

creemos aplicable al Enjuiciamiento civil, tanto mas cuanto que anteriormente facultaba la práctica para pedir la reparacion de perjuicios.

1177. Como puede suceder que los bienes embargados en un principio y que se crean suficientes para el pago de la deuda y costas del juicio, no lo sean, por no tener el valor que aparentaban ó por aparecer que no eran del deudor ó por cualquiera causa, la ley faculta al acreedor para ampliar la ejecucion á otros bienes ó mejorar el embargo. Para asegurar esta mejora se ha acostumbrado poner en la diligencia de embargo la protesta de mejorar la ejecucion ó ampliarla en cualquiera estado del juicio; la cual si bien es prudente incluir, no lo juzgamos indispensable para que no pueda aquel efectuarse.

1178. En su consecuencia el art. 957 de la ley previene que *tambien puede pedir la mejora de ejecucion al deudor en el curso del juicio, y deberá decretarse si se pudiese dudar siquiera de la suficiencia de los embargados á cubrir principal y costas.* No será pues necesario justificar cumplidamente aquella insuficiencia, para que el juez conceda la mejora, sino que bastará alegar razones que puedan enjendrar duda sobre ella.

1179. Asimismo, *si durante el juicio ejecutivo, y antes de pronunciarse sentencia, venciese algun nuevo plazo de la obligacion en cuya virtud se proceda, como sucede cuando por ejemplo, se reclaman réditos de censos ó cobro de pensiones, puede, si lo pidiese el actor, puesto que á él es á quien interesa y que el juez debe limitarse á administrar justicia solamente sobre aquello que se reclama en negocios de interés privado, ampliarse la ejecucion por su importe, puesto que forma la cantidad del plazo vencido, una parte de la obligacion reclamada, sin necesidad de retroceder en el juicio, y sin que en su consecuencia sea necesario volver á requerir al deudor para que pague la nueva suma, y considerándose comunes á la ampliacion los trámites que la hayan precedido.* De manera que en virtud de esto, la *sentencia definitiva ó de remate del juicio deberá ser extensiva á ella tambien;* art. 958. Esta disposicion ha resuelto la duda que solia suscitarse anteriormente sobre si en el caso espuesto debia volver á principiarse el juicio respecto de la cantidad nuevamente vencida.

1180. Anteriormente, además de la traba y depósito de bienes del deudor, se procedia, á la prision de este á petición del acreedor, sino gozaba del privilegio de no poder ser preso por deudas, y no daba la *fianza de saneamiento*, esto es, sino presentaba fiador que respondiera con sus bienes de que los embargados pertenecian al deudor y eran suficientes para el pago de la deuda y costas y que en su defecto se obligaba á satisfacerlo todo ó lo que faltare con los suyos, hecha antes escusion en los del deudor. Esta fianza debia darse aun cuando el deudor presentara testigos que asegurasen ser suyos los bienes, ó aunque diera la fianza de la haz ó de estar á derecho. Véase la ley 12, tít. 28, lib. 11, de la Nov. Recop. Para ello se requería al deudor antes ó despues de notificársele el estado de la ejecucion. Pero en el dia deberá entenderse derogada esta parte de nuestra legislacion por no requerir la nueva ley de Enjuiciamiento la prestacion de dicha fianza

por falta de objeto, pues que ya nadie puede ser preso por deudas puramente civiles, segun se deduce del art. 297 de la constitucion de 1812 y del decreto de córtes 11 de diciembre de 1812, que aunque al prohibir la prision por deuda se refieren á materia criminal, puesto que dice que no proceda la prision cuando no puede recaer pena corporal, como esta nunca puede tener lugar por deudas puramente civiles, se sigue que tampoco puede verificarse por ellas la prision.

Y en efecto, la prision por deudas civiles, dicen los señores Goyena, Aguirre y Montalban en su Febrero reformado, envuelve una lucha entre la propiedad del acreedor y la libertad del deudor; ¿cuál de las dos debe ser mas favorocida ó respetada por las leyes?

«A primera vista parece que en los gobiernos absolutos lo será la primera y en los libres la segunda. Sin embargo, es bien conocido de todos el rigor, y hablando mas propiamente la barbarie de los antiguos romanos contra sus deudores, aun en los mas bellos tiempos de la república; la esclavitud y á veces la muerte, si ha de estarse á la letra de la ley, era la triste suerte de los insolventes: y solo en el caso de la libertad se les concedió por la ley Julia el miserable consuelo de poder libertarse con la cesion de bienes.

»La Inglaterra era poco menos rigurosa que Roma, y se miró como muy favorable á la libertad de los deudores el estatuto de Jorge III, mandando que por toda deuda que no escediera de veinte chelines (cinco duros) no pudiera tenerse en prision al deudor mas de veinte dias y cuarenta por la que no escediera de cuarenta chelines (diez duros); pero escediendo de esta cantidad, el inglés, al que su miseria no permite pagar, puede ser privado de su libertad por toda su vida.

