

atendidas las circunstancias del caso proveerá lo conveniente (1).

45. El tercer caso es cuando el fiador del principal deudor compra en pública subasta los bienes de este, sin que haya fraude ni lesión, ni falte solemnidad legal: en este caso si el deudor apela, se debe revocar la venta por la accion de dolo, restituyendo al fiador el precio que dió, porque, como dejo expuesto en los párrafos 37 y 40, el que compra los bienes del que fió, comete dolo, y debe restituirlos con frutos, pues la fianza trae su origen de gracia y amistad, y el fiador como acreedor segundo del deudor, parece que mas los compra por defender y preservar su derecho, que por adquirir el dominio de ellos.

46. El cuarto es cuando se vendieron á un extraño con todos los requisitos legales, pero el deudor apeló de la sentencia de remate y se revocó. En tal caso dicen varios autores, que si los bienes estan entregados se deben mandar restituir con frutos; pero Acevedo en la ley 19. tit. 21. lib. 4. Rec. num. 139, afirma, que revocada la sentencia de remate, si el acreedor tiene los bienes, los debe restituir al deudor, y si los tiene algun tercero, y el acreedor percibió solamente su precio, debe ser condenado este á restituirlo doblado. Sobre todo se debe observar el tenor de la sentencia revocatoria, y si los bienes vendidos son de menor de veinticinco años, á quien conviniere mas poseerlos que tener su precio; pues de lo contrario se le causa grave daño, y se le deben entregar restituyéndolo, aunque con buena fe los haya comprado un tercero (2).

47. El quinto caso es cuando un tercero los compró de mala fe, y en la subasta intervino lesion enorme ó enormísima, ó en mas ó menos de la mitad del justo precio, ó no se observaron en la ejecucion las solemnidades legales. Entonces se debe revocar la sentencia, y restituir al deudor sus bienes, satisfaciendo al comprador el precio que dió por ellos con las costas (3).

1 Carlev. de judic. tit. 3. disp. 24. num. 9.

2 Ley Si ex causa, 10. ff. de minor. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. num. 6. vers. Item quarto.

3 El que dese mayor instruccion consulte á Carlev. disp. 24; á Gutierr. lib. 2. Pract. 2. quæst. 161; á Acev. en la ley fin. tit. 21. lib. 4. Rec., num. 124 y sig. y á Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 16.

CAPITULO SEPTIMO.

Del tercer opositor á la via ejecutiva.

- §. 1 y 2. De los terceros opositores que suelen presentarse durante el curso de la via ejecutiva, pretendiendo impedir el progreso de ella. ¿Quien se llama tercero opositor?
3. El tercer opositor ha de hacer la oposicion ante el juez que entiende en la causa ejecutiva.
4. ¿Cuándo podrá hacerla no solo ante el juez originario de la causa, sino ante el mixto executor?
5. Para admitir la oposicion basta la simple narrativa del derecho que compete al opositor.
6. Cuando el tercero coadyuva el derecho del ejecutante ó del ejecutado, debe tomar y proseguir el juicio en el estado en que lo halle.
7. La oposicion del tercero no suspende el curso de la via ejecutiva simple y absolutamente, sino en dos casos que alli se expresan.
8. Limitacion de la doctrina anterior.
- 9 y 10. Habiendo instituido el deudor por heredero á un acreedor suyo, si este acepta la herencia con beneficio de inventario, lo hace legalmente, y luego le ejecuta como tal heredero otro acreedor del testador, podrá oponerse á la ejecucion como reo ó como actor. Efectos de cada uno de estos dos modos, y ¿cual es el mas util?
- 11 y 12. Diversas opiniones de los autores acerca de la cuestion siguiente: cuando ejecuta al deudor un acreedor hipotecario, si ocurre antes de la sentencia y su ejecucion otro tambien hipotecario en los bienes ejecutados, ó personal privilegiado, acreditando ser preferido al ejecutante, y pretendiendo se le pague primero que á este, ¿que deberá hacerse?
13. Si ejecutando un acreedor al deudor despues de cumplido el plazo de la escritura ocurre otro acreedor de igual clase, cuyo crédito es anterior en la obligacion, pero en el plazo del pago posterior al del ejecutante, será preferido el que es primero en la obligacion en el caso que alli se expresa.
14. Admitida la oposicion del tercero, se debe dar traslado de ella al ejecutante y ejecutado, recibirse la causa á prueba si fuere necesario, y seguirse la preferencia en via ordinaria.
15. Se ha de ejecutar bajo de

