

en ella bajo de juramento: sin esta diligencia no podrá despacharse ejecución por el alcance, porque el reconocimiento jurado ante el juez y escribano es el requisito legal é indispensable para la fuerza ejecutiva en los instrumentos privados, como en este caso será la liquidación, y no importa que se haya hecho ante escribano, porque este no le presta toda la autoridad que al instrumento que se otorga ante él, ni para hacerla, concurre la solemnidad de testigos que en el otorgamiento de este, ni la corrobora con el signo ó carácter real, para que no se pueda dudar de su contenido, lo cual observan los jueces letrados como arreglado al espíritu de las leyes, y el practicar lo contrario es un error clásico.

Por lo tanto, si alguno pide ejecución en virtud de esta liquidación, debe proveer el juez: «No ha lugar por ahora á la ejecución que esta parte pretende; pida conforme á derecho;» es decir, pretenda el reconocimiento y ratificación primero, y hecha llanamente, pida la ejecución, y se despachará. Véase el núm. 1127 y lo que decimos en el título sobre la ejecución de las sentencias al esponder los artículos 896, 898 y siguientes que establecen los trámites para hacer la liquidación de los frutos ó perjuicios en cantidad ilícita á que condenare la sentencia.

SECCION III.

PERSONAS QUE PUEDEN PEDIR EJECUCION Y PERSONAS CONTRA CUYOS BIENES PUEDE SOLICITARSE.

1133. La nueva ley de Enjuiciamiento civil no enumera esta clase de personas, refiriéndose á lo prescrito por nuestras anteriores leyes, por lo que espondremos sus disposiciones y la doctrina que de ellas deducen los autores, y que reseña Febrero en los términos siguientes.

§ I.

Personas que pueden pedir ejecución.

1134. En virtud de cualquiera de los documentos ejecutivos de que se ha tratado en la sección anterior, puede pedir ejecución toda persona hábil para comparecer en juicio, aun cuando no esté nombrada en el instrumento, con tal que en este caso se trate de su interés, que le compete acción por el mismo, y que al tiempo de pedirla legitime su persona, pues no haciéndolo puede el juez repelerle de oficio, y no debe despachar la ejecución.

Así, puede pretenderla el socio por los créditos de la compañía, aunque no tenga poder ni cesión de sus consocios (ley 2, tít. 32, Part. 3; y 6, título 10, Part. 3); porque estos pueden defenderse judicialmente sin él, dando la fianza de la ley 10, tít. 3, Part. 3; como también el marido por la dote que se le prometió y no entregó, bien sea constante el matrimonio

ó después de disuelto, por cuanto la hace suya en virtud de la responsabilidad que contrajo á su restitución (leyes 1 y 7, tít. 11, Part. 4; y asimismo puede pedirla por los bienes parafernales como conjunto y á nombre de su mujer, mas no cobrarlos sin poder suyo, porque no adquiere dominio en ellos como en los dotales, y así no es responsable de su importe, y únicamente tiene su administración, no pactando con ella lo contrario al tiempo de casarse.

El heredero del acreedor, justificando serlo, por lo menos al tiempo de la oposición, puede pedir ejecución contra el deudor de este, y si hay dos ó mas herederos, cada uno por sola su parte, á no ser que tenga poder ó cesión de los demás coherederos antes de presentarse en juicio, ó que pendiente este, se le den ratificando lo actuado; mas para ser admitido, debe ante todas cosas legitimar su persona: por lo que luego el juez podrá repelerles de oficio y no debe despachar la ejecución, según se ha dicho arriba, si el heredero la pide por lo que toca á los otros coherederos sin poder ó cesión de los mismos.

Puede también pedirla el comprador de la herencia contra los deudores de esta, y el testamentario universal, á quien el testador autorizó para distribuir sus bienes, porque se tiene en lugar de heredero, y se le transfieren todas las acciones que aquel tenía (leyes 2 y 4, tít. 10, Part. 6); y el legatario y fideicomisario, sin ser necesaria la cesión del heredero, contra aquel en cuyo poder se encuentra la cosa que les fue legada.

