

dose advertir que gozan igualmente de este privilegio los hijos y padres del marido, pero no los herederos estraños de este, ni el suegro que ofrece dote á su yerno, sabiendo que no puede pagarla, porque la malicia no debe ser favorecida.

6.º El que vino á estado de insolvencia por algun infortunio accidental é inculpable, como guerra, naufragio, incendio, etc.

7.º El juez residenciado. (Nótese que los casos 5 y 6 no están apoyados por ley alguna patria, ni aun romana).

8.º El donador por la donacion que hizo, porque de lo contrario le seria demasiado gravosa su liberalidad: leyes 4, tit. 6; y 1, tit. 15, Part. 5.

9.º El que con la pureza legal hizo cesion de sus bienes ó concurso de acreedores por la deuda de alguno de estos, á cuya satisfaccion no alcanzaron los que tenian; pues aunque vengan á mejor fortuna, se le ha de dejar con qué subsistir decentemente, de lo que adquiriera despues de la cesion (ley 5, tit. 15, Part. 5); porque este y los demás hasta aquí mencionados pueden pedir alimentos de sus propios bienes, á no ser que tenga arte, oficio, ú otro medio con qué mantenerse, ó que el mismo acreedor sea tan pobre que no tenga de qué subsistir, en cuyos casos deben pagar toda la deuda: ley 15 al fin, tit. 10, Part. 5. Véase lo que dijimos sobre esta materia al tratar de los concursos de acreedores.

Lo mismo se observa en los duques, condes y marqueses si forman concurso de acreedores; pues por costumbre inconcusa de estos reinos, se señalan alimentos de las rentas de sus Estados concursados, con preferencia á sus acreedores, para evitar que se vean precisados á mendigar, ó á ocuparse en cosas que rebajen su prestigio y dignidad; pero no en los poseedores de mayorazgo simple, á que no está aneja ninguna dignidad pública de título.

(Este privilegio podria sostenerse ahora con dificultad atendido el diferente espíritu de nuestra legislacion).

Litigando entre si los privilegiados, de que llevamos hecha mencion, si uno de ellos trata solamente de evitar su daño, y el otro de adquirir utilidad, cesará en este el beneficio ó privilegio de no poder ser reconvenido en mas de lo que buena y decentemente pueda; como tambien el que le tiene genérico, si otro le tiene específico; y cesa igualmente en los fiadores, por ser personal y peculiar de los deudores principales.

1146. Aunque puede trabarse la ejecucion en la clase de bienes no comprendidos entre los esceptuados, no puede verificarse en cualquiera de aquellos indistintamente, sino que ha de efectuarse en los de una clase antes que en los de otra, guardándose el orden y las solemnidades que requiere la ley y que espondremos en la siguiente seccion.

SECCION IV.

DE LOS PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS.

1147. Los autores dividen generalmente el procedimiento ejecutivo en

tres partes: la primera que comprende la demanda y diligencias para el embargo, depósito y traba de bienes y en que no se da audiencia al deudor; la segunda que versa sobre la citacion de remate al deudor su oposicion y remate de bienes, y la tercera que comprende el procedimiento sumarísimo para la venta de bienes ó la via de apremio; método que adoptamos desde luego por juzgarlo filosófico.

§ I.

De la demanda ejecutiva, despacho de ejecucion, embargo de los bienes del deudor, orden en que debe hacerse, y depósito y traba de los mismos.

1148. Segun el art. 945 de la ley, *la demanda ejecutiva se formulará en los mismos términos que la ordinaria, y contendrá ademas la protesta de abonar pagos legítimos.* El deudor pues, que no haya conseguido estra-judicialmente el cobro de su crédito, presentará escrito en que esponga sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho, fijando con precision lo que pida, segun prescribe el art. 224 sobre el juicio ordinario, esto es, pidiendo se despache mandamiento de ejecucion contra los bienes, rentas ó sueldos del deudor por la cantidad líquida que espresa. Ha de contener ademas la demanda, como requisito propio, y especial de su carácter ejecutivo, la protesta de adquirir en cuenta, justos y legítimos pagos, cláusula que tiene por objeto evitar el incurrir en la pena de la *plus petition* en el caso de que el deudor acreditase que habia pagado algunas cantidades á cuenta del crédito que se le reclamaba. Dicha pena consiste, segun las leyes 22, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop. y 42, tit. 2, Part. 3, cuando se pidió mas por dolo, en la condena de costas y en la pérdida de la deuda principal, y cuando no hubo dolo, sino error, en pagar las costas y perjuicios causados por razon del exceso al ejecutado. Véase, no obstante, lo espuesto en el núm. 446 del lib. 2.º de este tratado. Si el acreedor sabe con certeza, dice Febrero, qué cantidad cobró, no queda libre de la pena por la protesta de recibir en cuenta justos pagos, pero sí quedará libre, si no supiera á punto fijo cuánto fue lo cobrado.

