

primero, cuando el acreedor que la cogió, pudiendo usar de su derecho en la ejecutiva, se retrae de aquella y pide por esta, en el cual resuelve con mas de treinta autores y algunos textos que cita, que no puede, y que le obsta la excepcion de *litis pendencia*, á ménos que el deudor se conforme: lo uno porque la eleccion de la ordinaria, estando en su mano la ejecutiva, es visto haber renunciado esta: lo otro, porque carece de potestad para eludir el juicio que principió y está trabado con el deudor, sin que este lo consienta, porque una vez contestado, pasó á casicontrato; y lo tercero, porque lo que solemnemente se principia, se debe terminar con la misma solemnidad por la sentencia¹.

59. El segundo caso es cuando el reo, temiendo ser reconvenido por el actor, previene á este en via ordinaria con demanda (que llaman de *jactancia*), exponiendo corresponderle excepcion contra el instrumento ó sentencia que traen aparejada ejecucion, y pretendiendo que el juez lo declare así; en cuyo caso resuelve que la via ordinaria no impide la ejecutiva, y que así se ha de proseguir esta sin que obste la excepcion de la *litis pendencia*, porque ningun derecho autoriza ni da potestad al deudor, para defraudar al acreedor, y quitarle el remedio ejecutivo, que por virtud del instrumento ó sentencia le concede la ley, especialmente habiendo intervenido en su otorgamiento su voluntad y beneplácito. Amplia esto Carleval, aun cuando la via ordinaria se haya principiado ánte un juez eclesiástico, pretextando ser ilícito y usurario el contrato, ó ante un secular, y la ejecutiva ante otro; y lo limita en caso que la excepcion resulte manifiestamente del mismo instrumento, ó esté contenida en él, pues entónces habrá lugar á su admision, y obstará para pedir la ejecucion; porque así como la accion que de él aparece es guarentigia, lo es tambien la excepcion que incluye; y como tiene igual vigor, se debe proseguir y concluir el juicio del reo como preventivo, ántes que el pretendido por el actor.

60. Si el acreedor intenta primero la via ejecutiva, y luego pasa á la ordinaria (cuyo caso es distinto de los dos precedentes, y de él no trata Carleval), podrá dejar esta y continuar aquella, pagando al deudor las costas causadas hasta allí en la ordinaria; porque aunque estas dos vias son diversas, no contrarias; fuera de que la ejecucion está introducida en su favor, y por el uso de la ordinaria no es visto haberla renunciado, excepto que lo exprese; ni al reo se irroga perjuicio mediante que le paga las costas².

61. Lo mismo procede cuando en el instrumento concedió facultad el deudor al acreedor para mudar los juicios, y cuando este intentó

¹ Carlev. *De judicat.* tit. 3 disp. 14.

² Paz tom. 1 part. 4 cap. 1 n. 2, y cap. 3 n. 1.

Gutier. lib. 3 *Pract.* q. 39 n. 7 Marant. part. 6 tit. *De inatrum.* n. 13.

la ordinaria con protesta de volver á la ejecutiva siempre que quisiere¹. Si el acreedor hubiere ejecutado al deudor ante un juez, no le impide la *litis pendencia* volverle á ejecutar ante otro y dejar la ejecucion principiada sobre la misma suma, pues la via ejecutiva no puede causar instancia porque se procede sumariamente en ella; y así en ningun caso obsta la excepcion de estar pendiente² (*).

62. Teniendo accion el acreedor contra varios correos, fiadores ó mancomunados, no puede (pendiente el pleito con uno de ellos), dejarle é intentar contra alguno de los otros, despues de contestado; y así primero debe hacer excusion en los bienes de aquel, que dirigir su accion contra los demas³.

¹ Barbos. vot. 126 n. 10. *Cur. Philip. illust.* tom. 1 part. 2 § 1 n. 1.

