

De la oposicion del ejecutado, y de las excepciones que se le deben ó no admitir; del término en que las ha de probar para impedir la ejecucion; y de si el juez requerido podrá conocer de ellas y determinarlas.

- 1 Hecha la citacion de remate, podrá oponerse el deudor á la ejecucion por sí ó por medio de procurador. En caso de no acudir á defenderse, ¿qué deberá hacer el juez?
- 2 No es necesario que el reo, al tiempo de oponerse á la ejecucion, especifique la excepcion que tiene para enervarla, y basta que lo haga en términos genéricos.
- 3 ¿Cuántas clases de excepciones podrá oponer el ejecutado?
- 4 De la excepcion de pago: ¿cómo ha de hacerse la prueba de este para impedir la ejecucion?
- 5 Otro modo de hacer la prueba del pago.
- 6 De la excepcion del pago ó promesa de no pedir la deuda.
- 7 De la excepcion de falsedad del instrumento.
- 8 Excepcion de la usura.
- 9 Excepcion de la fuerza ó miedo.
- 10 Segunda clase de excepciones llamadas útiles: de la compensacion.
- 11 De la transacion hecha ante juez ó escribano público.
- 12 hasta el 16 De la novacion.
- 17 y 18 De la delegacion.
- 19 ¿En que caso valdrá la novacion, si estando uno obligado bajo de condicion á pagar á otro cierta cantidad, renovase puramente otro tercero esta obligacion?
- 20 Razon por que no pueden hacer novacion las mugeres, ni el menor de catorce años, sin otorgamiento del curador.
- 21 De la excepcion de nulidad del contrato.
- 22 Excepcion de la simulacion de contrato.
- 23, 24 y 25 ¿De cuántos modos puede cometerse la simulacion?
- 26 y 27 Excepcion de que el instrumento en cuya virtud se pidió eje-
- cutivamente no contiene la causa de deber.
- 28 La prescripcion es otra de las excepciones que impiden la ejecucion.
- 29 En la prescripcion del derecho ejecutivo no es necesaria la buena fe: y ¿por qué razon?
- 30 hasta el 33 ¿De qué sentencias é instrumentos se da la prescripcion, y cómo han de contarse los diez años de ella en los varios casos que allí se designan?
- 34 ¿Cómo se interrumpe la accion en la via ejecutiva?
- 35 ¿De qué modo dura ó se perpetúa hasta cuarenta años la accion ejecutiva?
- 36 Pasados los diez años no se debe despachar ejecucion, sino dar simplemente traslado al deudor como de una demanda ordinaria.
- 37 Si se siguiese litigio sobre la legitimidad de una escritura de censo, y por sentencia se declarase válido el instrumento, podrá despacharse ejecucion, no solo por los caidos en los diez años, sino tambien por los posteriores hasta la ejecutoria.
- 38 Tambien impide la ejecucion la excepcion de que el instrumento en cuya virtud se despachó, no es público ni auténtico.
- 39 Si la escritura es censual, ú otra en que se hipoteque especialmente alguna finca, y el acreedor, ántes de entablar el juicio, no hizo tomar razon en la oficina de hipotecas, no se debe despachar ejecucion en su virtud.
- 40 ¿Qué deberá hacerse si en el instrumento no se señala plazo para la paga?
- 41 Se admiten en la via ejecutiva las excepciones que se dirigen con-

