

tar (1). 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* (2).

44. El no estar comprendida en el instrumento la cantidad porque 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 inclusa en él (3); á menos que en el instrumento se pacte que por la tácita se ha de ejecutar igualmente, como se dijo en el párrafo 36, capítulo 2 de este título.

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 deposiciones de estos, como el instrumento principal, no se debe despachar (4).

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, judio 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 justicias que no la*

1 Parlad. ibi, num. 24. Ayendañ. tit. de las excepciones, num. 34.

2 Salg. de regia, part. 4. cap. 7. num. 171. Carlev. de jud. tit. 3. dis. 14. num. 1.

3 Ley Item *quæritur*, §. *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.

4 Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. num. 27.

*ejecuten ni hagan pagar.* En este caso, además 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 título 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, capítulo 2 de este título, 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 asi no se debe decir que el que opone la excepcion va contra el instrumento (1), lo cual se entiende probándose unas y otras en los diez dias 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. 1.º Cuando los contrayentes pactan otra cosa. 2.º Cuando el ejecutado debe cumplir el contrato antes que el ejecutante. 3.º Cuando en él no consta cual 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. 4.º 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 há lugar la excepcion, ni impedirá por consiguiente el curso de la via ejecutiva (2).

49. Impedirá el progreso ejecutivo la excepcion de *reconvencion*, si pendiente el juicio se liquida la deuda, y se hace constar por otro instrumento que traiga aparejada ejecucion; ó porque el ejecutante confiese de plano ser líquido y cierto el débito, y que ninguna defensa tiene, pues fuera de estos dos ca-

1 Rodrig. dicho cap. num. 14, 15 y 25.

2 Ley 34. tit. 5. Part. 5.

sos, como exige mayor inspeccion y conocimiento, no se admite (1).

50. En cuanto á si la excepcion del dinero no entregado (que en el derecho romano se llamaba de *non numeratá pecunia*) es ó no admisible en la via 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, sino 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 oposicion prefiere el derecho (2), es de su obligacion, y no de la del deudor, justificar en los diez dias 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 (3); todo lo cual milita no solo 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 ejecucion, la excepcion 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 excepcion, no contra el contrato ó sentencia, en fuerza de que se expidió la ejecucion, sino contra el mismo hecho de esta (4).

52. Ultimamente obstan á la ejecucion cualesquiera excepciones que por derecho comun se permiten oponer, cuando el acreedor renunció en el contrato su beneficio, porque lo que por disposicion 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.

1 Palac. Rub. en la ley 64 de Toro al fin. Diego Perez en la 4. tit. 8. lib. 3. Orden. glos. 1. Gutierr. lib. 1. Pract. quest. 112. num. 1 al 3. Rodrig. dicho cap. 6. num. 11.

2 Ley 9. tit. 1. Part. 5.

3 Paz tom. 1. part. 4. y cap. 3. cit. num. 5.

4 Paz lug. cit. num. 26.

53. Lo propio miuta con las que el reo podria 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 dias; previniendo que si las alegare en el proceso, y sin embargo se desestimaren y fuere condenado, no deben admitirse en la ejecucion 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 via ejecutiva, digo que una es la de *dolo*. No hablo del *dolo bueno* ó impropio, que es *discrecion, astucia y sagacidad para conducirse licitamente y precaverse, á fin de no ser perjudicado* por lo que es permitido (1), 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 la instancia sabiendo que goza de excepcion, pues si la ignora no se presume que lo comete; y el tercero despues del contrato, v. gr. si por obra ó culpa del acreedor pierde el deudor el dinero que habia de pagar; advirtiéndole que cuando se procede civilmente se compensa un dolo con otro, mas no si es criminalmente.

56. Se puede oponer la excepcion de dolo contra el que lo comete, ya sea varon ó hembra, y mayor ó menor capaz de cometerlo, por lo que es personal de parte de aquel contra quien se opone, y á veces no solo se puede oponer contra el actor por el suyo, sino por el ageno; en cuyo caso debe el reo deducir, especificar y probar el dolo de aquel por el cual está obligado el actor; por ejemplo, el del difunto que daña á su heredero, y por parte del que lo opone es excepcion real, de tal suerte que á cualquiera á quien pasa la cosa en que se verificó el dolo, se trasfiere tambien la excepcion, y. gr. cuando se pretende la hurtada por el que la hurtó, ó por el que cometió do-

1 Esto en buen castellano jamas podrá llamarse dolo, porque esta palabra en la acepcion general envuelve siempre la idea de falacia ó malicia.

lo en la que se pide, pues no se mira contra quien se empleó el fraude, sino si intervino en la que se pretende en juicio.