² Noguerol alleg. 4 n. 26. Salg. *De retent.* part. 2 cap. 10 n. 11. Parej. *De edition.* tit. 4 resolut. únic. § 6 n. 121. Carlev. tit. 2 disp. 2 n. 16.

(*) Parladorio es de contrario sentir, fundado en que lo dispuesto acerca de la *litis pendencia* en los juicios ordinarios, debe tener lugar en los ejecutivos, por haber la misma razon para ello; y Salgado le impugna, porque se aparta de la opinion comun de los intérpretes, sin apoyar la suya en ningun fundamento de autoridad.

Pero sin embargo, como Salgado y los intérpretes no se apoyan en el derecho patrio sino en el romano y en otros intérpretes, creo que deberá seguirse la opinion de Parladorio, ya porque parece cosa injusta permitir al acreedor que moleste y veje á su deudor en muchos tribunales, y ya porque las leyes del reino procuran por muchos medios evitar, cortar y abreviar los pleitos. A vista de estas razones se reputará de poco ó ningun momento la de que la via ejecutiva no puede causar instancia por procederse en ella sumariamente. *Febrero reformado.*

³ LL. 16 y 23. Cod. *De fidejussorib.*

CAPITULO IV.

Cómo se ha de pedir, despachar y trabar la ejecucion; con qué orden y en qué dias puede ó no hacerse; qué personas gozan de beneficio de competencia; por cuánto tiempo se han de dar los pregones á los bienes ejecutados, y cuándo y cómo se ha de citar de remate al reo ejecutado.

- 1 Circunstancias necesarias para que se pueda proceder ejecutivamente.
- 2 Providencia que suelen dar algunos jueces indulgentes ántes de despachar el mandamiento ejecutivo, la cual no parece arreglada á derecho.
- 3 Requisitos que deben intervenir para que no se anule la ejecucion por defecto ó vicio en las diligencias.
- 4 El orden que previene la ley en cuanto al modo de hacer la traba en los bienes, segun la clase de estos, cómo deberá entenderse?
- 5 Puede hacerse la traba en varias cosas ó bienes del deudor, nombrán-

dolas individualmente, ó en una sola, á nombre y voz de las demas.

- 6 Si el ejecutado formare concurso de acreedores, incluyere en el memorial y se embargaren en consecuencia algunos bienes pertenecientes á otro, ¿qué deberá hacer este para reclamarlos?
- 7 Despachándose la ejecucion contra el fiador, puede señalar bienes que tenga el deudor en su casa ó fuera de ella.
- 8 La ejecucion se puede mejorar en cualquier estado de la causa á instancia del acreedor.
- 9 ¿Qué deberá hacerse dirigiéndose la ejecucion contra un tercero po-

- deudor, que no es heredero ni trae causa del que contrajo la obligacion hipotecaria?
- 10 Los bienes ejecutados deben inventariarse con especificacion y claridad, y depositarse en persona abonada.
- 11 No hallándose depositario abonado, puede el alguacil entregarlos al acreedor por via de depósito, ó hacer que por su cuenta y riesgo busque quien lo sea.
- 12 Manifestando la muger su carta de dote, si es legítima, se la ha de nombrar depositaria de los bienes ejecutados, bajo la obligacion que allí se expresa.
- 13 Hecha la traba, se ha de notificar al deudor en persona, pudiendo ser habido, el estado de la ejecucion.
- 14 No pagando el deudor dentro de las setenta y dos horas siguientes á la en que se le notificó el estado de la ejecucion, incurre en la pena de satisfacer la décima parte mas.
- 15 Para que el ejecutado mayor de veinte y cinco años no alegue ignorancia, tiene obligacion el escribano de hacerle saber dicha pena al tiempo de notificarle el estado.
- 16 Al mismo tiempo le ha de preguntar si tiene ó no por dados los pregones de la ley, y quiere gozar de su término, ó bien que se den.
- 17 Los bienes ejecutados se deben vender en pública subasta por pregones; y cuándo han de darse estos?
- 18 ¿Cuántos pregones habrán de darse cuando el ejecutado se halle con sus bienes en otra jurisdiccion, ó en pueblo diverso de aquel en que se siga el juicio?
- 19 ¿En qué tiempo se han de dar los pregones cuando se traba la ejecucion en bienes muebles y raices?
- 20 Aunque el ejecutado renuncie los pregones, es preciso que se pase su término si no le renunció tambien.
- 21 No deben darse los pregones cuando la ejecucion se traba en dinero que existe en poder del deudor, ó está depositado en el de un

tercero.