La ley 6, tit. 28, lib. 11, Nov. Recop. imponia al ejecutante la obligacion de jurar en su demanda, la certeza de la deuda, esto es, que aun existia por no haberse satisfecho, y su legitimidad, lo que se efectuaba con la cláusula *juro la deuda*; pero no requiriéndose este requisito por la nueva ley de Enjuiciamiento, á pesar de haberse prevenido en el art. 515 de la de Enjuiciamiento Mercantil, así como tampoco requiere la ley civil, respecto de la demanda ordinaria, la cláusula de *juro lo necesario*, que se insertaba anteriormente, debe entenderse que ha querido suprimir aquella cláusula, como dijimos respecto de esta, fundados en las graves consideraciones que espusimos en los números 472 y siguientes del lib. 2.º de este Tratado.

1149. A la demanda ejecutiva deberá acompañarse el documento en que funde su derecho el ejecutante, segun previene el art. 225 sobre el juicio ordinario, que aquí será el título ejecutivo, bien lo fuese antes de principiar el juicio, bien por haberse preparado este verificando las diligencias prescritas en el art. 945 ya espuesto; asimismo deberá acompañarse la copia en papel comun de la demanda ejecutiva suscrita por el procurador por inferirse asi de lo prescrito en el art. 945, que no solo se refiere al artículo 224 del juicio ordinario, sino al 225, y porque tambien es conveniente esta copia para que pueda enterarse de la demanda ejecutiva al ejecutado. Debe tambien acompañarse el poder que acredite la personalidad del procurador y el documento ó documentos que acrediten la personalidad con que se presenta en juicio al demandante en el caso de tener representacion legal de alguna persona ó corporacion, ó cuando el derecho que reclame provenga de habérselo otro transmitido, todo con arreglo á las disposiciones generales prescritas en el art. 18 de la ley. Pero no tiene aplicacion necesariamente á este juicio lo dispuesto en el artículo citado, y en el 202 de la misma ley, sobre que se acompañe á toda demanda la certificacion del acto de conciliacion ó de haberse intentado sin efecto, por no ser necesario este requisito para entablar la demanda ejecutiva, segun se espresa en la escepcion del art. 201, lo que se funda en las consideraciones espuestas en el núm. 251, 2.º del libro 2.º de este Tratado.

1150. Ultimamente debemos advertir que deberá entablarse el juicio ejecutivo y no el de menor cuantía, aun cuando el interés de la accion ejecutiva en que se fundare la demanda no esciediere de tres mil reales, segun terminantemente se prescribe en el art. 1154 de la ley, diciendo, que lo dispuesto en el art. 1153 sobre que toda contestacion entre partes cuyo interés no esceda de tres mil reales se decida en juicio de menor cuantía, se entiende sin perjuicio de la accion ejecutiva de la cual podrá usarse cualquiera que sea la cantidad de que se trate, en los casos en que proceda con arreglo á derecho; disposicion que se apoya en las consideraciones espuestas latamente en los números 180 y siguientes del libro 2.º de este Tratado.

1151. Presentada la demanda ejecutiva con los requisitos y documentos enunciados, y dada cuenta de ella al juez, mandará este traer los autos á la vista, para examinar si procede ó no la ejecucion, pues si la despachase indebidamente y se declarase nula, seria condenado en costas, segun espresamente declara el art. 971 que espondremos mas adelante.

1152. Hé aquí como resume Febrero los siguientes requisitos que deben concurrir en la demanda para que pueda despacharse la ejecucion.

«Para que se pueda proceder ejecutivamente, han de concurrir seis circunstancias, que no debe el juez perder de vista:

1.º Que el ejecutante sea persona legítima para pedir la ejecucion, y no tenga prohibicion de comparecer en juicio, lo cual ha de hacer constar como requisito esencial al mismo tiempo que la pide, sea que lo haga por sí propio ó en nombre de otro, y que si es cesionario á virtud de escritura,

la presente, ó si por endoso de algun vale, letra ó libranza, reconozca su firma el endosante ó cedente, pues si no la reconoce primero, ó no la confiesa el deudor, se anulará la ejecucion, oponiéndose por este la escepcion de ilegitimidad de persona, no por acreditar que sea cierta la cesion y hecha por quien podia hacerla, como mas de una vez se ha declarado,

2.º Que si el acreedor se obligó á hacer antes por sí alguna cosa la haga; pues conteniéndose cosa tal en el instrumento, no ha de despacharse la ejecucion hasta que el acreedor la cumpla, porque siempre debe preceder el cumplimiento por parte del actor.

