedor exima á la muger de la obligacion agena que constituyó y recibió en sí con ánimo de novar la primera, y libertar al deudor principal y verdadero, no quedará libre este (4). 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 (5).

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 (6), y asi constanding notoriamente en el mismo instrumento ó en el proceso ejecutivo, basta alegarla como de derecho, y el juez puede repeler de oficio al actor (7), ó aunque no conste, si se prueba dentro de los diez dias, impide sentenciar la

1 Ley 15. tit. 14. Part. 5.

2 Ley 16. tit. 14. Part. 5.

3 Ley 17. tit. 14. Part. 5.

4 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.

5 Ley 18. tit. 14. Part. 5, y ley 1. ff. *de*

novat.

6 Acev. en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Rec. que hoy es la 3. tit. 28. lit. 11. de la Nov. num. 92. Rodrig. *de execut.* cap. 6. num. 16.

7 Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. *de except.* num. 2, 3 y 4.

causa de remate; pero no pudiendo probarse en ellos, porque se requiera examen y conocimiento mas prolijo, se ha de llevar á debido efecto la ejecucion (1).

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 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: 1.º 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 fructifera, y Juan le responde que se la 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 asi 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 le 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 contrayen-

1 Carlev. tit. 3. disp. 16. num. 1, 3, 5 y 23. Rodrig. dicho cap. 6. num. 16.

tes 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 (1).

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 empece 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* (1). Si la obligacion proviene de mercaderías, 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 (3).

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

1 Marant. part. 6. de *exception.* num. 29 al 34. Rodrig. de *execut.* cap. 1. art. 4. num. fin.

2 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 11. num. 5.

3 Ley 2. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.

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. ampliati. 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 (*).

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 revocarse el contrato, como si entonces se formalizara, y que nunca ha de haber prescripcion del derecho de ejecutar, sino 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 pa-

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

sar 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 asi corre la prescripcion no solo contra los legos, sino tambien contra las iglesias y personas eclesiásticas (1).

30. La prescripcion tiene lugar sea de 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 pasada 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 dia 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 asi 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 dictamen.

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

1 Cap. 2, 3, 4 y 6. de prescription.
T. V.

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 habil la via ejecutiva: y asi 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 (1); asi 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 dictamen 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 asi 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 deu-

1 Ley 29. tit. 29. Part. 3.

da, 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 pedido la ejecucion el acreedor (*).

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 trabarla, 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 habil 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 (1); 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 incumba la prueba como fundamento de su intencion, que se afianza en afirmativa probable, lo justifique por otro medio. El quinto es por haber dado fianza ó hipoteca al acreedor para su seguridad.

* 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 superflua, 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 asi hasta di-

cho tiempo no pueden principiar á correr los diez años en que este podia 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.

1 Ley 29. tit. 29. Part. 3.

El sexto, por haber renovado espontáneamente la obligación 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 prescripción, y empieza á correr de nuevo desde el día en que se celebró cualquiera de ellos (1).

35. La acción ejecutiva se perpetúa hasta cuarenta años, por oponerse ú objetar sus excepciones el reo, ó por su contumacia que se reputa contestación del pleito; pues la ley 63 de Toro no ha prohibido ó derogado dicha perpetuación (2).

36. De todo lo dicho se infiere, que si el acreedor pide la ejecución 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 vía ordinaria, y esta acción dura veinte años contados unos y otros, según 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 1.º párrafos 30, 31 y 32.

37. Si el actor pide la ejecución 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 vía ejecutiva en ordinaria; y por sentencia dada en esta, y ejecutoriada, se declara legítimo y válido el instrumento, mandándoseles que pague; podrá despacharse la ejecución, no solo por los caídos en los diez años, sino también 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 prescripción, ni se le debe imponer la pena de la ley: lo segundo, porque la sentencia condenatoria removió el óbice que el reo objetó al instrumento ejecutivo, ó por mejor decir, declaró que no lo tenía; y lo tercero, porque estuvo impedido de continuar el juicio ejecutivo incoado, y de intentar otros en los años sucesivos por la excepción maliciosa del deudor, y por consiguiente de cobrar los réditos pos-

1 Dicha ley 29.

2 Quien quiera saber por qué tiempo se ganan y pierden las cosas muebles y raíces, propias ó ajenas, corpóreas é incor-

póreas, vendidas, arrendadas ó empeñadas, y poseídas con buena ó mala fe entre presentes ó ausentes, vea el tit. 29. Part. 3.

teriores vencidos en ellos; á cuya consecuencia, aun cuando pasen mil años después de contestado el juicio hasta su conclusión, debe despacharse ejecución por el importe de todos, pues su mala 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 citación del deudor por el escribano originario; y aprobada y declarada en cosa juzgada la liquidación, ha de renovar y reproducir la acción intentada por el importe de aquellos años, porque pidió la ejecución solicitando ampliación á causa de su imposibilidad por el de los posteriores. En orden á los réditos caídos, pendiente la vía ejecutiva, he visto ejecutoria en la Corte, revocando la sentencia de un alcalde, por la cual habiendo pretendido el ejecutante que la sentencia de remate, y mandamiento de pago, se ampliase por su importe, declaró no haber lugar, mandando que el ejecutante pidiese nuevamente por ellos; y el tribunal superior, atendida la verdad, desfirió á la ampliación.

38. Impide también la ejecución la excepción de que el instrumento en cuya virtud se expidió, no es público ni auténtico, ni el original, y que está sacado sin citación 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 citación 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 (1); 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 consignación 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 razón de ella en el oficio de hipotecas de la cabeza del partido en donde se halla sita, según 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 ejecución 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 jurisdicción del juez ejecutante, y en la requisitoria de ejecución no va

1 Ley 115. tit. 18. Part. 3.

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 de sentenciar la causa de remate estuviese subsanado el defecto, por deberse proceder atendida la verdad, y no detenerse en sutilezas legales (*); como asimismo 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 irroque detrimento, me parece muy util 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 efectos 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

* 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 1768, pues en ella se leen estas palabras: »Expresando al fin de ellos (de los instrumentos) 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.

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 el acreedor reconvenir al deudor diez dias despues de otorgado (1), excepto que por la expresion de la causa del préstamo se colija otra cosa de la intencion del prestador y mutuuario, 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 al 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 capítulo 3.º de este título.

42. Del mismo modo se admite y há 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 excluya expresamente (2).

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 proprecia, cesan los efectos de esta, por ser visto apartarse del derecho que en su virtud le competia, y así no se debe ejecu-

1 Ley 2. tit. 1. Part. 5 al fin: *E si el plazo non fuese puesto, debegela dar á voluntad del que la prestó diez dias despues que fue prestada.*

2 *Glos. In Clement. unic. de sequest. posses. Partid. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 11. Com. lib. 3. Part. cap. 12. num. 8.*