- 22 ¿Qué se deberá hacer cuando no hay pregonero en el pueblo para dar los pregones?
- 23 Debe requerirse al ejecutado para que afiance de saneamiento.
- 24 A quiénes corresponde el beneficio de competencia; es decir, que no pueden ser reconvenidos en mas de sus posibles por deuda civil, ántes bien se les ha de dejar una congrua sustentacion.
- 25 Tampoco debe ser réconvenido en mas de sus posibles, ni está obligado á responder en juicio, el que hizo legalmente cesion de bienes ó concurso de acreedores.
- 26 ¿En qué casos no se admite este beneficio de competencia?
- 27 Pasado el término de los pregones se ha de citar al deudor en persona (si pudiere ser hallado), de mandato expreso del juez, por escrito, y á instancia del acreedor.
- 28 No dejándose ver el ejecutado, se deben practicar para citarle de remate, las mismas diligencias que para notificarle el estado de la ejecucion.
- 29 Hallándose el reo fuera del territorio ó jurisdiccion del juez que entiende en los autos ejecutivos, ha de librar requisitoria al de su domicilio.
- 30 Cuando los bienes en que se trabó la ejecucion estan poseidos por tercero ó por acreedores conocidos, se les debe citar tambien en sus personas, pudiendo ser hallados.
- 31 Compareciendo por sí en el juicio el ejecutado, ú oponiéndose ántes que se le cite de remate, es ociosa la citacion, y no debe darse auto para hacerla.
- 32 No siendo suficientes los bienes ejecutados para el pago de la deuda, su décima y costas; si por está razon se hiciere nueva ejecucion, ó la despachada se ampliáre ó mejorare en otras, debe ser citado segunda vez el deudor para el remate de estos.

1. **P**ara que se pueda proceder ejecutivamente han de concurrir y debe tener presentes el juez seis circunstancias. 1.^ª Que el ejecutante sea parte legítima para pedir la ejecucion, y sin legal prohibicion de comparecer en juicio, lo cual ha de hacer constar al tiempo de pedirla, ya la solicite por sí propio ó en nombre de otro, pues de lo contrario no se debe despachar¹; y que si es cesionario por escritura, la presente, y si por endoso de algun vale, letra ó libranza, reconozca su firma en el endosante ó cedente, pues si no la reconoce primero ó no la confiesa el deudor, se anulará la ejecucion, oponiendo este la excepcion de ilegitimidad de persona, por no acreditar ser cierta la cesion hecha por quien debia hacerla, como lo he visto declarado. 2.^ª Que si constituyó obligacion de practicar ántes por sí alguna cosa, la practique, pues conteniéndola así el instrumento, no se ha de expedir el mandamiento hasta que la cumpla, porque debe preceder siempre el cumplimiento de parte del actor². 3.^ª Que si se pide en virtud de confesion, sea clara y de cantidad líquida, porque si hay duda, por leve que sea, no se debe despachar. Si la pide en fuerza de instrumento público, la traiga aparejada, y no sea falso, ni esté roto, cancelado ni sospechoso en parte sustancial, de modo que resulte excepcion legítima, ni que haya prescrito el tiempo prefinido por la ley 63 de Toro para pedir ejecutivamente, ni contenga vicio ni defecto esencial, v. gr. ser trasladado sacado sin citacion por escribano ante quien no se otorgó, y no la copia original, ó no estar suscrita esta como debe por el que la hizo, sino dada por *concuenda* con el protocolo &c.; en estos casos, hasta que se purifique y subsane el vicio ó defecto, no se debe despachar, y si se despacha es nula³. 4.^ª Que si el instrumento contiene plazo ó condicion, esten cumplidos; pues si ántes de cumplirse la pide el acreedor, á mas de que no debe ser oido, debe el juez condenarle en costas, y prorogar ó alargar al deudor otro tanto tiempo mas que el que faltaba, porque lo mismo es no poder ser reconvenido todavía, que no ser deudor⁴, para lo cual debe reconocer las escrituras, por si son ó no ejecutivas, y no fiarse de escribanos ignorantes; pues si por haber despachado indebidamente la ejecucion, sea por el motivo que fuere, se diere por nula, debe satisfacer y restituir en pena los derechos que llevare con el cuatrotanto,

