

2.º Cuando se finge un contrato que real y verdaderamente no lo hay, porque el ánimo de los contrayentes no es de celebrarle, pero conviene á sus intereses que suene celebrado.

»En estos casos, aunque el contrayente perjudicado manifieste su delito de haber tenido parte en la simulacion, puede alegarla, no para fundar su intencion, sino para coadyuvarla contra su cómplice en ella, porque el primero trata de evitar su daño, y el segundo de enriquecerse con detrimento ajeno: á los herederos asiste el mismo derecho en aquel y en estos, si el contrato ha sido en perjuicio del fisco ó de tercero. Pero si el ejecutado confiesa que tuvo ánimo de quedar obligado y ambos contrayentes fingieron un contrato por otro, no debe ser admitida la escepcion de simulacion.

»El tít. 22, libro 4 del Código Romano (dicen los ilustrados reformadores del Febrero á continuacion de estos párrafos) trata del vicio de la simulacion y lleva por epigrafe, *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*: nuestras leyes guardan silencio sobre este punto, pero como en él se ataca la esencia de los contratos, ó lo que es lo mismo, la verdadera voluntad de los contrayentes, debe regir entre nosotros sin género alguno de duda la doctrina romana ó la recta y sencilla razon. Dudamos sin embargo que pueda aprovechar mucho en la via ejecutiva, porque sobre ser casi siempre de difícil prueba, aun en via ordinaria, requiere mas detenido exámen y tiempo del que permite la ejecutiva: en las causas célebres tomo 20, hay una muy curiosa ó instructiva sobre la materia de simulacion.

»Impídese tambien la ejecucion (continua diciendo Febrero) por la escepcion de que el instrumento en cuya virtud se pide *no continúe la causa de deber*, aunque el obligado jure el contrato; pues para estimarse que uno queda obligado por pacto ó promesa se requiere espresion de la causa de la obligacion; lo cual procede hasta en la confesion de la deuda, cuando se hace sin espresar la causa, como se prueba de la ley final, tít. 15, Part. 5. «Otro si demos que si algunos conocen fuera de juicio que deben dar diez maravedís ú otra cosa á otro, é non dicen señalada razon porque deben dar aquello que conocen, tal conocimiento como este non empece á lo facer, ni son tenudos de pagar aquella debda, si non quisieren. Fueras ende si aquel á quien ficieron la conocencia, probase guisada razon porque gelo deben dar. Y si la obligacion proviene de mercaderías, deben especificarse pormenor estas y su precio, de suerte que se entienda qué es lo que se vende y la cantidad que se da por ellas; ley 2, tít. 12, lib. 10, de la Nov. Recop.

»Puede tambien oponerse, y obsta á la ejecucion, la escepcion de que el instrumento, en cuya virtud se espidió no es público, ni auténtico, ni el original, y que está sacado sin citacion por escribano ante quien no fue otorgado, por lo que se redarguye de falso civilmente. En tal caso hasta que se compruebe con la matriz, prévia citacion del reo, no hace fe, ni es asequible; y no comprobándose dentro del término legal por el que le produce, no podrá sentenciarse la causa de remate: bien que si se halla autorizado por el mismo escribano ante quien se otorgó, viene á ser como si fuera la copia original, y aunque se haya dado sin mandato del juez, hará fe en juicio.

»Siendo la escritura censual ú otra en que se hipoteque especialmente alguna finca (pues el hipotecar solamente sus frutos ó réditos mas bien es consignacion de paga en ellos que hipoteca, y asi no hay que registrarla), si el acreedor antes de entablar el juicio no hizo tomar razon de ella en el oficio de hipotecas de la cabeza del partido, donde se halla sita, no se debe despachar la ejecucion en virtud de tal escritura ni juzgarse por ella, puesto que no hace fe para el efecto de perseguir la finca.

»Aun en el caso de que se haya tomado razon de la escritura en el respectivo oficio de hipotecas, si el deudor se halla fuera de la jurisdiccion del juez ejecutante, y en la requisitoria de ejecucion no va inserta ó incorporada la nota de estarlo en la escritura original (que es la que se debe registrar á menos que se pierda ó destruya, y por esta razon se saque otra con la solemnidad legal, segun se ha dicho en otra parte, puede el juez requerido negarle el cumplimiento, porque no se le hace constar que la escritura es ejecutiva.

»Pero esto no obstante, mas de una vez se ha entregado al actor la escritura para tomar razon de ella, pendiente la ejecucion, á fin de que al tiempo de sentenciar la causa de remate, estuviese subsanado el defecto, pues que debe procederse atendida la verdad y no detenerse en meras sutilezas de derecho; é igualmente ha sido postergado un acreedor hipotecario especial anterior en tiempo á otro tambien especial en las mismas hipotecas, y posterior, por haber este registrado su escritura antes que el otro.