Si el difunto debía alguna cantidad á su heredero, de que consta por instrumento ejecutivo, puede hacerse pago por sí mismo; pero si no tiene tal instrumento, se ha de nombrar defensor á la herencia, poner la demanda, citar á los acreedores de la misma, y probarse el crédito, pero esta doctrina á lo mas podrá ser aplicable al caso en que el heredero haya admitido la herencia á beneficio del inventario.

Puede también pedir ejecución el fiador contra el deudor principal en lo que pagó por este, sea voluntariamente ó apremiado después de cumplido el plazo, y presentando la escritura de obligación principal con la cesión ó lasto del acreedor, aunque el deudor no haya otorgado escritura de indemnidad á favor del fiador. Pero si el acreedor no le cedere sus acciones, ni hubiese escritura de indemnidad, solo podrá intentar contra el deudor la acción de mandato que le compete por haber hecho el negocio del mismo; leyes 11, 16 y 21, tít. 12, Part. 3, para reintegrarse de su desembolso en vía ordinaria; la razón de esta diferencia es, que en el caso propuesto no resulta obligación ejecutiva del deudor á favor del fiador, y faltan la cesión é indemnidad que traen aparejada ejecución.

Puede igualmente pedirla el fiador contra sus compañeros de fianza por lo que pagó por estos, á prorata de la obligación en que cada uno se constituyó; mas ha de prestar el lasto del acreedor, pues sin él no se da acción al fiador contra los co-fiadores, ni al mancomunado contra sus otros compañeros; y nada importa que el lasto se formalice con fe de entrega del dinero, ó confesando su anterior recibo y renunciando la escepción del dinero

no entregado; pues basta que en él confiese el acreedor haberle pagado el fiador por sí y por los demás co-fiadores, no mandando, como no manda, ninguna ley, que intervenga la fe de entrega, ni privándose por falta de ella al fiador del beneficio de la cesion de acciones, puesto que en este caso la confesion y cesion del acreedor no pueden ser sospechosas.

Para que los fiadores y mancomunados no esperimenten perjuicio, se halla dispuesto en derecho, que hasta que el acreedor les dé el lasto no pueda compelerlos al pago.

Si el negocio toca principalmente en todo ó en parte al fiador ó mancomunado, no le compete accion contra los demás, porque hizo su negocio propio y no el de ellos.

Si renuncian la escepcion de la cesion de accion y la fianza es solidaria, puede el acreedor reconvenir á todos á prorata, ó por el todo á uno solo, y pagándole este, quedan libres los demás; pero si contrajeron la fianza ú obligacion por ciertas y determinadas cantidades, como si uno se obligó por veinte, otro por cuarenta, etc., y alguno de ellos viene á estado de insolvencia, no están obligados los demás á pagar la parte de este: lo contrario se dirá cuando se contrajo siplemente, y se dividirá entre ellos á proporcion la parte del fallido, porque es visto haberse obligado así, y constituidose responsable de su insolvencia. Véanse las leyes 8, á la 12 y 21, tit. 12, Partida 5 y la 10, tit. 1.º lib. 10, Nov. Recop.

La mujer, disuelto ya el matrimonio, puede pedir ejecucion cotra los herederos de su marido por la dote que este recibió y por las arras que le prometió, como tambien por la dote ofrecida y no entregada contra aquel que la ofreció.

Lo mismo procede en cuanto á su mitad de gananciales contra los deudores de su marido, sin ser necesaria la cesion de los herederos de este, mas para esto es necesario que se haya hecho la liquidacion de los bienes que dejó el marido difunto, para saber á cuánto importaron aquellos derechos y los bienes con que se cuenta para atender á ellos. V. las leyes 7 y 31, tit. 11, Part. 4.

