

escepcion, si por testigos la hubiese de probar, es nuestra merced que el deudor nombre luego los testigos, etc.» Esta misma doctrina debe entenderse consignada en el art. 963 de la ley de Enjuiciamiento civil, ya que no expresa, al menos implícitamente. Así se deduce de espresarse en dicho artículo como escepciones legítimas la prescripción y la fuerza y medio, las cuales no pueden probarse con escrituras ó documentos ejecutivos, sino por la justificación testifical.

1225. Esta doctrina ha sido consignada y autorizada por sentencia que pronunció la audiencia de Madrid con fecha 17 de marzo de 1857, en un pleito en que se alegó por el deudor contra la ejecución la escepcion de pago, pretendiendo probarla por medio de testigos, á lo que se oponía el ejecutante pretendiendo que según el art. 963 de la ley de Enjuiciamiento no podía resultar dicho pago sino de documento que tuviera fuerza ejecutiva. Hé aquí el texto literal de los considerandos doctrinales de esta importante sentencia. Considerando que por punto general en todo juicio están admitidas las diferentes clases de pruebas reconocidas por derecho, á no ser que por regla especial se escluya espresamente alguna de ellas. Considerando que no existe tal esclusion espresa respecto á la de testigos en el juicio ejecutivo. Considerando que el art. 963 de la ley de Enjuiciamiento civil, al hablar en su número 5.º del documento que tenga fuerza ejecutiva se refiere á la escepcion de compensacion y no á la de pago, ni al documento con que este haya de probarse, el cual nunca podría tener fuerza ejecutiva, porque el pago concluye con la accion lejos de producirla; fallamos que debemos confirmar y confirmamos con las costas la sentencia apelada de 18 de setiembre último, en la cual el juez de primera instancia dijo, que debía declarar y declaraba no haber lugar á sentenciar de remate los autos, y condenaba en todas las costas al actor (por haberse probado la escepcion de pago por medio de testigos).

1226. En vista de lo espuesto, no es pues necesario que la escepcion de pago se haya de justificar ó resulte por documento que traiga aparejada ejecución, como pretenden aquellos intérpretes, fundados en la cláusula final del párrafo 5 del art. 963 de la ley, la cual solo se refiere á la compensacion. Pero ni aun respecto de esta requiere la ley en dicha cláusula lo que se pretende, sino que el documento *tenga fuerza ejecutiva*; de suerte que con tal que concurra en él esta circunstancia, aun cuando no traiga aparejada ejecución, ó lo que es lo mismo, aunque no pueda promoverse en su virtud el juicio ejecutivo, podrá proponerse la compensacion de crédito líquido. Así sucederá cuando resultare de sentencia ejecutoria ó de laudo compromisario, pues si bien no traen aparejada ejecución estos títulos para promoverse el juicio ejecutivo, tienen fuerza ejecutiva para proceder por los trámites designados en los arts. 897 y siguientes de la ley, por cierto mucho mas breves y expeditos que los de aquel juicio, puesto que vienen á resolverse en la vía de apremio. V. los arts. 895 y 896 de la ley de Enjuiciamiento civil. En su consecuencia solo y á lo mas podría interpretarse la cláusula final del párrafo 5 del art. 963 como referente al pago, cuando la prueba de esta escepcion se verificase por

escritura, confesion ó alguno de los otros títulos en que pueden concurrir los requisitos que marca la ley para adquirir fuerza ejecutiva, entendiéndose que en tales casos, el título de que resultase el pago debiera hallarse revestido de aquellas solemnidades para que pudiera producir efecto dicha escepcion. Pero aun limitada hasta este punto la cláusula referida, no la creemos aplicable á la escepcion de pago, puesto que la ley no exige que tenga fuerza ejecutiva el título en que se funden las demás escepciones de quita, espera, pacto de no pedir, novacion, etc., no obstante que si bien la mayor parte de ellas no pueden producir accion ejecutiva porque se dirigen á extinguir modificar ó suspender la obligacion cuyo cumplimiento se reclama en el juicio ejecutivo, algunas de ellas, como la novacion y transacion, pueden producir aquella accion. La razon fundamental en nuestro concepto, porque la ley exige tan solo aquel requisito respecto de la compensacion, consiste, no solamente en que esta escepcion encierra una obligacion que puede ser ejecutiva, sino en especial, en que debiendo ser las condiciones esenciales de esta escepcion iguales en lo posible á las de la accion contra la cual se opone, no puede menos de requerirse aquella circunstancia respecto de uno de los requisitos mas importantes cual es el de su fuerza ejecutiva. Así se deduce con solo atender al origen y etimología de la palabra compensacion, puesto que proviene de los verbos *compensare*, contrapesar, ó *pensare cum ó simul pensare*, pesar juntamente, usados entre los antiguos para indicar la solucion que se hacia á un tiempo de dos deudas, pesando en una misma balanza el trozo de metal de que se servian para esto y en que consistia cada una de ellas. Despues que se ha admitido el verificar la compensacion por medio de obligaciones ó derechos recíprocos, se ha requerido, conservando el espíritu del modo de efectuarse la compensacion antigua, que la obligacion que se opone para compensar tenga igual fuerza que aquella cuyo cumplimiento se reclama. Para la justificación de las demás escepciones basta proponer los medios de prueba que requiere el derecho en general, para constituir prueba plena, pues siendo los grados de certidumbre sobre el hecho que estas abrazan los mismos, absolutamente considerados, que sobre otro, no deben requerirse respecto del juicio ejecutivo mas numerosos ni de mas eficacia que para el juicio ordinario.