»A veces sucede que por la distancia de las fincas y por no tener el acreedor de quien valerse para registrar la escritura ó por otros motivos omite la toma de razon, y por este defecto no se puede despachar la ejecutoria contra el deudor. A fin, pues, de que por esta causa no sufra perjuicio el acreedor, será muy útil poner en la escritura la cláusula siguiente: «Y de esta escritura se ha de tomar razon en la oficina de hipotecas del partido en que radiquen los bienes afectos y gravados especialmente á la responsabilidad de dichos tantos mil reales, antes de proceder en su virtud señaladamente contra ellos, segun lo ordenado por las leyes que rigen esta materia dentro del término y bajo la pena que las mismas imponen; pero sin embargo de que no esté tomada, es la voluntad del otorgante que no por eso deje el acreedor de dirigir su accion ejecutiva contra él, y contra todos sus bienes en fuerza de la hipoteca y obligacion general; que se trabe la ejecucion indistintamente en ellos; que se embarguen y vendan á su arbitrio los que le parezca, hasta que se haga efectivo pago del principal, décima costas, y que mientras no se tome la razon, se entiendan y estimen obligados generalmente los que lo quedan especialmente, para que este defecto no sirva de obstáculo á la expedicion de la ejecucion contra todos, pasado que haya sido el plazo; y tomada que sea, no ha de perjudicar la obligacion especial á la general, ni esta á aquella, y el acreedor ha de usar á su eleccion de ambas segun le convenga.» Con esta cauteja no hay motivo para dejar de despachar la ejecucion, porque viene á quedar la obligacion en la clase de hipotecaria general, de la que no es preciso tomar la razon, segun las leyes arriba insinuadas,

El señor Gutierrez, reformador del Febrero, dice lo siguiente sobre la doctrina de este autor de haberse alguna vez entregado al acreedor la escritura para hacer tomar la razon de ella pendiente la ejecucion, y aprobarse esta práctica por deberse proceder atendida la verdad sin detenerse en sutilezas legales, lo siguiente: «Con este pretesto se pueden violar á cada paso las mismas leyes, como en los casos referidos por Febrero se violó la pragmática de 31 de Enero de 1768: ley 3, tít. 16, lib. 10, Nov. Recop., pues en ella se leen estas palabras: «Espresando al fin de ellos (los instrumentos) que no han de hacer fe contra las hipotecas, ni usar las partes judicialmente para perseguirlas, sin que preceda dicho requisito y toma de razon dentro del término prevenido en la ley con las declaraciones de la instruccion.» Asi que no basta para que la hipoteca se entienda constituida y pueda procederse contra ella, que esté tomada su razon al tiempo de entablarse el juicio, ni mucho menos al tiempo de sentenciarse la causa de remate, sino que se ha de haber tomado precisamente dentro del término prefinido en dicha pragmática; esto es, dentro de los seis dias siguientes al de la fecha de la escritura ó instrumento, si se otorgó en la capital del partido, y dentro de un mes si fue otorgada en algun pueblo de su distrito ó jurisdiccion. Si las formalidades prescritas por las leyes son supérfluas, no procedió bien el legislador en prescribirlas, y deberian abrogarse; si son útiles, se han de observar en vez de condenarse como sutilezas legales.» «Conviniendo en lo testual de la ley, reponen á esto los señores Goyena y Aguirre, disintimos sin embargo de reformador, quien nos parece escesivamente riguroso, pues á valer sus argumentos, nunca podria tomarse la razon pasados los seis dias ó un mes según los respectivos casos; y lo que prueba demasiado, no prueba nada. Cuando quiera que se tome la razon, ningun perjuicio siente por esto el deudor, pues no se hace mas que cumplir con su voluntad y obligacion; ni se perjudica á los que hayan adquirido algun derecho real en la misma finca hipotecada despues de la omision ó descuido de la toma de razon por el primer acreedor.»

Por nuestra parte, cúmplenos tambien advertir, sobre estas últimas observaciones de los ilustrados reformadores de Febrero, que por decreto de 23 de mayo de 1843, se ha mandado que de todos los actos sujetos al pago de derecho de hipotecas ha de tomarse razon en la oficina del registro de partido en que se hallen las fincas, presentándose al efecto por los interesados en el término de ocho dias, copias autorizadas de los contratos, cuando estos se hayan celebrado en el mismo pueblo en que existe la oficina, y en el de un mes, cuando lo hayan sido en otros, y que todas las escrituras destinadas á formalizar cualquiera de los contratos especificados en este real decreto, contendrán la cláusula de nulidad, si dentro de los plazos fijados no se presentan al registro las copias autorizadas: artículos 18 y 20. Véanse las disposiciones sobre registro de hipotecas espuestas en el título 34 lib. 2 del Febrero reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montalban.