»El código francés determina exacta y minuciosamente los casos en que ha lugar á la prision por deudas puramente civiles, aunque no se haya pactado asi; los en que puede pactarse; la cantidad á que ha de ascender la deuda, y las personas contra las que nunca puede decretarse.»

Nuestro derecho se ha inclinado segun ya hemos dicho, por la libertad del deudor, aun en nuestras leyes antiguas, puesto que aun antes de la constitucion de 1812, eran tantas las personas que gozaban del privilegio de no poder ser presas por deudas, bastando para ello ejercer alguna profesion ú oficio, que apenas habia alguna contra que no pudiera aplicarse aquel rigor, á no ser que fuera un vagabundo. Véanse las leyes 3, tít. 10, 8, título 31, Part. 2, 5, 6 y 7, y 10, tít. 6, Part. 6, 4, tít. 3, Part. 3, 2 y 10, título 2, lib. 6, Recop. 14 y 15, tít. 18, lib. 6, 10 tít. 4, lib. 11, tít. 29, libro 7, 5, tít. 8, lib. 3 y 20, 21, 22 y 23, tít. 38, lib. 11, Nov. Recop.

Sin embargo, aunque en el dia nadie pueda ser preso por deudas civiles todavia puede ser útil la mencionada fianza, y en su consecuencia exigirle á petición del actor cuando, como dice el señor Rodriguez en sus Instituciones prácticas, el deudor no tuviese arraigo y sacase los bienes muebles en que ha de hacerse el embargo, por haber en tal caso presuncion fundada de que los bienes designados no son suyos. Asi se deduce tambien del artículo 931 sobre embargos provisionales, de la nueva ley que faculta para ve-



rificar este, cuando aquel contra quien se pida no tuviese domicilio conocido, ó caso de tenerlo, exista motivo racional para creer que ocultará sus bienes.

1181. También se notificaba anteriormente, hecha la traba el estado de la ejecución al deudor, apercibiéndole que si dentro de setenta y dos horas no satisfacía la deuda, incurria en la pena de pagar, además de las costas, la décima parte de aquella donde se usaba; así como se libraba de pagar las costas, si satisfacía la deuda á las veinte y cuatro horas despues del requerimiento para el pago; pero en el día ha cesado la necesidad de aquella notificación por hallarse suprimida la exacción de la décima por disposiciones recientes, en atención á lo odioso que era que estuvieran obligados á pagarla pueblos determinados, mientras otros se hallaban libres de este gravámen, y por lo duro que aparecía que pesara sobre el que se hallaba falto de recursos y asimismo por hallarse mandado en el art. 954 de la nueva ley, que aunque el acreedor pague dentro de las veinte y cuatro horas posteriores al requerimiento y aun en el acto de este, serán de su cargo las costas causadas en el juicio. Así se ha simplificado el procedimiento, desapareciendo el pedimento del actor, la providencia judicial y la notificación.

1182. Igualmente, según nuestro derecho anterior, hecha la notificación de estado, debía mandar el juez á petición del actor, que para proceder á la venta pública de los bienes embargados, se dieran tres pregones en el espacio de nueve días, si los bienes ejecutados eran muebles, y de veinte y seis si raíces, lo que solo tenía lugar si el deudor no los había renunciado, y cuando la traba no se hacía en dinero ó en especie determinada. Pero este procedimiento ofrecía los inconvenientes de ocasionar dilaciones en el juicio y el de hacer aparecer en público, como deudor y como insolvente al ejecutado, cuando á veces no era así, puesto que pudo negarse á pagar lo que se le pedía, fundado en sus excepciones legítimas que podía proponer mas adelante, consiguiendo sentencia á su favor, y además, la de no procurar los pregones ventaja atendible, por no poderse verificar la venta de los bienes embargados en este estado del juicio. Por estas consideraciones, ha suprimido este procedimiento la nueva ley.

## § II.

*De la citación de remate, oposición del ejecutado, excepciones, pruebas y sentencia.*

1183. Hecho el embargo, se citará de remate al deudor, según previene el art. 959 de la ley de Enjuiciamiento civil.

La citación de remate tiene dos fines, según dice Febrero: 1.º que el deudor pueda oponerse á la ejecución y excepcionar contra ella, ó bien hacer el pago, según se expresa en el art. 522 de la ley de Enjuiciamiento mercantil. 2.º Que pueda procederse, si así no lo hiciere, á la sentencia de remate y venta de los bienes ejecutados.