una de las fianzas de Toledo ó Madrid, la sentencia dada en el juicio ejecutivo en que hubo oposicion de uno ó mas terceros, cuando estos salieron auxiliando el derecho del ejecutante ó ejecutado.

1. Sucede muchas veces que en el discurso de la via ejecutiva sale un tercero oponiéndose á ella, y pretendiendo impedir su progreso; y para instruccion del principiante tengo por util explicar lo primero: *cuál se llama tercer opositor, y cuántas clases hay de ellos*: lo segundo: *en qué tiempo y ante qué juez se ha de hacer y admitir la oposicion, y qué se necesita para que sea admitida*: lo tercero: *si los autos se deben seguir ó no en el estado que tienen al tiempo en que se hace la oposicion*; y lo cuarto, *cuando por ella se suspende ó no la via ejecutiva*; de cuyos particulares paso á tratar por su orden con la posible claridad.

2. Se llama *tercer opositor* el que se opone á la ejecucion, ya sea solicitando ser preferido al ejecutante en la solucion de su crédito, ó alegando ser suyos los bienes ejecutados, ó que tiene derecho en ellos (1). Los autores distinguen tres clases de terceros opositores; una de los que salen coadyuvando el derecho del ejecutante; otra de los que auxilian el del ejecutado, y la otra de los que se oponen por el suyo privativo, é intentan excluir no solo el del actor, sino tambien el del reo (2).

3. El tercer opositor ha de hacer la oposicion ante el juez que entiende en la causa ejecutiva, el cual la debe admitir, ya se haga en el progreso de esta ó despues de sentenciada; háyase despachado la ejecucion en virtud de sentencia ó de instrumento, con tal que no esté hecho el pago ó dada al comprador la posesion de los bienes ejecutados y vendidos (3). Tambien puede hacer la oposicion aun quando esté prescrito el derecho de ejecutar, sino lo está el que prefine la ley para pedir en via

1 Ley 3. tit. 27. Part. 3, y 16. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. Salg. part. 1. *Labyr.* cap. 16. num. 22 y 43.

2 Cáncer. part. 2. *Var.* cap. 16. Covarr. *Pract.* cap. 13. Carley. tit. 3. disp.

12. num. fin.

3 Valenz. cons. 9 y 150. Covarr. *Pract.* cap. 16. num. 5. *Cur. Filip.* part.

2. §. 26. num. 2.

ordinaria (4), pues en todos estos tiempos está permitido hacerla.

4. No solo puede hacer la oposicion á la ejecucion ante el juez originario de la causa, sino ante el mixto executor, quien si el tercero alega que los bienes ejecutados son suyos y no del deudor, puede conocer la excepcion y definirla, sin necesidad de remitirla al juez originario ó requirente, porque por esta excepcion no impugná la sentencia y solo la modifica. Pero si la que alega toca á la sentencia, ó causa principal, ó dice de nulidad de aquella ó del instrumento, ó que debe ser preferido al ejecutante, debe admitirla é instruir la, y remitirla al juez requirente para que la defina y no definirla por sí; porque aunque no impugna directamente la sentencia, lo hace por medio indirecto, y la decision de esto toca al juez que la pronunció (2).

5. Para admitir la oposicion basta la simple narrativa del derecho que compete al opositor, y no se le debe mandar que dé informacion sumaria de él, ni compelerle á que traiga los testigos á la presencia del juez, pena de inhabilitacion de oficio al que lo mandare; pues antes bien se ha de recibir el pleito á prueba con término ordinario por via ordinaria (3); excepto que el juez conozca que la oposicion es maliciosa, y que solo se dirige á diferir ó impedir la ejecucion; pues en este caso no debe admitirla sino proseguir la via ejecutiva, dando el acreedor la correspondiente caucion y seguridad (4).