57. No daña (regularmente hablando) al singular sucesor, ni pasa contra él la excepción del dolo que su causante cometió, pero esto se limita en cuatro casos. 1.º Cuando quiere usar de la excepción de su causante, ó aunque no quiera, si tiene causa lucrativa ó cuasi, é intenta su acción, y no de otra suerte. 2.º Cuando es convencido de su dolo, ó se exceptiona contra la parte. 3.º Cuando la cosa ha de volver incontinenti al que lo cometió, ó la excepción está aneja á ella misma. 4.º Cuando se cometió en la adquisición de la acción, pues á cualquiera sucesor que use de esta, obsta la excepción. El dolo del socio perjudica al consocio; bien que este tiene el regreso contra aquel.

58. Puede renunciarse y remitirse por pacto la excepción de dolo, se entiende el de tiempo pasado, mas no el de futuro. Advierto además, que si se celebra algún contrato en que interviene dolo, y para su confirmación se hace después otro sin él, y el actor usa del segundo, puede el reo (no obstante este) oponer la excepción del dolo que le compete en virtud del primero, porque se presume repetido en el segundo, y que lo hubo para impetrar la confirmación de aquel.

59. No es admisible en la vía ejecutiva contra el instrumento público la excepción de *lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio*, que en los contratos de venta, arrendamiento y otros semejantes, compete al que ha sido perjudicado según derecho (1), porque exige mayor examen é indagación, á no ser que se pueda liquidar y probar en el término legal, pues entonces se admitirá, y probada impedirá el progreso de la ejecución (2).

60. En cuanto á la excepción de *error de cálculo ó número* se distingue: si es material y propiamente numérico, v. gr. si en lugar de decir que debe ciento dijese doscientos, se ha de admitir, porque fácil y claramente se puede deshacer; pero si es sobre la cosa, por ejemplo, cuando los apreciadores ó contadores aprueban la que deben reprobar, ó al contrario, ó le dan mas ó menos valor ó estimación de la que merece, no es admisible, porque requiere mayor conocimiento, y no se puede liquidar en el término legal (3).

1 Ley 2. Cod. de rescindend. vendit. y ley 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

2 Parlad. cap. fin. part. 5. §. 11. dicho num. 42. Acev. en la ley 1. tit. 21. lib.

4. Rec., que es la 3. tit. 28. lib. 11 de la

Nov. num. 158. Rodrig. dicho cap. 6. num. 25. vers. Alterum

3 Ley 1. Cod. de errore calculi, y ley 19. tit. 22. Part. 3.

61. Tampoco debe admitirse en el juicio ejecutivo la excepción de *division* de la deuda entre los mancomunados, porque está muy clara y terminante la ley recopilada acerca de que según se obliguen quedan obligados, y así pueden ser reconvenidos por el todo ó á prorata, sin renunciar ley alguna, como se dijo en el libro 2, título 4, capítulo 17, donde se trató de la mancomunidad. Pero si se les demandare por mas de lo que importe su obligación, podrán exceptioarlo, y probada la excepción, impedirá el progreso ejecutivo.

62. Obligándose dos ó mas de mancomun *in solidum* por el todo, si el acreedor demandare á cualquiera de ellos, y el demandado exceptioare que la ejecución se debe dirigir contra el otro, porque en él se refundió toda la utilidad del contrato, y que en este concepto la siga contra él por su cuenta, y á sus expensas; no se debe admitir esta excepción, porque el acreedor, mediante la obligación, usa legalmente de su derecho, y no es de su inspección, ni le daña el convenio hecho entre los dos, pues esto es bueno para que el ejecutado, pagando primero al acreedor, use del suyo con el lasto contra su consocio ó co-reo, según le convenga.

63. Sobre si en este juicio se debe admitir ó no la excepción de *restitución in integrum* por lesión ó menor edad, estan discordes los autores; pero lo cierto y seguro es, que si se opone por razón de la edad del que es menor se debe admitir, porque en la exclusión general del beneficio de restitución, no se entiende excluido el que por edad compete al menor; y si se opone contra la ejecución de la sentencia ó instrumento, cuya lesión consta de autos, ó se puede probar incontinenti, que es el término legal, se debe admitir también, y la impedirá. Si al contrario la lesión que motiva la restitución no consta de autos ni se puede probar en el referido término, porque requiere conocimiento mas pleno, ó se pide maliciosamente, no es admisible, ni por consiguiente se debe retardar por ella el progreso ejecutivo, de lo cual trata con mas extensión Carley. tit. 3. disp. 16. num. 27 hasta el fin.

64. Ninguna excepción que por no ser legítima desprecie el juez inferior en primera instancia, debe admitir el tribunal superior en la causa de apelación; pero si la que no admitió siéndolo, tal vez por causar extorsión al reo ejecutado; pues de lo contrario quedaria indefenso, se le irrogaria gravísimo daño, y se procederia injustamente; previniendo que aunque se desprecie en el juicio ejecutivo la que oponga el reo, le queda salvo su

derecho para usar de ella en el ordinario, porque aquel no produce la de cosa juzgada en este, ni presta el mas leve impedimento para él. Su efecto mas es prescribir ó señalar el modo de actuar en la defensa que quitarla.