1227. Cuando la cantidad que se propone como compensacion es mayor que aquella porque se procede ejecutivamente, se providenciará no haber lugar á sentenciar la causa de remate, reservando al ejecutor todo su derecho para reclamar el esceso; si fuere menor, se mandará seguir la ejecución por la cantidad que faltare hasta el total importe de la pagada ó compensada. V. el título 50 del lib. 3 del Febrero reformado y el § 5, seccion 3 del lib. 2º de esta obra.

1228. A la escepcion de compensacion se reduce la reconvention, pues es coctrina y práctica admitida que debe proponerse esta como compensacion según dijimos en el número 712 del lib. 2º de este Tratado. He aquí como espone Febrero esta cuestion.

«Tambien impedirá la continuacion de los procedimientos ejecutivos la

escepcion de *reconvencion*, si pendiente el juicio se liquida y hace constar por otro instrumento que traiga aparejada ejecucion, ó si el ejecutante confiesa de plano ser cierto y líquido el crédito, y que ninguna defensa tiene contra el ejecutado: pues fuera de estos dos casos, no se admitirá la tal escepcion por ser necesario mayor exámen y conocimiento.

»En los juicios ejecutivos se han ofrecido graves dificultades para dar entrada á la reconvencion ó mútua peticion; unos aseguran que debe admitirse y correr por los mismos términos de la ejecucion siempre que dentro de ellos pueda liquidarse y probarse, y si requiriese mas alto exámen, dicen que no se ha de suspender ni perder su curso la via ejecutiva, reservándose continuar la reconvencion en juicio separado ante el propio juez. Otros autores defienden lo contrario, estableciendo por regla constante que en los juicios ejecutivos no tiene lugar la reconvencion. Yo admito por mas segura ó á lo menos por mas probable esta opinion, y para ello procedo con otras razones que me parecen mas sólidas y calificadas en las leyes y en la práctica y observancia de los tribunales, que las alegadas por dichos autores.»

«En los treinta y dos años que he asistido á los tribunales de la córte defendiendo y determinando negocios, no he visto ni aun oido, que se haya introducido una reconvencion ó mútua peticion para detener ó eludir la via ejecutiva, y cuando el no uso de este remedio no manifestase en lo general el no hallarse recibido, á lo menos indica que es poco útil, y que hay otros medios mas seguros y espeditos, por donde puedan los interesados aprovecharse de la accion ó escepcion que habian de producir en forma de reconvencion ó mútua peticion.»

«Cita luego y esplica para fundar su opinion la ley 3, tít. 28, lib. 11, Novísima Recop. que determina las escepciones que han de ser admitidas en el juicio ejecutivo, y prueba despues concluyentemente que, si se intentase y admitiese la reconvencion ó mútua peticion, seria preciso despachar dos ejecuciones con notable embarazo de las diligencias judiciales y mayores gastos ociosos, á cuyo remedio se atiende mas seguramente usando el reo de su accion en forma de compensacion, que es lo que se practica y observa en todos los juicios ejecutivos; (señor conde de la Cañada, par. 1, cap. 6, números 33 y siguientes donde trata este punto con la mayor estension).

1229. *Quita, espera y pacto ó promesa de no pedir.* La ley 3, tít. 28, libro 11, de la Nov. Recop. espresa la escepcion de promision ó pacto de no pedir, y el art. 327 de la ley mercantil el quitamiento ó espera. Proviendo la quita y espera por lo comun del acuerdo de la mayor parte de los acreedores que se reúnen para remitir ó perdonar parte de la deuda á su deudor, ó para señalarle un plazo en que verificar el pago, deberá presentarse el documento en que constase el acuerdo, ó testimonio de haberse verificado este ó de haberse obligado á pasar el acreedor ejecutante por lo que determinase la mayoría. V. la ley 5, tít. 15 Part. 5 y los art. 507 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

La promesa de no pedir es por lo comun un contrato verificado privada-

mente entre el acreedor y el deudor; por lo que bastará presentar este para justificar dicha escepcion. Acerca de la naturaleza y carácter de estas escepciones pueden verse la ley 5, tít. 15, los art. 507 y siguientes de la ley, y la seccion 1, tít. 61 del lib. 3 del Febrero reformado.