3.º Que si se pide en virtud de confesion, sea esta clara y de cantidad liquida, porque habiendo la mas leve duda acerca de esta, no debe despacharse, y que si se pide á virtud de instrumento público, la traiga aparejada, y no sea falso, ni esté roto, cancelado ni sospechoso en parte sustancial, ni se haya prescrito el tiempo señalado por la ley 63 de Toro (3, tit. 8, lib. 11, Nov. Recop.) para pedir ejecutivamente, ni contenga vicio ó defecto esencial; por ejemplo, ser traslado sacado sin citacion por escribano ante quien no se otorgó, y no la copia original, ó no hallarse esta suscrita, como debe estarlo, por el que la hizo, sino dada por concuerda con el protocolo, etc., en cuyos casos hasta que se purifique y subsane el vicio ó defecto no debe despacharse la ejecucion, y si se despacha, es nula.

4.º Que si el instrumento contiene plazo ó condicion, se haya cumplido, pues si antes de cumplirse pide el acreedor la ejecucion, á mas de que no ha de ser oido, debe el juez condenarle en costas y prorogar ó dar al deudor otro tanto tiempo mas que el que faltaba, pues lo mismo es no poder ser todavía demandado, que no ser deudor: leyes 25, tit. 2, Part. 3; y 1, tit. 28, lib. 11, Nov. Recop. De consiguiente debe el juez reconocer las escrituras para cerciorarse por sí mismo si son ó no ejecutivas, sin fiarse de escribanos poco inteligentes, pues si por haber despachado indebidamente la ejecucion, cualquiera que fuese el motivo se diere por nula, ha de satisfacer y restituir en pena los derechos que llevare, con las costas á las partes (leyes 12, tit. 4, 24 y 25, tit. 22, Part. 3; 8, título 28, y 11, título 30, lib. 11, Nov. Recop.) no pudiendo condenar en las dichas costas al ejecutante, como lo hacen algunos, imputándole la culpa que ellos tienen por no examinar debidamente las escrituras, ó por no saber su oficio.

5.º Que el juez, antes de entregar el mandamiento al acreedor, le reciba juramento de cuanto es lo que verdaderamente se le está debiendo y de que no pide la ejecucion con malicia, segun se manda en la ley 6, tit. 28, lib. 11, Nov. Recop.; ó que el mismo acreedor lo jure en el pedimento, que es lo que se practica, y surte el propio efecto; á menos que el que pide sea heredero del acreedor, pues nadie está obligado á jurar sobre hecho ageno, y de que tal vez no tiene noticia: mas por omitirse el juramento no se vicia la ejecucion, pues la ley no lo exige por forma, sino por solemnidad.

dad, como dicen algunos autores, aunque otros sienten lo contrario. (Esta última doctrina de Febrero sobre que no es necesario el juramento, es la que se deduce del silencio de la nueva ley sobre este punto segun ya hemos espuesto.)

6.º Que para incurrir en la pena de otro tanto del importe del esceso ó demasia que impone la dicha ley recopilada al acreedor, por pedir mas que lo que legítimamente se le debe, ponga en el pedimento esta cláusula; «y protesto admitir en cuenta legítimas y justas pagas;» pues muchos acreedores, sin embargo de haber percibido algo á cuenta de sus créditos, piden el todo con malicia ó por olvido, á causa de no haber sentado lo que percibieron.

1153. Anteriormente, cuando el juez, despues de examinado el título ejecutivo, creia que no era procedente la ejecucion, mandaba al actor que *pidiera conforme á derecho*, ó bien comunicaba traslado liso y llano al reo ó deudor, ó le prevenia que pagara dentro de tercero dia, añadiendo, que *si tuviera razon para no pagar, la dedujera dentro del propio término*, lo que equivalia á denegar la via ejecutiva y se seguia el pleito en juicio ordinario, sino se reponia este auto como podia pedir el actor, ó no se revocaba en virtud de apelacion que podia interponer el mismo, ó el juez no atendia á la reposicion.

Igualmente algunos jueces por cierto espíritu de indulgencia y á fin de que el deudor tuviera mas tiempo para buscar dinero con que pagar y no se le causara estorsion, solian mandar que se le notificara pagara dentro de tercero dia con apercibimiento de ejecucion; y asimismo cuando dudaban sobre la calidad ejecutiva del título, con el fin de adquirir mas datos oyendo al deudor, para salir de la duda, mandaban darle por un breve término *traslado sin perjuicio* con lo que se queria decir que no se trataba por este traslado de negar la accion ejecutiva que podia competir al acreedor: el deudor tomaba los autos y esponia las razones que creia procedentes para que no se despachara la ejecucion, y el juez en su vista decretaba haber ó no lugar á ella. Estas prácticas eran indudablemente perjudiciales al deudor é impropias del juicio ejecutivo por lo que fueron combatidas por acreditados autores, entre ellos Febrero. Asi es que la nueva ley de Enjuiciamiento las ha desterrado absolutamente, disponiendo en su art. 946, que *el juez, examinado el título ejecutivo, despachara ó denegara la ejecucion sin prestar audiencia nunca al demandado*.