6. Quando el tercer opositor coadyuva el derecho del ejecutante ó del ejecutado, debe tomar y proseguir el juicio en el estado en que lo halle, sin ser necesario promoverlo de nuevo, porque seria eternizarlo (5); pero si se opone por su propio derecho, no está obligado á ello si no quiere, antes bien se ha de principiar del mismo modo que si no se hubiera instaurado (6).

7. La oposicion del tercero no suspende el curso de la via ejecutiva simple y absolutamente sino en dos casos. 1.º Quando expone y acredita legal y sumariamente que los bienes ejecutados son suyos, y entonces se le han de entregar, y luego proceder contra los del ejecutado. 2.º Si al tiempo de oponerse manifiesta instrumento que trae aparejada ejecucion, y no en otros

1 Ley 5. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.

2 Larrea decis. 82. num. 3 al 9. Carley. tit. 3. disp. 17. num. penult. y ult.

3 Ley 16. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

4 Rodrig. de *executicn.* cap. 8. num. 3. Covarr. dicho cap. 16. num. 2. Carley. tit.

3. disp. 12. num. 16. *Parlad.* part. 5. y §. 11. dicho num. 60.

5 Ley 17. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec.

6 Covarr. lib. 1. observ. 70 y 71. id. *Pract.* dicho cap. 13. Carley. disp. 12. dicho num. final.

términos (1), por lo que no manifestándolo debe usar de su acción en vía ordinaria, y seguirse la ejecutiva haciendo pago al ejecutante, y dando precisamente ante todas cosas fianza de volver y restituir lo que en aquella se juzgare y sentenciare, porque la variación del juicio fue para proceder, y no para decidir (2).

8. No milita lo expuesto en el segundo caso, cuando la mujer se opone por su dote legítima y entregada, porque como por ella le compete el privilegio de prelación, no solo se ha de suspender el juicio ejecutivo, sino también la entrega de los bienes al que ejecuta á su marido por deuda á que no está obligada, y dársele estos en prenda ó volvérselos si en ellos se trabó la ejecución, y se depositaron en tercero, hasta que su tercera se decida, bajo la obligación y fianza de retenerlos íntegros é ilesos á disposición del juez que de ambas causas conoce, y restituirlos siempre que se lo mande, y los acreedores prueben la preferencia de sus créditos á la dote (3), en los términos explicados en el párrafo 12, capítulo 4 de este título, y no en otros; pues así se practica en la Corte (*).

9. Instituyendo el deudor por heredero á un acreedor suyo, si este acepta la herencia con beneficio de inventario, lo hace legalmente, y luego le ejecuta como tal heredero otro acreedor del testador, es necesario tener presente si se opone á la ejecución como reo ó como actor. Si lo hace como reo, exceptuando que los bienes son suyos y no de la herencia, y que todos se han consumido en satisfacer á los acreedores anteriores, y así propio como uno de ellos, y acredita en los diez días de la ley la satisfacción con documentos legítimos, manifestando también el inventario solemne (pues no basta ofrecer probarlo por testigos, porque se presume falsedad, cuando se puede probar instrumentalmente); debe ser absuelto y no molestado, porque no está obligado en más de lo que importe la herencia; pero si en el término referido no acredita la excepción en la

1 Greg. Lop. en la Ley 11. tit. 4. Part. 3. glos. 1. Rodrig. dicho cap. 8. num. 12.

2 Ley *A divo Pio*, §. *Si super rebus*, ff. de judic. Ley 6. tit. 10. Part. 3. verb. *Empero Cur. Filip.* dicho §. 26. num. 11. Paz part. 4. cap. 4. num. 7. com. 1. *Prax.*

3 Ley *Ubi adhuc*, Cod. de jure dot. Ley 16. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* num. 11.

* Si teniendo la mujer hipoteca especial en alguna cosa del marido, y general

en los demás bienes, se opusiere á la ejecución de un acreedor posterior, no puede impedirla si no se hizo en dicha hipoteca especial, excepto que conste no ser esta suficiente para el pago de la dote; pues el acreedor que tiene hipoteca especial y general en los bienes del deudor común, primero debe cobrar de los bienes especialmente obligados, y no siendo bastantes para ello, ha de recurrir á la hipoteca general. *Febrero reformado.*

forma propuesta, se ha de continuar la ejecución en los bienes, como que son de aquella.