- tra la persona que la intenta.
- 42 Tambien tiene lugar la declinatoria de fuero.
- 43 Asimismo impide la ejecucion la excepcion de estar pendiente com-promiso sobre lo que se pide.
- 44 El no estar comprendida en instrumento la cantidad por que se expidió la ejecucion, es otra excepcion que la impide.
- 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.
- 46 Es excepcion legítima la del juramento que uno hace en las obligaciones en que está prohibido.
- 47 Impiden asimismo la ejecucion las excepciones anexas ó inherentes al contrato.
- 48 Limitaciones de la doctrina del párrafo anterior.
- 49 ¿Cuándo impedirá el progreso ejecutivo la excepcion de reconvenccion?
- 50 Se admite tambien en la via ejecutiva la excepcion del dinero no entregado.
- 51 Igualmente impide el curso de la ejecucion la excepcion que de ella misma puede originarse.
- 52 Ultimamente, obstan á la ojecucion cualesquiera excepciones que por derecho comun se permiten oponer, cuando el acreedor renunció en el contrato su beneficio.
- 53 Lo mismo procede con las que el reo podría 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 de los diez dias.
- 54 De la tercera clase de excepciones, que son las que no se admiten en el juicio ejecutivo por necesitar mayor exámen: una de ellas es la de dolo.
- 55 ¿De cuántos modos puede cometerse el dolo?
- 56 ¿Contra quiénes se puede oponer la excepcion de dolo?
- 57 Regularmente hablando no perjudica al singular sucesor, ni pasa contra él la excepcion de dolo que su causante cometió.
- 58 Puede renunciarse y remitirse por pacto la excepcion de dolo.
- 59 No es admisible en la via ejecutiva contra el instrumento público la excepcion de lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio.
- 60 ¿Cuándo se admitirá la excepcion de error de cálculo ó número?
- 61 Tampoco debe admitirse en el juicio ejecutivo la excepcion de division de la deuda entre los mancomunados.
- 62 Obligándose dos ó mas de mancomun *in solidum* por el todo, si el acreedor demandare á cualquiera de ellos, y el demandado excepcionare que la ejecucion se debe dirigir contra el otro, porque en él se refundió toda la utilidad del contrato, no debe admitirse esta excepcion.
- 63 ¿En qué términos podrá admitirse en este juicio la excepcion de *restitution in integrum*?
- 64 Ninguna excepcion que por no ser legítima desprecie el juez inferior en primera instancia, debe ser admitida por el tribunal superior en la causa de apelacion.
- 65 Término en que se han de alegar y probar las excepciones en el juicio ejecutivo.
- 66 ¿Cuándo ha de empezar á correr el término de los diez dias?
- 67 Si estos empiezan á correr en feriados, y en ellos espiran ó se consume la mayor parte, no deben contarse ni correr hasta el siguiente al dia en que cesen.
- 68 No se debe prórogar este término á instancia del reo.
- 69 A instancia del acreedor se puede prórogar el término las veces que quisiere.
- 70 Requisitos que han de intervenir para esta próroga.
- 71 hasta el 74 ¿Por qué medios podrán hacer las partes sus respectivas probanzas?
- 75 Aunque el término de los diez dias

no se pueda prorogar á instancia del ejecutado, se podrá suspender siempre que acredite justa causa.

- 76 La suspension se ha de notificar al actor á costa del reo.
- 77 Otro caso en que debe suspenderse el término.
- 78 Si pasados los diez dias piden los litigantes los autos para instruirse de lo justificado, é informar al juez, se les han de entregar por poco tiempo, y primero al actor que al reo; á diferencia de cuando se encargan los diez dias de la ley para probar, pues los debe tomar el reo ántes.

1. **H**echa la citacion de remate, y pasado el término prefinido al deudor, puede oponerse á la ejecucion por sí ó por medio de procurador con poder bastante, pues no está obligado á comparecer personalmente. Si no acude á defenderse, podrá el juez, sin mas citacion llamar los autos y sentenciar la causa á la primera rebeldía que el ejecutante le acuse, y no de otra suerte, pues aunque la ley 12, tit. 28 lib. 11 Nov. Rec. dice: „y no haciendo la oposicion dentro de dichos tres dias, mande el juez hacer remate, y pago á la parte,” esto se entiende pidiéndolo esta, y no en otros términos; pero si ocurre entónces, como su oposicion, la cual sirve de contestacion, surte el efecto de que se suspenda la sentencia y venta de los bienes ejecutados por diez dias hasta que el juez declare que debe continuarse la ejecucion¹, se le tendrá por opuesto, y entregarán los autos aunque haya espirado el término de la citacion, y mucho mas en caso de no haberse dado la sentencia, para que se aclare la verdad, y no se condene al inocente. Y si ántes que espire el de los pregones se opone por medio de procurador, no se le ha de haber por opuesto, entregar los autos, ni tener por parte, excepto que el poder contenga esta especialidad y la renuncia del término; lo que no sucederá si comparece por sí mismo en el juicio, como se dijo en el párrafo 53 del capítulo anterior, pues así se practica en la corte.