1154. Pero como esta providencia puede causar graves perjuicios al actor, previene el art. 947, que *del auto en que se denegare la ejecucion, puede pedirse reposicion dentro de tres dias, y apelarse dentro de los cinco siguientes, si esta fuere denegada*, es decir, la reposicion; lo cual es conforme á la doctrina general sancionada en el art. 65, con la diferencia de que allí se conceden solo tres dias para la apelacion y aqui cinco que es el término general para las apelaciones que señala el art. 67; favor que se funda en la importancia de esta providencia y en la distinta naturaleza de la á que se refiere el art. 65.

1155. *Esta apelacion procede libremente*, esto es, en ambos efectos, devolutivo y suspensivo, puesto que nada hay que ejecutar, y *una vez admitida se remitirán los autos al tribunal superior con citacion solo del apelante*; puesto que no es parte todavía en el juicio el reo ó deudor á cuyo favor se dió aquel auto. *Se sustanciará en los mismos términos que la de la sentencia definitiva ó de remate de este juicio menos la entrega de autos al deudor mediante no ser parte aun en ellos*: art. 948. Si no se interpusiere apelacion ó se confirmare el auto, llegando á constituir ejecutoria, el actor no podrá reclamar por la via ejecutiva sino por la ordinaria.

Si se diese auto despachándose la ejecucion en vista de la demanda, no ha lugar á apelar de ella, por no haber quien lo haga, puesto que solo vendria verificarlo al deudor y este no ha sido citado.

1156. *Despachada la ejecucion*, bien en vista de la demanda, bien por haberse revocado la providencia en que se denegó aquella, *se entregará el mandamiento que se espida en su virtud, y que deberá firmar el juez y el escribano, al actor*: art. 948. Esta disposicion es conforme á la ley 10, título 28, lib. 11 de la Novísima, que mandaba entregar el mandamiento al acreedor y no al alguacil bajo pena de nulidad, si bien la práctica era entregarlo al escribano y al alguacil de consentimiento verbal suyo, de cuya manera no se anulaba la ejecucion, pues con su consentimiento cesaba la razon de la prohibicion legal. El art. 948 de la nueva ley previene tambien que *con dicho mandamiento*, esto es, enseñándoselo, *se requerirá al deudor al pago por alguacil y escribano de juzgado*. Si el deudor satisface la deuda, se hará constar por diligencia en los autos, dando cuenta al juez, quien mandará entregar su importe al actor ó acreedor, dando por terminado el juicio. Si manifestare el deudor recibo de haber pagado, no han de suspender estos la traba ni demás diligencias, pues no les incumbe conocer si es ó no legítimo el recibo, por lo que ha de producirlo el deudor á su tiempo en juicio, para lo efectos legales. Lo mismo se observará si opusiese cualquier otra excepcion; pero el escribano pondrá diligencia de haberla alegado el deudor. Anteriormente, segun la ley 15, tit. 30, lib. 11 de la Nov. Recop. pagando el deudor la deuda antes de las veinticuatro horas contadas desde el requerimiento, se libraba de los derechos de ejecucion; pero la nueva ley ha prevenido en su art. 954, que *aunque pague el deudor dentro de las veinticuatro horas posteriores al requerimiento y aun en el acto de este, serán de su cargo las costas causadas en el juicio. Si el deudor no verificase el pago en el acto, se procederá á embargar bienes suficientes á cubrir la cantidad porque se proceda y las costas*, por el orden que diremos mas adelante: art. 948.

1157. Para evitar los perjuicios y fraudes á que pudieran dar lugar los deudores, ausentándose ú ocultándose con el objeto de eludir el embargo de bienes, dispone la nueva ley, conforme en la parte esencial con las prescripciones de las leyes 14 y 17, tit. 30, lib. 4, de la Nov. y con el art. 3.º de la ley de 4 de junio de 1837, que *si el deudor no fuere habido despues de haberle buscado dos veces en su domicilio con intervalo de seis horas, se le hará requerimiento por cédula que se dejará por su orden á su mujer,*

hijos mayores de 14 años, dependientes ó criados, y á falta de ellos á los vecinos; art. 955. Véase lo espuesto sobre el art. 228, que trata del emplazamiento por cédula en el juicio ordinario con el que tiene grande analogía el presente.