El escribano deberá, pues, al hacer esta citación conforme prescribían las leyes 12 y 17, tít. 28, lib. 12 de la Nov. Recop, apercibir al deudor que si dentro del término legal que es el de tres días, según el art. 960 que mas adelante espondremos, no comparece en juicio á mostrar alguna excepción que impida el remate, se procederá al de los bienes ejecutados sin mas citación y plazo, sentenciando la causa de remate por el importe de la deuda y costas causadas y que se causaren hasta el efectivo pago.

1184. Anteriormente, para verificar esta citación, se entregaban los autos al acreedor para que la pidiera, y en su consecuencia daba el juez providencia decretándola. Y tal es la práctica que deberá seguirse en el día en nuestro juicio, no obstante haber intérpretes que opinan deber hacerse dicha citación sin necesidad de petición de la parte actora ni de providencia del juez, fundados en la conveniencia de evitar dilaciones y en que el artículo 959 de la ley no dice que el juez mande citar, como hacía la ley 15, tít. 28, lib. 11 de la Nov. Recop., sino que se cite de remate al deudor. Fundamos nuestra opinión no solo en que la nueva ley se expresa también en impersonal, respecto de otras diligencias á que debe y quiere que preceda providencia del juez, sino también en que en el caso de que tratamos, es mas conforme la opinión que sostenemos á los principios del procedimiento, porque el escribano no puede practicar sin que preceda auto del juez, diligencia alguna sustancial, como es la presente, en la que se hace al deudor una intimación y se marca un trámite del juicio designado por la ley, y asimismo porque el juez no puede providenciar de oficio diligencia alguna, que por no ser consecuencia inmediata de lo solicitado por las partes, pueda dejar de tener lugar, por haberse estas convenido en desistir de sus pretensiones ó en transigir sus diferencias, cortando el juicio.

1185. Idénticas razones alegaba Febrero al sostener esta opinión contra los que sentaban la contraria. Fundamos nuestra opinión, decía:

1.º En que la ley 14, tít. 4, lib. 11, Nov. Recop., dice: «Y mandamos que de aquí adelante ningún escribano ni portero, ni pregonero, ni emplazador, ni oficial que tenga cargo de emplazar, no sea osado de emplazar ni emplace á persona alguna, sin que primeramente le sea espresamente mandado por nuestras justicias.

2.º En que esta citación no es consecuencia forzosa de la traba.

3.º En que puede ocurrir que en el entre tanto se haya convenido el acreedor con el deudor, y así debe hacerse á instancia de este y en virtud de nuevo mandato judicial, ó que haya sido puesto en el mismo mandamiento ejecutivo.

1186. La citación de remate debe hacerse al deudor en persona por ser la primera que se hace al demandado para que se persone en los autos á defenderse y como tal equivalente al emplazamiento en los juicios ordinarios, y por medio de cédula, si no fuera habido en la forma que queda prevenido para el requerimiento en el art. 955 de la ley, esto es, dejando dicha cédula á su mujer, hijos mayores de catorce años, dependientes ó criados, si los tuviere, por su orden, y á falta de ellos á los vecinos. Si no se supiere su pa-



radero, ni tuviere casa, se hará la citacion de remate por cédula al alcalde del pueblo de su domicilio, si no lo tuviere conocido, del de su última residencia; publicándola además por edictos, que se insertarán en los periódicos del pueblo, si los hubiere, y si no, se fijarán en las puertas del juzgado.

1187. Habiéndose trabado la ejecucion, dice Febrero y Escriche, en réditos de censos ó en deudas, derechos y acciones pertenecientes al ejecutado, convendrá citar á los deudores, como si tambien estuvieran ejecutados, para que dentro del mismo término aleguen lo que les convenga sobre lo que debian satisfacer, y no haya que seguir con ellos nuevos autos.

1188. Cuando los bienes en que se trabó la ejecucion, están poseidos por terceros ó acreedores conocidos, dicen tambien estos autores, debe asimismo citarse á estos en sus personas pudiendo ser hallados; si se ignora su paradero ó son inciertos y el ejecutante lo acredita por informacion sumaria en el juicio, se les ha de hacer la citacion por edictos y pregones. Esta doctrina es conforme con lo dispuesto en el art. 938 de la ley de Enjuiciamiento sobre embargos provisionales, segun el cual, si el embargo se hubiese hecho en bienes existentes en poder de un tercero, se pondrá en el mismo dia en conocimiento de la persona contra quien se hubiese decretado, y si no fuere hallada, se le hará saber por medio de cédula.

1189. Si el ejecutado comparece por sí en juicio ó se opone antes que se le cite de remate, es ociosa ya la citacion, y no debe darse auto ni mandamiento para hacerla, como se ordenaba en la ley 15, tít. 28, lib. 11, Nov. Recop., por estas palabras: «y que si oviere oposicion despues de ella no se dé otro mandamiento para el dicho remate.» Fúndase esto en que por la comparecencia del deudor es visto, que sabe se le ha de citar; y se entregarán los autos al ejecutado para que alegue lo que le convenga.