1 Bald. in leg. 2 Cod. De edit. Divi Adriani. Paz part. 4 tom. 1 cap. 2. ns. 18 y 22. Avendañ. in declaration. leg. 4 et 5 tit. 8 lib. 3 Ordenam. n. 2 vers. *Primo debet*.
2 L. Julianus. § Offerti. ff. De action. empt. Parlad. lib. 2 part. 5 § 2 n. 22. Capic. dec. 17. Rodr. De execut. cap. 5 ns. 13 y 17.

3 L. 2 ff. De fide instrum. Avendañ. en las leyes 4 y 5 tit. 8 lib. 3. Ordenam. n. 21. Rodrig. dicho cap. 5 n. 16. Acev. en la ley 19 tit. 21 lib. 4 R. n. 10. Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 1 limit. 2 § 12.
4 L. 45 tit. 2 part. 3 verb. *Otroxi decimos*. L. 1 tit. 29 lib. 11 N. R.

y las costas á las partes¹, no pudiendo condenar en estas al ejecutante, como algunos hacen, imputándole la culpa que ellos tienen en no examinar como deben las escrituras, por no saber su oficio. Así, lo que debe hacer, es declarar no haber lugar á despachar la ejecución, y mandar al actor que pida *conforme á derecho*, ó comunicar traslado liso y llano al deudor, ó mandarle pagar dentro de tercero día, con el aditamento *de que si tuviere razon para no pagar, la deduzca dentro del propio término*, sin imponerle apercibimiento alguno, con lo cual se seguirá el pleito ordinariamente como en dichos casos se debe. Pero si el deudor viene á pobreza, ó se presume que haga fuga, tiene la alternativa el acreedor de pedir la ejecución ántes del plazo, expresando y justificando su insolven- cia ó el recelo, pues en este caso se tiene por cumplido, ó que para cuando espire, le asegure la deuda con persona lega- llana y abandonada². 5.^o Que el juez, ántes de entregar el mandamiento al acreedor le reciba juramento de cuánto es lo que verdaderamente se le está debiendo, y de que no pide maliciosamente la ejecución, segun lo manda la ley³, ó que él lo jure en el pedimento, que es lo que regularmente se practica, y suerte el propio efecto, lo cual se entiende no siendo heredero del acreedor el que pide, porque si lo fuere, no está obligado á ello por la razon expuesta en el párrafo 10 del capítulo anterior; bien que por omitir el juramento no se vicia la ejecución, porque la ley no le pone por forma sino por solemnidad, como dicen algunos autores, aunque otros sienten lo contrario. Para no incurrir en la pena de la demasia y de otro tanto que la ley 6. tit. 28, lib. 11. Nov. Rec. impone al acreedor, por pedir mas de lo que legítimamente se le debe, ha de poner en el pedimento esta cláusula: *y protexto admitir en cuenta legítimos y justos pagos*, con la cual se liberta de ella en el caso que explicaré en el capítulo último de este título, porque se restringe y limita á la cantidad á que real y verdaderamente asciende el débito⁴; pues muchos acreedores, habiendo percibido algo á cuenta de sus créditos, piden por el todo con malicia, ó por no haber sentido lo que han tomado, y no acordarse. 6.^o Que respecto estar prohibido al acreedor hacerse justicia de propia autoridad, pena de perder la deuda⁵, acuda al juez para que se la haga, y que este lo sea competente del reo ejecutado; pues así en las causas ejecutivas como en las demas, debe seguir el actor el fuero del reo, y de lo contrario es nulo el mandamiento, por obstarle la excepcion de