El procurador ó apoderado, sea que tenga poder especial para ejecutar, ó general para pleitos, puede á virtud de él pedir ejecucion: ley 7, tit. 14, Part. 5; mas no cobrar la deuda, á menos que en el mismo poder ó en otro conste esta facultad, y únicamente podrá pretender que se asegure hasta que el principal acuda á cobrarla: ley 9, tit. 9, Part. 7, tit. 14, Part. 5 y artículos 13 y 18 de la ley de Enjuiciamiento civil.

La cesion de derecho y acciones puede ser de dos maneras; una *traslativa* y otra *estintiva* ó *abdicativa*.

La primera es aquella por la que el cedente se priva de su derecho, trasfiriéndolo al sugeto en cuyo favor hace la cesion.

Por la seguda se estingue absolutamente el derecho de quien la hace sin pagar á otra persona, de suerte que es una privacion ó renuncia mas que cesion.

Puede hacerse la cesion por comodidad del cedente ó del cesionario;

la comodidad se ha de decidir por el peligro del crédito: la cesion se entiende hecha en comunidad de aquel á quien toca lo segundo, bien que á veces suele hacerse por utilidad del cedente y con riesgo del cesionario ó vice-versa.

Esto supuesto, si la cesion se hizo por hacer alguna paga ó por otro motivo útil al cedente, podrá todavía este transigir despues su crédito, confesar su paga, remitirlo ó parecer en juicio, y exigirlo del deudor ejecutiva ú ordinariamente.

Si la cesion se hizo por comodidad del cesionario, sin conservar derecho alguno el cedente, nada de lo dicho podrá este practicar, y si lo practicare, podrá repelérsele por la escepcion de cesion de acciones, que es legitima y admisible.

Asi como el cedente, aun despues de hecha la cesion, puede pedir ejecucion por lo que todavía se le debe, puede tambien pedirla el cesionario por el importe de lo que se le ha cedido, sea á título de donacion ó de venta, aunque en este segundo caso no podrá pedir mas de lo que dió al cedente.

(Esta doctrina ha sido tomada del derecho romano, en el que fue introducida por los emperadores Anastasio y Justiniano para cortar los torpes manejos y usurario tráfico de las compras de créditos y pleitos. El abuso debia ser sin duda grande y escandaloso, pues que el comprador de la accion ó pleito no podia reclamar del deudor mas de lo que realmente se habia dado al vendedor, aunque el contrato sonase en parte venta y en parte donacion: en este solo caso estada prohibida la reunion de estos dos títulos ó conceptos. En realidad de verdad, esto equivalia á la absoluta prohibicion de tales ventas, porque ¿quién desembolsa de presente con la seguridad de no haber de cobrar nunca mas, y con la contingencia de perderlo? Como nuestras leyes no hablan de tales compras y cesiones, será preciso consultar sobre esta materia al derecho romano y sus intérpretes).

Cuando la cesion es por título oneroso, se ha de hacer al tiempo que el cesionario entrega el importe de la deuda, pues mediando intervalo, de nada servirá, como que el acreedor nada tiene que ceder, una vez que esté reintegrado: asi, cuando no parece el dinero al tiempo de la cesion, no ha de decirse que está hecho el pago, sino que se hará.

Tambien es de advertir que para pedir el cesionario ejecucion contra el deudor, si la cesion le fue hecha por escritura, debe presentar esta y el documento del crédito ó deuda al tiempo de pedir la ejecucion, y si es cesionario en virtud de endoso de algun vale ú otro papel simple, no solo ha de pedir y hacer que le reconozca el mismo deudor que le hizo, sino tambien que el endosante ó cedente confiese su endoso, pues sin este requisito no acredita ser dueño y verdadero cesionario, ni por consiguiente parte legitima para repetir, porque ha podido ocurrir que otro haya sustraído el vale ó papel, y endosádolo bajo nombre de otro.