1190. Si el pleito se ha tenido suspenso en estado de citacion ú otro por un año ó mas, se ha de citar de nuevo al deudor, ó hacersele saber el que á la sazón tenga, sin cuyo requisito de ningun modo han de proseguirse las demás diligencias, porque tal es el efecto que produce la omision del actor, tanto en este juicio como en el ordinario. V. Febrero en el juicio ejecutivo.

1191. *Dentro de los tres dias siguientes á la citacion* dice el art. 960 de la ley, *sin contar el en que se verifique, ni los en que no pueden tener lugar actuaciones judiciales, pero si el del vencimiento*, conforme con las disposiciones generales del art. 25 de la ley, *podrá oponerse el deudor á la ejecucion*, esto es, presentará un escrito por medio de un procurador, en que diga en general que se opone á la ejecucion por hallarse asistido de excepciones contra ella, pero sin necesidad de espresar estas, lo que se reserva para el escrito de oposicion en forma, que ha de presentarse en el nuevo plazo designado por la ley en el art. 962, pero pidiendo se le entreguen los autos para ello.

1192. *Si no lo hiciere*, esto es, si no se opusiese á la ejecucion, *pasados los tres dias y acusada una rebeldía por el actor, mandará el juez traer los autos á la vista*, pues aunque no ha habido oposicion, puede resultar de

ellos alguna nulidad, y tener que arreglar la sentencia segun lo prescrito en los artículos 970 y 971. Asi, pues, la sentencia que dictare el juez no será precisamente mandando proceder á la venta de los bienes embargados y que de ellos se haga pago al acreedor, como se lee en el art. 324 de la ley de Enjuiciamiento mercantil sino que podrá decretarse no haber lugar á la ejecucion, si no fuera suficiente para ello el título ejecutivo, ó la nulidad de aquella. El juez, en vista de los autos, *pronunciará sentencia de remate con citacion de solo el actor*, lo que sin duda se funda en la falta de términos hábiles para citar á la vista al ejecutado, por no haberse presentado á oponerse, y en imponerle una pena por su falta de presentacion. Por lo demás, deben tenerse presentes las disposiciones de la ley sobre los juicios en rebeldía en general contenidas en los arts. 1181 al 1206 y en especial las de los arts. 1192 al 1196.

1193. Nada dice la ley de Enjuiciamiento civil sobre lo que deberá hacerse cuando se presentare en el término mencionado el deudor á realizar el pago. La del Enjuiciamiento mercantil previene, que en tal caso, se tasarán las costas que deberá tambien satisfacer, y se sobreseerá el procedimiento. Y esto es lo que deberá practicarse, segun dijimos que debia hacerse cuando pagara el deudor al requerirle al pago, antes de proceder á la traba.

1194. *Si el ejecutado se opusiera á la ejecucion, se entregarán los autos á su procurador por término de cuatro dias*, en lugar de los diez que se concedian antes por la ley 12, tít. 28, lib. 11 de la Nov. Recop., *para que dentro de ellos precisamente*, esto es, sin que pueda prorogarse el plazo, *alegue sus excepciones y proponga la prueba que estime conveniente*; la cual se practica dentro de diez dias, segun dispone el art. 966 que mas adelante espondremos: art. 962.

Este escrito se llama de oposicion en forma, porque en él espresa el demandado su pretension y los fundamentos ó excepciones en que la apoya, proponiendo la prueba, que podrá consistir en los mismos medios probatorios que se dijo al tratar del juicio ordinario.

1195. *Pasados estos dias, sin necesidad de apremio, se recogerán los autos de poder del procurador, estrechándolo á que los entregue, sin consideracion de ningun género*, esto es, sin concederle mas plazo ni oírle excusa alguna para retenerlos por mas tiempo; disposicion con que la ley trata de evitar toda clase de dilaciones.

1196. Acerca de las excepciones que pueden oponerse en el juicio ejecutivo, anteriormente se hallaban divididas y encontradas las opiniones de los intérpretes.