Cuando se alegare la falsedad del título ejecutivo, entablado accion criminal en descubrimiento del delito y de sus autores, parece que debe sus-

penderse el juicio en el estado en que se hallaba hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal, según se dispone en el art. 291 respecto del juicio ordinario, por militar igual razon con aplicacion al juicio ejecutivo.

1201. *Prescripcion.* Puede alegarse en el juicio ejecutivo la prescripcion, bien de la accion ejecutiva ó del derecho de ejecutar por obligacion que se halle revestida de esta fuerza, bien del título ó causa intrínseca de la obligacion.

1202. Según la ley 63 de Toro, que es la 5, tít. 18, lib. 11, de la Novísima Recop. el derecho de ejecutar por obligacion personal se prescribe por diez años, de suerte que pasados estos, podrá alegarse legítimamente dicha escepcion, por no poder promoverse el juicio ejecutivo respecto de la accion ó de la obligacion que tienen la cualidad ejecutiva, aun cuando la prescripcion para no poder proponerlas en la via ordinaria, no se cumpliera hasta un plazo mas largo, como si siendo accion real, no se hubieren pasado los treinta años que requiere dicha ley de Toro para su prescripcion, ó si siendo accion personal no hubiesen transcurrido los veinte años que en la misma se exigen, pues la circunstancia de no haber pasado estos últimos términos solo servirá al actor para entablar dichas acciones en juicio ordinario, por no haberles quedado fuerza mas que para ejercitarlas en esta via. Mas cuando la prescripcion de la accion ó título ó causa intrínseca de la obligacion se prescribe por menos años de los diez que en general se exige para la prescripcion de la cualidad ejecutiva, como sucede respecto de la accion que tienen los criados para pedir sus salarios y otras acciones de igual naturaleza que se prescriben por tres años, bastará que hayan transcurrido estos sin entablarse el juicio ejecutivo para que pueda alegarse en él la escepcion de prescripcion, pues la cualidad ejecutiva no puede durar mas que la obligacion que constituye la accion, porque carece de objeto sobre que fundarse.

1203. La prescripcion tiene lugar, bien proceda la accion ó derecho de ejecutar de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, bien de ejecutoria dada por tribunal superior, bien de instrumento público, puro, condicional ó á dia cierto.

1204. Los diez años porque se prescribe el derecho de ejecutar empiezan á contarse, en el derecho ejecutivo que nace con la accion, desde el tiempo del nacimiento de aquel. Asi, pues, dichos diez años se cuentan en esta forma:

Si la *sentencia* no es ejecutoria, desde el dia en que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada:

Si es *ejecutoria*, desde el dia en que se dió:

Si *instrumento puro*, desde el de su otorgamiento:

Si *instrumento condicional ó á dia cierto*, desde el dia en que se cumplió el plazo, ó existió la condicion, porque desde entonces, y no antes, compete accion al acreedor para pedir ejecutivamente, y el deudor está obligado á pagar, so pena de ser ejecutado no lo haciendo.

Pero si el instrumento es de censo, ó de satisfacer en su virtud legado, réditos ó pensiones anuales, prescribe el derecho de pedir ejecutivamente

los caídos, así que haya espirado el término de los diez años, y el acreedor tendrá que reclamarlos en la vía ordinaria; pues como la obligación de pagarlos nace todos los años, nace entonces la acción ejecutiva de pedirlos, por ser tantas las obligaciones de satisfacerlos, y no poder prescribirse lo que todavía no ha existido: lo cual no sucede en los demás instrumentos que contienen una sola obligación, y por consecuencia una sola acción para pedir ejecutiva ú ordinariamente, según los casos respectivos.

Por tanto, en las obligaciones anuales, bien provengan de contrato, bien de última voluntad, no debe computarse el tiempo para la prescripción desde el principio en que fueron constituidas, sino desde el de cualquier año; y así se observa en los tribunales, á pesar de que en sentir de algunos autores, si el acreedor deja pasar los diez años, pierde el derecho de pedir ejecutivamente no solo las pensiones caídas en ellos, sino también las sucesivas.

1205. Acerca del tiempo en que principian á contarse dichos diez años para prescribir el derecho de ejecutar en los casos en que este derecho sobreviene y se une á la acción, como por ejemplo, en el vale reconocido ante juez competente, y en la confesión que hace en juicio el demandado, contienden los autores sobre si deberán principiar á contarse desde el día en que existe la acción, ó la obligación; v. g., desde el día del vencimiento del vale, ó desde el en que se verifica el reconocimiento ó la confesión.