1 LL. 8 tit. 28 y 11 tit. 30 lib. 11 N. R.
Rodrig. ibi n. 10.
2 L. 17 tit. 13 part. 5. Rodrig. ibi n. 11.
3 L. 6 tit. 28 lib. 11 N. R. Rodrig. ibi n. 14.
4 Dieg. Per. en la ley 21 tit. 14 lib. 2. Or.

denam. gl. 1 vers. *Quod autem*. Gútier. lib.
1. *Pract.* q. 129 n. 3. Paz ibi ns. 18 y 19.
Rodr. ibi n. 15.
5 L. 8 tit. 29 lib. 11 N. R.

incompetencia (4), y lo mismo procede cuando se pide en dias en que está prohibido hacer juicio.

2.^o Muchos jueces inferiores, indulgentes porque el deudor tenga mas tiempo para buscar dinero y pagar y no se le cause extorsion, suelen aun concurriendo las circunstancias expresadas, mandar que se le notifique pague dentro de tercero día con apercibimiento de ejecución; y otros le dan traslado sin perjuicio, con término breve y perentorio que le prefinen para responder á él, con lo cual no se priva al acreedor de su derecho de ejecutar; pero lo cierto es que siguiendo, segun estan obligados, el rigor de la ley, deben despachar mandamiento ejecutivo contra sus bienes, y especialmente contra los que esten así obligados, por la cantidad pretendida, su décima y costas, sin pedir fianza al acreedor, ni citar al deudor, excepto que sea heredero del que constituyó el débito cedido por el acreedor, pues entónces debe ser citado, porque este no podia pedir la ejecución contra él sin hacer constar ántes ser tal heredero; y si hizo inventario con la pureza legal, y no ocultó bienes de la herencia, cumple con entregarlos sin estar obligado á mas, por lo que no se puede proceder contra su persona¹. El mandamiento de ejecución se ha de entregar al mismo acreedor, y no al alguacil, pena de nulidad de ella, como lo manda la ley². Sin embargo, lo que se hace es entregarle al escribano y alguacil de consentimiento verbal suyo, y no se anula la ejecución, pues con su consentimiento cesa la razon de la prohibicion legal, y la misma ley prohibitiva.

3.^o Tres requisitos deben intervenir para que no se anule la ejecución por defecto ó vicio en las diligencias. 1.^o Que no se haga en dias colendos ó festivos por estar prohibido, á ménos que el deudor sea sospechoso de fuga, que entónces la necesidad lo dispensa; ni tampoco en los feriados, excepto que en el contrato haya renunciado el deudor el beneficio que en estos le concede el derecho, como antiguamente se hacia en las escrituras; bien que muchos afirman que en los juicios sumarios no se entienden exceptuados los dias feriados, y que por consiguiente se puede hacer en ellos la ejecución, sobre lo cual véase á Parlad. lib. 2. cap. fin part. 5. §. 4; pero no se practica, excepto que preceda habilitacion de unos y otros dias con causa, y así no lo debe hacer el escribano sin este requisito. 2.^o Que pudiendo ser habido el deudor, se le requiera con el mandamiento ejecutivo para que pague la cantidad por que se des-

1 Salg. *De retent.* part. 2 cap. 17, y part. 3
De reg. cap. 3 n. 54. Acev. en dicha ley
19. Avendañ. en el título de las excepcio-
nes n. 25. Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 2

§. 1.
2 L. 19 tit. 21 lib. 4 R., ó 12 tit. 28 lib. 11 N.
3 L. 17 id. ó 10 tit. 28 id.