1230. *Novacion*, esto es, del contrato que da motivo á pedir la ejecucion, como se añade oportunamente en el art. 327 de la ley de Enjuiciamiento mercantil. La novacion se verifica sustituyendo ó modificando una obligacion con otra ó variando su forma ó la persona del acreedor ó del deudor. La subrogacion de un nuevo acreedor puede hacerse sin el consentimiento del deudor, mas para la del acreedor en necesario el consentimiento de este y para variar la obligacion ó sus formas el del acreedor y el del deudor. Concurriendo estas circunstancias, no hay duda que no puede reclamarse ya el cumplimiento de la obligacion primera, sino el de la segunda con que fue sustituida; asi pues, si esta no tuviere carácter ó fuerza ejecutiva, aunque lo tuviere la primera, la escepcion de novacion dará lugar á providenciar que no siga la ejecucion adelante, y si tuviere tambien la segunda fuerza ejecutiva, habrá que ajustar la demanda de la primera á esta obligacion nueva para que proceda el juicio ejecutivo. V. la seccion 6, tít. 61, lib. 3 del Febrero reformado.

1231. *Transaccion ó compromiso*, sobre los mismo que se pide. La misma escepcion consigna con iguales palabras el art. 327 de la ley de Enjuiciamiento mercantil. Siendo la transaccion un convenio que hacen dos personas sobre un punto dudoso ó litigioso, dando ó remitiendo algo la una á la otra, modifica las obligaciones en que aquel se fundaba y sobre las que ha recaido esta. En su consecuencia, cuando alguno de los que transigieron promueve el juicio ejecutivo, fundado en alguna de las dichas obligaciones ó derechos, puede el otro oponerse escepcionando contra la fuerza de la transaccion posterior porque quedó destruida ó modificada. En lo mismo se funda la escepcion de haber verificado compromiso ó convenio las partes, sometiendo á árbitros ó amigables componedores la decision sobre el crédito que es objeto de la ejecucion, pues aunque no haya recaido aquella modificando el derecho del ejecutante, está aceptada préviamente y sometidas las partes á su resultado. Es tan eficaz esta escepcion que como dice Febrero, por el hecho de verificar las partes el compromiso, aunque la una de ellas haya obtenido sentencia favorable posteriormente, cesan los efectos de esta, por ser visto haberse apartado del derecho que en su virtud le competia, y asi no debe ejecutarse.

Ya hemos dicho al tratar de la paga y de la compensacion las razones porque sin duda no requiere la ley que estas escepciones asi como tampoco las designadas en los párrafos 1, 2 y 3, del art. 963 resulten de documento que tenga fuerza ejecutiva.

1232. Acerca del último párrafo del art. 963 sobre la prohibicion de la nueva ley de que ninguna otra escepcion prodrá estorbar el pronunciamiento de la sentencia de remate, ya nos hicimos cargo al esponer la totalidad de este artículo. Creemos, no obstante, conveniente copiar aquí la doctrina de

Febrero sobre algunas otras escepciones que anteriormente tenían lugar en el juicio ejecutivo y que podrán á veces ser admisibles aun en el dia, si pueden probarse en el término concedido por la ley para la prueba en este juicio.

«Es escepcion legítima, dice Febrero con referencia á la antigua práctica, la del *juramento* hecho por el lego en las obligaciones en que le está prohibido hacerlo, á causa de no requerirlo para su validacion y por otras consideraciones; debiéndose observar lo mismo cuando se somete al juez eclesiástico en lo que no debe, pues las tales obligaciones son nulas segun la ley 6, tít. 1, lib. 10, Nov. Recop. (Así, pues, acerca de esta escepcion militará la doctrina espuesta al tratar de la *falsedad del titulo ejecutivo* sobre las que se refieren á la nulidad del contrato).

»Hay dos opiniones contrarias, continua Febrero, sobre si es ó no admisible en la via ejecutiva la escepcion de *dinero no entregado*, pero debe seguirse la afirmativa, como verdadera y conveniente observada en la práctica, siempre que se pruebe en el término legal.»