65. Habiendo tratado de las excepciones que son ó no admisibles en la via ejecutiva, paso á explicar en qué término se han de alegar y probar para que enerven la ejecucion. Segun derecho comun era arbitrario; pero segun el nuestro, si el reo comparece, y se opone á ella antes que se le cite de remate, ó en cualquier tiempo antes de la sentencia, se le ha de haber por opuesto, y encargar á ambas partes el perentorio de los diez dias que define la ley (1), á fin de que en ellos aleguen y justifiquen lo que les convenga; lo cual se observa en la práctica por ser conforme á derecho. Esto se entiende, ya sean uno ó mas los ejecutados por un acreedor, y comprendidos en un mandamiento ejecutivo, porque la ley habla indistintamente, y asi todos tienen solamente los diez dias para justificar sus excepciones, y no diez cada uno en este caso.

66. No estan conformes los autores en orden á la cuestion desde quando ha de empezar á correr el término de los diez dias, y la opinion mas recibida es que corra y se cuente desde el de la oposicion (2), segun lo declara la ley 2. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. que dice: *Declaramos y mandamos que los dichos diez dias corran desde el dia que se opusiere á la tal ejecucion en adelante...* Sin embargo, se ha introducido en algunos tribunales, que no empiece á correr el enunciado término hasta el dia en que se hace notorio á entrambos litigantes, al modo que en la via ordinaria sin diferencia, lo cual como mas equitativo debe seguirse segun en la Corte se practica; pues ademas de que en lo propicio y dudoso se deben ampliar é interpretar benignamente las leyes, seria duro y aun injusto que por no querer ó no poder el escribano dar cuenta de la oposicion al juez, ó hacer notorio el encargo, ó por hallarse imposibilitado ú ocupado este, quedase indefenso el ejecutado, y fuese condenado sin ser oido. En consecuencia hasta que el término se notifica á entrambos litigantes no debe correr, y la ley recopilada se ha de entender, cesante toda imposibilidad y fraude; y si por olvido no se hace saber mas que á una parte, no debe correr, reponiéndose los autos y diligencias posteriores en el estado que

1 Ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.  
2 Accv. en la ley 3. tit. 21. lib. 4. Rec.

que es la 2. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

tenian quando se admitió la oposicion é hizo el encargo de los diez dias, como lo he visto practicar para evitar nulidad en las diligencias. Y se advierte, que las notificaciones se deben hacer á costa del reo al instante que se firma la providencia, aunque no lo solicite, porque se dió á su instancia.

67. Si los diez dias empiezan á correr en feriados, como los de Pascuas ú otros, y en ellos espiran ó se consume su mayor parte, no deben contarse ni correr hasta el siguiente al dia en que cesen, lo cual he visto practicar siempre, porque de lo contrario seria ilusoria é ineficaz la concesion de la ley, y no aprovecharia al ejecutado.

68. No se debe prorogar este término á instancia del reo; pero puede disfrutarlo enteramente, y por lo mismo ha de tomar los autos primero que el acreedor, sin que se le deba compeler á su vuelta mientras dura, ni entregarse á este antes, aunque acuda á tomarlos, porque el acreedor ya lleva expedita su accion, y hecha su probanza con el instrumento, sentencia ó confesion que traen aparejada la ejecucion, y no necesita término, porque no tiene que probar; pero el reo necesita ver si le compete alguna excepcion contra el documento ejecutivo, para cuya probanza se le conceden solamente diez dias perentorios, que es término sumamente limitado en comparacion del que tuvo el actor para pensar lo que habia de pedir.

69. A instancia del acreedor se puede prorogar el término las veces que quisiere, sin embargo de que se alegue que ambos son correlativos, que lo que no se permite al uno, tampoco se debe permitir al otro, y que se debe guardar igualdad en los juicios: lo primero porque ningun perjuicio se causa al deudor, antes bien le resulta beneficio en tener mas tiempo para preparar y hacer sus defensas, ó buscar dinero con que satisfacer el débito; y lo segundo porque siendo tan breve el que se ha prefinido en utilidad del acreedor, á fin de que no se retrarde mas la exaccion de su crédito, y en pena del deudor para que tenga mas cuidado de pagarlo, y no se cause daño alguno al acreedor, puede renunciar legitimamente este beneficio, y pedir todo el término que quiera, pues de lo contrario se convertiria en detrimento suyo lo que se estableció para su provecho (1).

70. Pero para que se prorogue á su instancia, ha de inter-

1 Asimismo como el término de los diez dias se ha concedido por beneficio del reo, podrá este renunciarlos, pues

en las causas civiles siempre puede renunciar los términos la persona por quien se introdujeron. *Febrero reformado.*