Segun Hevia Bolaños en su Curia Filípica, fundado en las leyes 1, 2 y 19, tít. 21, lib. 4, Nov. Recop. (que son las 1, 9 y 12, tít. 28, lib. 11, Nov. Recop.) esplicadas por Acevedo y en la autoridad de Olea Salgado y Carleval, podia proponer el ejecutado cualquiera excepcion legitima que tuviera, para eludir la via ejecutiva é impedir la sentencia de remate, y debian admitirsele toda clase de excepciones sin distincion ni especialidad alguna como en la via ordinaria. La ley 3, tít. 28, del lib. 11, Nov. Recop.,



disponia que no fuese admitida ninguna otra escepcion ni defension, salvo *paga del deudor ó promision ó pacto de no pedir, ó escepcion de falsedad ó escepcion de usura, ó temor ó fuerza y tal que de derecho se deba recibir*, y si otra cualquiera escepcion se alegare, no fuese recibida, ni el que la opusiere fuera oido. Los autores arriba citados, entendian que la cláusula de la ley, y *tal que de derecho se deba recibir*, hacia referencia á escepcion como si dijera, y tal otra escepcion que de derecho se deba recibir, y asimismo se fundaban para sostener su opinion en la cláusula de la ley 1.<sup>a</sup> que decia: *si mostrase tal paga ó legítima escepcion sin alongamiento de malicia*. Otros autores, entendiendo que la cláusula de la ley 3.<sup>a</sup> y *tal que de derecho se deba recibir*, hacia relacion al miedo ó fuerza, como si dijera, temor ó fuerza que sea tal que de derecho se deba recibir, opinaban que no debia admitirse ninguna otra escepcion que las que se espresaban en la ley; y otros entendiendo la ley 3.<sup>a</sup>, como los primeros, aunque no tan latamente, creian admisibles las demás escepciones que pueden reducirse á las seis que en la ley se enumeran, tales como la compensacion, que es como una paga, la espera ó plazo, que es como un plazo de no pedir la prescripcion, transaccion, novacion, la *non numeratæ pecuniæ* y otras semejantes; opinion que parecia la mas razonable, si bien en la práctica solia seguirse la primera, por juzgarla mas equitativa.

A consecuencia de esta doctrina se distinguieron las escepciones para el efecto de admitirse ó no en el juicio ejecutivo, en *directas*, que eran las espresadas en la ley 3.<sup>a</sup>: en *útiles* que eran las que, aunque no se hallaban espresadas en dicha ley, se colegian de su espíritu ó contenido y de otras leyes, y tales eran la compensacion, reconvenccion, transaccion, novacion; nulidad del contrato ó instrumento; simulacion del mismo; omision de la causa de la obligacion; prescripcion; compromiso pendiente sobre lo que se pide; falta de personalidad en el ejecutante; incompetencia de fuero; escepcion de *non numerata pecuniæ*; faltas ó defectos que tuviere para ser ejecutivo el instrumento, y nulidades cometidas en el procedimiento; y finalmente, llamaban escepciones de *largo exámen* las que por su naturaleza exigian mayor y mas escrupuloso exámen y conocimiento y se colegian de las leyes citadas, por lo que no podian admitirse en este juicio, excepto que se probaran y liquidaran incontinenti, esto es, en el término legal; y tales eran, la escepcion del dolo ó engaño que intervino en el contrato; la de lesion en mas de la mitad del justo precio que en ciertos contratos compete al perjudicado, la del error en mas ó menos del valor de la cosa objeto del litigio y la restitucion *in integrum* por lesion ó por menor edad.

1197. La nueva ley de Enjuiciamiento civil, con el objeto de evitar aquellas dudas y estas diferentes calificaciones que parecian aumentar ó disminuir la fuerza de las escepciones alegadas, oscureciendo la doctrina y disposiciones legales que á ellas se referian, ha creido conveniente espresar cada una de las escepciones que son admisibles en el juicio ejecutivo, siguiendo en esto el ejemplo dado en la ley de Enjuiciamiento mercantil, art. 377, que ha copiado casi al pié de la letra.

1198. Segun el art. 963, *las únicas escepciones admisibles en el juicio ejecutivo, son:*

*Falsedad del título ejecutivo.*

*Prescripcion.*

*Fuerza ó miedo de los que con arreglo á la ley hacen nulo el consentimiento.*

*Falta de personalidad en el ejecutante.*

*Pago, ó compensacion de crédito liquido, que resulte de documento, que tenga fuerza ejecutiva.*

*Quita, espera, y pacto ó promesa de no pedir.*

*Novacion.*

*Transaccion ó compromiso.*

*Ninguna otra escepcion podrá estorbar el pronunciamiento de la sentencia de remate.*

La ley ha limitado las escepciones que pueden oponerse en el juicio ejecutivo á las mencionadas, considerando que son las que tienen la fuerza y eficacia necesarias para destruir la que reviste al título ejecutivo, y que su prueba puede practicarse de un modo breve y espedito, sin embarazar el procedimiento de este juicio, cuya rapidez es tan conveniente para que no se eluda ó haga ilusorio su objeto. Las demás escepciones, aunque no podrán oponerse en este procedimiento por no considerarlas la ley como impedimento legítimo contra la ejecucion, por su falta de fuerza ó por exigir mayor conocimiento y exámen del que permite la naturaleza del juicio ejecutivo, no quedan enteramente desatendidas por la ley, puesto que pueden alegarse y probarse en el juicio ordinario, á que puede haber lugar despues del ejecutivo, pues en aquel no pueden ocasionar perjuicio alguno al actor en el pronto cobro de su crédito, la solemnidad y lentitud de los trámites necesarios para justificarlas.