Hay variedad de opiniones sobre si es ó no preciso que el cesionario haga constar préviamente la justa causa con que se le hizo la cesion, y parece

mas fundada la negativa; porque no es de la inspeccion del deudor que la causa de la cesion sea ó no justa, gratuita ú onerosa, el que la haya habido ó no para hacerla, sino el pagar cuando pasado el plazo, se le demande en virtud de ella, á lo que puede ser compelido por el mismo cedente ó su legítimo cesionario, y solamente podrá oponer que la cesion es reprobada por derecho (caso de serlo), que fue hecha á persona caudalosa ó mas poderosa por su empleo que el cedente, á causa de que en esto pudo haberse cometido dolo.

§ II.

De las personas contra cuyos bienes puede pedirse ejecucion.

1155. Puede ser ejecutado el heredero del que contrajo la obligacion, acreditándose que lo es, no de otra suerte; y no basta probar que aquel á quien se trata de ejecutar, es hijo ó pariente del deudor del difunto; aunque si compareciese en juicio como heredero ó hiciese algun otro acto como tal, se tendrá esto por suficiente prueba.

Pero si el heredero aceptó la herencia á beneficio de inventario, y acredita haberlo hecho en debida forma, se le ha de ejecutar únicamente hasta donde alcance aquella; si la aceptó sin esta cualidad, podrá ser ejecutado en sus bienes propios; asi como en los hereditarios: leyes 10, 11 y 12, tít. 6 y 7, tít. 19, Part. 6.

Si el heredero del deudor reconociese llanamente el vale hecho por este, puede despacharse ejecucion contra él; mas no debe ser compelido á hacer el reconocimiento, si no quiere, porque seria injusto obligar al sucesor á que jure sobre lo que no ha visto escribir ni firmar, y sobre un hecho de que tal vez no tiene noticia: á mas de que el vale puede ser supuesto, atendidas la gran facilidad y destreza que hay en imitar y suplantar las letras. Por tanto, no reconociéndole el heredero en la forma espuesta, deberá el acreedor seguir la via ordinaria para reintegrarse de su crédito.

Habiendo dos ó mas herederos del deudor, ha de ser ejecutado cada uno á prórata de su haber ó porcion hereditaria, y no mas; porque la obligacion de su causante se dividió proporcionalmente entre todos; de modo que, aunque este hubiese obligado á todos, y alguno de ellos no tenga para pagar su parte, no debe exigirse de los co-herederos, á menos que el acreedor proceda por accion hipotecaria, pues entonces, como la obligacion sigue á la hipoteca, y es individual é inseparable de ella hasta su estension, puede proceder *in solidum* contra el poseedor de la misma, bien sea heredero ó sucesor singular, quedándole el derecho de repetir contra los co-herederos, con el lasto del acreedor lo que satisfaga por ellos.

Lo propio ha de observarse en la enfitéusis y censo consignativo por los réditos vencidos, y asi es corriente en la práctica.

Tambien puede ejecutarse al hijo mejorado en tercio y quinto por las deudas de la herencia paterna, materna ó abounga á prórata de lo que

conste haberle tocado en ella, bien se sepa al tiempo de la particion ó despues cuáles son, y háyase hecho la mejora en cosa cierta ó incierta de los bienes del mejorante: ley 5, tít. 6, lib. 10, Nov. Recop. Lo dicho ha de practicarse en los tres casos siguientes:

1.º Cuando el hijo acepta la herencia, y se le adjudican esta y la mejora.

2.º Cuando repudia la herencia y acepta la mejora, pues entonces se reputa heredero, y puede ser reconvenido á prórata sin que proceda escusion en los verdaderos herederos: dicha ley 5.

3.º Cuando se pide á un tiempo la ejecucion contra los herederos y el mejorado.

El poseedor del mayorazgo puede ser ejecutado por la deuda á cuya seguridad están obligados sus bienes, bien provenga esta de la misma fundacion, bien se haya impuesto el censo ó gravámen sobre ellos con facultad real, y aunque el poseedor no sea heredero del fundador.