1206. En apoyo de la primera opinión esponen los autores, principalmente Acevedo y Larrea, 1.º; que limitando la ley á solo diez años el derecho de ejecutar si se contase desde el día del reconocimiento, podría el acreedor, dilatando este, prolongar el derecho ejecutivo, verificándose á veces el absurdo de que prescribiéndose la acción personal por veinte años, permaneciese el derecho de ejecutar hasta los veinticinco, si se pidiera el reconocimiento pasados quince años de contraída la obligación; pero á esto contestan los autores que siguen la opinión segunda, entre ellos el señor Llamas y Molina en sus *Comentarios* á la ley 63 de Toro, que el derecho de ejecutar dura en el un caso lo mismo que en el otro, sin mas diferencia que la de empezar á contarse el decenio antes ó despues, y no puede verificarse el absurdo mencionado, porque por el hecho de pedirse el reconocimiento, se interrumpe la prescripción de la acción principal; 2.º que sería de mejor condición el papel privado que la escritura pública porque en esta principia á correr el decenio para usar del derecho ejecutivo desde su otorgamiento, y en aquel desde los quince años de nacida la obligación principal, si entonces se pedia y hacia el reconocimiento; razón que se rebate diciendo, que del mismo hecho de nacer inmediatamente el derecho de ejecutar de la escritura pública, sin necesidad del reconocimiento del deudor, se convence que es esta de mejor condición que el papel privado, que no produce derecho ejecutivo por sí, sino cooperando el deudor con su reconocimiento, lo cual es contingente y condicional de la voluntad del deudor. Pueden verse las demás razones que alegan los autores en favor de la primera opinión y las con que se rebaten aquellas en los comentarios de don Sancho Llamas y Molina á la ley 63 de Toro, números 26 y siguientes.

1207. El fundamento de la opinión contraria, sobre que los diez años que requieren las leyes para prescribir el derecho de ejecutar deben empezar á contarse desde el día del reconocimiento ó de la confesión, consiste en que el derecho de ejecutar no puede principiar á prescribirse antes de existir, y este no existe hasta que se verifica el reconocimiento ó la confesión de la obligación, contraída en papel privado ó de otra suerte que no tenga fuerza ejecutiva, pues solo entonces se agrega el derecho de ejecutar al que existia por efecto de la obligación para entablar la acción en la vía ordinaria, como se ve por las leyes 9 y 10, tít. 11, lib. 10 de la Novísima Recopilación que tratan de dicho reconocimiento y esponen Gutierrez, Vela, Llamas, Molina, y Febrero, entre otros, por lo que sienta este último por regla, que el tiempo porque se prescribe el derecho de ejecutar por obligación personal, en los casos en que el citado derecho sobreviene y se une á la acción, debe empezar á contarse desde el momento en que sobreviene y no antes, lo que aquí se verifica desde el día del reconocimiento ó de la confesión.

1208. Si el deudor reconoce el vale pasados los diez años de haberse hecho, distingue y afirma con corriente en la práctica Olea, según cita el mismo Febrero, que aunque reconozca simplemente el papel, si niega la deuda y jura estar pagada, no tiene lugar la vía ejecutiva, porque el reconocimiento que hace del papel, y por consiguiente de la obligación constituida en él, es con su causa y se presume pagada la deuda, por haber mediado tanto tiempo, sin pedirse aquel, en cuya atención es preciso que el acreedor recurra á la vía ordinaria. Pero si lo reconoce y al mismo tiempo confiesa la deuda (lo cual ha de pedir el acreedor cauto), se le debe ejecutar en virtud de la confesión pura, sea por el todo, si nada pagó, ó por el resto que está sin satisfacer (á cuyo dictámen me inclino, dice Febrero), porque aunque el vale y la acción para pedir ejecutivamente en virtud de él se hallen prescritos, no están la deuda ni la confesión de ella; y así en virtud de esta que es del día, se debe pedir el mandamiento ejecutivo lo mismo que si se hiciese la tal confesión sin haber vale, pues en cualquiera tiempo que se haga, trae aparejada ejecución, lo cual he visto practicar como legal y justo.

1209. Sin embargo, esta doctrina de Olea requiere algunas observaciones por no poder administrarse en todas sus partes.

Desde luego en cuanto á la primera parte, observa el Sr. Llamas en su *Comentario* á la ley 63 de Toro, números 71 y siguientes, que siendo exacto que el reconocimiento dentro de los diez años produce el derecho ejecutivo sin retrotraerlo á la fecha de la obligación, según es doctrina admitida por el mismo Olea, no estando señalado tiempo alguno para pedirlo, siempre que este se verifique antes de estar prescrita la obligación principal, deberá producir el mismo efecto. En cuanto á lo que dice Olea sobre que en el caso de la primera cláusula, se entiende verificada la prescripción, si se refiere á la obligación principal se engaña, porque la obligación personal no se prescribe por menos tiempo que el de veinte años, y si por deuda pres-