1255. *De la oposicion hecha por el ejecutado*, esto es, del escrito de oposicion, escepciones y pruebas que propusiere, *se dará traslado al actor por cuatro dias, para que conteste* por medio de otro escrito rebatiendo lo alegado por el deudor, *y proponga prueba por su parte, pasados los cuales, se recogerán los autos en los términos indicados al hablar del deudor*; esto es, pasados los cuatro dias, sin necesidad de apremio, se recogerán los autos de poder del procurador, estrechándole á que los entregue, sin consideracion de ningun género, es decir, sin mas excusas ni delaciones; art. 964.

1254. *De la contestacion del actor se dará copia al demandado*, para su inteligencia, la cual comprenderá tambien la prueba que hubiese propuesto; artículo 965. La entrega de esta copia, que deberá verificarse en un plazo breve y que convendrá designe el juez, tiene por objeto suplir la entrega de los autos. *Entregada dicha copia, se recibirán los autos á prueba por diez dias, dictándose al efecto la oportuna providencia que se notificará el mismo dia de su fecha*; art. 966. Esta disposicion resuelve la duda que se suscitaba anteriormente sobre si el término de los diez dias se habia de contar desde la oposicion, como opinaban algunos, fundados en las leyes 1 y 2 del tít. 28, libro 4 de la Novísima, que decian, declaramos y mandamos que los dichos diez dias corran desde el en que se opusiera á la tal ejecucion en adelante sin reparar que estas leyes se referian al caso en que no ocurriera imposibilidad ni fraude alguno, ó desde el dia en que se hacia la notificacion, como habrá adoptado la práctica en general, conforme á lo practicado en el juicio ordinario, determinacion adoptada por la nueva ley y la mas justa y equitativa en efecto, pues como decia Febrero, seria cosa dura y aun inicua que por no poder ó no querer el escribano dar cuenta de la oposicion al juez ó notificar el término, ó por haberse imposibilitado el mismo juez quedase indefenso el ejecutado y fuera condenado sin ser oido. Así, pues, si por olvido, se hace la notificacion tan solo á una parte, continúa este autor, no debe correr el término y se han de repener los autos y diligencias posterior-

res al estado que tenían cuando ó recibieron los autos á prueba, como se ha verificado muchas veces para evitar nulidad en las actuaciones: y debe tenerse presente que las notificaciones se han de hacer á costa del reo tan pronto como se forme la providencia aunque no lo solicite porque se dió á su instancia.

1255. *Durante estos diez dias se harán las pruebas propuestas por ambas partes, y podrán poner y ejecutar cuales quiera otras que estimen convenientes*, siendo arregladas á derecho, como dice el art. 531 de la ley de Enjuiciamiento mercantil que contiene una disposicion análoga; art. 966. *Tanto unas pruebas como otras, deberán acomodarse á las disposiciones establecidas para las pruebas en el juicio ordinario*, las cuales espusimos y esplicamos ya al tratar de dicho juicio; art. 966.

Conviene sin embargo advertir, segun dice Febrero, doctrina que tiene aplicacion en el dia; que aunque haya espirado el término del art. 966, puede el deudor pretender que el acreedor de posiciones en cualquier estado del juicio, con tal que sea antes de la sentencia de remate, por disponerlo así la ley 22, tít. 4, lib 3, de la Nov. Recop. conforme con el art. 292, sobre el juicio ordinario, que obliga al litigante á declarar bajo juramento en cualquiera estado del juicio contestada que sea la demanda hasta sentencia definitiva, cuando así lo exigiere el contrario. Ademas, la confesion de parte no es propiamente prueba, si no mas bien relevacion de ella, por lo que puede hacerse fuera del término fijado por la ley para aquella. Esto procede tambien, dice el mismo autor cuando el deudor pide que el acreedor reconozca algun papel; mas si pretende que en el caso de negativa, se coteje con otros indubitados del mismo acreedor no se debe diferir al cotejo, por ser pasado el término.

Los testigos que presente el reo, no solo han de ser juramentados antes de deponer, sino tambien examinados dentro del referido término, pues si aquel ha espirado, no se les deben recibir sus declaraciones, aun cuando hayan sido juramentados, y si así no se hace, será ineficaz la prueba; lo mismo debe observarse en el cotejo de papeles simples no reconocidos, porque los peritos son como testigos cuyo dicho es un mero parecer, y por sí solo no hace prueba.

Cuando por omision ó imposibilidad del juez ó escribano se pasa el término sin hacer prueba, como en estos casos no hay culpa por parte de los litigantes, tampoco deben sentir su perjuicio y les será muy útil protestar preventivamente en el pedimento de oposicion que no les perjudique la tal omision ó imposibilidad, con cuya cautela aunque espire dicho término, podrán ser examinados despues los testigos, con tal que hayan sido juramentados dentro de él. V. Febrero reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montalban.