Sino se supiere su paradero, ni tuviere casa, se hará el requerimiento por cédula al alcalde del pueblo de su domicilio, y si no lo tuviere conocido, al alcalde de su última residencia; publicándose además por edictos, que se insertarán en los periódicos del pueblo si los hubiere, y si no, se fijarán en las puertas del juzgado; art. 956. El objeto de la ley al prescribir estas diligencias es que llegue á noticia del deudor el requerimiento. Véase tambien lo espuesto en el art. 228.

1158. *Verificado el requerimiento de cualquiera de estos modos, se procederá seguidamente al embargo de bienes en la forma establecida, por la ley y que mas adelante espondremos: art. 955.*

1159. Si el alguacil y escribano hallasen cerrada la puerta del domicilio del deudor y no se les abriera espontáneamente, no pueden allanarla con violencia sin espresa orden del juez, por prohibirlo el art. 7 de la Constitución, y la real orden de 27 de febrero de 1850. En tal caso previene la ley 11, tít. 29, lib. 11, Nov. Recop. que den aviso el alguacil y escribano al juez, dejando guardas de vista, el cual mandará abrir la puerta por peritos y ante testigos idoneos. Si el deudor, su familia ó vecinos hiciesen resistencia, se acudirá al celador de seguridad pública ó al alcalde para que les auxilie, y si aun así no consiguieren su objeto, pondrán por diligencia lo ocurrido, y el juez dispondrá que les acompañe la fuerza armada que juzgue necesaria, ó mandará proceder á la formación de causa si hubiere motivo para ello.

1160. Teniendo por objeto el embargo de bienes, asegurar el pago del crédito del acreedor, contra el deudor, no es necesario embargar todos los bienes de este, sino aquellos que se considerasen suficientes para cubrir el crédito, porque se despachare la ejecución y las costas del juicio, sin perjuicio de mejorar la traba, esto es, de proceder á nuevo embargo, á instancia del acreedor, si viere que no eran aquellos suficientes, así como tambien podrá el deudor en caso de exceso, pedir el desembargo de la parte que sobrase. Véase el art. 957 de la ley.

1161. Así, pues, acerca del orden con que debe procederse el embargo de bienes ó de los que deben embargarse con preferencia á otros, tanto nuestro antiguo derecho como el moderno, han establecido las reglas que se han juzgado mas convenientes, ya para no aumentar la aflicción y la penuria del deudor, con la venta de los bienes cuya conservación pudiera serle mas útil, ya para asegurar al acreedor el pago de su crédito, con el embargo de los que tienen mas fácil salida.

1162. Según nuestra antigua práctica y disposiciones legales, cuando el deudor se hallaba ausente ó no queria señalar bienes estando presente, podia designarlos el acreedor en los que se encontraren en la casa ó constase que eran del deudor, pero debia empezarse la traba precisamente en los

bienes muebles, en los que según la ley 10, tít. 33, Part. 7, se comprendian los semovientes, aunque la ley 6, tít. 28 lib. 11, de la Nov. Recop. no hacia mencion de estos: no habiendo bienes muebles, debia trabarse la ejecución en los raices, y á falta de todos, en los créditos y derechos del deudor, no habiéndose pactado lo contrario en el contrato. Véanse las leyes 12, tít. 18 libro 11, Nov. Recop. y tít. 27, Part. 3.^a

1163. La nueva ley de Enjuiciamiento siguiendo el espíritu de estas disposiciones ha prescrito en su art. 949, *que el orden que se guardará para los embargos es el siguiente:*

1.º *Dinero metálico si se encontrare, bien se halle en poder del deudor ó depositado en poder de otro.*

2.º *Alhajas de plata, oro ó pedrería, si las hubiese.*

3.º *Frutos y rentas de toda especie; esto es, ya sean naturales, industriales ó civiles.*

4.º *Bienes semovientes.*

5.º *Bienes inmuebles, considerándose como tales los objetos que se separan de los inmuebles ó raices á que les estaban unidos si no se trata de volverlos á fijar en ellos, como los árboles caídos, las piedras arrancadas de las canteras, y los ladrillos, tejas y demas materiales separados de un edificio. Véase las leyes 28, á la 31, tít. 5, Part. 5.*

6.º *Bienes raices.* En estos se cuentan todos los objetos, que aunque muebles por su naturaleza se hallan unidos á los inmuebles, y por tanto formando parte de estos. Tambien se consideran inmuebles los frutos no separados de sus raices ó pendientes de los árboles, y por fin el usufruto ó uso de inmueble, derecho de habitación, servidumbres reales, censos impuestos sobre las fincas y los oficios de propiedad particular. Véanse las leyes 28, á la 31, tít. 5, Part. 5.