crita pretende entender el derecho ejecutivo, comete un error, porque el derecho ejecutivo nace y dimana como efecto de su causa del reconocimiento, y negándole á este la virtud de producirlo en el caso de que habla, se incurriria en el absurdo de pretender que antes de que naciese el derecho ejecutivo, obrase contra él la prescripción, y lo que no ha llegado á existir no puede destruirse. El que por el trascurso del decenio adquiera el deudor alguna presuncion que impida el rigor de la via ejecutiva, no tiene fundamento sólido, porque ó dicha presuncion es de prescripcion ó de solucion de la deuda: la primera no puede tener lugar, porque, ó el vale tiene fecha ó no; si la tiene, cesa toda presuncion, porque la fecha manifiestamente la escluye; si no la tiene, por lo mismo que carece de fecha se ha de suponer que no está prescrita la deuda, mayormente teniendo á su favor el acreedor el reconocimiento del deudor, á quien no debe aprovecharle la escepcion de prescripcion aunque la alegue, si no la aprueba, porque contra una accion directa no se admite escepcion alguna que no se acredite por el que la propone. Y si la presuncion es de solucion de la deuda, tampoco debe aprovecharle al deudor para impedir el uso de la via ejecutiva en el acreedor, por ser opinion constante entre los autores, que la escepcion de paga propuesta por el deudor al tiempo de reconocer el vale dentro de los diez primeros años, no impida el que se despache mandamiento de ejecucion, reservando al deudor su derecho para que lo acredite en el término del encargado. No impidiendo el mandamiento de ejecucion una escepcion de solucion espresamente propuesta por el deudor, mal se podrá pretender que le aproveche la tácita ó presunta, á lo que se aumenta, que el hecho de conservar en su poder el acreedor el vale ofrece una vehemente presuncion de que la deuda no está satisfecha.

1210. En cuanto á la opinion de Olea sobre que verificada la confesion de la deuda al reconocer el vale, adquiere el acreedor, en virtud de esta, confesion el derecho ejecutivo, aunque se hayan pasado los diez años primeros de la fecha del vale cuando se hizo, observa el Sr. Llamas que el reconocimiento del vale envuelve en sí la confesion virtual de la deuda, pues á no ser asi, no dispondria la ley se despachase ejecucion en su virtud. El art. 943 de la ley de Enjuiciamiento civil, dice espresamente, que *reconocida la firma, quedará preparada la ejecucion aunque se niegue la deuda*. Que esto supuesto, no es admisible que la confesion espresa produzca el derecho de ejecutar, aunque hayan pasado los diez años y se niegue esta virtud á la confesion virtual despues de dicho tiempo, que implicitamente se contiene en el reconocimiento del vale. (Sin embargo, no debe olvidarse que Olea no se refiere aquí, solo al caso en que se reconozca la firma del vale, sino al en que además se niegue espresamente la deuda y alegue su pago, escepcion que puede sin duda oponerse y que segun el mismo señor Llamas podrá probar en el término del encargado.)

1211. Cuando está prescrita la accion principal por el trascurso de veinte años, no produce mérito por la via ejecutiva el reconocimiento del vale, despues de los veinte años de nacida la accion personal, pues como

dicen Gutiérrez y Vela, la cualidad sin sugeto no puede existir y dicho reconocimiento no produce nueva obligacion, sino que suponen que la hubo, refiriéndose únicamente al mismo instrumento cuya accion está prescrita. De lo contrario dice Acevedo, entre otros, se verificaria el absurdo de que prescrita la accion personal empezase á correr el derecho ejecutivo apoyado y fundado en una accion que ya no existia. No sucede lo mismo cuando por haberse reconocido el vale despues de los diez ú once años que nació la accion personal, continua el derecho ejecutivo en su duracion aun despues de prescrita esta, porque esto se justifica considerando, que el derecho de ejecutar tuvo principio cuando aun existia la accion personal, cuando habia aun un gérmen que podia producirlo. El señor Llamas, no obstante, observa sobre la doctrina de Acevedo, que no se verificaria dicho absurdo, porque la prescripcion de la accion personal no se presume por el trascurso de veinte años, sino se prueba la buena fe del deudor, lo que se hace muy difícil, porque de un hecho propio ó de su omision no se presume ignorancia, y asi dicen Villadiego y Vela, que la cédula ó vale reconocido se deben reputar válidos, aunque no tengan fecha del dia mes y año, citando en su comprobacion las leyes 4 y 5, tit. 28, lib. 11 de la Nov. Recop., y no teniendo fecha el instrumental, mal puede conocerse si ha pasado ó no el tiempo necesario para la prescripcion, lo que como se ha dicho, no se presume si no se prueba, por la razon indicada. Sin embargo, no faltan autores, entre ellos los reformadores de Febrero, que sientan que lo dispuesto sobre la buena ó mala fe para la prescripcion del dominio por la posesion, no debe entenderse para la prescripcion de las acciones, tanto en la via ordinaria como en la ejecutiva, doctrina con que no estamos de acuerdo. Véase la Curia filípica, Parte 2.^a, § 4, núm. 8, y Llamas com. á la ley 63 de Toro, núms. 109 y siguientes y lo que decimos en el núm. 1219.