pachó, y no pagándola, señale bienes en que trabar la ejecución, y se trabe en ciertos, determinados y suficientes á cubrir la deuda, su décima y costas, y no general é indistintamente en todos los del deudor, sin especificar los que son¹. 3.º Que la traba se haga precisamente en bienes muebles, en los cuales se comprenden los semovientes segun derecho², aunque la ley recopilada no hace mencion de estos: no habiéndolos, debe hacerse en los raíces, y á falta de todos, en las deudas, derechos y acciones del deudor, no estando pactado lo contrario en el contrato, cuya orden se requiere por forma, segun la ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. que dice: *Porque por no estar declarado por leyes de estos reinos la forma que se ha de tener en las ejecuciones . . . sigue especificando el orden referido, y mas abajo dice: Y por esta forma se haga la ejecución . . . &c.*; de modo que si se invierte dicho orden, como que es sustancial, se vicia el acto, y puede apelar el ejecutado, mas no apelando, quedá firme y no se anula³. Tampoco se anula cuando se traba indistintamente en dinero perteneciente al deudor, y depositado ó existente en poder de otro, ó en réditos ó en pensiones anuales. Pero si el fisco ejecuta por sus rentas, no se observa el orden expuesto.

4. Este orden legal de hacer la traba (que algunos dicen no es sustancial sino respectivo á la solemnidad del juicio, y que por lo mismo aunque se invierta no se vicia el acto, porque se debe atender á la verdad del hecho), tiene lugar cuando la obligacion es meramente personal ó general hipotecaria, pues si fuere hipotecaria especial solamente, sin embargo de que el acreedor pida la ejecución contra todos y cualesquiera bienes del deudor, y se despache así, se debe trabar en los especialmente afectos á su responsabilidad: lo primero, porque se presume son suficientes para la solucion de la deuda: lo segundo, porque por el hecho de haberse contentado con ellos el acreedor para su seguridad, es visto haber querido que en ellos se trabase; y lo tercero, porque de lo contrario se puede irrogar perjuicio á otro acreedor de inferior grado á quien no estén afectos, ó al tercero que los posea, y ademas se debe observar el orden de la obligacion⁴. Si luego apareciere que no son suficientes, se puede ampliar la ejecución y embargo á otros bienes á instancia del acreedor, y así se practica en la corte; pero si la escritura contie-

1 L. 1 Cod. *De jure domini impetrand.* Paz tom. 1 part. 4 cap. 2 n. 28. Parlad. lib. part. y cap. cit. § 3 n. 60 y fin.
2 L. *Moventium*, ff. *De verbor. signific.* y ley 10 tit. 33 part. 7.
3 L. *Cum ii*, § *Si praetor*. ff. *De transact.* Rodr. dicho cap. 5 n. 29. Parlad. § 3 cit.

ns. 4 y 5. *Cur. Philip. illust.* part. 2 § 15 n. 10.

4 Carlov. tit. 3 disp. 2 n. 5. Parlad. ibi. ns. 44 y 45.

5 Rodr. ibi n. 30. Molina *De primog.* lib. 4 cap. 7 n. 2 y sig. Covar. lib. 3 *Var.* cap. 18. Paz tom. 1 part. 4 cap. 4 n. 5.

ne tambien la obligacion general, y la ejecución se despacha contra el que la otorgó, se deberá trabar en sus bienes muebles y demas con arreglo á la ley, é igualmente en los especialmente afectos á la responsabilidad del débito. Lo mismo procede cuando se despacha en virtud de sentencia, pues se debe trabar en las cosas expresadas en ella, y no en otras, sin exceder ni pasar de una á otra¹, como queda sentado, porque hay identidad de razon; bien que en uno y otro caso, si la ejecución se despacha contra todos, y especial y señaladamente contra los especialmente hipotecados, aunque se trabe en todos no se anulará, porque lo que abunda no daña, y la ley ni habla de estos casos, ni por consiguiente prohíbe que se practique de esta suerte.