Asi, pues, en el dia no podrá oponerse en el juicio ejecutivo, en virtud de la exclusion terminante del artículo 963, contra el instrumento público la escepcion de *lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio* que en los contratos de venta, arrendamiento y otros semejantes, competen al perjudicado por la ley 2, tít. 1, lib. 10 de la Nov. Recop., no obstante admitirse anteriormente, segun dice Febrero, si se liquidaba y probaba en el término señalado en dicho juicio. Tampoco se admitirá la de *error de cálculo ó número* que recaiga sobre la cosa, como cuando los apreciadores y partidores aprueban lo que deben reprobar, ó al contrario, ó lo estiman en mas ó menos de lo que vale, porque requiere mayor conocimiento del á que há lugar en el juicio ejecutivo, y no puede liquidarse en el término señalado en él: V. la ley 19, tít. 22, Part. 3; mas cuando el error de cálculo ó de número es material y puramente numérico, v. gr., si en lugar de decirse que la deuda era de ciento, se dijere que era de doscientos, se admitia anteriormente la escepcion, por no ser justo ni conveniente dar lugar á los trámites largos y costosos de un juicio ordinario, cuando puede deshacerse aquel error de un modo fácil y espedito, sin embarazar el procedimiento



ejecutivo; doctrina que parece debe tener aplicacion en el dia. Tampoco deberá admitirse la escepcion de la division de la deuda entre los mancomunados, aun cuando se les demandase por mas de lo que importase su obligacion, á no que se probase por alguna de las escepciones mencionadas en el art. 965, dando asi lugar á los efectos de la *plus petition* ya espuestos. Cuando se hubieren obligado dos ó mas de mancomun y por el todo, si el acreedor ejecutase á cualquiera de ellos, no podrá escepcionar el ejecutado que la ejecucion debe dirigirse contra el otro, por haberse refundido en él toda la obligacion del contrato, y deber seguirse contra el mismo, por su cuenta y á sus espensas, porque el acreedor, supuesta la obligacion referida, usa de su derecho legalmente, y no es de su inspeccion, ni le daña el convenio hecho por los deudores entre sí, el cual servirá solo para que pagando el ejecutado al acreedor, use de su derecho con el lasto del mismo y reclame del con-socio ó co-reo, segun le convenga. V. Febrero al tratar de las escepciones en el juicio ejecutivo.

Anteriormente estaban discordes los autores sobre sí en este juicio se habia de admitir ó no la escepcion de restitucion á causa de lesion ó de menor edad; Febrero opinaba que lo mas cierto y seguro era que oponiéndola el menor por razon de su edad, debia admitirse, fundándose en que en la exclusion general del beneficio de restitucion, no se entendia comprendido el que competia por la menor edad, y sí se oponia contra el título ejecutivo que constaba en autos ser lesivo, ó podia probarse en el término legal que lo era, debia tambien admitirse la escepcion, y no el caso contrario. Sin embargo, en el dia viene á fortificar la opinion contraria, de que dicho beneficio no debe alegarse en el juicio ejecutivo, reservándose para el ordinario, la circunstancia de haberse omitido por la ley esta escepcion en su art. 965, y la de no ser dicha ley favorable en su generalidad á aquel beneficio como lo indica la disposicion del art. 51 que prohíbe suspender ni abrir, despues de cumplidos, los términos improrogables *por via de restitucion* ni por otro motivo alguno.

¿Pero podrá oponerse actualmente como escepcion para suspender la sentencia de remate la de nulidad de la ejecucion? Antes de resolver esta cuestion conviene advertir, que esta nulidad puede verificarse por defecto del título ejecutivo, y por infraccion de los trámites sustanciales de este juicio. Consistiendo el documento ejecutivo segun el art. 941 en escritura pública que sea primera copia, ó segunda dada con los requisitos de derecho que indica dicho artículo ó en documento privado reconocido bajo juramento ante la autoridad judicial, ó en confesion hecha ante juez competente, habrá lugar á la nulidad por vicio del título ejecutivo, respecto de la escritura pública cuando no se observasen en su otorgamiento las solemnidades esenciales que requiere la ley, ó por carecer de las cláusulas que constituyen la validez de la obligacion segun derecho; v. g., cuando se otorgare por ante escribano que no es competente, ó por quienes no tenian capacidad ó personalidad para obligarse ó si no fuese la primera copia, ó siendo la segunda, no se hubiese dado en virtud de mandamiento judicial y con citacion de la per-