2. Sin embargo de que algunos afirman que el ejecutado al tiempo que se opone á la ejecucion y pide los autos, debe especificar la excepcion que tiene para enervarla, á fin de que se le admita la oposicion; se observa en la práctica lo contrario, por no haber ley que tal mande, y así basta que alegue genéricamente que tiene que excep-

¹ Dicha ley 12 tit. 28 lib. 11 N. R.

79 hasta el 83 Sucediendo muchas veces que para ejecutar el juez la sentencia que pronunció, tiene que impartir el auxilio de otro, se explica en los casos en que podrán deducirse y alegarse las excepciones ante el requerido, del propio modo que ante el requirente, y si aquel podrá ó no conocer de ellas y determinarlas como este.

84 En cuanto al tercero poseedor, supuesto que puede oponer sus excepciones ante el juez requerido, y este conocer de ellas, para resolver si podrá ó no decidirla, se distinguen dos casos.

cionar y justificar, y pida los autos, pues se le mandan entregar, y ha por opuesto á ella, encargando á ambos litigantes el término de la ley como comun.

3. Tres clases de excepciones puede oponer el ejecutado en la via ejecutiva para desvanecerla, eludirla é impedir la sentencia de remate. La primera es de las que llaman *directas*, por hallarse expresadas en la ley 3 tit. 28 lib. 11 Nov. Rec., y son seis, á saber: paga, pacto ó promesa de no pedir la deuda, falsedad, usura, fuerza y miedo. La segunda clase es de las útiles, cuyo nombre se les da, porque aunque no hace mencion especifica de ellas, se coligen de su contenido y de otras leyes, y por derecho pueden admitirse en juicio, segun se prueba de las palabras de la citada ley: *Y tal que de derecho se deba recibir*: de la 1.^a del propio título y libro: *Salvo si dentro de diez dias mostrase la tal paga ó legítima excepcion*: de la 3.^a siguiente: *alegasen paga ú otra excepcion que sea de recibir*: de la 12 del mismo título y libro: *y hecha la dicha citacion, si dentro de tres dias se opusiere y alegare excepcion legítima, conforme á la ley 1.^a y 2.^a de este título*; y de la 3.^a tit. 32 lib. 12 que dice: *y aunque en algunos casos procedan sumariamente, no dejen por eso de recibir las excepciones legítimas y probanzas necesarias*. Estas dos clases de excepciones se admiten en la via ejecutiva, y probándolas el ejecutado en tiempo y forma, eluden la intencion del ejecutante. La tercera clase es de las que por su naturaleza exigen mas pleno y escrupuloso exámen y conocimiento, y no se infieren de las leyes citadas; por lo que en este juicio ni en los demas sumarios no se deben admitir, excepto que se prueben y liquiden incontinenti, que es en el término legal¹. De todas trataré por su órden en este capítulo.