7.º *Sueldos ó pensiones.*

Así, pues, existiendo de la primera clase de bienes, solamente deberá hacerse la traba respecto de ellos; si no fueren bastantes, se pasará á embargar los de la segunda clase y así sucesivamente.

1164. La nueva ley de Enjuiciamiento en su artículo 956, dice espresamente, *que el acreedor puede concurrir á los embargos y designar los bienes del deudor en que hayan de causarse, con sujeción al orden establecido, esto es, limitando su designación á los diversos bienes de una misma especie, mas no podrá invertir al orden gradual que marca la ley sobre cada una de estas.* Nada dice, sin embargo, la nueva ley, sobre si el deudor tendrá tambien la facultad de hacer dicha designación como se hallaba establecido anteriormente. Mas del espíritu del art. 956, debe deducirse la afirmativa, puesto que es tanto ó mas digno de consideración que el acreedor el deudor como persona mas oprimida. Así, pues, no creemos, por lo menos, que pueda hacer aquella designación el acreedor, contra la voluntad del deudor.

La necesidad del mútuo acuerdo de ambos, respecto del orden que deba guardarse para el embargo de bienes de las diferentes clases que enumera

la ley, alterando su orden, es en nuestro juicio necesario, por la consideracion ya indicada de haberse establecido aquel orden, tanto en beneficio del deudor, como del acreedor, por lo que ninguno de ellos puede renunciarlo por sí solo.

El orden legal de hacer la traba, puede no obstante alterarse por el actor, aun respecto de las diversas clases enunciadas, *si hubiese bienes dados en prenda ó hipotecados*, pues segun previene el art. 950 de la ley, *se podrá proceder contra ellos antes que contra ningunos otros, si el actor lo solicitare*. Esta doctrina, consecuencia de los principios del derecho sobre la accion hipotecaria, se funda en que hallándose afectos al pago por voluntad de ambas partes espresada con anterioridad en el contrato, el acreedor está en su derecho pidiendo el cumplimiento estricto de aquel. Aun cuando el artículo 950 de la ley, parece requerir la solicitud del actor para hacer la traba en los bienes dados en prenda ó hipotecados, con preferencia á los demás, creemos que deberá proceder el juez por este orden, aun cuando no mediare aquella solicitud, ya porque se presume que los bienes hipotecados especialmente son bastantes para el pago, ya porque por el hecho de haberse contentado con ellos el acreedor para su seguridad, es cierto haber querido que se trabase la ejecucion en los mismos, ya porque de lo contrario se podria causar perjuicio (que por equidad se debe evitar) á otro acreedor de inferior grado á quien no esten especialmente obligados, ó al tercero que los posea, á mas de que debe observarse el orden prescrito en la misma obligacion. Esta doctrina se halla establecida por nuestros antiguos autores, aun con relacion al caso en que el acreedor tuviere hipoteca general ademas de la especial. «El acreedor, dice Febrero, al tratar de las obligaciones y contratos en general que tiene hipoteca especial y general en los bienes de su deudor, puede trabar ejecucion en los que mas bien le parezcan, sin necesidad de hacer previa escusion en los obligados especialmente, con particularidad si la escritura en que se obligaron, contiene la cláusula de que la obligacion general no se entienda derogar á la especial, ni esta á aquella, pues de ambas ha de poder usar el acreedor á su eleccion.... Pero no obstante, añade Febrero, se practica en los tribunales hacer primero la ejecucion en las hipotecas especiales, y se funda en las razones que hemos alegado.»

La ley de Enjuiciamiento mercantil en su art. 318, sancionó espresamente la doctrina espuesta, diciendo, que cuando el título de la ejecucion contenga hipoteca especial de algun inmueble, se trabará siempre la ejecucion sobre este, sin perjuicio de que si contuviere ademas la obligacion general de los bienes del deudor, se embargarán los muebles por el orden prescrito en el art. 317. Esta prevencion debe haberse hecho en el auto y mandamiento de ejecucion, y no dejarse á la calificacion del ejecutor.

Cuando no hubiere hipoteca general unida á la especial, opina Febrero que aun cuando el acreedor pida la ejecucion contra todos y cualesquiera bienes de su deudor, y se despache asi, debe trabarse en los especialmente hipotecados, y se funda en las consideraciones ya enunciadas; mas el señor Escriche, sienta en su diccionario, palabra, Juicio ejecutivo, que despachán-

dose contra todos los bienes el mandamiento ejecutivo, y en particular contra los especialmente hipotecados, no se anulará, porque lo que abunda no daña. Del art. 950 de la nueva ley se deduce tambien la doctrina de que la responsabilidad especial no disminuye la general que pesa sobre todos y cada uno de los bienes, hasta que quede del todo completo el pago, y así lo consigna el señor Laserna en sus motivos de la ley.