sona á quien debe perjudicar ó de su causante, ó hubiese simulacion de contrato que anulase la obligacion y por otros defectos semejantes. Respecto del documento privado si se reconoció sin juramento ó solo ante escribano, ó sino se reconociese la firma ó no se espresase la causa de deber, etc., y en cuanto á la confesion judicial, si se hizo sin juramento, ó sin estar presente el juez, ó sin observarse los demás requisitos esenciales que se espresan en los artículos 292 y siguientes de la ley. Ha lugar á la nulidad por defecto de los trámites esenciales del juicio cuando no requiriese al deudor para el pago ó no se le citase de remate, ó no se recibiese la causa ó prueba ó no se citase para alguna diligencia de prueba que haya podido producir indefension ó se denegare alguna diligencia de prueba de esta imporrancia ó por incompetencia de jurisdiccion, ó por omision de cualquiera otro trámite que la ley espresa producir nulidad. V. el art. 1013 sobre las omisiones en el procedimiento que dan lugar al recurso de casacion.

Cualquiera de estas causas de nulidad puede oponerse contra la ejecucion, segun se deduce de la facultad que da al juez el art. 970 de la ley para declarar dicha nulidad en la sentencia, pues esto supone, no solo que puede hacerlo de oficio, sino en virtud de alegacion de parte. En cuanto á si debe oponerse la nulidad como escepcion ó como recurso aparte y separado, opinamos por el primer extremo, al menos respecto de la nulidad que se funda en el defecto del título ejecutivo. Para esto nos fundamos en la disposicion mencionada del art. 970, puesto que si ha de tener en cuenta el juez el vicio del título para pronunciar la sentencia, ha de alegarse con anterioridad á esta y formando parte de la cuestion que en ella se discute y va á decidirse. Nos fundamos asimismo, en que el art. 965 admite la escepcion de *falsedad del título ejecutivo*, en la cual debe comprenderse la de nulidad del mismo, por identidad de razon, puesto que ocasionan ambos vicios el mismo efecto, segun espondremos al hacernos cargo de aquella escepcion, lo cual debe entenderse en el caso de que sea posible probar la nulidad en término designado en el juicio ejecutivo; y finalmente, en que de no ser asi, no dándose lugar al recurso de casacion en los juicios ejecutivos, por ser las sentencias contrarias á ley ó doctrina legal, que es el caso en que podria hallarse comprendida dicha nulidad, habria que promover un juicio ordinario, ocasionando gastos y dilaciones á las partes, para entender de vicios del título ejecutivo que á veces serian de mas fácil y espedita prueba que la falsedad del mismo.

Esta doctrina era la recibida con anterioridad á la nueva ley. «Admitese igualmente en la via ejecutiva, se lee en el Febrero reformado por los señores García Goyena, Aguirre y Montalban, la escepcion de nulidad del contrato, sentencia ó instrumento, en cuya virtud se espidió la ejecucion, pues el que es nulo, no debe ejecutarse, bien lo sea por falta de facultad del que lo otorgó, bien de la solemnidad prescrita por la ley ó por otra causa. Esto se entiende, aunque la nulidad se oponga por incidencia, de suerte que constando de ella notoriamente en el mismo instrumento ó en el proceso ejecutivo, basta alegarla como de derecho y el juez puede repeler de oficio al actor, y aunque no conste en la manera dicha, si se prueba dentro de los



diez dias (que era el término concedido para probar las escepciones en el juicio ejecutivo) impide sentenciar la causa de remate, pero no pudiendo probarse en ellos por ser necesario mayor exámen, ha de llevarse á debido efecto la ejecucion.»

En cuanto á la nulidad por omision de los trámites esenciales del procedimiento, dándose por esta causa el recurso de casacion en el juicio ejecutivo, y no refiriéndose al título porque pidió el autor la ejecucion, no es propio ni tan necesario como la anterior el proponerla como escepcion, sino como medio ó recurso legal contra la ejecucion. Sin embargo, militando respecto de esta nulidad las demás razones alegadas acerca de la que se funda en vicio del título ejecutivo, mucho mas si la nulidad puede probarse fácilmente en el término de prueba que se señala en aquel juicio, puede y aun debe proponerse y formalizarse en los términos y forma en que se hace la oposicion á la ejecucion decretada. V. la Práctica general forense del señor Ortiz de Zúñiga tomo. II, pág. 442.