4. No es otra cosa la paga que satisfaccion de la deuda, y probándola el ejecutado enerva la ejecucion. La prueba de la paga para impedir la ejecucion, se ha de hacer segun prescribe la ley 12 citada que dice: *Salvo si dentro de diez dias mostrare la tal paga ó legítima excepcion, sin alongamiento de malicia, por otra tal escritura como fué el contrato de deuda, ó por albalá que haga fe, ó por confesion de la parte, ó por testigos*. De que se deduce, que si por uno de estos cuatro medios no la prueba plenamente, no debe deferirse en el juramento supletorio, porque cuando la ley prescribe cierto género de prueba, no se defiende en él la que falta²; y es de advertir que si se pacta expresamente que el deudor ha de pagar en el mismo género de moneda que recibe prestada, debe cumplirlo así, no obstante

¹ L. 3 § *ibidem*, ff. *Ad exhib.* L. fin. Cod. *De ordin. cognit.*

² Bart. in lege *At. Praetor.* 5 § *Si iudex* ff. *De re judic.* Bald. in leg. *Bonae fidei.*

Cod. *De iurejur.* et in cap. *Cum contingit*, eod. tit. *Parlad.* lib. 2 part. 5 cap. fin. § 11 n. 3.

que se acostumbre pagar en cualquiera, pues se debe seguir mas lo que se estipula que lo que es costumbre.

5. Puede hacerse tambien la prueba de la paga por presuncion de derecho, y debe admitirse, porque se reputa prueba completa¹; y así el que manifiesta los recibos de las pagas hechas en los tres últimos años, se entiende haber satisfecho las pensiones de los precedentes², é igualmente cuando el deudor tiene en su poder el instrumento que acredita el débito, porque se presume su pago, ó al ménos haberle remitido el acreedor, no solo la accion de pedir ejecutivamente contra él, sino la misma deuda³, no justificando este la subtraccion del instrumento: y porque á veces suelen hacer algunos las pagas, y despues, pretextando haberlas hecho indebidamente por yerro, intentan revocar y repetir lo pagado, y su contrario lo niega; para saber cuál debe probarlo, véase la ley 29 tit. 14 Part. 5, que dice: *Duda podria avenir sobre la demanda que alguno ficiere á otro diciéndole que pagara por yerro lo que non debia, si el otro dijere que non era así; cuál de las partes debe probar lo que dice, el demandador ó demandado. E por ende decimos, que si aquel á quien facen la demanda conoce la paga diciendo, quel fué fecha verdaderamente é non por yerro; que estónces el demandor debe probar el yerro, é si lo probare, débele ser tornado lo que pagó. Mas si el demandado negase la paga, é el demandador probare tan solamente que la habia fecho, maguer non probare el yerro, tenuto es el demandado de tornarle aquello quel pagó; fueras ende si quisiere luego probar que la paga le fuere fecha verdaderamente. E este departimiento que facemos en esta ley, ha logar entre todos los homes, fueras ende en el menor de veinte y cinco años, é en la muger, é en el labrador simple, é en el caballero que vive con caballo é armas en servicio del rey ó de la tierra, ca cualquiera de estos que demandase á otro en juicio, que habia fecho paga como non debia, é el otro otorgase la paga; estónces tenuto seria el que la paga recibiere de probar que fué verdadera, é que la debe haber por derecho. E si esto non probase, tenuto seria de tornar lo que así oviese rescibido.* Con esta ley concuerda la 6 tit. 14 Part. 3. Véase tambien sobre otras especies útiles el tit. 14 de la Part. 5.

6. *El pacto ó promesa de no pedir la deuda*, se entiende no solo en cuanto á su remision absoluta, sino tambien en orden á la dilacion de pedirla el acreedor al deudor hasta cierto tiempo: es excepcion legitima, la cual probaba en legal forma, impide el curso de la via ejecutiva; y este pacto pasa á los herederos, aunque de ellos

¹ Auth. *Et si necesse*. Cod. De donat. ante nupt. L. *Imperator*. 70 ff. De legat. 2 y cap. 1. *Qui fidem de sponsal.*
² L. *Quicumque*. Cod. De apochis public. De.

cio consil. 650 vol. 5. Parlad. dicho § 11 n. 33.

³ L. *Labeo*. ff. De pac. y leyes 40 tit. 13, y 9 tit. 14 part. 5. Parlad. ibi n. 34.

ninguna mencion se haga, excepto que se pruebe que fué personal, porque en duda se presume real¹.