1212. Acevedo Avendaño, Hevia Bolaños y otros autores opinan, que la doctrina sobre el reconocimiento del vale, que acabamos de esponer tomada de Olea y Vela, ha de aplicarse á la confesion de la deuda, sentando el último autor, que prescrito el derecho de ejecutar, que segun él principia á conocer desde que se puede pedir la obligacion, no se vuelve á suscitar aunque el deudor confiese la deuda, fundándose en que la confesion no produce nueva obligacion, sino solo supone la hubo ya prescrita, pero segun esponen Llamas y Gutiérrez, cuya doctrina creemos mas fundada, cuando la confesion de la deuda es simple y pura, sin añadir ninguna otra cualidad ó circunstancia, no solo nace el derecho ejecutivo dentro de los diez primeros años de la celebracion del contrato, sin retrotraerse al tiempo de la obligacion, sino que produce igualmente el derecho ejecutivo, aunque hayan trascurrido los veinte años que se señalan para la prescripcion de la accion personal, y la razon es incontrastable; porque si el deudor confiesa la deuda, manifiesta que ni la ha satisfecho ni la ha prescrito, y no habiéndose verificado ninguno de estos extremos, permanece la obligacion natural, la que manifestada por medio de la confesion, hace nacer el derecho ejecutivo, segun la ley 4, tit. 17, lib. 11, Nov. Recop. Si el

deudor confiesa la deuda, dice Gutierrez, aun despues de haber pasado el tiempo suficiente para prescribirla tendrá lugar la ejecucion en virtud de la confesion.

1213. Cuando el fiador que ha sido ejecutado y que ha pagado por el deudor, dice Febrero, intente contra este la via ejecutiva con el lasto del acreedor, no corren contra aquel los diez años desde que el deudor contrajo la obligacion ó reconoció el vale, sino desde que el acreedor cedió al fiador sus acciones, ya porque este estuvo imposibilitado de pedir y al impedido no corre término ni prescripcion, y ya porque se interrumpió la prescripcion de los primeros diez años por haber usado el acreedor de su derecho ejecutivo. La verdadera razon de esto consiste, dicen los ilustrados reformadores de Febrero, en que el deudor principal no viene á ser deudor del fiador hasta que este haya pagado al acreedor, y asi hasta dicho tiempo no pueden principiar á correr los diez años.

1214. La prescripcion del derecho ejecutivo procede aunque no intervenga en ella la buena fe del deudor á causa de que por ella no se prescribe la deuda sino únicamente el medio ó modo de pedir su satisfaccion por el rigor de la via ejecutiva, como castigo de la negligencia del deudor en haber dejado pasar el término legal sin hacer uso de este derecho, pero le queda espedita la via ordinaria para pedir en ella el pago de su crédito. Gregorio Lopez glosa á la ley 9, tít. 22, Part. 3, y Paradorio; *Rer. Quot.*, cap. 8, § 12, 4 y § 13 núm. 44, y Llamas y Hevia Bolaños en los lugares citados.

1215. Por iguales razones corre la prescripcion del derecho ejecutivo no solo contra legos, sino tambien contra Iglesias y personas eclesiásticas y corporaciones: Gregorio Lopez en la glosa citada y cap. 2, 3, 4 y 6 de *Prescrip.* Pero no contra los hijos de familia sino en los casos en que pueden parecer en juicio sin licencia de su padre, y compelerle á que se la de; ni contra la mujer casada en los asuntos en que es representada por su marido; ni contra los menores de veinticinco años, sino es que empezó á correr contra otros que no lo eran á quienes sucedieron. Pero dichos menores pueden ser restituidos del tiempo corrido de la minoría, pidiéndolo dentro de ella y hasta cuatro años despues. Igual restitucion tienen contra esta prescripcion las iglesias, concejos y corporaciones, pidiéndola dentro de cuatro años de cumplida. Curia filípica Part. 2, § 1, núm. 10, y leyes 7, tít. 29, Part. 3, y 7 y 10, tít. 49, Part. 6.

1216. No procede esta prescripcion ejecutiva contra el deudor que compensa la deuda porque fue ejecutado, y asi la puede compensar con otra aunque haya pasado el término señalado para la prescripcion del derecho de ejecutar, con tal que lo haga mientras durase la accion, porque lo que es temporal para pedir es perpétuo para defenderse y satisfacer, como se dice en el derecho. Hevia Bolaños, Curia filípica, Par. 2, § 1, núm. 11.