Sin embargo, respecto de la nulidad que se funda en incompetencia de jurisdiccion debe advertirse, que cuando se promueve la cuestion de competencia por declinatoria, la cual aunque la ley no la enumera entre las escepciones de este juicio como hace respecto del ordinario, puede proponerse en el juicio ejecutivo por hallarse consignado este remedio en general en el título 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil, y por estar espresada en el art. 527 de la de Enjuiciamiento mercantil que trata de las escepciones que pueden oponerse á aquel juicio, ley que ha servido de guia á aquella en gran parte de las disposiciones referentes al mismo, conviene proponer la declinatoria antes del período de la oposicion al juicio, para que no se entienda prorogada la jurisdiccion del juez. Asi, pues, el deudor deberá manifestar que no consiente el procedimiento por carecer el juez de competencia, al hacersele el requerimiento para el pago, al ejecutarse el embargo, y al oponerse á la ejecucion, si aquellas protestas no fueren suficientes. Si el juez entendiase del juicio no obstante estas protestas habrá todavía lugar á reclamar de nulidad por incompetencia.

1199. Enumeradas las escepciones y remedios que pueden oponerse contra la ejecucion, pasemos á esplicar las escepciones que se espresan en el artículo 963 de la ley, si bien limitándonos á lo concerniente al juicio ejecutivo, sin entrar á esponer la naturaleza y requisitos generales que deben concurrir en cada una de ellas para que produzcan efecto, porque esto nos haria estender demasiado y por ser mas propio de unas instituciones civiles. Véase el Febrero reformado por los señores García Goyena, Aguirre y Montalban, lib. 2, tit. 58 y siguientes.

1200. *Falsedad de título ejecutivo.* Para que esta escepcion pueda admitirse en la via ejecutiva, ha de recaer sobre lo sustancial del título, pues no basta que se refiera á alguna cosa ó circunstancia accesoria, debiendo en este caso ser objeto de un juicio ordinario. Asi, por ejemplo, podrá alegarse en el juicio ejecutivo bajo aquel concepto, la escepcion que consista en que el título presentado es obra solo del que lo produjo, siendo supuestas las so-

lemnidades que en él figuran, como si fuera una escritura sin el signo del escribano, ó aunque la escritura no fuese fingida, faltara la cláusula que acredita el derecho que se reclama, etc., mas no si faltare la cláusula que tratase de la hipoteca, porque pudo despacharse la ejecucion contra los demás bienes. V. la ley 111, tit. 18, Part. 3, que espresa las causas porque se invalidan los instrumentos. En esta escepcion de falsedad deben comprenderse tambien los defectos ú omisiones porque se anula ó no merece crédito el título que se presenta ó por los que, aunque sea válido, carece de fuerza ejecutiva, segun acabamos de esponer al examinar si podrá oponerse en este juicio la nulidad de la ejecucion por vicio del título por las razones allí manifestadas. Además, en cuanto á los defectos ú omisiones que impiden que el título tenga fuerza ejecutiva nos suministra la ley una nueva razon en apoyo de que deben comprenderse en la escepcion de falsedad, y es la de no haberse limitado la ley civil á espresar, como la de Enjuiciamiento mercantil, que la escepcion ha de consistir en la falsedad del título, sino el haber añadido, del título ejecutivo, pues esto da á entender que bastará para que se considere falso el carecer del carácter ejecutivo por no contenerse en él las solemnidades que la ley requiere para que se halle revestido de aquella fuerza. Esta doctrina era la recibida con anterioridad á la nueva ley, con la sola escepcion á veces, de los casos en que no pudieran probarse aquellos defectos en el término señalado en el juicio ejecutivo, por requerirse mas detenida exámen, pues como entonces se hubiera paralizado el procedimiento ejecutivo, con perjuicio del actor, se proponian en el juicio ordinario aquellos defectos. Creemos importante trasladar aquí la doctrina de Ferrero sobre este punto.

«Otra de las escepciones que pueden oponerse en el juicio ejecutivo dice este acreditado escritor es la *simulacion* del contrato; y especificada con claridad y justificada dentro de los diez dias de la ley, impedirá sentenciar la causa del remate.

»La simulacion se comete de dos modos:

1.º Cuando los contrayentes pactan que han de celebrar tal contrato, pero que ha de sonar y aparecer otro: por ejemplo, Pedro pide á Juan que le preste cierta cantidad, ofreciéndole hipotecar para seguridad de ella tal finca fructifera, y Juan le responde que se la prestará, pero que hasta que se verifique el pago, ha de percibir los frutos de ella, y para que no suene usura (ya dijimos en su lugar que en el dia se ha declarado libre el interés del dinero) ni se le obligue en juicio á compensar aquellos con la cantidad principal (como debe hacerlo), ha de otorgar á su favor escritura de venta de la misma cosa.

»En el caso anterior, el que alega y escepciona esta simulacion debe probar no solo que su ánimo fue celebrar el contrato pignoraticio y no otro alguno, y que asi se pactó entre los dos, sino que por la resistencia y sugerencias del otro, y estrechado de la necesidad, convino en que se fingiese el de venta, como tambien que este se formalizó incontinenti, sin haberse estipulado otra cosa, ni por consiguiente haberse él apartado del primer convenio.