7. Para admitirse en la via ejecutiva la excepcion de *falsedad*, ha de ser contra la sustancia del instrumento, porque si es contra alguna cosa accesoria de él, v. gr. la hipoteca ó pena, no es admisible². Lo propio milita si se opondre la falsedad contra el instrumento en cuya virtud se dió sentencia condenatoria, y ántes de esta nada se tocó de aquella, pues no obsta á la ejecucion, porque requiere mayor exámen é indagacion; á ménos que se pruebe en el término legal, en cuyo caso impedirá que se ejecute la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

8. La excepcion de *usura*, ó de que el contrato fué usurario, impide tambien la ejecucion, probándose en los diez dias de la ley; sobre lo cual puede verse á Parladorio, lib. 2 cap. 2, que lo trata detenidamente.

9. Anulan el contrato é impiden la ejecucion, la *fuerza y miedo* que intimidan y acobardan á los hombres constantes, ó que no son excesivamente pusilánimes: v. gr. si para que el deudor otorgase el instrumento le amenazó de muerte, mutilacion de miembro ó cosa semejante el acreedor; ó si injustamente hizo que le prendiesen, y lo otorgó en la cárcel; y otros casos semejantes, en los cuales, probando la fuerza ó miedo dentro de los diez dias legales, impedirán el progreso ejecutivo; pero no de otra suerte, porque requieren mas escrupoloso exámen.

10. Las excepciones de segunda clase, llamadas *útiles* (bien que todas las que enervan la via ejecutiva y la accion del demandante lo son), tienen diversos nombres. La una se denomina *compensacion*, de la que se trató extensamente en el capítulo 8 del título anterior. Siendo esta una de las excepciones expresadas en la ley, se debe estimar como tal, é impedirá la ejecucion de la sentencia, instrumento ú otra cosa que la traiga aparejada, si lo que se pretende compensar está liquido ó se liquida en los diez dias de la ley, y no de otra suerte³.

11. Para enervar y desvanecer la ejecucion, se admite tambien por excepcion legitima en la via ejecutiva la *transacion* hecha ante juez ó ante escribano público, la cual impide sentenciar la causa de remate, acreditándose en bastante forma en los diez dias de la ley. Pero es de advertir, que aunque en virtud de ella se puede despachar ejecucion, segun la ley 4 tit. 17 lib. 11 Nov. Rec., no perjudica ni debe extenderse á otra persona fuera de aquella con quien se hace ú otorga, como tampoco el pacto⁴, ni aun á las que tienen

¹ L. 11 tit. 14 part. 3. LL. *idem. in duobus*, 25 y *Tale pactum*, 40 ff. De pact.
² L. *Ju'emus*. Cod. De probat. L. 111 tit. 18 part. 3, cap. *Inter dilectus de fide inst.*

³ L. 20 tit. 14 part. 5.

⁴ Paul. in leg. *Si unus*, § *Ante omnia*. ff. De pact.

derecho conexo¹: y así la ejecución se debe pedir por el mismo acreedor mencionado en el instrumento de transacción, y no por otro, aunque intervenga en ella; pero debe entenderse contra el principal deudor, y no contra un tercero².

12. La *novación de contrato* (que se llama así porque produce nuevos efectos y nueva acción), es translación ó conversión del primer débito y obligación en otra nueva, civil ó natural, sin intervención de nueva persona, de suerte que la primera queda extinguida, se disuelven la hipoteca y prendas ligadas á ella, y cesan ó dejan de correr los intereses pactados, estando hecha legítimamente; y así se puede oponer como excepción en la vía ejecutiva³. Es de dos maneras, *voluntaria* y *necesaria*. La primera es la que se hace fuera de juicio, la cual siempre es privativa, y extingue la primera obligación; por lo que impide el progreso de la vía si se acredita en forma en el término legal, y por ella queda sin vigor el primer contrato⁴, excepto que en el segundo se ponga la cláusula: *de que queden salvos, y no sea visto innovarse el día é hipoteca de la primera obligación, ni su prerogativa*⁵, pues entonces no se enerva ni debilita. La segunda es la que se hace en juicio, la cual se llama *augmentativa* ó *acumulativa*, porque no extingue la obligación primera, ántes bien la vigoriza mas⁶.