1217. Cuando llega á interrumpirse la prescripcion de la via ejecutiva, es preciso que empiece á correr de nuevo. Interrúmpese por siete actos:

1.º Por la comparecencia del acreedor en juicio, pidiendo la ejecucion antes de haberse prescrito, y despachándola el juez, aunque no se encuen-

tren bienes del deudor en que trabarla, y este no quiera contestarla, y por su citacion ó cuasi citacion que tiene fuerza de contestacion; y segun la opinion mas segura, debe concurrir todo esto á la vez, y no lo uno sin lo otro; pero concurriendo todo, se verificará la interrupcion, aunque la ejecucion haya sido mal despachada, porque el defecto de un juez ignorante no debe perjudicar al acreedor que usó judicialmente de su derecho en tiempo hábil.

2.º Por la captura del reo, que es verdaderamente citacion real.

3.º Por oponerse el deudor á la ejecucion, ó proponer sus escepciones en el juicio, pues la comparecencia de aquel en este, vale tanto y mas que la citacion.

4.º Por haber satisfecho el deudor dentro de los diez años parte de la deuda (bien conste el pago al dorso del instrumento, bien por otro medio) ó sus intereses por retardacion de la suerte principal; ley 29, tít. 29, Part. 3. Pero si en este caso el deudor niega la deuda y opone esta escepcion, aunque el acreedor muestre carta de pago, hecha dentro del término de la prescripcion, de lo que dice haber cobrado de aquel á cuenta del principal ó por intereses, no se interrumpirá la prescripcion, á menos que el mismo deudor haya firmado tambien la carta de pago, ó que el acreedor lo justifique por otro medio, pues como á actor le incumbe probar el fundamento de su intencion.

5.º Por haber dado el deudor fianza ó hipoteca al acreedor para su seguridad.

6.º Por haber renovado espontáneamente la obligacion sin restringirla.

7.º Por haberle pedido el acreedor el pago de la deuda delante de amigos mediadores. (Lo mismo será que se la haya pedido por escrito: en una palabra, la demanda estrajudicial surte en esta materia los mismos efectos que la judicial.

En estos siete casos se interrumpe la prescripcion, y empieza á correr de nuevo desde el dia en que ocurrió alguno de ellos.

1218. De todo lo anteriormente espuesto dice Febrero, se infiere que, si el acreedor pide la ejecucion despues de los diez años, no se debe despachar, sino antes bien dar traslado simple al deudor como de una demanda ordinaria; y por lo mismo, para conseguir judicialmente el cobro de sus créditos le será necesaria la via ordinaria que en las acciones personales puede intentarse por veinte años, salvas aquellas que prescriben por menos tiempo, segun hemos dicho.

1219. Cuando el actor pide la ejecucion dentro de los diez años por los réditos de un censo vencidos en su intermedio, y el reo se opone escepcionando contra la legitimidad del crédito, y de consiguiente contra el instrumento en cuya virtud se espidió por esta razon, se convierte la via ejecutiva en ordinaria, y si por sentencia dada en ella y ejecutoriada se declara legítimo y válido el instrumento, mandándosele que pague, podrá despacharse la ejecucion no solo por los réditos caidos en los diez años, sino tambien por los posteriores hasta la ejecutoria, sin necesidad de seguir otro juicio ordinario, por las razones siguientes:

1.^a Porque habiendo acudido el acreedor á usar de su derecho en tiempo oportuno, no hubo prescripcion, ni se le debe imponer la pena que la ley ha establecido para los morosos ó negligentes.

2.^a Porque la sentencia condenatoria removió el obstáculo opuesto por el reo al instrumento ejecutivo, ó por mejor decir, declaró que no lo tenia.

3.^a Porque habiéndole impedido el deudor con su escepcion maliciosa continuar el juicio ejecutivo incoado, é intentar otro en los años sucesivos, y por consiguiente, cobrar los réditos posteriores vencidos en ellos, debe despacharse la ejecucion por el importe de todos, aun cuando pasen mil años despues de contestado el juicio hasta su conclusion, pues que el deudor no debe sacar partido de su mala fe, ni ceder esta en detrimento del acreedor.

1220. *Fuerza ó miedo de los que con arreglo á la ley hacen nulo el consentimiento.* Esta escepcion se admitia tambien espresamente por la ley 5, tit. 28, lib. 11, de la Nov. Recop. con estas palabras, *temor ó fuerza y tal que de derecho se deba recibir.* Esta ley se referia pues á las de Partida y demás que especifican la clase de fuerza ó miedo que anula el contrato. Tal era segun la ley 7, tit. 55, Part. 6 y la 56, tit. 5 Part. 5.^a el miedo de muerte, pérdida de miembro, tormento del cuerpo ó de deshonra que deja infamado. La fuerza dice la ley 15, tit. 2, Part. 4, se debe entender de esta manera; cuando á alguno aducen contra su voluntad ó le prenden ó ligan; é otrosí el miedo se entiende cuando es fecho en tal manera que todo ome, magüer fuesse de gran corazon, se temiesse del; como si viesse armas ú otras cosas con quel quisiesen ferir ó matar ó le quisiesen dar algunas penas. Véanse las leyes 15, tit. 2, Part. 4, y 28, tit. 11, Part. 5 y el lib. 2, tit. 58, seccion 4.^a del Febrero reformado. La ley de Enjuiciamiento mercantil en su art. 527, admite como escepcion la fuerza con daño grave inminente en la persona para obligar al consentimiento ó suscripcion de la obligacion, ó si con el mismo objeto y sin causa legal hubiera sido aprisionado aquel á quien se infiere. El juez pues, deberá apreciar si la fuerza y el miedo que se alegan son de los que hacen nulo el consentimiento, debiendo para ello tener en cuenta, especialmente respecto del miedo, la edad, sexo y condicion de las personas.