10. Si se opone como actor (al modo que si viviendo el difunto le ejecutase otro acreedor se opondría como tercero) se ha de nombrar defensor á los bienes, entenderse con él todas las diligencias ejecutivas, y suspenderse la ejecución, porque el heredero con beneficio de inventario tiene la representación de tal y la de acreedor, por cuya razón no se confunden las acciones que por los dos respectos le competen. Por tanto le es más útil oponerse como actor que como reo, porque como reo, á más de no hacer que cese la vía ejecutiva, será condenado si no prueba sus excepciones en los diez días de la ley, y como actor no solo la suspende, sino que tiene término mucho mayor para justificar su acción, del mismo modo que si no fuera heredero (1).

11. Si cuando ejecuta al deudor un acreedor hipotecario ocurre antes de la sentencia, y en ejecución otro también hipotecario en los bienes ejecutados, ó personal privilegiado, acreditando ser preferido al ejecutante, y pretendiendo se le haga pago primero que á este, dicen algunos (2) que no se suspenderá la ejecución y venta de los bienes, antes bien han de subastarse para satisfacer al tercero su crédito como privilegiado, entregándose lo que sobrare al ejecutante que obtuvo antes la sentencia; pues no se atiende al tiempo de esta, sino al del contrato y obligación, por ser primero en derecho el que lo es en tiempo; en cuya consecuencia el acreedor anterior, aunque el plazo de su crédito no esté cumplido puede oponerse á la ejecución hecha por el posterior, y pedirlo si para ello tiene causa legítima, v. gr. ser sospechoso de fuga el deudor, carecer de bienes suficientes para reintegrar á entrambos, ó temer con sólido fundamento que todos se consuman con el ejecutante.

12. Pero otros autores afirman que se debe suspender la venta hasta que se concluya el pleito de preferencia, excepto en tres casos: 1.º Cuando el deudor es idóneo, y como tal tiene bienes equivalentes para satisfacer á entrambos acreedores, pues justificando la idoneidad no se impide la ejecución primera por la oposición del tercero. 2.º Cuando esta es calumniosa, y hecha únicamente con el objeto malicioso de retardar la ejecución, y entonces no solo no la impide, sino que no se debe admitir

1 Marescot. lib. 1. *Var.* cap. 37, y lib. 2. cap. 121. num. 25 y 26. *Surd.* decis. 92. y consil. 7. num. 31. lib. 1. *Carley.* disp. 13. dicho num. 7 y 8.

2 *Giurb.* decis. 61. num. 2, 6, 7 y 18. *Cost. de reintegr.* distinct. 95. num. 6 y 8. Marescot. lib. 2. *Var.* cap. 121. num. 3. *Cur. Filip.* part. 2. §. 26. num. 9.

tir; y el 3.º cuando el primer acreedor no pretende que se pague, sino que se vendan los bienes embargados para hacerle pago de su crédito, porque tiene mejor derecho; en cuyo caso ninguno de los dos puede impedir la venta, ni debe dejar de hacerse, aunque el uno la contradiga, por ser útil á entrambos (1). Pero si el acreedor segundo ocurre despues de celebrada la venta y pagado el primer ejecutante, tendrá que seguir la via ordinaria contra él, como poseedor de los bienes del deudor, ó la ejecutiva contra este si algunos le quedaron (2).