1165. El fiador contra quien se despache ejecucion por la deuda que fió, puede señalar para que se embarguen antes que sus bienes, todos los que el deudor principal tuviese, y sobre que no se hizo escusion, como debe hacerse antes de procederse contra el fiador. Esto se entiende cuando la fianza se constituyó simplemente, mas si fuese mancomunada con el deudor, no puede el fiador señalar aquellos bienes, por quedar obligado él al todo de la deuda, como aquel, y no competirle el beneficio de escusion. Véase la ley 3, título 27, Part. 3.

1166. Si la ejecucion se dirige contra un tercer poseedor, que no es heredero ni trae causa del que contrajo la obligacion hipotecaria, (como el del mayorazgo afecto á un censo impuesto por otro de diversa línea) dice Febrero, se ha de trabar en la finca gravada, y no en los bienes libres propios del tercero, ni en los de otro mayorazgo que posea y no esten obligados, ni en sus rentas; y no haciendose de esta forma, será nula la ejecucion por el vicio con que se trabó, de suerte que, opuesto este, volverá aquella al estado primitivo que tenia antes de trabarse. Pero si se trabase á un mismo tiempo en los bienes libres ó no obligados y en la misma hipoteca, no se anulará, porque lo util no se vicia por lo inútil; y así quedará secuestrada la hipoteca y los demás bienes se embargarán tan pronto como se pida.

1167. Cuando no señalaren los bienes en que ha de trabarse la ejecucion, el deudor ó acreedor, suele ponerse la cláusula de que la traba se hace *por cuenta y riesgo del deudor*, con lo que se evita la responsabilidad de los que practican el embargo, para el caso de que lo efectuasen en bienes que aunque estuvieran en la casa del deudor, fueran ajenos, y lo ignorasen, si bien no creemos necesaria esta cláusula en el día, pudiendo determinarse aquel caso por las reglas generales sobre la responsabilidad en que incurre el que de mala fe causa perjuicios á otro indebidamente. De todos modos, no bastará para suspender el embargo que se presente un tercero diciendo que son suyos los bienes que se están embargando, á no que constase la verdad de este aserto, quedándole solamente el derecho de proponer la terceria en el período correspondiente del juicio.

1168. Anteriormente solia ejecutarse la traba en una sola cosa del deudor á nombre de las demás, práctica que si bien no estaba prohibida por la ley, era peligrosa y abusiva, por dar ocasion á que el deudor ocultara ó sustrajera sus bienes mientras se sustanciaba el juicio, y á que no pudiera darse la sentencia de remate ó fuese ilusoria, por no haber bienes suficientes que rematar. Por esta razon, y no habiendo sancionado semejante práctica la nueva ley de Enjuiciamiento, deberá desecharse, procediéndose á embargar los bienes que se creyeren suficientes, señalándolos uno por uno, con espe-

cificacion, en diligencia en forma, que se estenderá en los autos para que conste cuáles fueron y que no puedan ocultarse ni substituirse por otros.

1169. Estos bienes *deberán depositarse con arreglo á derecho*, segun espresa el art. 948 de la nueva ley. Asi, pues, conforme á nuestro derecho y jurisprudencia anteriores, cuando los bienes son muebles, deben depositarse en presencia de tres testigos en persona legal, sana y abonada del pueblo, sin que el alguacil pueda tenerlos en su poder ni dejarlos en el del deudor; ley 1, tit. 30, lib. 11, de la Nov. Recop. Sin embargo, á veces se practica, cuando no se encuentra persona abonada, dejar dichos bienes en la casa misma del deudor, pero en habitaciones, cuyas puertas se cierran y sellan.

1170. El alguacil puede apremiar á toda persona en que concurren las dichas calidades, á que reciba en depósito los bienes embargados, entregándoselos sin perjuicio de su derecho, caso que por custodiárselos se le cause alguno, y obligándose con sus bienes á conservarlos á disposicion del juzgado, porque el ser depositario judicial es carga comun que todos deben sufrir por el beneficio público, pues de lo contrario se quedarían los acreedores sin poder cobrar sus créditos, y los deudores consumirían los bienes embargados.

Dicho depósito se espresa en diligencia que podrá ser la misma del embargo, firmándola el alguacil, deudor, depositario y escribano.