1221. *Falta de personalidad en el ejecutante.* Con iguales términos consigna esta escepcion la ley de Enjuiciamiento mercantil, art. 527; las leyes recopiladas no la espresaron, al tratar de las escepciones del juicio ejecutivo, pero se hallaban consignadas en general al tratar de las demandas y circunstancias que debian concurrir en el que las interponia. Asi pues, podrá escepcionarse si el ejecutante es menor, ó mujer casada, ó hijo de familias y no manifiesta la licencia ó habilitacion que requiere el derecho ó no concurre el tutor ó curador, ó fuesen falsas dichas licencias ó los títulos que presentaron para fundar su personalidad. Véase lo que hemos espuesto en el libro 2, seccion 2, § 2 de esta obra al tratar de los litigantes en general, y lo dicho en este título al tratar del ejecutante.

1222. *Pago ó compensacion de crédito líquido, que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva.* La escepcion de pago se hallaba espresada en las

leyes 1 y 3 del tit. 28, Nov. Recop. y en el art. 527 de la de Enjuiciamiento mercantil que tambien espresa la de compensacion, si bien en cláusula separada. No nos detendremos aquí á esponer la naturaleza y estension de estas escepciones para no dar demasiada latitud á esta obra. Pueden verse sin embargo, en el Febrero reformado, lib. 3 tit. 58, seccion 1 y tit. 60.

1223. La circunstancia de haber comprendido la nueva ley de Enjuiciamiento civil en un solo período estas dos escepciones y la generalidad que ofrecen sus dos últimas cláusulas: *que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva*, han dado motivo á que entiendan algunos intérpretes, que estas se refieren, tanto á la compensacion como á la escepcion de pago, sentando en su consecuencia, que este carece de fuerza si no se prueba con un documento que tenga fuerza ejecutiva. «La única circunstancia que debe tenerse presente al oponer esta escepcion, dice uno de estos ilustrados intérpretes, es que el pago ó la compensacion del crédito líquido se haya de justificar, ó resulte de documento que tenga aparejada ejecucion; de modo que se ha de hacer constar precisamente por medio de escritura pública, original ó traída en virtud de mandamiento y con citacion, por algun vale ó documento privado, reconocido judicialmente bajo juramento ó confesion hecha ante juez competente: si el vale, pagaré, carta ó documento privado no está reconocido, ni el crédito compensable compensado, puede pedirse su reconocimiento ó la confesion judicial por medio de declaracion bajo de juramento indecoroso y producir su efecto legal respecto de la escepcion alegada.» Esta doctrina es aplicable perfecta y completamente á la escepcion de compensacion, pues debiendo ser igual la condicion de los litigantes, y estableciéndose que para ejecutar el acreedor haya de hacerlo mediante documento ejecutivo, nada mas justo y lógico que el exigir á su vez al deudor, para probar su escepcion, un documento de igual naturaleza y fuerza para poder destruir ó contrarrestar el que presentó el acreedor. Pero dicha doctrina no es aplicable á la escepcion de pago, por no existir términos hábiles para ello. Tratándose de la escepcion de pago, es imposible justificarlo con documento ejecutivo, porque el que en su caso podria presentar el deudor, seria una carta pública de pago autorizada en forma por escribano, y un documento semejante, si bien se halla revestido de las mismas solemnidades que una escritura pública de obligacion, es incapaz por su naturaleza de servir para ejecucion alguna, puesto que este documento se da, no para justificar la existencia de una obligacion y compeler ejecutoriamente al obligado á cumplirla, sino para acreditar la liberacion de aquel á cuyo favor se otorgó, mediante haberse extinguido la obligacion que tenia contra sí.

1224. Estas consideraciones debieron, sin duda tenerse presentes por los redactores de nuestras leyes recopiladas y de la de Enjuiciamiento mercantil, pues en ninguna de ellas requirieron que la paga resultase de documento que tenga fuerza ejecutiva. V. las leyes 1 y 3, tit. 28, lib. 11, de la Nov. Recop. y el art. 227 de la de Enjuiciamiento mercantil. Antes por el contrario, al tratar de la escepcion de paga en el juicio ejecutivo, faculta la ley 1 citada de la Nov. Recop. para probarla por testigos: «y para probar la tal paga y