1256. No será pues, necesario que las pruebas practicadas tengan fuerza ejecutiva, aunque se refieran á las escepciones, no obstante que para que haya lugar al juicio ejecutivo requiera la ley que el actor funde su derecho en un título que tenga aparejada ejecucion porque aquí solo se trata de sa-

ber la verdad y certeza de las escepciones para lo cual vastan los grados de certidumbre requeridos en general respecto de los demás juicios. Asi lo consignaba tambien Febrero al referirse á la práctica anterior, diciendo; «las partes pueden hacer sus probanzas por testigos, instrumentos y demás medios legales, aunque la ejecucion haya sido despachada en virtud de instrumento público, porque la ley 1, tit. 28, lib. 11, de la Nov. Recop. habla disyuntivamente y no ordena como de necesidad que se hayan de probar las escepciones por otro instrumento tambien público.» Sojamente, respecto de la escepcion de compensacion debe tenerse presente que ha de resultar de documento que tenga fuerza ejecutiva; mas para probar que este documento reune tales circunstancias, podrán proponerse todos los medios de prueba generales.

1237. Anteriormente era opinion admitida, segun espone Febrero, que el término de prueba podia prorogarse á instancia del acreedor, mas no á la del deudor, lo que se fundaba en que ningun perjuicio sentia este, y antes bien comodidad, en tener mas tiempo para preparar y hacer su defensa ó buscar dinero con que pagar la deuda, y en que habiéndose fijado un término breve en utilidad del acreedor para que no se retardase mas la cobranza de su crédito, y en pena del deudor para que fuese mas puntual en pagar, podia renunciar el acreedor legitimamente este beneficio y pedir todo el término que quisiera, pues de lo contrario, se convertiria en detrimento suyo lo que se estableció para su provecho, pero esta doctrina se fundaba en presunciones que se destruian en el mero hecho de no conformarse el deudor con la próroga; ademas de que tambien existen acreedores maliciosos que entablan ejecuciones solo por molestar á los que suponen sus deudores y ser regla general de deber observarse igualdad en los juicios, sin permitirse al ejecutante lo que se prohíbe al ejecutado, sobre este punto, debiendo haber correlacion entre ambos. En su consecuencia la nueva ley ha determinado en su art. 967, que *el término de prueba no puede suspenderse ni prorogarse, sino de conformidad de ambos litigantes, ó cuando por deber hacerse toda ó parte de la que se propusiere á distancia de lugar del juicio, el juez lo creyere necesario. Si asi fuere, lo podrá prorogar ó suspender en auto motivado y bajo su responsabilidad, por los dias que tarde el correo desde el pueblo en que se siga el juicio al mas distante en que hubiere de practicarse alguna diligencia y nada mas.*

Para que tenga lugar la suspension ó la próroga deberá solicitarse antes de cumplirse el primer término, segun prescribe el art. 262 sobre el juicio ordinario y era práctica antigua, como asimismo, no deberán las partes haber visto la prueba del contrario para evitar que sobornen otros testigos. Véanse las leyes 34, tit. 16, Part. 3 y 9, tit. 11, Nov. Recop.

1238. Tanto el término de prueba como las prórogas son comunes á ambas partes y por dichas prórogas no se convierte el pleito en ordinario, ni se muda la naturaleza del juicio, porque se entienden hechas con la misma calidad que el término prorogado.

Sin embargo, cuando se diese algun traslado ó se mandase practicar

alguna diligencia propia del juicio ordinario, se espresará en las providencias la cláusula *sin perjuicio*, para indicar que sigue el juicio ejecutivo y no degenera por ello en ordinario.

1239. *Concluido el término de prueba y sus prórogas, si las hubo, á instancia de una de las partes, se agregarán en virtud de providencia judicial las pruebas hechas á los autos, y se entregarán estos por término de tres dias á cada una de ellas para sustraccion de las practicadas por lo contrario y primero al actor que al reo, aunque al señalar los diez dias de la ley para probar se entreguen primero al ejecutado; pasados dichos tres dias, se recogerán en la forma que queda prevenido, esto es, sin necesidad de apremio estrechando á su entrega sin consideracion de ningun género, señalándose en seguida dia para la vista; art. 968. No pueden, pues, en el dia alegar las partes de bien probado como se hacia anteriormente, á semejanza del juicio ordinario.*

1240. *Si las partes ó una de ellas lo pidieren, podrán asistir sus defensores á informar de su justicia y derecho, si no pidieren, podrá el juez sin informes ni vista pública pronunciar sentencia pasado un dia útil desde el en que se hubiese notificado el auto de señalamiento; art. 969.*

1241. *La sentencia de remate deberá dictarse dentro de tres dias siguientes al de la vista, y no podrá determinarse en ella sino una de estas tres cosas:*