13. Si ejecutando un acreedor al deudor despues de cumplido el plazo de la escritura, ocurre otro acreedor de igual clase, cuyo crédito es anterior en la obligación, pero en el plazo del pago posterior al del ejecutante, y disputan ambos sobre cual de los dos debe ser preferido, lo será el primero en la obligación, no obstante ser el último en el tiempo destinado para la paga, en caso que el deudor sea sospechoso de fuga, ó carezca de bienes suficientes para satisfacer á entrambos, ó vaya consumiendo su patrimonio; porque como tiene causa legitima para pedir su débito antes del plazo, y la obligación es anterior á la del otro, se entiende haber esperado este, y se retrotrae la obligación al dia en que aquel se contrajo (3).

14. Admitida la oposicion del tercero, se debe conferir traslado de ella al ejecutante y ejecutado, recibirse la causa á prueba si fuere necesario, y seguirse la preferencia en via ordinaria; porque en este caso se consideran dos juicios, uno ejecutivo del acreedor contra el deudor, y otro ordinario sobre prelacion entre los acreedores, que no puede ser ejecutivo á causa de no estar obligado el uno al otro, y carecer de accion por este defecto para proceder ejecutivamente entre sí; por consiguiente, mientras se controvierte su preferencia se ha de suspender la via ejecutiva, y aunque ocurran al juicio por su propio derecho otros opositores, no suspenderá su curso la nueva oposicion, y asi se podrá continuar y decidir la causa y ejecutar la sentencia, dando primero el opositor (si se declaró su preferencia al ejecutante) la fianza de acreedor de mejor derecho, que expliqué en el libro 2, título 4, capítulo 18, párrafo 15. Pero lo que he visto observar en la práctica, como mas equitativo, mas breve y menos costoso, es

1 Carlev. tit. 3. disp. 12. num. 5 al 9, y num. 13 al 17, y otros que cita.

2 Greg. Lop. en la ley 11. tit. 14. Part. 5. glos. 1. Carlev. ibi, num. 3.

3 Ley 1. Ley Qui balneum, 9. §. 1. Ley Potior, 11. §. Videamus, 1. y ley Lucius

Titius, 9. ff. Qui potiores in pignore habeantur, y ley Quæsitum, 14. ff. de pignori. Rodrig. Suar. en la ley Post rem judicatam. limit. 7. num. 4. Fagnan. de pignori. part. 4. num. 15. Rodrig. de execution. cap. 8. num. 6 al 8.

seguirla con todos y graduarlo en una sentencia, y asi se debe hacer.

15. Se ha de ejecutar bajo una de las fianzas de Toledo ó Madrid, sin embargo de apelacion y nulidad, la sentencia dada en el juicio ejecutivo, en que hubo oposicion de uno ó mas terceros, cuando estos salieron auxiliando el derecho del ejecutante ó ejecutado; porque la suspension de la via ejecutiva en cuanto á ellos, fue solo en el modo y orden de proceder, mas no en lo tocante á la decision (1). Pero no sucederá asi en caso de que hayan salido por su propio derecho, porque la causa como de prelacion se convirtió de ejecutiva en ordinaria, y asi no habrá lugar á la ejecucion de la sentencia hasta que se ejecutorie ó consienta. Si el tercero ó terceros no manifestaren su derecho en el término ordinario que el juez les prefina, se volverá luego á seguir la via ejecutiva, y á sentenciar la causa de remate en los bienes ejecutados (2).

16. Aunque la hipoteca y obligación de bienes vinculados se contraiga en virtud de facultad Real, y con las cláusulas mas eficaces, siempre es y se entiende subsidiaria, y solo produce efecto en cuanto á ellas, cuando los libres del poseedor que la contrajo no son suficientes para el íntegro pago del acreedor, y asi es indispensable la previa y plenaria excusion en estos, especialmente si se obligaron juntamente con aquellos, porque el mayorazgo se gradúa y estima en dicho caso como fiador de indemnidad, y este solo debe ser reconvenido subsidiariamente, que es en defecto del principal, y despues de dicha excusion en sus bienes, como senté en el libro 2, título 4, capítulo 17. *Nota sobre la indemnidad.*

1 Leyes 12, 16 y 17. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. Cur. Filip. dicho §. 26. num. 13.

2 Rodrig. cap. 8. cit. num. 12. Paz in

prax. part. 4. esp. 4. num. 7. Cur. Filip. ibi, num. 23 dicho.