13. Para que se entienda hecha la novación, es preciso que las partes lo expresen claramente; y así, porque uno se obligue dos veces á una misma cosa, no es visto apartarse del primer contrato, infringirlo ni mudar su causa, sino afirmarlo mas, añadiendo obligación á obligación⁷; pues la pluralidad de actos ó instrumentos no induce la de contratos, cuando las cosas esenciales y sustanciales son las mismas; y si la obligación segunda es contraria á la primera, aunque ambas subsistan, puede el acreedor usar de la que quiera, de modo que por la elección de la una quede libre el deudor de la otra⁸.

14. En consecuencia de lo expuesto, no se hace novación por la intervención de nueva persona en el contrato, á ménos que se pacte expresamente; ántes bien, se ha de interpretar, de suerte que se excluya, y principalmente si la obligación segunda contiene menor suma, es mas nociva al acreedor, y los actos son compatibles en-

1 L. 1 Cod. De transact. y ley Si ex duobus, ff. De tutel.

2 Rodr. De execut. cap. 1 art. 1 ns. 18 y 19.

3 L. 15 tit. 14 part. 5. Parlad. dicho § 11 n. 12 y part. 1 cap. fin. § 12 limit. 6 ns. 41 y 42.

4 L. 2 Cod. De novat. L. Minor. 25 annis cui, ff. De minorib., y ley 2. Cod. De execut. rei judicat.

5 L. Creditor acceptis pignoribus, 3 ff. Qui potiores in pignore habeantur. Parlad. lib.

2. Rer. cap. fin. part. 1 § 11 limit. 6 n. 54 al 56.

6 Salg. part. 3. Labyr. cap. 1 § unic. n. 24 al 31.

7 L. Aliam 29 ff. De novat. Salg. De reg. part. 3 cap. 1. part. 3. Labyr. cap. 11 n. 78 y sig.

8 L. Triticum, ley Scire debemus. L. Quibus y ley Qui usufruct. ff. De verb. obligat. Parlad. part. 1 y limit. 6 cit. n. 44 al 47.

tre sí, pues no se presume que este quiso novar en su perjuicio. Tampoco se hace cuando la obligación segunda se constituye por cautela y mayor seguridad: ni en la acción privilegiada de dote, porque esta tiene entre otros acreedores tal privilegio, que acerca de ella no se puede hacer novación ni delegación en su detrimento: ni en el del marido y de la muger á quien compete: ni por la mutación de la finca hipotecada ó acensuada, pues existe la obligación primera, y no quedan libres los fiadores que haya: ni por la estipulación inútil, porque de ella no se origina nueva obligación, y así no es visto haberse retraído de la primera: ni por el segundo contrato írrito, nulo ó rescindido, pues aunque por él conste expresamente la novación, no se extingue la obligación primera, porque lo que por derecho no surte efecto, no causa impedimento: ni por la modificación del contrato, pues esta, lejos de acreditar su extinción, supone su existencia: ni por la prorogación del término pactado para la paga, no estipulando obligación nueva: ni aunque el fiador siendo preguntado preste su consentimiento, si falta el del acreedor: ni por la dación en pago de algun vale, crédito, libranza ú otra cosa para que el acreedor se reintegre del suyo, si interviene la cláusula ó protesta de que no se ha de innovar en los derechos de la primera obligación, hipoteca y fiadores, ú otra semejante, pues en este caso es visto darse para que se haga pago, y si no tiene efecto, poder repetir contra el dador, por no haberse contentado ni tomado en sí ni á su riesgo el acreedor la deuda ó cosa cedida; y lo mismo procede cuando el acreedor la acepta con la condición de que sea efectiva y exequible, pues en estos no recibe en sí el peligro de su cobranza, y queda en su fuerza la deuda y obligación primera para repetir contra su deudor por ella. Finalmente, no se hace tampoco novación en otros contratos, aunque se innoven, si por su incompatibilidad no pueden surtir efecto ni perjudicar al primero.