No solo pueden ser ejecutados los herederos instituidos espresamente, sino tambien los que bajo el mismo concepto poseen la herencia del deudor, y se llaman herederos *anómalos*: tales son,

1.º El fideicomisario universal.

2.º El legatario de todos los bienes.

3.º El fisco, cuando sucede en los bienes del que falleció sin dejar parientes.

Tambien corresponderán á esta clase los que escluyen al fisco ó Estado segun la ley de 16 de mayo de 1835.

4.º Los testamentarios universales, á quienes autorizó el difunto para distribuir todos sus bienes en sufragios por su alma ó en otros fines, pues que estos hacen veces de herederos y están obligados á las deudas de aquel, cuya herencia poseen, como que es responsable á ellas,

Puede procederse ejecutivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa, bien se haya adquirido pendiente ya el pleito sobre accion real ó personal; y aun cuando se haya enagenado á clérigo despues de empezado el litigio, puede el juez secular proceder contra aquel, y ejecutar la sentencia en ella hasta realizarse el pago, porque á cualquiera parte ó persona que pase, lleva consigo el gravámen ó afeccion á que está sujeta.

La mujer casada puede ser ejecutada por la mitad de las deudas que, durante el matrimonio, contrajo á una con su marido, ó bien este solo en cuanto alcance su mitad de gananciales; y si ambos se obligaron por el todo *in solidum*, se podrá pedir á ella toda la deuda hasta donde alcance dicha mitad, mas no si las renunció al tiempo ó antes de casarse, y aun despues de casada: leyes 14, tít. 20, lib. 3 del Fuero Real; y 9 tít. 4, libro 10, Nov. Recop.

Pero se exceptúa el caso en que el marido se constituyó fiador por otro, y tuvo al fin que pagar por él, pues no quedando la mujer obligada á la fianza, tampoco lo estará su mitad de gananciales.

Habiéndose despachado ejecutoria contra la mujer antes de casarse,

puede continuarse la ejecucion durante el matrimonio, hasta en los bienes dotales, si carece de otros; pero con citacion de su marido, porque no pudo haber entregado á este en dote el importe de lo que debia, como que no era suyo.

Igualmente debe ser ejecutada en sus propios bienes por el alcance de la tutela de sus hijos habidos en su primero ó anterior matrimonio, por estar aquellos hipotecados tácita ó legalmente al pago, como tambien los de su actual marido: leyes 25 y 26, tít. 13, Part. 5, y 5 al fin, tít. 16, Part. 6.

Del mismo modo puede procederse ejecutivamente contra el sócio obligado por las deudas de la sociedad, el cual podrá pagarlas de los bienes de la misma, y luego con el lasto del acreedor sacar del fondo comun lo que satisfizo por sus compañeros; mas no si las contrajo en su privativa utilidad, porque de estas responde únicamente con sus bienes propios: ley 16, tít. 10, Part. 5.

El deudor del deudor principal puede ser ejecutado por el acreedor de este, con tal que concurren tres circunstancias.

1.^a Que el deudor del deudor principal confiese su deuda, ó conste por otro medio que es tal deudor.

2.^a Que el deudor principal haya sido condenado al pago.

3.^a Que á consecuencia de todo proceda escusion en los bienes del deudor principal, y este no los tenga, ó no alcancen para el pago total de la deuda.

Se entiende que el documento en que conste la deuda del deudor del deudor principal, ha de traer aparejada ejecucion: V. la Curia Filipica, parte 2, § 10, núm. 14 y Salgado y Noguero.

Si el deudor verdadero y principal no puede ser fácilmente reconvenido por razon de su persona, lugar ó privilegio, y cuando el fiador se obligó con juramento á satisfacer la deuda consintiendo en que se le reconvenga antes que al obligado principal, se puede dirigir la accion ejecutiva contra el mismo fiador sin hacer escusion en los bienes del deudor.