1.º *Seguir la ejecucion adelante, sentenciando en su consecuencia los autos de remate, condenando al ejecutado; lo cual procederá cuando este no hubiese destruido la fuerza ejecutiva de la accion ó no hubiera probado las escepciones que la impiden, ó la satisfaccion de su obligacion. Tambien procederá esta providencia segun espresa el art. 338 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, cuando, aunque aparezca legítima la escepcion del ejecutado no se hubiere probado esta suficientemente en el término del encargado, en cuyo caso, no se dará lugar á nuevas pruebas, quedando salvo el derecho del ejecutado para que lo use en el juicio ordinario.*

2.º *Declarar su nulidad, cuando resulte vicio del título ú otra de las causas que anulan la ejecucion.*

3.º *No haber lugar á pronunciar sentencia de remate; cuando el ejecutado haya destruido la accion ejecutiva del actor, ó probase haber satisfecho su obligacion; art. 970.*

En el primer caso; se impondrán las costas al ejecutado, puesto que dió lugar al juicio ejecutivo por negarse á cumplir su obligacion; en el segundo, al juez ó funcionario que haya dado causa á ello, puesto que él fue quien dió causa al procedimiento mandando proceder á la ejecucion indebidamente por no examinar con cuidado si esta procedia; en el tercero, al actor ejecutante, porque se supone que pidió la ejecucion sin derecho, y con malicia. Tambien se deberá mandar alzar los embargos hechos, y que los bienes embargados se entreguen al ejecutor, cuando segun lo espuesto y probado por este se revocase la ejecucion, segun previene el art. 337 de la ley de Enjuiciamiento mercantil.

Por el contrario, en el primer caso deberá prevenir el juez que se proceda á la venta de los bienes embargados para pagar con su importe la cantidad reclamada y las costas, asimismo, cuando se declare la nulidad por defecto esencial en el procedimiento, se mandará reponer lo actuado al estado que tenían los autos antes de cometerle aquel defecto.

1242. Depositando el reo el todo ó parte de la cantidad que se le reclama para que se entregue al acreedor, dice Febrero, si ópimo y probo en el segundo caso la escepcion de haber satisfecho el resto, no hay para que sentenciar el pleito de remate, porque este ha de ser de bienes para convertir su valor en dinero y no del mismo dinero que no se vende. Por lo tanto, se declara en este caso, no haber lugar á sentenciar la causa de remate mandando entregar el depósito al acreedor; con las costas causadas hasta entonces. V. Febrero reformado, lib. III, tít. 20, núm. 891.

1243. *Cualquiera que sea la sentencia que pusiese término á este juicio queda lo mismo al actor que al reo su derecho á salvo para promover el ordinario*, art. 972; pues segun ya dijimos el juicio ejecutivo no produce escepcion de cosa juzgada respecto del ordinario, puesto que la accion solo se ha considerado bajo el aspecto de su fuerza ejecutiva. En su consecuencia, si se determina que debe seguir la ejecucion, el ejecutado puede entablar accion ordinaria para que se le devuelva lo que pagó en virtud de aquel juicio por capital y costas, y si se declara no haber lugar á la sentencia de remate puede el ejecutante pedir por los trámites solemnes del juicio ordinario que se le pague la cantidad que reclamaba. En ambos casos, deberá intentarse préviamente el acto de conciliacion si ya se verificó para entablar el juicio ejecutivo, puesto que segun el art. 201 de la ley es facultativo la celebracion de este acto en el juicio ejecutivo. V. el núm. 251 del lib. II de esta obra.

1244. *La sentencia de remate, esto es, aquella en que se manda seguir la ejecucion adelante, es apelable en ambos efectos, devolutivo y suspensivo, no pudiendo en su consecuencia llevarse á debido cumplimiento y ejecucion hasta que recaiga el fallo de la superioridad. Sin embargo, solo será apelable en el efecto devolutivo, mas no en el suspensivo, debiendo en su consecuencia pasarse al procedimiento de apremio para hacer pago inmediatamente al acreedor de principal y costas, cuando el actor diere fianza bastante á responder de lo que siguiendo el procedimiento de apremio y la alzada á su vez pueda percibir y condenársele á devolver revocándose la sentencia. Esta fianza será calificada por el juez escesivamente, y podrá ser de cualquiera de las clases que reconoce el derecho, esto es, por medio de fiador, prenda ó hipoteca, etc., con tal que fuese suficiente lo que se apreciará atendiendo á la responsabilidad de la persona que sale fiador, ó á la clase de bienes con que se afianza para el objeto con que se exige, esto es, para responder de la cantidad que comprende la sentencia, si en el caso de revocarse por el tribunal superior tuviera el actor que devolver lo percibido; art. 973 de la ley.*