15. Sin embargo de lo dicho en los dos párrafos anteriores, se induce la novación en los casos siguientes: 1.º por la intervención de nueva persona, v. gr. cuando se delega el crédito y el acreedor acepta la delegación, pues á ella se sigue la liberación del deudor delegante; lo cual se entiende en los términos que se dirá despues: 2.º por la adición ó imposición de nueva pena, ó supresión ó remisión de la puesta en el primer contrato: 3.º cuando el hecho ó pacto segundo es diverso del primero, ó en la obligación segunda se define mayor término para la paga: 4.º cuando se calcularon y redujeron á un cómputo todas las partidas del libro, y el deudor hizo á favor del acreedor un resguardo reduciéndolas á una suma ó partida: 5.º cuando el primer acto ó contrato era imperfecto, y el segundo es perfecto: 6.º cuando se altera la naturaleza del nego-

cio en las cosas que son sustanciales, v. gr. si se aumenta ó disminuye el precio, ó si el pacto segundo es diverso del primero, respecto de la cantidad y modo de satisfacerla: 7.º cuando el acreedor recibió parte de su crédito del que aceptó la letra ó libranza, y acerca del residuo le fió ó concedió plazo, ó trató con él sobre el modo y tiempo de pagárselo: 8.º cuando la cosa arrendada se subarrendó ó enagenó á otro, pues el fiador del primer arrendatario no queda ya obligado: 9.º cuando acerca de la paga de la pensión se variaron los pactos primeros, v. gr. si estos fueron de pagar granos y los segundos en dinero, ó al contrario, en cuyo caso quedará libre también el fiador: 10 cuando concluido el arrendamiento sigue tácitamente el arrendatario en él; pues en cuanto á este segundo quedan libres los fiadores dados para el primero, excepto que presten nuevo consentimiento: 11 cuando acabado el contrato, se renovó tácita ó expresamente, pues en este caso debe proceder el acreedor en virtud de este y no del primero, excepto que en él se diga: *que quedan salvas las prerogativas del primero, y del día é hipotecas, y que no se entiendan renovadas*, porque entónces, aunque el contrato se novó, quedan salvas las hipotecas y demas como si no se hubiese novado: 12 cuando los contratos son incompatibles y contrarios, y no de otra suerte, pues se presume novacion; excepto que esté puesta la cláusula: *sin perjuicio de los primeros derechos*, ó que el segundo contrato sea nulo, ó cuando no aparece el consentimiento del acreedor, en cuyos tres casos no se induce.

16. Ha lugar también la acción ejecutiva por el compromiso y sentencia de arbitrio con las cláusulas de hecho y de derecho correspondiente, de tal suerte, que si se pone en ejecución la sentencia sobre el negocio principal, se liberte el fiador, á ménos que el acreedor reserve su derecho contra él. Asimismo se induce acción acumulativa y no extintiva de la novacion por la litiscontestacion y sentencia y la necesaria para la transacion y concordia principiada entre el principal deudor y acreedor, de tal suerte que se liberte al fiador. Sobre todo esto y otras especies concernientes á la novacion, véase á Fusch, *littera N.* concl. 119, á Marco Antonio Sabelli, tom. 3. § *Novatio*, y á los que citan; y para saber cuándo un acreedor se subroga en el lugar de otro anterior, véase á Carleval, tit. 3. disp. fin., en donde, para la mayor claridad é inteligencia, distingue ocho casos, cuya explicacion omito por difusa y no correspondiente á este capítulo.