1171. Si son bienes raices, ó juros, censos, ú otros efectos redituables, no hay para qué hacer depósito formal, á no ser de los frutos que tengan pendientes, ó réditos que devenguen; y lo que se debe practicar es requerir á los arrendatarios y demás que deben acudir con sus rentas al deudor para que las entreguen al depositario ó las retengan á la ley de depósito y á disposicion 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 no cumpliéndolo. Los requeridos han de firmar, si saben, este requerimiento, y acreditar con recibos lo que pagan y están debiendo, y el escribano ha de espresarlo en la diligencia; de modo que viene á trabarse la ejecucion en la finca, y á mejorarse en sus alquileres, réditos y pensiones. Tanto á los dichos arrendatarios y demás, como al depositario de los muebles, debe darse testimonio espresivo é individual del embargo, sin necesidad del auto judicial, para que les sirva de resguardo, caso que lo pidieren. Sino estuvieran arrendadas las fincas, se hace el embargo, noticiándolo al deudor para que no disponga de ellas. Si estuvieran administradas por el mismo deudor, se pone interventor que asista á la recoleccion de frutos y los tenga en depósito, ó se nombra administrador.

1172. Si el alguacil no halla depositario de las calidades referidas, puede (puesto que ninguna ley lo prohíbe) entregar al acreedor los bienes embargados, no como tal acreedor, sino en calidad de depósito y otorgándole á disposicion del juez: si no toma este partido, hará que el mismo acreedor busque de su cuenta y riesgo quien lo sea; lo cual ha de espresar el escribano en la diligencia, haciendo que la firme para que sepa que le nombró, y portándose en esto de modo que ni él ni el alguacil queden en descubierto, pues ambos á dos pueden quedarlo en estas y otras diligencias.

1175. Manifestando la mujer del deudor, dice Febrero, carta legítima de su dote, que iguale ó esceda al crédito del ejecutante, como que goza de preferencia se la ha de nombrar depositaria de los bienes ejecutados, con obligacion de responder de ellos y tenerlos á disposicion del juez de la causa, no haciéndole la estorsion de sacarlos de su poder, puesto que en juicio contradictorio ha de ser pagada de ellos antes que el ejecutante: lo cual se entiende, aunque no esté amparada, segun es práctica de esta córte, porque el amparo no da vigor alguno ni apelacion, y solo sirve para que los ejecutores no toquen á los bienes conocidos de la mujer, que consten en el instrumento dotal y existan.

Pero no siendo legítima la dote, y aunque lo sea, si la mujer, está obligada con el marido en el contrato ejecutivo, ó si el crédito resultante de este, debe ser preferido al dotal, no se la ha de constituir depositaria de ellos; ni tampoco cuando manifestó, otro instrumento, por ejemplo, una hipoteca ó adjudicacion en que constan los bienes que adquirió despues de casada, porque estos no son privilegiados como los dotales, y tal vez el acreedor será preferido á ella por su crédito.

Difficil es que un simple alguacil ó escribano pueda decidir estos puntos de derecho, por lo cual debe ponerlo en conocimiento del juez.

1174. Cuando el embargo consiste en dinero, se interviene y se deposita en el banco de San Fernando ó en sus comisionados en las provincias: reales órdenes de 30 de mayo, de 18 y 23 de octubre de 1834, y de 8 de marzo de 1844.

1175. Como el embargo de bienes es á veces, y mucho mas en el juicio ejecutivo, un preliminar de su enagenacion, para hacer pago con ellos al acreedor que promovió el juicio, previene la ley para evitar las enagenaciones y gravámenes fraudulentos que se hicieran sobre los mismos con perjuicio de otras personas que ignorasen el embargo, *que de todo embargo de bienes raices, se tomará razon en la contaduría de hipotecas del partido, librando al efecto el oportuno mandamiento por duplicado; uno de ellos despues de diligenciado se unirá á los autos, y el otro quedará en la espresada contaduría*. Esta disposicion ha venido á suplir la razon que se tomaba anteriormente en la contaduría de hipotecas, de la *traba* de ejecucion que se consignaba en diligencia y que venia á ser una consignacion de la hipoteca judicial en que quedaban constituidos para el pago de la deuda y costas, los bienes embargados: diligencia que no deberá practicarse en el día, por no requerirla la ley de Enjuiciamiento.

1176. Nada dice esta sobre si el alguacil y escribano que ejecutan el embargo indebidamente ó alterando el orden que establece el derecho, deberán incurrir en responsabilidad, á pesar de hallarse asi consignado en la ley de Enjuiciamiento mercantil cuyo art. 317, previene que el alguacil ejecutor será responsable de cualquier esceso que cometa en la ejecucion y perjuicio que cause por no haberse arreglado á derecho: sienda esta disposicion una consecuencia de los principios generales de derecho sobre indemnizacion de daños y perjuicios causados á sabiendas é indebidamente, la