1245. Esta disposicion ha venido á sancionar con algunas modificaciones

nuestro derecho y jurisprudencia anteriores. Segun las leyes 2 y 12, tít. 28, libro 11, Nov. Recop. para poderse ejecutar la sentencia de remate de primera instancia de que se habia apelado debia darse por el actor la fianza llamada de la ley de Toledo, por la que se obligaba el fiador por escritura pública á que si se revocaba ó modificaba la sentencia con motivo de la apelacion, la superioridad volveria el ejecutante ó acreedor al deudor ó ejecutado la cantidad que percibió en virtud de la misma, y no verificándolo, hecha escusion en sus bienes lo realizará el fiador como tal. Se ve, pues, que por la nueva ley no es necesario que se de la fianza por medio de fiador ó de persona que responda de aquella obligacion.

1246. Sin embargo, segun las leyes 4 y 5, tít. 17, lib. 11, Nov. Recopilacion, en los casos en que dimanase la ejecucion de sentencia arbitral, de transaccion hecha por ante escribano público y de sentencia confirmatoria de parecer de contadores nombrados por las partes ó de oficio por la justicia en rebeldía de alguna de ellas, no procedia la fianza de la ley de Toledo, sino la llamada de la ley de Madrid, que contenia igual obligacion que la anterior, con la diferencia de obligarse por la de Madrid á devolver ademas de lo percibido los frutos y rentas, cuando por la de Toledo se devolvía lo cobrado, pues si bien se requeria asimismo la restitucion del duplo por pena en nombre de intereses, no estaba ya en uso esta pena. Mas en el dia debiendo ejecutarse las providencias mencionadas en la misma forma que las de los demás juicios, deberá darse la fianza que previene el art. 973, cualquiera que sea el título de que provenga la ejecucion.

1247. Asi, pues, *si se apelare de dicha sentencia de remate, por el actor, y no se presenta la fianza dentro de los seis dias siguientes al en que se interpusiese este recurso se remitirán los autos al tribunal superior con citacion de ambas partes*, pues como no hay nada que ejecutar en el inferior, no hacen falta en él dichos autos; art. 974. Mas, *si se diese la fianza, se remitirán tambien los autos, pero quedando en el juzgado testimonio de lo necesario para la ejecucion de la sentencia*: art. 975.

Es tan precisa esta fianza, dice con razon Febrero, para ejecutar la sentencia de remate de primera instancia que no dándose, aunque el actor sea rico y el ejecutado no la pida ni se oponga, no se puede llevar á debido efecto; porque la ley la requiere por la forma sustancial, siempre que el acreedor quiera tomar el dinero antes de ejecutoriarse la sentencia, y asi el juez debe mandarles dar de oficio, pues en otro caso será responsable de los perjuicios que puedan resultar.

1248. Anteriormente, contendian los intérpretes sobre si debería hacerse estensivo el requisito de la fianza para poder ejecutar la sentencia de la superioridad confirmatoria de la de remate de primera instancia, cuando se promovía el juicio ordinario. Los que opinaban por la afirmativa se fundaban en que de no ser asi, se esponía el ejecutado á perder la cantidad entregada aunque por la sentencia del ordinario se mandase al ejecutante su restitucion, si se negaba á ello por no tener bienes ó por ocultarlos maliciosamente. Los que estaban por la negativa, se apoyaban en que la ley solo habia re-

querido la fianza para que pudiera ejecutarse la sentencia de primera instancia sin perjuicio del deudor y asegurar á este solo del que pudiere experimentar en el juicio ejecutivo, pues respecto del ordinario, podia pedir la intervencion ó el embargo provisional de los bienes del contrario que fueren suficientes para cubrir aquella responsabilidad. Y en efecto, en este sentido ha resuelto esta duda la nueva ley declarando en su art. 976, que la fianza en ningun caso es estensiva al juicio ordinario asi es que confirmada la sentencia por el superior, queda de derecho cancelada. Esta disposicion se funda tambien en considerar el legislador que las dos sentencias de primera y segunda instancia á favor del ejecutante ofrecen suficiente garantía acerca del derecho que le asiste, y en su consecuencia que es probable de otro resultado el juicio ordinario y haya lugar á los inconvenientes espuestos.

1249. Tambien se ejecutará la sentencia de remate condenatoria, cuando apelare de ella el ejecutado y no el ejecutante, pero si se adhirió este á la apelacion dando la fianza mencionada por militar en este caso la misma razon que en el de apelar el actor.