Esto mismo puede practicarse, cuando el fiador es cambiante público, pues no goza del beneficio de la escusion por consideraciones de utilidad general, y por la confianza y buena fe tan necesarias en el desempeño de su oficio; como igualmente cuando el deudor tiene bienes, pero no puede hallarse comprador sino con dificultad y consiguiente perjuicio del acreedor; en cuyo caso se tiene primero por insolvente, y no se halla obligado el segundo á esperar ni á recibir en pago de los bienes por su tasacion.

No há lugar á la ejecucion contra el comprador de la herencia, sino cuando el acreedor no pueda cobrar su crédito del vendedor; ni contra el donatario, escepto que el donante no haya dejado ningun otro heredero, pues entonces se reputa donatario universal.

Tampoco há lugar á la ejecucion contra el usufructuario singular, pero

si contra el universal, y se ha de pedir contra los bienes y el heredero propietario, con el cual y con el usufructuario se ha de seguir y sustanciar por tratarse del perjuicio de ambos: si bien Salgado dice, con otros muchos que cita, que los acreedores no tienen accion contra el usufructuario, sino contra el heredero, á quien pasan todas las acciones activas y pasivas de testador como sucesor universal suyo en los derechos y cargas. Si el usufructuario satisface la deuda para evitar que se vendan los bienes hereditarios, podrá, acabado el usufructo, retenerlos hasta que se le pague.

Cuando el tutor se obliga bajo este concepto por las de su menor, no puede despacharse ejecucion contra él ni contra sus bienes, á menos que no manifieste los de dicho menor; pues ofreciendo dar cuenta con pago, como de ordinario se hace en semejantes contratos, ha de procederse contra él en via ordinaria, porque con su oferta excluye é impide el uso de la ejecutiva, hasta que conste el alcance líquido, escepto que se haya obligado en su propio nombre: ley 17, tít. 15, Part. 6.

Si el menor no tuviere curador, debe dársele para seguir el pleito, nombrándose él mismo en caso de haber llegado ya á la pubertad, ó bien el juez cuando el menor se resistiere á nombrarle, ó el nombrado no admitiere el cargo por escusa legítima que le asista.

Pero acabada la tutela, no habrá lugar á la ejecucion contra los fiadores del tutor por las cosas que este de su espontánea voluntad administró pertenecientes á su menor, porque es negocio y obligacion nueva, de que no se constituyeron responsables. Lo mismo procede respecto de los administradores, factores y procuradores; asi no puede procederse contra ellos mas que durante su encargo, y no despues, porque al momento de cesar en él, espiró su obligacion, y continúa solamente la de sus principales.

Regularmente hablando, no tiene lugar la ejecucion contra el tercer poseedor de los bienes obligados; esto es, contra el que los hubo por título de venta, donacion ú otro singular, bien se pretenda aquella por instrumento que la traiga aparejada y sea anterior al del tercero, bien se proceda por accion real ó personal, pues primero se ha de dirigir contra el principal y sus fiadores, haciéndose escusion en sus bienes, y luego ha de seguirse con el tercero en via ordinaria, hasta que por ejecutoria se anule el título con que posee, revocándose la enagenacion hecha en él: leyes 1, 7, 14 y 38, tít. 13, Part. 5.

Se ha dicho *regularmente hablando*, porque hay varios casos en que se puede proceder ejecutivamente contra el tercer poseedor, citándole previamente para todas las diligencias ejecutivas por tratarse de su interés: tales son:

1.^o Cuando la cosa poseida por este se halla hipotecada especialmente á la deuda. Febrero opina que en este caso puede entablarse ejecucion contra el tercer poseedor sin hacer escusion en los bienes del deudor principal pero la ley 14, tít. 13, Part. 5 exige que se le haga dicha escusion y que no tenga con qué pagar. Solamente no será necesaria la escusion cuando la deuda proceda de censos ó en el caso siguiente.