17. *La delegacion es dar el deudor en su lugar á su acreedor ó á quien este quiera, otro deudor, del cual exija su crédito: ó novacion hecha con intervencion precisa de nueva persona*¹. No se hace novacion

¹ L. *Delegare*, 11 ff. *De novat.*, y ley 15 tit. 14 part. 5 verb. *E aun decimos*.

por ella, á ménos que concurren cinco requisitos: 1.º que consienta el acreedor, porque contra su voluntad ninguno puede delegar en otros sus veces; ni el acreedor 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 *expromiso*), y aquel á cuyo favor se constituye la obligacion, sea acreedor de este¹.

18. De lo expuesto en el párrafo anterior se infiere que por la delegacion no se hace novacion, á ménos 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 aceptándola²; en cuyos casos queda libre el delegante cedente, y no puede pedir ejecución contra su deudor, ni revocar la cesion, ni al cesionario ó procurador en su misma causa la facultad de exigir el débito; y así en estos casos se debe limitar á la ley 15 tit. 14 Part. 5, posterior á la 3, Cód. *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 pagamento³ 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 repetición 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. También 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 sido deportado, no se disuelve la obligacion primera, y por lo mismo, aunque la condicion se verifique, no hay novacion,

¹ LL. 2 y 15 tit. 14 part. 5.

² L. *De egat.* 3. Cod. *De novat.* Cur. Philip. lib. 2. *Comerc. terr.* cap. 6 n. 5. Parlad.

differ. 50 § 2 n. 6. Olea tit. 8 q. 2.

³ L. 15 tit. 14 part. 5. L. 2 Cod. *De nau. tico faenor.*

ni el delegado queda obligado¹. 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, ántes 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 á hacerle alguna cosa, renovase puramente otro tercero esta obligacion, no vale la novacion si la condicion no se cumple; á ménos que el segundo diga expresamente que, ya se cumpla ó no esta, quiere quedar obligado, y que el primero no lo quede².

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 párraf. 29: por consiguiente la podrá revocar, y revocándola queda firme el primer contrato³; 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 este⁴. 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 debido el acreedor⁵.

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 la otorgó, ó de la solemnidad prevenida por la ley, ó de otra causa, entendiéndose esto aunque la nulidad se oponga por incidencia⁶; y así constando notoriamente en el mismo instrumento ó en el proceso ejecutivo, basta alegar como derecho, y el juez puede repeler de oficio al actor⁷, ó aunque no conste, si se prueba dentro de los diez dias, impide sentenciar la causa de remate; pero no pudiendo probarse en ellos, porque se requería exámen y reconocimiento mas prolijo, se ha de llevar á debido efecto la ejecucion⁸.

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.

1 L. 15 tit. 14 part. 5.

2 L. 16 tit. 14 part. 5.

3 L. 17 tit. 14 part. 5.

4 L. *Quamvis*. 8 § *Si mulier*. vers. *Marcellus*, ff. *ad senatus consultum Vellejan.* Greg. Lop. en la 17 tit. 14 part. 5 el 3 al fin.

5 L. 18 tit. 14 part. 5, y ley 1 ff. *De novat.*

6 Acev. en la ley 1 tit. 21 lib. 4 R., que hoy es la 3 tit. 28 lib. 11 de la N. n. 92. Ro. drig. *De execut.* cap. 6 n. 16.

7 Paz tom. 1 part. 4 cap. 3. *De except.* ns. 2, 3 y 4.

8 Carlev. tit. 3 disp. 16 ns. 1, 3, 5 y 23. Rodr. dicho cap. 6 n. 16.

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 fructífera, 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 fué celebrar el contrato pignoraticio, no otro, y que así se pactó entre los dos, sino que por los motivos expuestos, y estimulado de la urgencia que tenia, convino el que se fingiese el de venta, como tambien 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 *retro vendendo* 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 lo fué, 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 fué 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 contrayente es no celebrarlo, y sí 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 codyuvarla 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 simulacion¹.

26. La excepcion de que el instrumento en cuya virtud se pidió

1 Marant. part. 6. *De exception.* n. 29 al 34.