5. Puede hacerse la traba de ejecución en muchas alhajas ó bienes del deudor nombrándolos individualmente en la diligencia, lo cual es lo seguro, ó en una sola cosa en nombre de las demas que aparezcan pertenecerle al tiempo del remate, segun en la corte y en otras partes se practica, porque no hay legal prohibicion; bien que esto es peligroso por lo que se dirá en el párrafo 8; y aunque lo regular es que el deudor, si está presente, nombre y señale los bienes en que se ha de hacer, y si no quiere señalarlos, se le ha de compeler á ello; no obstante, si no sedeja ver, tiene facultad el alguacil ó el ejecutor de trabarla en cualesquiera que halle en su casa, porque se presumen suyos, miéntras su dueño no haga ver al juez que no lo son; por cuya razon, y porque la ley no habla de este caso, ni por consiguiente hay prohibicion, no se debe anular la ejecución por no haberlos manifestado el deudor. En este último caso, y en el de que el acreedor los nombre, como puede hacerlo, y no en otro, se debe hacer la traba por *cuenta y riesgo de este*, y expresarlo así en la diligencia, para que si tocan á otro, como lo ignoran los ministros, no se les impute á culpa su invencible ignorancia: de este modo no deberán ser condenados en las costas causadas, por declararse nula la ejecución por este vicio; pero si el deudor lo señala, se omitirá dicha expresion para que no sea gravado el acreedor. El alguacil puede entrar en casa del deudor, y hacer la traba y embargo cuando este se oculta ó no parece, una vez que le abran la puerta espontáneamente, pero no allanarla con violencia sin expresa orden judicial, y así se practica en la corte, porque la ley no lo prohíbe; y aunque el ejecutado le manifieste recibo simple de haber pagado al ejecutante el todo ó parte de la deuda, no debe admitírsele, ni dejar de hacer el embargo y demas diligencias, porque carece de facultad para ello: en este caso debe decirle que le presente á su

1 L. 47 tit. 18, y ley 3 al fin tit. 27 part. 3.

tiempo al juez, que es el que conoce y debe conocer de si es ó no legitimo con audiencia del ejecutante.

6. Formando concurso de acreedores el ejecutado, si como suyos incluye en el memorial, y se embargan algunos bienes existentes en su poder por via de depósito ó en otra forma semejante, pertenecientes á otro, ó se trabó en ellos la ejecucion, debe acreditarlo la persona á quien pertenezcan ante el mismo juez del concurso, y como uno de los acreedores, seguir con los demas su derecho sobre la prelación por razon de dominio en los que ignorantemente se le secuestraron en inteligencia de ser propios del concursante.

7. Despachándose la ejecucion contra el fiador, puede nombrar ó señalar bienes que tenga en su casa ó fuera de ella el principal deudor, en los que se trabe ¹; y resultando ser ajenos, debe el juez oír breve y sumariamente á su dueño, entregárselos, precedida justificación de su pertenencia, y hacer nuevamente la ejecución en otros del deudor, como se prueba de la ley 3. tit. 27 Part. 3, que dice: *E si por aventura en cumpliendo el juicio acaeciére contienda sobre las cosas que tomaban para facer la entrega, diciendo algunas que eran suyas, ó que habian derecho en ellas, é non de aquel contra quien fué dada la sentencia; entónce debe el juzgador llanamente saber verdad, si es como dicen; é si fallare que es así, debe dejar las cosas, é cumplir el juicio en las otras del vencido que fallare que son sin contienda.* Pero el alguacil no debe dejar de embargarlos y depositarlos, aunque el mismo deudor y el que se titula dueño digan ser de este, porque como mero executor carece de facultad para declarar á quién tocan, y entregarlos; y así se han de inventariar con separacion y especificacion, poniendo en la diligencia lo que ocurra, y se exprese por su dueño ó por el ejecutado.