1250. Pero no habrá necesidad de prestar la fianza mencionada cuando notificada la sentencia de remate al ejecutado (como deberá hacerse en el dia con arreglo á la nueva ley que ha abolido la antigua práctica de no notificarse dicha sentencia al ejecutado) déjase este pasar el término que se concede para la apelacion sin hacer uso de ella quedando la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada por no haber apelado tampoco el actor, pues entonces es ejecutiva por su naturaleza. Esta doctrina sentada ya por los autores como escepcion del requisito de la fianza, se halla sancionada en el artículo 977 de la nueva ley, segun el cual, si no se apelare, quedará de derecho consentida la sentencia, sin necesidad de hacer declaracion alguna, y se ejecutará sin exigir fianza.

1251. Ha de ejecutarse la sentencia de remate dando dicha fianza el ejecutante aunque interponga el ejecutado contra ella cualquier recurso de apelacion ó de nulidad, segun sienta la mayoría de los autores, entre ellos Gutierrez, el reformador de Febrero, no obstante decir este último autor que procede lo contrario cuando la sentencia es evidentemente injusta y consta asi de los mismos autos, pues no constando de ellos, no debe ser oido el apelante aunque quiera probarla, antes de hacer la paga, sino que debe pagar y luego usar de su derecho. Gutierrez se apoya en la razon que dan las leyes 2 y 3 del tit. 28, lib. 11 de la Nov. para sentar aquella doctrina, á saber, la de «excusar malicias de los deudores que alegan contra los acreedores escepciones y razones no verdaderas, para alargar las pagas por no pagar lo que verdaderamente deben.» Dichas leyes, continúa este autor, quisieron sin duda que no impidiese la ejecucion de la sentencia ninguna apelacion ni nulidad para ocurrir ó frustrar las cavilidades de los deudores, quienes por retardar ó no hacer los pagos no dejarían de prestar la nulidad ó injusticia si estas impidiesen dicha ejecucion.

1252. Esta opinion es tambien la adoptada por el señor Escriche en su Diccionario, palabra *hismo ejecutivo*, núm. 36. En su consecuencia se ad-

mitirá la apelacion ó recurso de nulidad, pero sin suspender la sentencia de remate. Sin embargo, un ilustrado intérprete de la nueva ley, el señor Ortiz de Zúñiga, opina que cuando se reclama la nulidad, (no de la ejecucion despachada por vicio del título, pues esta la ha tenido ya presente el juez) sino del procedimiento ejecutivo por haberse faltado á algun acto ó actuacion esencial parece razonable y arreglado á derecho que si el juez encuentra fundada la reclamacion del reo ejecutado declara la nulidad, y manda reponer lo actuado al estado que tenian los autos antes del vicio ó defecto cometido, cuya providencia debe ser apelable en ambos efectos, y si por el contrario, no estima justa la declaracion de nulidad y reposicion del proceso, no debe admitirse mas que un efecto.

1253. Respecto de la nulidad decretada por el juez por sí en vista de los autos, dispone el art. 988 de la ley que *la sentencia en que se declare la nulidad de la ejecucion ó no haber lugar á la de remate, es apelable en ambos efectos. Para la admision y sustanciacion de este recurso se seguirán los trámites que para la apelacion de la sentencia de remate, menos los que se refieren á la fianza, esto es, se remitirán los autos al tribunal superior con citacion de ambas partes, segun lo prescrito en el art. 974.* De manera que aun cuando el ejecutante ó el ejecutado reclamen contra la sentencia de nulidad, no se repondrán los autos al estado que tenian cuando se infringió la nulidad, hasta que recaiga sentencia de la superioridad revocatoria de la de primera instancia; y aunque se apele de la sentencia que declare no haber lugar á pronunciar la de remate no podrá alzarse el embargo de bienes ni entregarse estos al ejecutado como se hacia anteriormente; lo que tiene por objeto evitar que si se revoca dicha sentencia por la superioridad, y hubiese consumido aquel dichos bienes queda sin cobrar su deuda el ejecutado.

1254. Si no se apele de la sentencia en que se declaró la nulidad de la ejecucion ó no haber lugar á la sentencia de remate, ó si habiéndose apelado de aquellas, se confirmasen por la superioridad, ó si apelada la sentencia de remate, fue revocada, termina el juicio, alzándose el embargo y depósito y cancelándose la fianza, no habiendo en su consecuencia lugar al procedimiento de apremio como en los demás casos, segun vamos á espresar.

SECCION V.

DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO.

1255. El procedimiento ó la via de apremio comprende las breves y rápidas diligencias que tienen por objeto ejecutar la sentencia de remate, ó cualquiera otra definitiva consentida ó ejecutoriada, aunque se pronunciase por árbitros ó arbitradores, si bien en ellas se procede con las modificaciones que se espresan al tratar de la ejecucion de las sentencias. V. los arts. 836, 891 y 979.

1256. Anteriormente, dada la fianza, para poder ejecutar la sentencia