8. La traba de ejecucion es propiamente embargo que se hace de los bienes del deudor para asegurar la deuda, mediante no haberla satisfecho al tiempo que se le requirió con el mandamiento ejecutivo (como pudiendo ser habido, debe hacerse), pues pagando, se acaba el juicio. Si se hace en una alhaja en voz y nombre de las demas (lo cual no apruebo, porque se da lugar á que el deudor oculte bienes mientras se sustancia el juicio, y que la sentencia de remate no se pueda dar, ó sea ilusoria), ó especialmente en algunas, se puede mejorar ó ampliar en cualquier estado de la causa á instancia del acreedor, como queda expuesto, ya sea porque no le parezcan suficientes, ó porque presuma que las embargadas tocan á tercero, á cuyo fin en la diligencia de traba se debe poner por via de precaucion la protesta de *mejorar la ejecucion, ó ampliarla en cual-*

I Oloa De ces. jur. tit. 5 q. 5 n. 43. Cast. |
lib. 4. Controv. cap. 14 n. 29. Noguera. al.

leg. 21. Parlad. dicha q. § 3 n. 59.

quier estado del pleito, siempre que convenga y lo pida el acreedor, pues así lo practican los inteligentes.

9. Dirigiéndose la ejecucion contra tercero poseedor, que no es heredero ni trae causa del que contrajo la obligacion hipotecaria, v. gr. del mayorazgo afecto á un censo que otro de diversa línea impuso, se ha de trabar en la alhaja gravada, y no en los bienes libres privados del tercero, ni en los de otro mayorazgo que posea, y no esten obligados, ni en sus rentas; y no haciéndose en esta forma, es nula la ejecucion por el vicio con que se trabó, y puesto este, se volverá al estado primitivo que tenia ántes de trabarse. Pero si se trabare en ellos, y en la misma hipoteca, no se anulará, porque lo útil no se vicia por lo inútil, y así quedará secuestrada esta, y los demas bienes se desembargarán al instante que se pida; lo cual obtuve y ejecutorié en pleito que seguí, y prevengo al escribano para que no cometa semejante absurdo, porque este poseedor ni constituyó obligacion personal, ni la tiene de responder con otros bienes que con los especialmente hipotecados, por no ser heredero ni traer causa del que contrajo la hipoteca.

10. Pero ya se haga la traba en la forma prescrita en el párrafo 8, ó en los bienes que se encuentren pertenecer al deudor, se deben inventariar todos con especificacion, claridad é individualidad; depositar á presencia de tres testigos en persona lega, llana y abonada del pueblo; y no llevarlos á su poder el alguacil, ni dejarlos en el deudor, porque lo prohíbe la ley ¹. El alguacil puede apremiar al sujeto que tenga las cualidades referidas, á que los reciba en depósito, entregándoselos sin perjuicio de su derecho, si por custodiarlos se le causa algun daño; porque el ser depositario judicial es carga que á todos comprende, y deben sufrir por el beneficio público, pues de lo contrario se quedarian los acreedores sin poder cobrar sus créditos, y los deudores consumirían los bienes embargados. Si son raices ó juros, censos ú otros efectos redituables, no hay que hacer depósito formal, excepto de los frutos que tengan pendientes y redituen; y lo que se debe practicar es *requerir á los arrendatarios y demas que deban contribuir con sus rentas al deudor, las retengan á ley de depósito, á orden del juez que conoce de la causa ú otro competente, y no las entreguen á persona alguna sin su mandato, bajo la pena de volverlas á pagar de su caudal no lo cumpliendo;* cuyo requerimiento han de firmar los requeridos, si saben, y acreditar con recibos lo que pagan y estan debiendo, anotándose por el escribano al pié de ellos; de modo que se traba la ejecucion en la alhaja, y se mejora en sus alquileres, réditos y pensiones; y así á di-

1 L. 7 tit. 21 lib. 4 R., ó 1 tit. 30 lib. 11 N. Rodr. dicho cap. 5 n. 31.